

PROCESSO - A. I. Nº 206892.9001/12-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA.
RECORRIDOS - DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0049-03/18
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/12/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0318-11/18

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Revisão fiscal realizada pelo Autuante com base em comprovações apresentadas pelo Impugnante reduziu o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. APURADO OMISSÕES DE ENTRADAS EM VALOR SUPERIOR ÀS OMISSÕES DE SAÍDAS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. O Autuante, com base na documentação fiscal carreada aos autos, asseverou que o sujeito passivo logrou êxito em comprovar o não cometimento da acusação fiscal. Infração insubsistente. Afastada alegação de cerceamento de defesa. Indeferido o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício encaminhado pela 3ª JJF, em face de haver desonerado o autuado em valor superior ao previsto, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11, e, Recurso Voluntário apresentado pela Recorrente em face da decisão de haver lhe imputado a cominação de recolhimento do ICMS, no valor de R\$1.221.750,66, acrescido das penalidades previstas na Lei nº 7.014/96, proveniente das seguintes infrações:

Infração 01 - 07.01.04.

Efetuiu recolhimento a menos do ICMS por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88, do RICMS-BA/97, nos meses de janeiro a dezembro de 2011. Exigido o valor de R\$1.523.059,40, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - 04.05.05.

Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a expressão de maior valor monetária - a das operações de entradas - com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no exercício fechado de 2011. Exigido o valor de R\$4.621,71, acrescido da multa de 100%.

Analisando a peça defensiva apresentada pela autuada, fls. 344/359, a primeira informação fiscal, fls. 597/590, a manifestação da autuada em relação à Informação Fiscal, fls. 605/612, o que foi determinado pela 2ª CJF no Acórdão nº 0286-12/12, analisando o Auto de Infração nº 149269.0006/11-2, a diligência determinada em julgamento preliminar, fl. 643, a segunda Informação Fiscal, fls. 647/649, e, a segunda manifestação da autuada, fls. 679/682, em sessão realizada em 05 de abril de

2018, através Acórdão nº JF nº 0049-03/18, fls. 925/935, assim se pronunciou a 3ª JF:

Em sede de preliminar, o sujeito passivo suscitou nulidade da Infração 01 por cerceamento ao seu direito de ampla defesa, sob o fundamento de que os valores mensais dos débitos e discriminado no demonstrativo de apuração fls. 10 a 35, estão divergentes dos constantes do Auto de Infração fl. 01 e do Demonstrativo de Débito, fl. 03.

Ao compulsar as peças atinentes à Infração 01, constato que efetivamente por equívoco do Autuante na transposição dos valores apurados e discriminados no “Demonstrativo de Pagamento a menor do ICMS...” para o Auto de Infração, ocorreram as divergências apontadas que apesar de concedido o prazo de dez dias para o Impugnante se defender, não foram corrigidas por ocasião da informação fiscal.

O sujeito passivo reclamou da exigüidade do prazo concedido de dez dias para se defender, entretanto, pedido de diligência solicitado por esta 3ª JF em momento ulterior, resultou no refazimento do demonstrativo de débito reduzindo, o valor do débito e sem erro de transposição dos valores apurados, bem como foi reaberto o prazo de defesa de trinta dias, superando, portanto, esse óbice.

Nestes termos, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa. Ademais, constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo a multa apurada consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O presente PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No que tange ao pedido do Impugnante para realização de perícia para comprovação de suas razões de defesa, não vislumbro qualquer necessidade de informações ou de conhecimentos técnicos especializados para o deslinde da matéria ora em questão, uma vez que os elementos já coligidos nos autos são suficientes para se firmar o juízo e convicção dos julgadores, indispensáveis à Decisão da lide. Assim, indefiro o pedido de realização e perícia, ou mesmo de diligência, com base no art. 147, incisos I e II, alíneas “a” e “b”, do RPAF-BA/99.

No mérito, o Auto de Infração exige o crédito tributário no montante de R\$1. 523.059,40, referente a duas irregularidades, conforme descrito na inicial dos autos, consoante demonstrativos de apuração acostados às fls. 10 a 59.

A Infração 01 imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base cálculo ou na apuração dos valores do imposto na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, conforme demonstrativo acostado às fls. 10 a 35.

Em sede de defesa o Impugnante refutou a acusação fiscal apontando diversos equívocos no levantamento fiscal. Apontou diversas operações que tiveram a apuração da exigência fiscal com aplicação de MVA diversa da prevista na legislação de regência. Carreou também aos autos comprovação de que o levantamento fiscal não considerou o quanto determinado para as operações com diversas mercadorias constantes dos Acordos Interestaduais: Protocolo ICM 16/85, Protocolo ICMS 104/99, Protocolo ICMS 50/05 e o Protocolo ICM 17/85.

O Autuante em diversas intervenções nos autos prestando informação e atendendo ao pedido de diligência desta 3ª JF, refez o levantamento fiscal elaborando novo demonstrativo de débito promovendo os ajustes cabíveis, corrigindo as MVAs e adequando as operações com as mercadorias indicadas na Defesa de acordo com as determinações contidas nos correspondentes Protocolos, reduzindo o valor do débito para R\$1.221.750.66, consoante demonstrativo sintético acostado à fl. 648 e analítico às fls. 650 a 671.

O Autuado em sua última manifestação às fls. 680, reconheceu que as intervenções efetuadas por ocasião da diligência atenderam aos equívocos por ele constatados, ou seja, asseverou que o Autuante promoveu a correção dos valores exigidos na Infração 01 do presente Auto, acatando todas as incorreções por ele apontadas e que no tocante a esse item da autuação, não tinha novas considerações a fazer.

Logo, como o próprio Defendente revelou sua concordância com as correções e ajustes efetuados pelo Autuante com base nas comprovações apresentadas na Impugnação e de acordo com a previsão constante nos Protocolos celebrados com o Estado da Bahia e os Estados remetentes nas operações com algumas mercadorias objeto da autuação, fica evidente nos autos não mais remanescer nos autos lide alguma em torno da Infração 01.

Assim, nos termos expendidos, acolho o demonstrativo de débito elaborado pelo Autuante e acostado às fls. 648 e a seguir reproduzido.

INFRAÇÃO 01	DATA	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	IMPOSTO	MULTA DE INFRAÇÃO
JANEIRO/2011	09/02/2011	182.482,53	17%	31.022,03	60%
FEVEREIRO/2011	09/03/2011	175.977,76	17%	29.916,22	60%

MARÇO/2011	09/04/2011	422.195,06	17%	71.773,16	60%
ABRIL/2011	09/05/2011	724.608,29	17%	123.183,41	60%
MAIO/2011	09/06/2011	654.973,35	17%	111.345,47	60%
JUNHO/2011	09/07/2011	409.211,29	17%	69.565,92	60%
JULHO/2011	09/08/2011	542.993,59	17%	92.308,91	60%
AGOSTO/2011	09/09/2011	445.490,12	17%	75.733,32	60%
SETEMBRO/2011	09/10/2011	1.080.386,12	17%	183.665,64	60%
OUTUBRO/2011	09/11/2011	1.044.021,06	17%	177.483,58	60%
NOVEMBRO/2011	09/12/2011	875.201,71	17%	148.784,29	60%
DEZEMBRO/2011	09/01/2012	629.227,71	17%	106.968,71	60%

Concluo pela subsistência parcial da Infração 01, no valor de R\$1.221.750,66.

A Infração 02 cuida da falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a expressão de maior valor monetária - a das operações de entradas - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no exercício fechado de 2011.

Em suas razões de defesa o Autuado alegou que todas as notas Fiscais arroladas no levantamento fiscal foram registradas em sua escrituração fiscal.

O Autuante, ao proceder à informação fiscal fl. 979, declarou que os documentos acostados na última manifestação do Defendente fls. 690 a 911, elidem a pretensão fiscal referente ao item 02 da autuação.

Ao compulsar os autos, verifico que o Autuante depois de examinar a documentação carreada aos autos pelo Impugnante, reconheceu ter restado descaracterizada a falta de recolhimento do ICMS apurada nesse item do Auto de Infração.

Assim, concluo pela insubsistência da Infração 02.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

Ciente da decisão proferida pela 3ª JF, inconformada, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 945/979, numeração erroneamente apresentada ao saltar a sequência numeral da folha 947 para folha 968, muito embora não modifique a sequência das páginas do Recurso, onde volta a pugnar pela nulidade da autuação e/ou total improcedência da mesma.

Analisando o Recurso de Ofício encaminhado pela 3ª JF, saliento que o mesmo foi efetuado com base no que determina o art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

De relação ao Recurso Voluntário, destaco inicialmente a informação prestada pela Recorrente da sua tempestividade, dentro do que dispõe o RPAF nos artigos 169 e 171, que realmente procede, sendo o seu acolhimento devido e passível de análise, como agora o faço.

Em seguida a Recorrente apresenta, como na sua peça defensiva inicial e manifestações no decorrer do processo, argumentações que buscam caracterizar a nulidade da autuação, baseando-se, inicialmente no que dispõe a Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Reforça sua argumentação com o que dispõe o RPAF/BAHIA:

*Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da **garantia de ampla defesa**, sem prejuízo de outros princípios de direito.*

Com as reproduções acima, a Recorrente busca caracterizar como nula a autuação fiscal, sob a alegação de cerceamento de defesa, em virtude de haver o preposto autuante descrito valores conflitantes na peça acusativa, entre os reclamados na descrição da Infração 1 e os constantes do

“Demonstrativo de Pagamento a menor do ICMS Sujeito a Antecipação Tributária”, considerando esta divergência como impossibilitadora do exercício da defesa e do contraditório.

Para balizar a sua argumentação, lista divergências entre os valores constantes do descrito na infração e o referido demonstrativo, afirmando ser impossível exercer o seu direito ante a flagrante controvérsia dos valores apresentados, indicando que apesar das retificações efetuadas pelo preposto autuantes, em sede de diligência, os resultados apresentados não correspondem à realidade fática.

Destaca em função do acima está descrito: “*Ora, como pode esta Impugnante oferecer uma defesa apropriada ao Auto de Infração ora vergastado, se não dispõe de elementos capazes nem sequer de definir de forma exata o quantum debeatur?*”

E mais ainda afirma a Recorrente:

Destarte, como não há qualquer correlação entre os valores dispostos na Infração 01 do corpo do Auto de Infração e o Demonstrativo Anexo, outra saída não há, a não ser concluir que o valor que este Recorrente foi intimado a recolher é completamente arbitrário e infundado.

Afirma a Recorrente que diante dos fatos ocorridos na autuação nada mais resta que atender ao que dispõe o RPAF/BAHIA

Art. 18. São nulos:

(...)

IV * o lançamento de ofício:

- a) *que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*
- b) *em que se configure ilegitimidade passiva.*

Considerando, afirma, que o autuante ao apresentar dados discordantes em sua peça de autuação enseja o reconhecimento da nulidade do seu procedimento, não podendo, portanto prosperar o presente processo e ser a decisão prolatada pela 3ª JF considerada improcedente.

Tratando do que denomina BREVE ESCORÇO FÁTICO, a Recorrente destaca que a 3ª JF apenas manteve a reforma determinada em informação fiscal que reduziu a infração 1 ao valor de R\$1.221.750,66, e o reconhecimento da improcedência da infração 2, afirmando que a reforma apresentada não atende à realidade em virtude do não atendimento aos percentuais de MVA de alguns produtos, apontadas as aquisições como sendo de indústria e não de atacadistas, o que na realizada ocorreu.

Adentrando ao mérito da lide, a Recorrente afirma que a autuação não atendeu aos que determinam protocolos firmados pelo Estado da Bahia com outros Estados, em especial os abaixo listados:

- **Protocolo ICM 16/85** - Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com lâmina de barbear, aparelho de barbear descartável e isqueiro.
- **Protocolo ICM 17/85** - Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com lâmpada elétrica.
- **Protocolo ICMS 50/05** - Dispõe sobre substituição tributária nas operações com massas alimentícias, biscoitos, bolachas, bolos, pães, e outros derivados da farinha de trigo.
- **Protocolo ICMS 104, de 10 de Agosto de 2009** - Dispõe sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno.

Afirma a Recorrente que, com base nos protocolos acima apontados, a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS Antecipado é dos industriais ou importadores, não lhe cabendo esta imputação, estando, desta forma, desobrigada de efetuar o recolhimento reclamado no Auto de Infração.

Por fim, a Recorrente tratando do PEDIDO assim se manifesta:

Diante de tudo quanto exposto, esta Recorrente pugna seja reformada o Acórdão JF nº 0049-03/18, no sentido de julgar TOTALMENTE IMPROCEDENTE o Auto de Infração tombado sob o nº 206892.9001/ 12-5.

Em tempo, protesta pela utilização de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial a posterior juntada de documentos bem como a perícia, sob pena de cerceamento de defesa.

VOTO

Tratando o presente processo de cobrança do ICMS Antecipação Total e tendo a 3ª JF desonerado a Recorrente do recolhimento do imposto em valor superior ao estabelecido pelo RPAF no art. 169, inciso I, alínea “a”, oriundo da desoneração total da Infração 2 e parcial da Infração 1, restando em seu julgamento a obrigatoriedade da Recorrente em recolher a importância de R\$1.221.750,66, a mesma encaminhou Recurso de Ofício ao qual, por estar de acordo com a legislação em vigor e não haver reparos a fazer, Nego Provimto.

A obrigatoriedade de se efetuar a Antecipação Tributária das mercadorias adquiridas de outros Estados da Federação, objeto de Convênios e Protocolos, está amparada na legislação vigente, em especial a LC 87/96, nos artigos 6º a 9º e, no caso do Estado da Bahia, na Lei nº 7.014/96, nos artigos 6º e 8º, e, no RICMS/97, nos artigos 372 a 374, que tratam da normatização de fatos como os que são objeto do presente processo.

Iniciando a análise do Recurso Voluntário, quanto à pretensa nulidade arguida pela Recorrente, não vejo como prosperar, em vista de o processo de autuação atender a todas as determinações legais, como bem definiu o ilustre julgador na decisão de piso: *“a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo a multa apurada consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O presente PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.”*

Conforme descrito no processo, o autuante, diante da contestação apresentada pela Recorrente, reviu os levantamentos apresentados em sua peça inicial de fiscalização, revendo as inconsistências apresentadas e fazendo as devidas correções, inclusive no que diz respeito às adequações dos MVAs, adotando os percentuais de origem de Atacado, quando pertinentes, e apresentando novos valores a cobrar, valores estes ora contestados, muito embora reconhecido em manifestação apresentada à 3ª JF.

Em sua peça recursiva, a Recorrente alega que recolhimentos foram efetuados por fornecedores, tendo acostado aos autos cópias de Notas Fiscais e GNRES que comprovam o recolhimento de parte das mesmas.

Conforme informado pelo preposto autuante, tais recolhimentos foram considerados, salientando-se que apesar de arguir a improcedência da autuação sob a alegação de haverem recolhimentos ainda não apropriados, não traz a Recorrente ao processo nenhum dado que venha a elidir a infração que lhe é imputada, limitando-se a repetir os mesmos argumentos apresentados em sua peça defensiva inicial, já analisados pela 3ª JF e por este Relator.

A argumentação da responsabilidade pelo recolhimento da Antecipação Tributária por parte dos remetentes, conforme Protocolos citados, não lhe traz razões, pois, os Estados têm a prerrogativa de, em sua legislação, estabelecer a forma como aplicar o que os mesmos determinam. E, assim, o Estado da Bahia, através da Lei nº 7.014/96, estabeleceu:

Art. 6º São solidariamente responsáveis pelo pagamento do imposto e demais acréscimos legais devidos pelo contribuinte de direito:

XV - o contribuinte destinatário de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, em virtude de convênio ou protocolo, oriundas de outra unidade da Federação, quando o remetente não possua inscrição estadual ativa como substituto tributário.

As notas fiscais acostadas ao processo pela Recorrente não identificam os remetentes na condição de Substitutos Tributários no Estado da Bahia, e, os recolhimentos efetuados através de

GNREs, correspondem a algumas notas, ocorrendo meses em que nenhum recolhimento é comprovado.

Ainda, em relação ao objeto da presente lide, a Lei nº 7.014/96, estabelece:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

§ 5º A responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade solidária do contribuinte substituído nas entradas decorrentes de operações ou prestações interestaduais junto a contribuinte substituto, por força de convênio ou protocolo, que não possua inscrição ativa neste Estado.

Apesar dos argumentos apresentados, a Recorrente, cita tão somente alguns produtos que seriam objeto de exclusão, e que foi efetuada pelo autuante, não trazendo qualquer demonstrativo que implique em elidir o que lhe foi reclamado, limitando-se a perquirir a nulidade do auto e por fim a sua improcedência.

Desta forma, pelo que analisei, afastada a preliminar de nulidade, mantenho a decisão proferida pela 3ª JF e voto pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206892.9001/12-5**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS SALVADOR NEWS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.221.750,66**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS