

PROCESSO - A. I. Nº 207185.0003/17-2
RECORRENTE - ALUMIFER ALUMÍNIO E FERRO LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0064-04/18
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0345-12/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. OPERAÇÕES DE SAÍDA EFETUADAS COM TRIBUTAÇÃO. EXIGÊNCIA DA MULTA. Excluídos documentos fiscais relativos a operações não destinadas a comercialização. Exigida somente a multa em função do Autuado ter anexado documentos comprovando o pagamento do imposto por ocasião das operações de saídas. Não acolhidos os argumentos de nulidade do lançamento. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/03/2017, em função da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 02.01.01 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, relativo à antecipação parcial, nos meses de março a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$413.654,70, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

A 4ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0064-04/18 (fls. 57 a 64), com base no voto do Relator, a seguir transcrito:

“No presente processo analisa-se a exigência de ICMS no total de R\$413.654,70 a título de falta de pagamento da antecipação parcial do imposto referente ao período de março/2016 a dezembro/2016.

Inicialmente ressalto que neste julgamento a análise dos fatos está circunscrita apenas aos argumentos apresentados pelo autuado em sua peça defensiva, o qual não se pronunciou quanto ao mérito da autuação alegando não conhecer quais os produtos o autuante considerou em seu lançamento.

Assim é que em sua defesa o autuado arguiu a nulidade do lançamento sob a alegação de que o Auto de Infração apresenta graves erros em todos os seus levantamentos e demonstrativos, não se podendo, neste caso, se falar em saneamento dos mesmos, pois com os elementos presentes nos autos não se conhece o montante do débito tributário, bem como a natureza da infração, que são elementos básicos de sustentação do lançamento.

Pontuou também que tais erros não são eventuais, por isso não se adequam à norma prevista pelo § 1º do Art. 18 do RPAF/BA, portanto, acarretam a nulidade do Auto de Infração.

Alegou ainda que da análise dos demonstrativos elaborados pelo autuante, se encontra impossibilitado do exercício da ampla defesa ante a ausência dos seguintes elementos:

- a) falta da indicação das mercadorias alcançadas pela antecipação parcial e o respectivo NCM, para se conhecer do produto e da tributação aplicada;*
- b) falta da indicação da base de cálculo do crédito fiscal de ICMS destacado na nota fiscal de aquisição;*
- c) falta da aplicação da redução de base de cálculo em razão do Termo de Acordo Atacadista;*
- d) falta da indicação da data de entrada da mercadoria no estabelecimento para o período até 31/10/2016.*

Tais argumentos foram rechaçados pelo autuante em sua Informação Fiscal, razão pela qual passo a analisá-los.

Em primeiro lugar não vislumbro nos demonstrativos elaborados pelo autuante, constantes em mídia eletrônica

(CD) entregue ao autuado, erros graves que não sejam passíveis de saneamento, ou mesmo, elementos que impossibilitem o pleno exercício da defesa.

Isto porque os dados constantes das planilhas elaboradas pelo autuante foram extraídos do livro Registro de Entradas do próprio autuado, também constantes das mídias eletrônicas. Importante ressaltar o detalhamento de cada documento fiscal constante nas referidas planilhas, bem como também de grande importância, que os livros e todos os documentos fiscais nele registrados, de onde foram extraídos os dados para a fiscalização, se encontram em poder do autuado, cuja análise pertinente pode ser feita através dos mesmos, obtendo-se facilmente por cada documento fiscal autuado, o tipo da mercadoria, a NCM, e a natureza da tributação aplicada, apontando, se for o caso, os equívocos porventura contidos na autuação.

Estão indicados nas planilhas o valor da operação, o Estado de origem e sua alíquota, o valor do crédito fiscal destacado no documento e o ICMS a ser recolhido, por cada documento fiscal.

Desta maneira não se sustenta a alegação de cerceamento do direito de defesa na medida em que o autuado dispõe de todos os dados e documentos necessários ao exame, porém, assim não procedeu.

A alegação da falta de aplicação da redução da base de cálculo em razão da existência de Termo de Acordo Atacadista, não restou comprovado pelo autuado de ser beneficiário do mesmo e não indicou possível erro de cálculo nos levantamentos elaborados pelo autuante, portanto trata-se de outro argumento não confirmado e que por igual não se sustenta.

No que diz respeito à não adoção até 31/10/2016 da data de entrada da mercadoria no estabelecimento, esta é uma questão que só poderia ser indicada e comprovada pelo próprio autuado, em sua falta, foi adotado corretamente pelo autuante a data do registro no livro fiscal como parâmetro, o que considero aceitável, na medida em que o autuado não apresentou prova em contrário em sua defesa.

Observe que para todo o levantamento foi considerada a data do registro no livro fiscal, situação esta que não trouxe qualquer prejuízo ao autuado, ao contrário, lhe beneficiou.

Por outro lado, assiste razão ao autuado quando questiona as datas de vencimento indicadas no Auto de Infração, como sendo todas no dia 09 do mês seguinte ao da ocorrência, situação esta que vai de encontro ao previsto pelo Art. 332, § 2º do RICMS/BA que assim previa:

Redação dada ao § 2º do art. 332 pela Alteração nº 27, Decreto nº 15.715, de 27/11/14, DOE de 28/11/14, mantida a redação de seus incisos, efeitos de 01/01/15 a 31/10/16:

“§ 2º O contribuinte regularmente inscrito no Cadastro de Contribuinte do ICMS do Estado da Bahia (CAD-ICMS), que preencha cumulativamente os requisitos indicados a seguir, poderá efetuar o recolhimento do imposto por antecipação de que tratam as alíneas “a”, “b” e “c” e o item 2 da alínea “g” do inciso III, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, exceto em relação às operações de importação de combustíveis derivados de petróleo e as operações com açúcar, farinha de trigo, mistura de farinha de trigo, trigo em grãos, charque, jerked beef, enchidos (embutidos) e produtos comestíveis resultantes do abate de aves e gado bovino, bufalino, suíno, caprino e ovino:”

Entretanto, para que essa data prevalecesse (25 do mês subsequente ao da entrada), o regulamento estabelece as seguintes condições:

I - possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da Federação;

II - não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa;

III - esteja adimplente com o recolhimento do ICMS;

IV - esteja em dia com as obrigações acessórias e atenda regularmente as intimações fiscais.

Desta maneira, o Regulamento só prevê como data para pagamento do imposto a título de antecipação parcial duas possibilidades: antes da entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da federação ou do exterior, observado o disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo (inciso III do Art. 332), ou no dia 25 do mês subsequente na forma acima posta.

Em vista disto considero que devem ser alteradas as datas de vencimento das ocorrências indicadas no Auto de Infração do dia 09 para o dia 25, dos meses indicados nos respectivos campos da autuação.

Vejo também que o autuado ao iniciar seus argumentos defensivos questionou o lançamento de ofício para exigência de ICMS relativo à antecipação parcial, sustentando que deveria ser aplicada tão somente a penalidade de 60% prevista pelo § 1º, do Art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Ao meu sentir, este argumento defensivo reflete o reconhecimento pelo autuado de que realmente o imposto não foi pago por antecipação tributária parcial.

Como a aplicação de tal penalidade só se concretiza se, comprovadamente, o sujeito passivo comprovar que efetuou o pagamento do imposto integralmente por ocasião das operações de saídas das mesmas mercadorias, o processo foi convertido em diligência no sentido de que fosse atendida a seguinte solicitação: “Considerando que o autuante em sua Informação Fiscal não acolheu o argumento defensivo sob o argumento de que o autuado não apresentou comprovação de que o imposto fora pago por ocasião das entradas (antecipação) e, de igual forma quando das operações de saídas, decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em Sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, por converter o presente processo em diligência à Infaz de origem no sentido de que o autuante intime o autuado à comprovar que em relação às mercadorias adquiridas através das notas fiscais constantes dos demonstrativos de fls. 07 a 14 destes autos, procedeu a tributação normal do imposto com base no regime normal de apuração”.

Nesse sentido o autuado foi regularmente intimado, (fl. 40,) tendo, à luz do quanto expõe à fl. 47 da sua manifestação, que “apresentou relação de todas as notas fiscais de saídas, por item de mercadoria, indicando a tributação aplicada para cada item. Da mesma forma, apresentou a relação de mercadorias comercializadas por meio de Cupom Fiscal, indicando o totalizador parcial utilizado e a carga tributária efetiva para cada item de mercadoria”.

Examinando o CD de fl. 41, vejo que consta no mesmo um demonstrativo de todas as vendas efetuadas pela empresa através de notas fiscais eletrônicas e cupom fiscal, referente aos exercícios de 2014 a 2016, fato este que não atende ao quanto solicitado pela diligência.

O que se pediu foi que o autuado, com base nas notas fiscais citadas às fls. 7 a 14 dos autos, demonstrasse que as mercadorias nelas constantes tiveram as saídas tributadas normalmente, condição esta de fundamental importância para que o imposto por antecipação parcial, apesar de não recolhido, não fosse exigido através de lançamento fiscal e prevalecesse apenas a penalidade de 60% prevista pelo § 1º do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, conforme pleiteado pelo autuado, porém, não satisfeito pelo mesmo o quanto foi solicitado através da diligência.

Em relação ao pedido de que as intimações e demais notificações relacionadas ao presente processo sejam encaminhadas ao endereço indicado por seu patrono, nada obsta que o mesmo seja atendido, entretanto, ressalto que as intimações referentes ao processo administrativo fiscal atendem ao quanto previsto pelo Art. 108 do RPAF/BA.

Ante todo o exposto e considerando que os argumentos trazidos pelo autuado em sua peça defensiva foram aqui analisados, voto pela procedência do presente Auto de Infração.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 74 a 80), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, no qual alegou que deveria ter sido aplicada tão somente a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II do Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e que o Auto de Infração deve ser considerado nulo, conforme determina o §1º do Art. 18 do RPAF/99, por não ser possível o exercício da ampla defesa, pois os demonstrativos apresentam as seguintes irregularidades:

- a) falta a indicação das mercadorias alcançadas pela antecipação parcial e o respectivo NCM, para se conhecer o produto e a tributação aplicada;
- b) falta a indicação da base de cálculo do crédito fiscal de ICMS destacado na nota fiscal de aquisição;
- c) falta a aplicação da redução de base de cálculo em razão do Termo de Acordo de Atacadista;
- d) falta a indicação da data de entrada da mercadoria no estabelecimento;
- e) os lançamentos de ofício trazem o dia 9 do mês subsequente como o dia de vencimento da obrigação, enquanto a legislação previa o dia 25 do mês subsequente, considerando que estava credenciado.

Informou que somente este último argumento foi acatado na Decisão recorrida e que elaborou demonstrativos com as notas fiscais indicadas pelo Autuante e as notas fiscais de saída, acrescentando os itens de mercadorias e as chaves de acesso das NF-e (Anexos 01 e 05), acostando DANFES de entrada e saída com exemplos de itens de mercadorias (Anexo 06), bem como a relação dos recolhimentos no período (Anexo 07).

Observou que foram considerados itens de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (Anexo 02), em desacordo com o Art. 12-A, §1º, III, da Lei nº 7.014/96, que não foi aplicada a redução de base de cálculo em razão do Termo de Acordo de Atacadista (Anexo 04), e

que foram consideradas as Notas Fiscais nº 544, 547 e 698, cujas operações são de devolução de vendas de mercadorias (Anexo 03).

Declarou que todos os anexos também foram apresentados em CD-R (Anexo 08), já que imprimiu somente as folhas iniciais dos anexos que possuíam muitas páginas, e requereu a nulidade do lançamento.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência do Auto de Infração pela falta de recolhimento da antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização.

O Autuado suscitou a nulidade da autuação alegando a impossibilidade do exercício da ampla defesa pelas seguintes razões que passo a analisar.

Em relação à falta da indicação das mercadorias alcançadas pela antecipação parcial e o respectivo NCM, para se conhecer o produto e a tributação aplicada, bem como da base de cálculo do crédito fiscal de ICMS destacado na nota fiscal de aquisição e da indicação da data de entrada da mercadoria no estabelecimento, constato que não assiste razão ao Autuado.

Conforme o demonstrativo anexado, verifico que ali estão indicados os dados das notas fiscais, especificamente o número, data, valor, unidade federada do remetente, alíquota interestadual, crédito de ICMS e imposto devido, os quais foram obtidos dos documentos registrados no livro Registro de Entradas do próprio Autuado.

Portanto, as mercadorias alcançadas pela antecipação parcial são de conhecimento do Autuado, inclusive o seu NCM, a sua tributação e o valor do crédito de ICMS. O cálculo do imposto devido corresponde à aplicação da alíquota interna sobre o valor total da nota fiscal de aquisição com abatimento do imposto destacado calculado com base na alíquota interestadual. Foram utilizadas as datas de entrada das notas fiscais escrituradas no livro Registro de Entradas.

Assim, não se sustenta a alegação de cerceamento do direito de defesa na medida em que o Autuado dispõe de todos os dados e documentos necessários ao exame da acusação.

No tocante a ser indicado o dia 9 do mês subsequente como o dia de vencimento da obrigação, enquanto a legislação previa o dia 25 do mês subsequente, esta informação já foi devidamente corrigida pela Decisão de piso, não se configurando nulidade porquanto não trouxe prejuízo à defesa do Autuado. Mantenho a Decisão recorrida em relação à alteração efetuada.

Em relação à falta de aplicação da redução de base de cálculo em razão de ser beneficiário do Termo de Acordo de Atacadista, previsto no Decreto nº 7.799/00, entendo se tratar de questão de mérito que será avaliada oportunamente ainda neste voto.

Diante do exposto, afasto as nulidades arguidas por constatar que os atos foram praticados por servidores competentes e o lançamento contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, sem ocorrência de ilegitimidade passiva nem de decisões não fundamentadas ou proferidas com preterição do direito de defesa.

No mérito, o Autuado alegou que deveria ter sido aplicada tão somente a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II do Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e a redução de base de cálculo em razão de ser beneficiário do Termo de Acordo de Atacadista, previsto no Decreto nº 7.799/00, além de que foram considerados indevidamente algumas notas fiscais e algumas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Quanto à exclusão das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, entendo que não se aplica ao presente caso, tendo em vista que a legislação deve ser interpretada de forma sistemática.

Tal exclusão perpetrada pela legislação pertinente à antecipação parcial, o Art. 12-A, §1º, III, da

Lei nº 7.014/96, se deve ao fato de que as mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por antecipação ou substituição tributária que encerre a fase de tributação, são tributadas no momento da aquisição pelo próprio adquirente ou, caso exista acordo interestadual, pelo remetente.

A intenção do legislador foi evitar a exigência de imposto de mercadorias que não possuiriam uma tributação posterior, tais como as hipóteses de isenção ou não incidência, previstas nos incisos I e II do mesmo dispositivo legal. Vale ressaltar que a intenção da implantação da antecipação parcial foi equalizar a tributação nas aquisições interestaduais com as operações internas.

No momento em que o Autuado requereu e obteve Termo de Acordo para assumir a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, concedido pelo Parecer DPF/GECEs nº 8.912/2014 (fl. 108), as suas aquisições deixaram de ser submetidas ao referido regime de substituição tributária, incidindo a antecipação parcial.

Por outro lado, a mesma lógica deve ser aplicada em relação ao Autuado ser beneficiário da redução de base de cálculo do Termo de Acordo de Atacadista, previsto no Decreto nº 7.799/00. O Autuado faz jus à aplicação da mesma carga tributária sobre a antecipação parcial, devendo ser observado o disposto no §3º do Art. 268 do RICMS/12, transcrito a seguir:

“§3º As reduções de base de cálculo para as operações internas, previstas neste artigo e nos arts. 266 e 267, deverão ser consideradas na apuração da antecipação parcial devida nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, exceto em relação à hipótese prevista no inciso VI do art. 267.”

Embora tal dispositivo não se refira expressamente ao Decreto nº 7.799/00, a correta interpretação deve ser efetuada neste sentido, com a aplicação do percentual de redução de 41,176% às aquisições interestaduais.

Ressalto que este entendimento está publicado no item 20 da área de perguntas e respostas sobre antecipação parcial na aba de “Legislação e Conselho da Fazenda” do sítio da Sefaz na internet.

Excluo as Notas Fiscais nº 544, registrada em 27/04/2016, 547, registrada em 29/04/2016, e 698, registrada em 29/07/2016, cujas operações são de devolução de vendas de mercadorias, por não serem operações sujeitas à antecipação parcial (fls. 143 e 144), reduzindo os valores de R\$234,64 e R\$48,62 nos respectivos meses de abril e julho de 2016.

Verifico que o Autuado demonstrou o recolhimento do imposto nas saídas das suas mercadorias, conforme demonstrativo constando os documentos fiscais, incluindo itens de mercadorias e as respectivas chaves de acesso (Anexos 05 e 08 – fls. 110 a 112 e 125), e os extratos de recolhimento ocorridos em todo o período autuado (Anexos 07 e 08 – fls. 121 a 123 e 125).

Assim, também concluo pela dispensa da exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação parcial, com aplicação somente da penalidade prevista na alínea “d” do inciso II do Art. 42 da Lei nº 7.014/96, conforme previsto no §1º do mesmo diploma legal, *in verbis*:

“§1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II;”

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário de forma a julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, com dispensa do ICMS e aplicação somente da multa no valor de R\$149.122,28, conforme demonstrativo anexo resumido a seguir:

Data Ocorrência	Data Vencimento	ICMS (AI)	ICMS (após exclusões)	Multa (60%)
31/03/2016	25/04/2016	36.576,64	21.779,55	13.067,73
30/04/2016	25/05/2016	32.782,45	19.145,77	11.487,46
31/05/2016	25/06/2016	30.595,33	17.997,25	10.798,35
30/06/2016	25/07/2016	43.175,32	25.397,25	15.238,35
31/07/2016	25/08/2016	70.785,73	41.610,06	24.966,04
31/08/2016	25/09/2016	38.544,19	22.673,05	13.603,83

30/09/2016	25/10/2016	53.094,07	31.243,14	18.745,88
31/10/2016	25/11/2016	23.311,54	18.814,93	11.288,96
30/11/2016	25/12/2016	38.916,85	22.892,27	13.735,36
31/12/2016	25/01/2017	45.872,58	26.983,87	16.190,32
Valor Total		413.654,70	248.537,14	149.122,28

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207185.0003/17-2**, lavrado contra **ALUMIFER ALUMÍNIO E FERRO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa percentual no valor de **R\$149.122,28**, prevista no art. 42, II, “d”, c/c §1º da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS