

PROCESSO
AUTUADA
AUTUANTE
ORIGEM
PUBLICAÇÃO

- A. I. 211841.3054/16-0
- RVJ COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA. - ME
- CARLOS LUIZ DA LUZ EVANGELISTA
- INFAS ILHÉUS
- INTERNET 26.02.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0009-02.18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO NA CONDIÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO. De acordo com o artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, independente do regime de apuração, o contribuinte tem o dever jurídico de efetuar a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Infração subsistente. Não acolhidas as preliminares suscitadas.

Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 25 de setembro de 2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$135.245,84, além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **07.21.03.** Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de junho a setembro de 2016.

Tempestivamente, a autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 16 a 21, onde argui em sua defesa, no qual argumenta que o lançamento não pode prosperar, por não conter elementos que justifiquem com clareza e com segurança os levantamentos apresentados nos anexos que foram entregues como contidos no presente Auto de Infração, tendo em vista que, o preposto fiscal fez a entrega das cópias do Auto faltando a Planilha Original que é a peça básica referente ao levantamento da Antecipação Parcial cobrada no referido Auto de Infração, posto que, não consta que tipo de mercadoria está sendo o objeto de autuação, não especifica a mercadoria, dificultando a defesa, pois simplesmente o preposto fiscal, cita simplesmente como fatos que a empresa deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referentes às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, o que se constitui em uma falta grave tendo em vista o que a falta da entrega da Planilha Principal contendo os cálculos da Antecipação Parcial sem os demonstrativos das Notas Fiscais, caracterizam o cerceamento ao Direito de Defesa e dificulta o entendimento da ação fiscal para os contribuintes e o fato de que podem haver nesse meio mercadorias que estariam no período fiscalizado sujeitos ao Regime de Substituição Tributária e não sob o regime de Antecipação Parcial ou ao contrário, principalmente no Estado da Bahia que inclui em um período uma mercadoria e depois retira e passa para outro regime de tributação.

Diz que em função da acusação, requer um estudo minucioso, profundo no referido Auto de Infração, e, portanto, falta a devida clareza como a Legislação do ICMS em vigor exige e requer, porquanto, simplesmente o fiscal não relaciona os tipos de mercadorias na planilha que foram entregue como sendo a do presente Auto ou seja só entregou a Planilha resumo anual/mensal da

Antecipação Parcial pelos valores das aquisições sem citar os números das notas fiscais etc., cerceando o seu direito de defesa, uma vez que todo o contribuinte tem o direito de receber antes de qualquer Notificação ou Autuação Fiscal a intimação fiscal para apresentação das Notas Fiscais para fins de conferencia, a fim de verificar se realmente efetuou o pedido junto aos fornecedores e caso se constate que não efetuou algum pedido, teria o tempo necessário para prestar o devido registro de queixa na Delegacia de Polícia, antes mesmo da lavratura do Auto de Infração, e dessa forma seria uma maneira de se evitar futuras questões judiciais, tendo sido informado pela Associação Comercial e pelos Contadores que as intimações para apresentação de documentos fiscais ou livros, podem ser de várias maneiras, ou seja: por edital publicado no Diário Oficial quando não se encontra o contribuinte ou pelos Correios ou por intimação presencial quando o mesmo se encontra no estabelecimento.

Diante de tais fatos, entende estar o presente Auto de Infração lavrado eivado de nulidade, ou se esse não for o entendimento deste Órgão, seja julgado totalmente improcedente, até mesmo por questão de justiça, pois em verdade originou-se de erros e falhas nos levantamentos realizados, o que, portanto revela o cometimento de uma flagrante injustiça contra a autuada, além de afrontar as próprias normas regulamentares pertinentes ao tributo estadual, sendo a autuação realizada de forma imprecisa e o mais grave é que o preposto fiscal efetuou nova fiscalização do mesmo período feito por outro preposto do Fisco e acredita que cobrou em duplicidade o período de 01 de janeiro a 19 de setembro de 2016, período em que foi feito outro Auto de Infração pelo preposto fiscal Jorge Faustino dos Santos de igual teor que acredita que sejam referentes as mesmas notas fiscais, (ainda não tem certeza), face ao período fiscalizado ser o mesmo, pois não recebeu a cópia do Demonstrativo da Planilha Principal de Antecipação Parcial por notas fiscais na presente autuação, apenas a cópia do resumo mensal do Auto de Infração, o que se trata de fragrante cerceamento do seu direito de defesa sendo dever do Fisco, fornecer a cópia do levantamento principal que contém todas as informações das notas fiscais e de tudo que foi objeto na presente autuação para verificar com precisão se as notas fiscais foram cobradas dentro das normas previstas na Legislação em vigor.

Argumenta, ainda, saber que errar é humano e normal, bem como, sabe existirem trabalhos realizados dentro das normas estabelecidas rigorosamente pela SEFAZ, onde o servidor entrega ao contribuinte CD contendo cópias de todas as planilhas efetuadas na realização do seu trabalho quando da efetiva entrega e assinatura do respectivo Auto de Infração, o que não ocorreu na presente autuação.

Lembra que na mesma data, foram lavrados dois Autos de Infração: o de número 2118413054/16-0 que é o da presente Ação Fiscal referente à Antecipação Parcial e outro de número 2118413055/16-7 referente a Antecipação Tributária, sendo que o Preposto Fiscal em ambos os processos, não fez a entrega das referidas Planilhas de Cálculos, peça básica para que seja efetuada uma defesa justa e abalizada, cerceando em ambos os processos o seu direito de defesa.

Informação fiscal prestada pela autuante às fls. 24 a 27 aponta, após breve relato dos argumentos defensivos, ser descabida a alegação do autuado quando requer a improcedência do Auto de Infração alegando falta de entrega da planilha de cálculos e dos levantamentos contendo as notas fiscais, sem juntar documentos comprobatórios de suas alegações, nem apresentar pagamento algum referente ao período fiscalizado.

Após transcrever o teor do artigo 26, inciso IV do RPAF/99, acerca do início da ação fiscal, esclarece ter realizado o devido levantamento com base em Notas Fiscais Eletrônicas, referente às aquisições interestaduais feitas pelo autuado no período de 01 de janeiro a 19 de setembro 2016.

Fala, igualmente que de forma clara e precisa, o demonstrativo 02 ANTECIPAÇÃO PARCIAL (fl. 13 da mídia entregue em CD) mostra todo o detalhamento das Notas Fiscais objeto do lançamento, como número, Unidade da Federação de origem, data, tipo de mercadorias, alíquota de origem/carga tributária tolerada, alíquota interna /aplicada, crédito fiscal, imposto devido, etc. Já os demonstrativos 1.1 (fl.10) e 2.1 (fl. 11) mostram pagamentos constantes nos sistemas INC e

SIGAT da SEFAZ/BA, valores já lançados em Autos de Infração, Notificações Fiscais, Denúncias Espontâneas e Débitos Declarados.

Afirma constarem devidamente juntados ao presente Auto de Infração (fl. 13 CD mídia) DANFES das NF-e e Demonstrativo respectivo, disponibilizados em meio eletrônicos, conforme CD mídia anexa.

Quanto à falta de pagamento da antecipação parcial/total pelo autuado, assevera que a antecipação parcial se constitui na antecipação de parte do imposto, que não encerra a fase de tributação da mercadoria, e é calculado aplicando-se a alíquota interna sobre o valor da operação constante no documento fiscal de aquisição, excluindo-se do valor obtido o crédito fiscal destacado. Quando se tratar de empresa optante do Simples Nacional, o imposto será calculado na forma prevista no artigo 321, inciso VII, “b” do RICMS/BA, em que se cobrará a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo a antecipação parcial do imposto está relacionada às aquisições interestaduais de mercadorias que são destinadas a comercialização pela empresa, tendo como fato gerador as entradas interestaduais para comercialização, inclusive a título de transferência entre estabelecimentos da mesma empresa. Conforme preceitua o artigo 12-A da Lei 7.014/96.

Garante que até tal momento, não constava no sistema SEFAZ qualquer pagamento realizado pelo autuado, referente às aquisições interestaduais durante todo o período do corrente ano, conforme extrato de pagamento anexo (fls. 27 e 28), configurando, entretanto, que o autuado realiza operações interestaduais sem preocupar-se em recolher ICMS devidos por antecipação parcial e/ou total.

Aponta ter a empresa autuada realizado operações de compra de mercadorias em outros estados no período de janeiro a setembro de 2016 conforme demonstrativo e NF-es acostado ao processo nas fls. 10, 11, 12 e 13, não efetuando os pagamento do ICMS referente a antecipação parcial e total devidos nas aquisições interestaduais.

Conclui, ter o sujeito passivo adquirido mercadorias em outra unidade da federação no período referido, sem o devido pagamento do ICMS referente à antecipação tributária parcial e/ou total, conforme o disposto no artigo 332 inciso III alínea “a” e “b” do RICMS/BA, o que o leva a requerer a procedência do lançamento.

Distribuído para instrução, o feito, diante da arguição de cerceamento de defesa, por não ter recebido os demonstrativos atinentes à infração, (fl. 31), a fim de que fossem entregues ao sujeito passivo todas as planilhas elaboradas na autuação e que serviram de base para o lançamento, com reabertura de prazo de defesa em sessenta dias.

Em atendimento ao quanto solicitado, foram entregues em 20 de setembro de 2017 na forma do documento de fl. 35, não somente as planilhas, bem como mídia ao sujeito passivo, de forma pessoal.

Todavia, decorrido o prazo concedido para apresentação de nova defesa, não houve qualquer nova manifestação do contribuinte.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, devidamente impugnada pela empresa autuada, conforme acima relatado.

Pontuo, inicialmente, atender o Auto de Infração aos requisitos legais, estando presentes todos aqueles exigidos na norma para a sua validade, especialmente aqueles constantes dos artigos 18 e 39 do RPAF/99.

Desta forma, não podem prosperar os argumentos defensivos relativos à nulidade, uma vez que a empresa foi devidamente comunicada da realização da auditoria, diante do Termo de Início de fiscalização constante à fl. 06, o qual, na forma do artigo 108 e seguintes do RPAF/99, foi dado

conhecimento de forma pessoal ao sujeito passivo na pessoa de seu preposto, descabendo, pois, qualquer alegação neste sentido.

Assim, se num primeiro momento o autuado não teve acesso aos dados relativos à autuação, diante da mídia encartada no CD de fl. 13 se encontrar em branco, conforme se constata, tal fato foi devidamente sanado através da realização de diligência de fl. 31, a qual foi devidamente cumprida à fl. 35, com a entrega ao sócio administrador da empresa de nova mídia em CD, além de todos os documentos relativos à infração apurada, com reabertura do prazo para apresentação de nova defesa.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do teor da acusação, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitessem a instalação do contencioso, mediante a realização da diligência acima enunciada.

Da mesma maneira, verifico que do relatório de arrecadação constante à fl. 07, não houve, no exercício de 2016, qualquer recolhimento a título de ICMS no período, como de antecipação parcial, muito embora a própria autuada não negue a aquisição no referido ano, de mercadorias para co

Também não foi comprovado que os valores ora lançados já haviam figurado em autuação anterior, sendo lícito, desde que respeitado o prazo decadencial, a realização de ação fiscal a qualquer tempo, para apuração e constatação de infração à legislação tributária, nos termos do artigo 142 do CTN.

Logo, foram atendidos os princípios do Processo Administrativo Fiscal, especialmente os do Contraditório e Ampla Defesa, não restando ao julgador outra saída, que não seja a rejeição das preliminares.

No mérito, a legislação tributária do Estado, estabelece como regra geral, que nas entradas de mercadorias no território da Bahia, os contribuintes possuem a obrigação de recolher a título de antecipação tributária, o ICMS. Esta regra está insculpida no artigo 12-A da Lei 7.014/96:

“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

Por outro lado, o artigo 17, § 1º da mesma Lei, determina que a base de cálculo para o recolhimento do imposto integra o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, bem como o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição; frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado, e em relação ao IPI, o parágrafo 2º do mencionado artigo 17, estipula que não integra a base de cálculo do ICMS o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes é relativa a produto destinado a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, configurar fato gerador de ambos os impostos.

O fato de a autuada encontrar-se na condição de empresa optante pelo regime de apuração do Simples Nacional me leva a fazer algumas observações adicionais:

Tal regime se caracteriza pelo recolhimento dos tributos abrangidos mediante documento único de arrecadação, o denominado DAS, bem como pelo fato de haver disponibilização às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte de sistema eletrônico para a realização do cálculo do valor mensal devido, geração do DAS e, a partir de janeiro de 2012, para constituição do crédito tributário, exigindo a apresentação de declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, sendo concedido prazo para recolhimento do DAS até o dia 20 do mês subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta.

Pertinente mencionar o fato de que a implementação de tal sistema deu-se através da promulgação da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, passando a produzir os seus efeitos a partir de 01 de julho de 2007.

A mesma determina no artigo 13, como deve ser efetivado pelo contribuinte inscrito no SIMPLES NACIONAL o seu recolhimento:

"Art. 13:

(...)

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

(...)

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;"

Esta é a base legal para que o Estado da Bahia possa, através de sua fiscalização tributária, realizar a cobrança de antecipação parcial para as empresas optantes daquele regime de tributação, vez que tal sistemática não implica em encerramento da fase de tributação.

Ou seja: em relação a antecipação parcial, incide a regra geral de apuração e recolhimento de todos os contribuintes, independentemente do regime pelo qual optaram, obedecendo a legislação posta, especialmente os artigos 12-A e 17 da Lei 7.014/96, já mencionados linhas acima.

O sujeito passivo, de posse dos elementos em relação aos quais havia reclamado não ter acesso para poder se defender de forma ampla, tendo recebido os demonstrativos e demais elementos que possibilitassem enfrentar a acusação, podendo trazer ao feito os elementos que dispusesse para tal, não fez qualquer impugnação objetiva ao lançamento, cabendo, desta forma, a aplicação do disposto nos artigos 140 e 142 do RPAF/99, segundo os quais, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas, e a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, respectivamente.

Assim, diante da fragilidade, quando não ausência dos argumentos defensivos, além da falta de comprovação de ter adimplido com a sua obrigação em recolher a antecipação parcial a que estava obrigado o contribuinte, julgo o Auto de infração procedente, na sua inteireza.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 211841.3054/16-0 lavrado contra **RVJ COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.-ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$135.245,84**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2018.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO /RELATOR

MARCELO MATTEDE E SILVA - JULGADOR