

A. I. Nº - 210371.0060/15-9
AUTUADO - NOVA DISTRIBUIDORA DO SABOEIRO – EIRELI - ME
AUTUANTE - BARTOLOMEU BRAGA ROSA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 16.07.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0107-04/18

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. Revisão fiscal levada a efeito pelo próprio autuante, com base nos argumentos e demonstrativos apresentados pelo autuado, excluiu do lançamento parcela substancial da exigência por se tratar de mercadorias não listadas no rol da substituição tributária. Infração parcialmente subsistente. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Autuante refez os levantamentos considerando a inclusão das notas fiscais que não se encontravam sujeitas a antecipação tributária integral e que foram segregadas da infração 01. Impossibilidade de majoração do lançamento. Mantida a exigência fiscal no valor original com a recomendação de que através de novo procedimento fiscal seja exigida a parcela não alcançada pelo presente lançamento e cujo o débito foi reconhecido pelo autuado, devendo ser observado o prazo decadencial. Não acolhida a arguição de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência teve sua expedição ocorrida em 18/05/2016 objetivando reclamar crédito tributário na ordem de R\$159.266,59 em face das seguintes acusações:

Infração 01 – 07.21.01: *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado”*. Valor lançado R\$128.149,84. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 07.21.03: *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado”*. Valor lançado R\$31.116,75. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Cientificado do lançamento, o autuado, por intermédio de seu patrono, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 27 a 52, aduzindo, em síntese o que passo a mencionar.

Inicialmente arguiu a nulidade do Auto de Infração alegando cerceamento ao seu direito de defesa vez que não lhe foram apresentados demonstrativos em formato editável, conforme determina o Art. 8º, § 3º, além da norma prevista pelo Art. 28, § 4º, inciso II, ambos do RPAF/BA.

No mérito, após algumas incursões em normas tributárias, pontuou que a presente ação fiscal não observou o que determina a legislação, visto que o RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780/2012, menciona que apenas os produtos descritos no Anexo I encontram-se sujeitos ao regime de substituição tributária nas operações internas, situação esta não observada pelo autuante, pontuando, ainda, que os produtos que não se enquadrem na descrição especificada no Anexo I, ainda que apresentem a mesma classificação na, "Nomenclatura Comum do Mercosul", (NCM), não estão sujeitos a substituição tributária, sendo necessário ter um código de oito dígitos para identificar a natureza das mercadorias, que além de facilitar a coleta e análise das estatísticas do comércio exterior, indicam o regime de tributação a ser aplicado, destacando, ainda, que o referido anexo informa quais as mercadorias que estão sujeitas a substituição tributária; se existe um acordo interestadual em relação àquela mercadoria, se é um Convênio ou Protocolo e os Estados que participam; as margens de valor agregado (MVAs) utilizadas nas aquisições interestaduais de Estados signatários do acordo interestadual; as MVAs utilizadas nas aquisições interestaduais de Estados não signatários do acordo interestadual e as MVAs utilizadas nas operações internas.

Disse que, com isso, não havendo a coincidência de ambos os elementos: descrição da mercadoria e classificação fiscal (NCM), a mercadoria não está sujeita ao regime de substituição tributária, sendo, portanto, indevida a cobrança, conforme o demonstrativo da Infração 01, anexo ao auto de infração.

Para consubstanciar seus argumentos, apresentou uma planilha intitulada lista das entradas não sujeitas à substituição tributária, anexa à presente peça de defesa, discriminando todas as mercadorias incluídas indevidamente pelo autuante na planilha de antecipação tributária, destacando, inclusive, no campo "MOTIVO DA EXCLUSÃO DO LEVANTAMENTO" as causas de exclusão de cada item excluído do levantamento.

Por igual, cita que também elaborou planilha de cálculo da antecipação parcial, também anexa, onde discrimina todos os produtos sujeitos a antecipação parcial e os respectivos débitos levantados mês a mês, desde o exercício de 2012 até 2014, com os valores que reconhece como devidos.

Em relação a infração 02, cita que o autuante não observou a redução no cálculo da antecipação parcial apenas para as ME comercial, optante ou não pelo Simples Nacional, no percentual de 60% (sessenta por cento), sobre as aquisições interestaduais, efetuadas diretamente de estabelecimentos industriais, prevista no art. 273 do RICMS/BA, Dec. 13.780/12, foi revogada pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos a partir de 01/01/16, sendo que no período abrangido pelo levantamento, de 01/09/2012 a 31/12/2014, o dispositivo ainda vigorava, portanto, faz jus à redução.

Ao final, pugna pela nulidade do Auto de Infração ou pela sua Procedência Parcial.

Às fls. 36 a 40 o autuado apresenta planilha listando as notas fiscais que argui não se encontrarem sujeitas a substituição tributária, com a motivação da não inclusão, as quais foram indevidamente incluídas no lançamento pelo autuante, sendo que, às fls. 41 e 42, apresenta um resumo do montante que considera como devido.

Por igual, às fls. 43 a 52, apresentou planilhas relativas a antecipação parcial, infração 02.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 60 a 61, destacando que apresentou demonstrativos às fls. 10 a 13 em papel e que utilizou o sistema de apuração PRODIF, entregando ao autuado mídia eletrônica em CD-R com todos os demonstrativos e planilhas, conforme comprova o Recibo de Recepção de Arquivos Eletrônicos, fls. 19 e 20. Assim considera descabível o argumento de nulidade apresentado pelo autuado.

No mérito, considera os argumentos da defesa meramente protelatórios visto que todos os produtos apurados encontram-se na substituição tributária.

Pugna pela Procedência do Auto de Infração.

Em 28/09/2016, o processo foi convertido em diligência à Infaz de origem, nos seguintes termos:

Consta do presente Auto de Infração duas acusações: a primeira relacionada a falta de pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária no valor de R\$128.149,84 e a segunda falta de pagamento da antecipação parcial no valor de R\$31.116,75.

O autuado, em relação a infração 01 sustenta que o autuante não observou o mandamento previsto pelo RICMS/BA que determina que apenas os produtos descritos em seu Anexo I estão sujeitos a substituição tributária nas operações internas, pontuando ainda que se considera que a mercadoria está enquadrada na substituição tributária quando sua NCM e a sua descrição coincidem com a NCM constante do referido anexo.

Neste contexto, elaborou uma planilha de cálculos, fls. 36 a 41, onde listou uma série de entradas de mercadorias que, ao seu entender, não estão sujeitas à substituição tributária, as quais solicita sua exclusão do lançamento tributário, enquanto que às fls. 41 e 42 apresentou demonstrativo com as notas fiscais que considera incluídas na ST.

Quanto a infração 02, que trata de falta de pagamento do imposto a título de antecipação parcial, o autuado apresentou à fl. 43 um demonstrativo com notas fiscais que, ao seu entender, não estão sujeitas a antecipação parcial.

Tendo em vista que os argumentos defensivos acima sintetizados não foram enfrentados de forma objetiva pelo autuante e, considerando, ainda, a norma estabelecida pelo Art. 127, § 6º do RPAF/BA, abaixo transcrita:

§ 6º A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação.

Decidiu esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, por converter o presente PAF em diligência à INFRAZ de origem no sentido de que o autuante analise os demonstrativos citados acima, fls. 36 a 41 (infração 01) e fl. 43 (infração 02) à luz dos argumentos defensivos, examinando cada documento fiscal neles constantes e se posicione de forma fundamentada em relação a cada um.

Solicita-se que caso sejam processadas exclusões, deverá ser elaborado novo demonstrativo de débito, para ambas as infrações. Em caso de manutenção pede-se que também fundamente e justifique a manutenção de forma individualizada, se for o caso.

Deverão o autuado e seu patrono, serem cientificados deste pedido de diligência e do seu resultado, oportunidade em que deverá ser concedido o prazo de 10 (dez) dias para manifestação.

Após conclusos, os autos deverão retornar ao CONSEF para os fins da sua alçada.

Em atendimento, o autuante se pronunciou às fls. 67 e 68, aduzindo que reanalisando os fundamentos da defesa, acatou os demonstrativos de fls. 36 a 41 e 43, entregues em mídia magnética, com todas as planilhas que foram elaboradas.

Acrescentou que analisando minuciosamente o tanto quanto requerido pelo autuado, concorda, em parte, com suas alegações, partindo do pressuposto que os produtos concernentes ao fato gerador não estão listados na antecipação tributária, todavia, tais produtos estão incluídos na incidência da antecipação parcial, devendo, sob esta égide, serem tributados.

Com esse entendimento, concluiu que a infração 01 passa para o valor de R\$1.341,66 enquanto que a infração 02 passou para o valor histórico de R\$79.142,40. Juntou planilhas.

Cientificado do resultado da diligência, o autuado se pronunciou, fls. 81 a 87, onde, preambularmente voltou a arguir a nulidade do lançamento pelos mesmos motivos já apresentados anteriormente, e, no mérito, destacou que o autuante apesar de ter concordado em parte com suas alegações defensivas, houve uma mudança radical na imputação pois, antes os produtos se encontravam listados na antecipação tributária, entretanto, após a informação fiscal, tais produtos passaram a ter incidência da antecipação parcial, o que, ao seu entender, não é possível.

Destacou, ainda, que deve ser observada a redução do cálculo do imposto no percentual de 60% para efeito de cálculo da antecipação parcial para as microempresas optantes ou não pelo Simples Nacional nas operações interestaduais efetuadas diretamente a estabelecimentos industriais, condição esta prevista pela legislação tributária vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

Diz que ainda observou inconsistências no levantamento promovido pelo autuante, tais como, lançamento em duplicidade e cobrança de antecipação parcial sobre bens destinados ao Ativo Imobilizado, conforme demonstrado na lista das entradas não sujeitas à antecipação parcial, anexa ao presente.

Às fls. 88 a 100 juntou planilha de cálculo da antecipação tributária parcial que entende como devidos, isto é, valor apurado como devido R\$79.210,03, do qual excluída a redução no percentual de 60% (R\$36.903,13), remanesce a parcela devida na ordem de R\$42.306,90, fl. 100.

O autuante voltou a se pronunciar, fls. 105 e 106, citando que em relação ao argumento trazido em preliminar pelo autuado apresentou demonstrativos, às fls. 69 a 72 em papel e que utilizou o sistema de apuração PRODIF, e entregou ao autuado mídia em CD-R com todos os demonstrativos e planilhas, fls.73. Desta maneira, sustenta que não prevalecem os argumentos do autuado.

Cita que no tocante a alteração de substituição tributária para antecipação parcial, foi corrigido e apresentado novos demonstrativos e anexados as fls. 69 a 72 como citado na preliminar, justificando a mudança no valor do débito.

Afirma que não procede o argumento de que não foram analisados os pontos de forma pormenorizada, visto que, tal situação já ocorreu na informação fiscal anterior.

Quanto a infração 02, menciona que não foi dada a redução de 60% pois não é cabível já que a antecipação parcial não foi paga no pra regulamentar.

Quanto a alegação de duplicidade das notas fiscais citadas na lista das entradas não sujeitas a antecipação parcial, fls. 101, diz que acata a alegação da defesa, devendo ser excluídas da base de cálculo as notas fiscais impugnadas.

Conclui requerendo o não acatamento da preliminar invocada, e, no mérito, “*impugna algumas razões de defesa*”, retificando o valor da autuação, deduzindo as duplicidades e as aquisições relacionadas ao material do ativo imobilizado, pugnano pela Procedência Parcial do Auto de Infração

Em 25/05/2017 o PAF foi convertido, mais uma vez, em diligência à Infaz de origem nos seguintes termos:

O presente PAF foi encaminhado para realização de diligência fiscal pelo autuante na forma consignada à fl. 64.

Após a realização da mesma pelo autuante, fls. 67 a 72, o autuado se insurgiu em relação ao seu resultado, tendo, nessa oportunidade, apresentado uma série de planilhas de cálculos visando robustecer seus argumentos.

Ao se pronunciar acerca das mesmas, o autuante, em relação as questões preliminares, pontuou: “Portanto, para se evitar novas atitudes protelatórias por parte do contestante, se o E. CONSEF, entender devido, que se nomeie fiscal estranho ao feito para dirimir eventuais divergências...”. (grifo não original).

Quanto ao mérito, assim se posicionou o autuante: “Diante da alegação de duplicidade das notas fiscais citadas na LISTA DAS ENTRADAS NÃO SUJEITAS A ANTECIPAÇÃO PARCIAL fls. 101 este autuante acata a alegação do contestante, devendo ser excluído da base de cálculo as notas fiscais impugnadas”. (grifo não original).

E conclui em relação ao mérito: “...Impugna algumas razões de defesa, retificando o valor da autuação anterior, deduzindo agora das duplicidades, e do material do ativo imobilizado das notas fiscais citadas na LISTA DAS ENTRADAS NÃO SUJEITAS A ANTECIPAÇÃO PARCIAL fls. 101, clamando pela Procedência Parcial do Auto de Infração...”.

Diante das questões postas acima, onde restou patente a falta de liquidez na manifestação do autuante, fls. 106, pede-se que este adote as seguintes providências:

- a) Que enfrente pontualmente as questões trazidas em preliminar pelo autuado em sua manifestação;*
- b) Elabore demonstrativo indicando e excluindo as notas fiscais relativas a duplicidades, material para o ativo imobilizado e aquelas não sujeitas a antecipação parcial, enfrentando todos os argumentos defensivos;*
- c) Ao final que sejam elaborados novos demonstrativos de débito, por cada infração.*

O autuado deverá ser cientificado do resultado da diligência, com concessão do prazo regulamentar para manifestação.

Ao final. Retorne-se os autos ao CONSEF para conclusão da instrução e posterior diligência.

Em atendimento o autuante se pronunciou às fls. 115 e 116, donde se extrai, em síntese, que apresentou demonstrativos, às fls. 69 a 72 em papel e utilizou o sistema de apuração PRODIF, e entregou novamente mídia CD-R com todos os demonstrativos e planilhas, fls. 73, portanto não prevalece o argumento do autuado, citado em sua segunda defesa, fl. 83.

Pontua que o autuado alega uma pretensa nulidade, com preterição ao direito de defesa, e tenta induzir os julgadores ao erro, entretanto, todas as formalidades foram cumpridas, demonstrativos anexos, intimações devidas, em nada ofendendo o disposto no artigo 18 do RPAF.

No mérito enaltece que a alteração de substituição tributária para antecipação parcial, foi corrigido e apresentado novos demonstrativos e anexados as fls. 69 a 72, justificando a mudança no valor do débito.

Quanto a infração 02, cita que não cabe a redução de 60% pois a antecipação parcial não foi paga, porém acolhe as alegações defensivas devendo ser excluído da base de cálculo as notas fiscais impugnadas.

Às fls. 117 e 118, apresenta planilha resumo onde aponta como valor devido para a infração 01 a quantia de R\$1.341,66, enquanto para a infração 01 indica como devido a quantia de R\$78.681,70.

Às fls. 121 a 125 constam documentos relacionados as intimações encaminhadas ao autuado e ao seu patrono para se manifestarem acerca do resultado da última diligência, entretanto não consta dos autos pronunciamento efetuado pelos mesmos.

VOTO

Consta destes autos a indicação de duas infrações atribuídas ao autuado, inscrito na condição de empresa de pequeno porte, optante pelo regime do Simples Nacional: a primeira versa sobre falta de pagamento do ICMS por antecipação tributária onde foi lançado o valor de R\$128.149,84, enquanto que a segunda infração trata de falta de pagamento de antecipação parcial no total de R\$31.116,75, totalizando o lançamento o montante de R\$159.266,59.

O autuado arguiu a nulidade do lançamento sob a alegação de que houve cerceamento ao seu direito de defesa na medida em que o autuante não lhe entregou os demonstrativos dos levantamentos realizados em formato editável, em afronta ao disposto pelo Art. 8º, § 3º e Art. 28, VI, § 4º, II, ambos do RPAF/BA.

Este PAF foi objeto de duas diligências, tendo o autuante, em sua segunda intervenção nos autos, informado que foi novamente entregue ao autuado CD com todas as planilhas elaboradas para respaldar o lançamento. Neste sentido, vejo que não ocorreu o pleiteado cerceamento ao direito de defesa na medida em que o autuado, com base nas planilhas elaboradas pelo autuado, refez os demonstrativos, de forma analítica, apontando os equívocos cometidos pelo autuado e as parcelas que considera devidas, em ambas as infrações. Em vista disto, não acolho o pedido de nulidade do Auto de Infração.

Adentrando ao mérito do lançamento, infração 01, vejo que o lançamento decorrente de falta de pagamento do imposto por antecipação tributária, onde se exige a quantia de R\$128.149,84, enquanto que na infração 02 se exige a quantia de R\$31.116,75 a título de antecipação parcial.

O autuado, ao analisar o levantamento elaborado pelo autuante, confeccionou uma lista de notas fiscais de entradas cujas mercadorias não estão sujeitas a substituição tributária, fls. 36 a 41, onde de forma pormenorizada detalha todas as operações que foram indevidamente incluídas pelo autuante em seu lançamento, com indicação da data da nota fiscal, número, origem, mercadoria, CFOP, NCM e o motivo da não inclusão na substituição tributária, reconhecendo, ao final, como devido a quantia de R\$1.502,87, na forma indicada à fl. 42.

Apresentou, ainda o autuado, em relação a infração 02, uma lista de mercadorias que não estão sujeitas a antecipação parcial, fl. 43, enquanto que, a partir das fls. 44 a 50, elaborou uma planilha de cálculo da antecipação parcial que considera devida, juntando às fls. 51 e 52, um resumo dos cálculos, onde aponta um débito total na ordem de R\$30.259,54, do qual, após indicar o valor de R\$9.479,48 a título de redução utilizando percentuais de 60% e de 20%, reconheceu, ao final, a quantia de R\$20.780,07 como a efetivamente devida.

Em sua Informação Fiscal o autuante manteve na íntegra a exigência fiscal, afirmando que as mercadorias citadas pelo autuado se encontram no rol da substituição tributária, enquanto que, em relação a infração 02, nenhuma redução é devida pois o imposto não foi pago no prazo regulamentar.

Entretanto, em atendimento a segunda diligência fiscal solicitada, o autuante modificou seu entendimento, afirmando que ao reanalisar os fundamentos da defesa, acolheu os demonstrativos por ela elaborados, fls. 36 a 41, pelo fato das mercadorias impugnadas pela defesa não se encontrarem, de fato, listadas na substituição tributária, porém estão sujeitas ao pagamento da antecipação parcial.

Com isto, elaborou novos demonstrativos, reduzindo a infração 01 para o valor de R\$1.341,66 enquanto a infração 02 foi majorada para o valor de R\$79.142,40.

Instado a se pronunciar o autuado praticamente voltou a repetir os mesmos argumentos já trazidos na peça de defesa inicial, porém, em relação a infração 02, elaborou novos demonstrativos analíticos, fls. 88 a 100, reconhece como devida a quantia de R\$79.210,03 da qual, após a exclusão da parcela que considera como redução na ordem de R\$36.903,13, resta o débito reconhecido como devido no montante de R\$42.306,90.

Analisando os dados acima vejo que a lide, exceto em relação a redução considerada pelo autuado em seus cálculos relacionados a infração 02, envolve apenas questão de prova, já que, em relação a infração 01, o autuante, após processar o expurgo das notas fiscais cujas operações não estão sujeitas a antecipação tributária, apontou, como devido, o valor remanescente na ordem de R\$1.341,66 enquanto que o autuante demonstrou e reconheceu como devida a quantia de R\$1.502,87, na forma indicada à fl. 42.

Como não houve mais questionamento de ambas as partes em relação a esta infração, acolho os demonstrativos elaborados pela defesa e julgo a infração 01 parcialmente procedente no valor reconhecido pela defesa, isto é, R\$1.502,87.

Quanto a infração 02 é importante salientar que o lançamento original foi no valor de R\$31.116,75. O autuante ao prestar sua informação fiscal, ao expurgar da infração 01 as notas fiscais que não estão sujeitas a antecipação tributária, as considerou como sujeitas a antecipação parcial e elaborou novo demonstrativo de débito majorando esta infração para o valor de R\$79.142,40, o que não é possível neste lançamento.

O autuado, por sua vez, encontrou o valor devido a título de antecipação parcial na ordem de R\$79.210,03, praticamente o mesmo valor apurado pelo autuante, entretanto, aplicou percentuais de redução de 60% e de 20% para apurar, ao final, o saldo devido de R\$42.306,90, fl. 100.

Não assiste razão ao autuado em considerar os referidos percentuais como redução do valor devido visto que os Arts. 273 e 274 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12, são explícitos ao definir que os percentuais de redução de 60% e de 20% do valor do imposto apurado

a título de antecipação parcial, na hipótese de o contribuinte efetuar o recolhimento do imposto no prazo regulamentar, o que não ocorreu na presente situação, portanto, não cabe a aplicação desses percentuais a título de redução conforme pleiteia o autuado.

Desta maneira, como não se pode majorar o lançamento na forma apontada pelo autuado, mantenho inalterada a exigência fiscal no valor de R\$31.116,76 para a infração 02, conforme apurado pelo autuante e recomendo que através de novo procedimento fiscal, se exija o imposto correspondente a diferença entre este valor já lançado e o débito apurado e demonstrado pelo autuado no valor de R\$79.210,03, devendo ser observado o prazo decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **210371.0060/15-9** lavrado contra **NOVA DISTRIBUIDORA DO SABOEIRO – EIRELI – ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$32.619,63** acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos demais acréscimos legais.

Recomenda-se que através de novo procedimento fiscal seja exigido o imposto decorrente da diferença entre o valor do débito reconhecido e demonstrado pelo autuado e o que foi exigido pelo presente lançamento, devendo ser observado o prazo decadencial.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, em 28 de junho de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA