

PROCESSO - A. I. Nº 018184.0011/17-5
RECORRENTE - DALNORDE COMERCIO IMP. E EXP. DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0236-05/17
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/05/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0097-12/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EM OUTRAS UNIDADES FEDERADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Rejeitados: preliminar de nulidade; pedido de diligência. Infração não elidida. Mantida Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou por unanimidade Procedente, o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/07/2017, para exigir ICMS no valor histórico de R\$297.102,19, em decorrência do cometimento de uma única infração, abaixo descrita:

Infração 01 – 07.15.01 – Recolhimento a menos de ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação para comercialização na Bahia, no período de agosto a dezembro de 2012. Multa de 60% de acordo com o Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Após impugnação apresentada pelo autuado (fls. 717 a 721) e informação fiscal prestada por Auditor estranho ao feito por motivo de afastamento da autuante (fls. 729 a 732), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 5ª JJF que optou pela Procedência do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Conforme acima relatado, o Auto de Infração acusa a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização (Cód. 07.15.01).

Considerando que: a) conforme recibo de fl. 712, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16 e 22 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 10-550); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise, razões pelas quais rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

Por considerar: a) suficientes para formação de minha convicção, os elementos contidos nos autos; b) ter por objeto verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que, estando na posse do requerente, a prova ou cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada; com fundamento no art. 147, I, “a” e “b” do RPAF, indefiro o pedido de diligência formulado.

Quanto ao mérito do lançamento, temos o seguinte:

A antecipação parcial do pagamento de ICMS relativa à aquisição interestadual de mercadorias para comercialização na Bahia, independentemente do regime de apuração adotado, é prevista no art. 12-A da Lei 7.014/96. Ela é calculada mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23 da citada lei, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Essa infração consta demonstrada nas planilhas de fls. 06-12, corroborada pelos documentos de fls. 13-711, assim distribuídos: cópias dos DANFE’s das NFs-e (fls. 13-243); demonstrativo de ICMS parcial por mês de referência (fls. 244-253); cópias de DAE’s (fls. 254-657); relação de DAE’s pagos, extraída do Sistema Gestor da SEFAZ (fls. 658-710); CD contendo os arquivos magnéticos e demais informativos que retratam o procedimento fiscal levado a efeito e que culminou com o lançamento tributário em sede de revisão por autotutela neste órgão administrativo judicante.

Vejo que, seguindo o disciplinamento legal, as planilhas detalham claramente os dados dos documentos fiscais (data de registro no LRE, período de apuração, nº da NF, UF de origem, emitente, valores, alíquota, crédito destacado, BC da antecipação de ICMS, ICMS devido, ICMS recolhido, ICMS a recolher e diferença de ICMS a recolher, correspondente ao valor autuado), de modo a plenamente possibilitar o exercício do direito de defesa do obrigado tributário.

É de ressaltar que o fato gerador ou suposto normativo do ICMS antecipação parcial ocorre na entrada da mercadoria no território do estado de destino da mercadoria. Sendo este a Bahia, o recolhimento do ICMS antecipação parcial (e da substituição tributária por antecipação) poderá ser efetuado até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, pelo contribuinte regularmente inscrito no CAD-ICMS que preencha, cumulativamente, os seguintes requisitos: - possua estabelecimento em atividade no Estado da Bahia há mais de 06 meses (requisito dispensável, em certos casos: Art. 332 § 3º do RICMS/BA) e já tenha adquirido mercadoria de outra unidade da federação; - não possua débito inscrito em Dívida Ativa, a menos que a sua exigibilidade esteja suspensa; - esteja adimplente com o recolhimento do ICMS; - esteja em dia com as obrigações acessórias e atenda regularmente as intimações fiscais (Art. 332 § 2º do RICMS/BA).

Na impugnação o sujeito passivo não objetou os dados ou valores relacionados à infração. Sem apontar erro, pediu tão-somente a improcedência do Auto de Infração “porque os fatos e fundamentos apresentados pela autuante, não pode prosperar ante a legislação pertinente, totalmente contrária às suas argumentações e documentação apresentada pela autuada e constante do processo em apreço, verídicas e sólidas no sentido de embasar a verdade dos fatos”, mas, essa documentação prova exatamente o contrário. O levantamento fiscal é consoante com a legislação aplicável à matéria e a infração está devidamente caracterizada.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão proferida pela 5ª JJF, o autuado através de seus representantes, apresentou Recurso Voluntário tempestivo às fls. 762 a 778, pelos motivos que expôs.

Alega a Recorrente que o auto de infração deve, necessariamente, ocorrer no local da inspeção, o que não ocorreu, e, portanto, como não foi observado esse requisito, o auto de infração é nulo. Sobre esse pedido, explica que a infração lavrada, fora do ambiente comercial da Recorrente, não contém elementos fundamentais ao bom exercício do direito de defesa e do contraditório.

Critica a falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado. Sobre isso, pede nulidade por cerceamento do direito de defesa e por desobediência ao Art. 112 do CTN, o qual reproduz.

No mérito, assevera que o direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e nas condições estabelecidos na legislação. Diz que a escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar a entrada da mercadoria e a prestação do serviço por ele tomado ou a aquisição de sua propriedade e o direito à utilização do crédito.

Explica que tem direito ao crédito do imposto em relação às mercadorias adquiridas cujo imposto tenha sido antecipado parcialmente quando a apuração se dá pelo regime de conta corrente fiscal, cabendo a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do livro Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento. Desta forma, afirma que os créditos utilizados pela Recorrente foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal correspondente, todos devidamente comprovado nos autos.

Alega que estando suspensa e exigibilidade do tributo e face à interposição do presente recurso, as multas aplicadas pelo auto de infração devem necessariamente permanecer com a exigibilidade suspensa, sendo vedada sua inscrição em dívida ativa.

Diz que ao proceder com a importação de produtos, é obrigada a recolher a alíquota de ICMS sobre o valor da mercadoria, para depois creditar-se deste valor em seus livros fiscais.

Entende que o valor alocado pelas notificações e as multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor, de acordo com o Art. 150 da CF, o qual reproduz.

Aduz que as multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto a notificada, o qual não consta nos autos de infração.

Fala da carência das provas produzidas, ao criticar o procedimento fiscal ora guerreado, que trata de operações referentes à circulação de mercadorias, e que portanto o procedimento natural esperado dos fiscais para detectar se houve a omissão de saídas seria o levantamento analítico de

estoques, que deveria ser feito partindo do estoque inicial registrado no Livro de Registro de Inventário, acrescido das aquisições realizadas do período analisado e deduzidas as saídas promovidas no mesmo período.

Entende que deveria ter sido feito o levantamento analítico do estoque, procedimento indispensável para comprovar a infração imputada à empresa, onde poderia ser detectado omissão de saída ou de entrada, mas não foi o que ocorreu no caso concreto, sendo desrespeitados os fundamentos científico-jurídicos característicos a este procedimento de exame. Explica que os livros fiscais e contábeis comprovam que não houve qualquer infração, estando todas as suas operações registradas, representando seu estoque quantitativamente o saldo de tais operações.

Alega que a fiscalização foi eivada de arbitrariedades, que os fiscais presumiram que houve venda de mercadoria sem nota fiscal, mas não fizeram qualquer prova a respeito e nem sequer diligenciaram no sentido de proceder ao levantamento analítico do estoque.

Aduz que os documentos juntados ao auto de infração carecem de qualquer força probante, posto que, além de se referirem a extratos bancários de terceiro alheio às atividades da reclamante, não comprovam a realização de circulação de mercadorias que pudessem ensejar o pagamento de ICMS.

Reproduz posicionamentos do STF, para questionar a validade jurídica do presente lançamento, pois decorre de violação a determinação constitucional, se fundamentando assim sobre prova ilícita, bem como os documentos apresentados não dizem respeito à atividade da empresa, sendo a ela estranhos e não há envolvimento de fato gerador de ICMS.

Alega que presumir entre diversas alternativas que apenas uma é verdadeira, e, no caso da dúvida, aplicar o princípio de que o sujeito mais poderoso na relação tributária deve ser beneficiado em detrimento do mais fraco, é anular toda a força coatora do art. 112 e 107 do CTN, criando um princípio de legalidade elástica e de tipicidade maleável como fundamentos do direito tributário brasileiro.

Assevera que as operações mercantis não estão provadas e que não é possível, consubstanciando ilegalidade, tributar ICMS sem prova de circulação, ainda mais quando este numerário extrapola a pessoa do sujeito passivo. Pergunta: Onde fica o princípio da vinculação do contribuinte ou responsável ao fato gerador?

Cita e transcreve princípios constitucionais para falar da vedação ao confisco. Diz que ao interpretá-los, o legislador deverá levar em conta, sempre, esses caracteres de pessoalidade e de capacidade econômica em relação ao patrimônio ou riqueza que se quer tributar, para o fim de estabelecer tributo tal que em cuja aplicação não se configure o confisco.

Alega que mais princípios poderiam ser referidos, e que estabelecem com maior ou menor precisão hipóteses de confisco sobre o patrimônio do contribuinte, e dentre eles se pode citar o princípio da proporcionalidade, pelo qual a exigência de tributo é proporcional à riqueza gerável, o da progressividade, mediante o qual a exigência de tributo varia conforme a riqueza, constituindo-se o confisco sempre que a exigência tributária fizer igualar ou superar as forças da fonte geradora de riqueza, o princípio da seletividade, pelo qual se tributa mais os produtos luxuosos ou não essenciais, entre outros.

Isso tudo para afirmar, que quando o tributo for superior ao lucro, configura-se confisco da propriedade privada em favor do Estado da Bahia, como acontece no presente caso.

Por fim, a Recorrente requer que sejam acolhidas as razões recursais expostas, para reformar o acórdão ora combatido, para acolher a preliminar suscitada e suas consequências, ou em sendo outro o entendimento, o que não confia a Recorrente, que sejam o auto, no mérito, julgado improcedente, pelas razões expostas.

VOTO

Temos sob análise o Recurso Voluntário contra a Decisão proferida pela 5ª JF, que julgou por unanimidade Procedente, o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir do

sujeito passivo ICMS por falta de recolhimento da Antecipação Parcial, no valor histórico de R\$297.102,19.

Inicialmente verifico que o lançamento de ofício está revestido das formalidades legais dispostas no RPAF/99, não sendo constatada qualquer violação ao devido processo legal. O valor do imposto lançado foi imputado consoante o levantamento e documento acostados aos autos, contendo a descrição dos fatos, o devido enquadramento legal, os valores de cada período e a multa aplicada, mantida garantida o direito à ampla defesa do sujeito passivo.

O presente lançamento foi lavrado contra o autuado por motivo de desobediência do disposto no Art. 12-A da Lei nº 7.014/96, este que diz que é devido a antecipação parcial do imposto, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização. A infração contém, portanto, elementos suficientes para determinar com segurança a infração, bem como identificado o infrator, desta forma, constato não haver vício a macular o PAF em análise, razões pelas quais rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

No mérito a Recorrente parece ter reunido peças de defesas de outros processos, pois ora alegou que o presente lançamento foi feito através de presunção, ora tratou o feito como arbitrariedade, bem como questionou também o direito ao crédito que teria na importação de mercadorias e nos pagamentos dos impostos antecipados, tendo por fim questionado que o mecanismo correto para detecção da omissão de saídas seria o levantamento quantitativo de estoque.

Como já foi reproduzido neste voto, a infração foi capitulada como falta de pagamento da antecipação parcial, com base nas planilhas de fls. 06-12, corroborada pelos documentos de fls. 13-711, assim distribuídos: cópias dos DANFE's das NFS-e (fls. 13-243); demonstrativo de ICMS parcial por mês de referência (fls. 244-253); cópias de DAE's (fls. 254-657); relação de DAE's pagos, extraída do Sistema Gestor da SEFAZ (fls. 658-710); CD contendo os arquivos magnéticos e demais informativos que retratam o procedimento fiscal levado a efeito e que culminou com o lançamento tributário.

Ou seja, o autuado teve total conhecimento da imputação lavrada contra ele, de modo a plenamente possibilitar o exercício do direito de defesa do obrigado tributário, o que não ocorreu.

Por fim, quanto à questão da excessiva onerosidade das multas aplicadas frente ao princípio constitucional do não confisco, não cabe na esfera administrativa discutirmos a constitucionalidade da legislação posta, bem como não cabe apreciarmos matéria decidida pelo Poder Judiciário, conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **018184.0011/17-5**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$297.102,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de abril de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS