

PROCESSO - A. I. Nº 210404.3011/16-0
RECORRENTE - ALTOGIRO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS REPRESENTAÇÕES E TRANSPORTES S/A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JF nº 0123-02/17
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/10/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0252-12/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS. A antecipação parcial é prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, incidindo sobre as aquisições de mercadorias para comercialização, independentemente do regime de apuração. Argumentos defensivos não elidem a legitimidade do lançamento tributário. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela autuada, em razão do Acórdão da 2ª JF Nº 0123-02/17, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 10/12/2016, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$24.876,88, em razão da seguinte irregularidade: **Infração 01 - 07.15.02** *Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de fevereiro e agosto de 2012, março, maio a julho, e outubro de 2013, conforme demonstrativo às fls. 13 a 17.*

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela procedência da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

Analisando a argüição do sujeito passivo, em sua peça impugnatória, de que o lançamento é nulo, por cerceamento do direito de defesa, uma vez que não se encontra dentro das formalidades legais, faltando-lhe a motivação, a correta capitulação legal e a indicação da base de cálculo específica, observo, com todo o respeito ao Contribuinte e a seu Procurador, no encargo da defesa, que tais argumentos não podem ser acolhidos, pelos seguintes motivos:

- 1. O PAF está revestido das formalidades legais, no auto de infração estão indicados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, a multa exigida que está fundamentada em diploma legal vigente, e no demonstrativo denominado de DEMONSTRATIVO DO ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA A RECOLHER (fl. 13) e na planilha DEMONSTRATIVO DO ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL (AP) CALCULADO POR NOTA FISCAL (fls. 14 a 17), que foram entregues ao autuado conforme comprovam as cópias dos e-mail às fls.18 a 25.*
- 2. A descrição do fato foi feita de forma clara, qual seja: “Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização.”*
- 3. No campo “enquadramento legal” foi indicado o artigo 12-A, da Lei no 7.014/96, que reza in verbis: 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.*
- 4. Ao contrário do que arguiu o autuado, não existe indicação no anexo do AI (levantamento fiscal) que há mercadorias sujeitas à substituição tributária.*

5. Foi indicada a multa de 60% com fulcro no artigo 42, inciso II, alínea “d”, da Lei no 7.014/96.
6. A acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com o fato apurado pela fiscalização, cuja descrição do fato está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos acima mencionados elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara a infração, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão. Portanto, a origem dos valores lançados no demonstrativo de débito está comprovada, pois o levantamento fiscal relaciona todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, o que permite a identificação das mercadorias.

Portanto, pelo acima alinhado, não merece prosperar o argumento defensivo de que não há nos documentos subjacentes ao Auto que faça qualquer referência à base legal específica e detalhada aplicável à infração à legislação tributária, pois na folha 1 do auto de infração tais questionamentos estão claramente especificados.

Também não assiste razão ao defendente em sua alegação de que “Sequer há a indicação do Convênio CONFAZ aplicável, do Protocolo de ICMS, ou mesmo do artigo específico da legislação baiana aplicável!”, uma vez que a imputação diz respeito ao recolhimento a menor da antecipação parcial do ICMS nas operações de aquisição de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, pois a fiscalização obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito; falta de comprovação do cometimento da infração; e aplicação da respectiva multa, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito.

Sendo assim, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, pois conforme acima comentado incorreu qualquer afronta aos Princípios Constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa, e por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RP AF/99.

Quanto ao pedido do autuado de diligência/perícia, ressalto que a mesma em nada acrescenta ao fato não contribuindo para o deslinde da questão.

Ademais a prova pericial só deve ser realizada quando do conjunto de provas dos autos não for possível definir-se com clareza a infração imputada ao contribuinte.

As indagações apresentadas na defesa dizem respeito à Sistemática de Substituição Tributária, nada têm a ver com o caso de que cuida o processo, qual seja, antecipação parcial.

Nesta linha, entendo que a perícia pleiteada pelo Impugnante, além de não preencher os pressupostos essenciais à sua realização, ainda que realizada não traria nenhum elemento novo para o deslinde da questão, pelo que se a rejeita na forma do art.147, inciso I, do RPAF/99.

Superadas as arguições de nulidades, passo ao exame do mérito, propriamente dito, de acordo com a infração imputada ao sujeito passivo.

Com relação à infração objeto do lançamento tributário, a conclusão fiscal está baseada na apuração de que o autuado efetuou o recolhimento a menor do ICMS – antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para comercialização, cujos respectivos levantamentos fiscais demonstram o cálculo do débito feito com base na diferença entre as alíquotas interna e de origem.

O lançamento tributário, no mérito, foi impugnado com base no argumento de que ocorreu, por parte da fiscalização, “... arbitrariedade incorrida na lavratura do presente AUTO, em razão da ausência de indicação específica e pormenorizada do suposto e alegado descumprimento da legislação tributária,” e que “... utilizou-se o Ilmo Auditor Fiscal de subterfúgios - legalmente discutíveis - para lançamento do crédito tributário, qual seja, a famigerada e ilegal denúncia genérica.”

Analisando as peças processuais, confirmei a informação do autuante de que o lançamento está devidamente fundamentado nos seguintes demonstrativos:

- a) Planilha 01: ICMS devido por Antecipação Parcial a recolher, ICMS-AP recolhido e/ou parcelado, e totalizado por ano/mês;
- b) Planilha 02: ICMS Antecipação Parcial (AP) calculado e totalizado por nota fiscal;
- c) Planilha 03: ICMS Antecipação Parcial (AP) calculado e totalizado por item nota fiscal;
- d) Planilha eletrônica em formato editável (EXCELL) da memória de cálculo das planilhas acima.

Portanto, a alegação defensiva de que foi desenquadrado do regime normal de apuração do imposto, para o regime de apuração sob a sistemática da substituição tributária, não está de acordo com o que consta nos autos. Verifico que o autuado não apontou quais mercadorias estariam no regime de substituição tributária. Ademais consta demonstrativo na mídia digital que as mercadorias objeto da autuação não estão enquadradas no regime de substituição tributária. Portanto, sem razão o argumento de que o lançamento tributário foi levado a efeito sem a análise e indicação de cada nota fiscal, bem como sem a verificação e especificação das mercadorias,

não se prestando para elidir a legitimidade do lançamento tributário, visto que, a fiscalização tomou por base exatamente o constante nos documentos fiscais de aquisições em nome do autuado, e ao efetuar seu trabalho fiscal apurou o imposto devido pela sistemática da antecipação parcial, sobre mercadorias submetidas ao regime normal de apuração, após deduzir os valores pagos nos meses objeto do lançamento, com a indicação de todos os dados dos documentos fiscais.

Quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho de Fazenda do Estado da Bahia (CONSEF), por se tratar de situações diversas, são inaplicáveis ao presente processo.

Ante o exposto, restando caracterizada a infração, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário, visando a reapreciação da Decisão de piso pelos fatos e fundamentos abaixo arrolados:

Após tecer um breve relato dos fatos, discorre sobre a preliminar de nulidade do lançamento, alegando cerceamento ao direito de defesa, ausência de indicação de motivação, não indicação da base legal específica, enquadramento genérico, falta de precisão da imputação fiscal, e de conceitos jurídicos que cerceiam, juridicamente, o amplo direito de defesa.

Traz em sua defesa a razão pela qual a que a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, negou provimento à IMPUGNAÇÃO, mantendo-se integralmente o AUTO, onde transcreve em sua peça de defesa:

“A acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com o fato apurado pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos acima mencionados elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara a infração, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão. Portanto, a origem dos valores lançados no demonstrativo de débito está comprovada, pois o levantamento fiscal relaciona todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, o permite a identificação das mercadorias”.

Registra, que Conforme será demonstrado, os critérios jurídicos adotados pelo Auditor Fiscal e pelo ACÓRDÃO são improcedentes, pois afrontam o ordenamento jurídico tributário subjacente à hipótese de incidência do ICMS e a segurança jurídica.

Atesta, ainda, que Inquestionavelmente, o auto ora recorrido, padece de insanável vício de nulidade, na medida em que não fornece adequadamente os indispensáveis pressupostos fáticos e jurídicos que ensejaram sua lavratura, acarretando assim ofensa ao princípio da motivação dos atos administrativos. Afirma, que não há, nos documentos subjacente aos auto qualquer referência à base legal específica e detalhada aplicável à suposta infração à legislação tributária cometida pela recorrente.

Destaca, que o douto Auditor Fiscal elencou milhares de notas fiscais relativas aos exercícios de 2012 e 2013, referentes a produtos de toda sorte, e sequer se desincumbiu do dever em apontar especificamente a infração legal, alegando que é dever do agente fiscal apontar a aplicabilidade ou inaplicabilidade dos convênios e protocolos de ICMS celebrados pelo Estado da Bahia com os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Ceará (Estados de Origem de todas das milhares de mercadorias objeto de autuação).

Aduz, que a base legal apontada como supostamente infringida é absolutamente genérica – “Artigo 8o, inciso II e §3o; art. 23 da Lei 7.014/96 C/C art. 289 do RICMS publicado pelo Decreto 13.780/2012”, aduz ainda, que Indubitavelmente, há cerceamento ao direito de defesa.

Traz indagações para afirmar o seu pedido de nulidade, a saber:

- a) *em qual dos incisos do Artigo 23 da Lei 7.014/96 se enquadra a ora recorrente?*
- b) *Qual a norma infringida?*
- c) *Qual o Protocolo ICMS?*
- d) *Convênio ICMS?*
- e) *Qual o fundamento para o lançamento?*

Atesta, que para nenhuma destas indagações é possível encontrar resposta no auto, afirmando que o cerceamento ao direito de defesa é flagrante, se há ideiação quanto à insegurança jurídica do lançamento; quanto à incerteza do crédito tributário, é medida que se impõe o julgamento

pela improcedência e/ou nulidade material do auto.

Destaca que a presente abordagem não se trata de argumentação meramente protelatória, e sim de fundamento efetivamente relevante, na medida em que, na forma pela qual o auto foi lavrado, não permite à recorrente exercer adequadamente seu direito de defesa de forma ampla e irrestrita.

Discorre, ainda, que indeferir esta solicitação fere o princípio da motivação, corolário das garantias constitucionais à ampla defesa e ao contraditório, enfatizando, que já foi inclusive objeto de estudo por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, afirmando que tal princípio guarda estrita consonância com as garantias constitucionais à ampla defesa e ao contraditório, insculpidas no artigo 5º, inciso LV, da Carta Maior, no rol de direitos e garantias fundamentais asseguradas aos cidadãos/contribuintes.

Salienta que objetivando elaborar a presente defesa, a recorrente teve que fazer verdadeiro exercício de abstração para compreender as razões que determinaram a lavratura do auto. E isso porque o ilustre e respeitável Auditor Fiscal não teve o cuidado de descrever as circunstâncias fáticas que teriam dado azo ao nascimento da obrigação tributária.

Aduz, que o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (“RPAF”), estabelecido pelo Decreto no 7.629/1996, elenca em seu primeiro Capítulo, os “Princípios de Direito Aplicáveis ao Processo e aos Procedimentos Administrativos”, dentre os quais a ampla defesa, abaixo:

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.

Neste diapasão, menciona que esta questão já foi objeto de análise pela E. 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, transcrevendo o voto vencedor no julgamento do AI/PAF No 269141.0021/11-6, Acórdão CJF no 0330-11/12, de 25/10/12.

Nos termos do artigo 7º, § 2º c/c artigo 123, § 3º e artigo 145, todos do RPAF, requer a realização de diligência/perícia, a fim de que o autuante esclareça e, se for o caso, retifique o lançamento fiscal, a fim de que indique (e motive) a razão pela qual desenquadrou a operação da IMPUGNANTE do regime normal de apuração do ICMS, para o regime de apuração sob a sistemática da substituição tributária.

Desta forma, diz que:

- 1. ou bem se julga pela improcedência integral do crédito tributário, seja pelo fundamento do cerceamento ao direito de defesa ou improcedência do enquadramento jurídico-tributário imprimido pelo Auditor Fiscal,*
- 2. ou bem se acata o pedido de diligência e se determina que o Auditor Fiscal esclareça e, se for o caso, retifique o lançamento fiscal, a fim de que indique (e motive) a razão pela qual desenquadrou a operação da IMPUGNANTE do regime de apuração de ICMS sob a sistemática de substituição tributária, para o regime de apuração sob a sistemática da antecipação tributária.*

Subsidiariamente, requer o acatamento dos pedidos formulados no sentido de realização de diligência/perícia.

Por fim, novamente, a recorrente reitera os termos relativos a improcedência do auto, incorrida na lavratura, em razão da ausência de indicação específica e pormenorizada da suposto infração e alegado descumprimento da legislação tributária, tal constatação, denota a improcedência do auto, pois à ausência de Motivação para lançamento tributário, utilizou-se o Auditor Fiscal de subterfúgios – legalmente discutíveis – para lançamento do crédito tributário, qual seja, a famigerada e ilegal “denúncia genérica”.

VOTO

Regularmente intimada, a Recorrente, inconformada com o julgamento realizado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, materializado no Acórdão JF nº 0123-02/17, vem, por seu representante legal,

às fls. 90/101, expor as razões que motivam seu recurso voluntário, inicialmente discorre sobre a autuação e o julgamento ora recorrido.

O presente Auto de Infração trata do Recolhimento a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de fevereiro e agosto de 2012, março, maio a julho, e outubro de 2013.

Analisando as preliminares de nulidade suscitadas na defesa pelo sujeito passivo, observo que a esta altura processual não assiste razão ao sujeito passivo em sua alegação de cerceamento ao direito da ampla defesa e não atendimento ao devido processo legal, tendo em vista que:

- a) o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, cujas multas exigidas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.
- b) a acusação fiscal constante da peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem da infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão identificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão.

Logo, com os esclarecimentos trazidos na informação fiscal não cabe a alegação de nulidade por motivação, a correta capitulação legal e a indicação da base de cálculo específica. Da mesma forma, não cabe a arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que nas planilhas que embasaram a autuação, desde a formação inicial e durante o a fase processual, consta esclarecimento da descrição correta das infrações, especificando nota por nota, fato que possibilitou ao autuado exercer seu amplo direito de defesa.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, após analisar detidamente as peças que compõem o presente PAF, quais sejam, o auto de infração, demonstrativos, intimações, impugnações e informações fiscais, constatei o que segue.

O lançamento tributário, foi impugnado com base no argumento de que ocorreu, por parte da autuante, arbitrariedade incorrida na lavratura do presente AUTO, usando o autuante de embasamento evasivo, em razão da ausência de indicação específica e pormenorizada do suposto e alegado descumprimento da legislação tributária para lançamento do crédito tributário.

Como já, exposto, analisando as peças processuais, confirmei a informação do autuante de que o lançamento está devidamente fundamentado nos seguintes demonstrativos:

1. Planilha 01: ICMS devido por Antecipação Parcial a recolher, ICMS-AP recolhido e/ou parcelado, e totalizado por ano/mês;
2. Planilha 02: ICMS Antecipação Parcial (AP) calculado e totalizado por nota fiscal;
3. Planilha 03: ICMS Antecipação Parcial (AP) calculado e totalizado por item nota fiscal;
4. Planilha eletrônica em formato editável (EXCELL) da memória de cálculo das planilhas acima.

No caso em comento, através da documentação citada na descrição dos fatos, a autuação obedeceu ao devido processo legal, pois, está precedida de intimação expedida ao contribuinte para apresentação de informação em meio magnético dos arquivos SPED/Contábil, Planilha de cálculo do ICMS Antecipação Tributária e Antecipação Parcial, Notas fiscais de entradas,

saídas, CTRC não eletrônicos e Recolhimento de ICMS retido nas entradas interestaduais via GNRE, onde deu o prazo de 10 dias, fls.05 caso a recorrente desejasse retificar os arquivos do SPED – Fiscal.

As indagações apresentadas na defesa que dizem respeito à Sistemática de Substituição Tributária, nada têm a ver com o caso de que cuida o processo, qual seja, antecipação parcial, ao qual, não há previsão do Estado em celebrar protocolos para tal matéria.

Como já trazido no voto de primeira instância, também, entendo que a perícia pleiteada pelo Impugnante, além de não preencher os pressupostos essenciais à sua realização, ainda que realizada não traria nenhum elemento novo para o deslinde da questão, pelo que se a rejeita na forma do art.147, inciso I, do RPAF/99.

Pelo acima exposto, a infração imputada ao autuado subsiste e, em consequência, 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 homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210404.3011/16-0**, lavrado contra **ALTOGIRO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS REPRESENTAÇÕES E TRANSPORTES S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.876,88**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "b" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de agosto de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ELDE SANTOS OLIVEIRA – RELATOR

LEÔNICIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS