

A. I. N ° - 152655.0001/18-3
AUTUADO - F G DE LIMA SOUSA - EPP
AUTUANTE - MARIA JOSÉ LOPES DA SILVA
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/07/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0075-01/19

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) ATENCIPAÇÃO TOTAL. Infração 1 subsistente. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infrações 2 e 3 subsistentes. 2. MULTA. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. ENTRADAS DE MERCADORIA TRIBUTÁVEIS. Infração 4 subsistente. Não acolhida a preliminar de nulidade arguida. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/03/2018, formaliza a exigência de crédito tributário no valor total histórico de R\$27.853,31, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. 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 e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no mês de setembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$167,62, acrescido da multa de 60%;
2. 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 referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro, abril, julho a dezembro de 2015, janeiro, fevereiro, abril, maio, julho a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$22.971,18, acrescido da multa de 60%;
3. Efetuou o recolhimento a menos 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 referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de março, abril e julho de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.042,40, acrescido da multa de 60%;
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro escrita fiscal, nos meses de janeiro, abril, setembro a dezembro de 2015, janeiro, abril a dezembro de 2016, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$672,11, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 250 a 259). Indica como endereço para recebimento das intimações nas pessoas de seus advogados, o constante do timbre da petição. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação.

Afirma que a autuante procedeu de forma irregular, ao lavrar o Auto de Infração em lide, realizando a cobrança de ICMS por antecipação parcial referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com base de cálculo reduzida; mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária; sobre mercadorias isentas; para uso/consumo, ativo imobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc.

Sustenta que assim sendo, não subsiste a exigência do pagamento de ICMS por antecipação parcial, sobre mercadorias que tiveram redução de base de cálculo, sofreram substituição tributária, isentas, para uso/consumo, etc., porque contrariam as decisões do CONSEF/BA, conforme ementas que reproduz.

Invoca e reproduz o art. 2º do RPAF/BA/99, para dizer que o seu enunciado informa a nobre intenção do legislador baiano em assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal. Tece considerações sobre os princípios de direito. Diz que não há como olvidar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna brasileira. No mesmo sentido, invoca o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte. Acrescenta que se evidencia tal afirmativa principalmente no artigo 112 do CTN quando se usa o princípio do *in dubio* pro contribuinte.

Observa que a função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Diz que a função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade.

Assevera que nesse sentido, não podem prosperar tais imputações de infração por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está adstrito o agente público.

Conclusivamente, diz que é por isso, que o caso em exame, devido aos vícios que possuem levará fatalmente a decretação da sua nulidade.

Alega falta de motivo. Diz que no tocante à infração imputada, falta motivo para se proceder com sua exigência, uma vez que as mercadorias relacionadas pelo autuante se referem a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação com base de cálculo reduzida, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre mercadorias isentas, para uso/consumo, ativo imobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc. como se pode constatar nas notas fiscais que serão juntadas posteriormente.

Afirma que a autuante furtando-se de uma apuração mais detalhada da realidade material, imputa o recolhimento do ICMS por antecipação parcial relativo as aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação com base de cálculo reduzida. Alega que quando se compra mercadorias em outros Estados com base de cálculo reduzida, não há antecipação parcial a recolher, já que as saídas são feitas com carga tributária correspondente a 7%.

Frisa que em verdade, a validade e eficácia do ato administrativo estão condicionados à sua prática em motivos reais, idôneos e existentes, no caso, a falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas a comercialização do estabelecimento, carecendo de motivos que sustentassem a autuação, haja vista que se trata de mercadorias que tiveram suas bases de cálculo reduzidas, de modo que as saídas correspondem a alíquota de 7%.

Assevera que desse modo, uma vez provado que as mercadorias possuem a base de cálculo reduzida, mercadoria da cesta básica, mercadoria da substituição tributária, isenta, etc., fatalmente a autuação será improcedente, corroborando com o entendimento consolidado deste Órgão Julgador, como se vê no Acórdão JF nº 0214-05/16, cuja ementa reproduz.

Aduz que assim sendo, não subsiste a exigência do pagamento de ICMS por antecipação parcial, sobre mercadorias que tiveram redução de base de cálculo, sofreram substituição tributária,

isentas, para uso/consumo, contrariando as decisões do CONSEF/BA, conforme os Acórdãos JJF Nº 0039-04/16; CJF Nº 0017-11/15; JJF Nº 0040-05/15.

Acrescenta que nesse sentido, a infração em comento padece de motivação, conforme ensinamento do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, discorrendo sobre o princípio da motivação, (in “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 11º. ed., págs. 280 e ss.), cujo texto transcreve.

No mesmo sentido, invoca e reproduz lição de Hely Lopes Meirelles, em sua obra “Direito Administrativo Brasileiro, 15ª Ed. RT, SP, 1990, PP. 174/175”.

Sustenta que desse modo, não havia motivo para a autuação, posto que é premissa exata que o Auto de Infração, ou a Notificação Fiscal, que se embasam em motivos falsos, inexistentes ou mesmo inidôneos, são atos administrativos sem motivação, e assim, nulos, não convalidáveis (STF, RTJ 79/478-490; HELY LOPES MEIRELES, Direito Administrativo Brasileiro. 15 ed. RT, SP 1990, pp.174/175).

Observa que o lançamento do crédito tributário configura ato de vontade pelo qual o poder público aplica a lei a fato jurídico tributário, determinando situação jurídica individual e concreta. Acrescenta que, segundo o mestre Seabra Fagundes, há cinco elementos a considerar no ato administrativo, no caso:

- a manifestação de vontade que é o impulso gerador do ato, devendo emanar de agente competente, ou seja, pessoa que tem atribuição legal para o exercício da função, no caso a de lançar tributo;
- o motivo, que compreende os fundamentos que dão ensejo à prática do ato. Tratando-se de ato vinculado, os motivos são legais, devem figurar expressamente, pela menção à lei em que se baseia;
- o objeto do ato é o seu conteúdo, o próprio objeto de manifestação da vontade, a sua essência. Será a declaração da ocorrência do fato jurídico tributário, a identificação do sujeito passivo da obrigação, a determinação da base de cálculo e a alíquota aplicável, com apuração do montante a pagar, conferindo exigibilidade ao crédito assim formalizado;
- a finalidade é o resultado prático que o ato procura alcançar (cobrança e arrecadação de tributo);
- a forma, que é o meio “pelo qual se exterioriza a manifestação da vontade. Por ela se corporifica o ato”. A forma do lançamento, como regra geral, é escrita. Não será verbal, como acontece com frequência na atividade policial de emergência.

Observa que a lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado, no exercício do qual serão praticados atos plenamente vinculados. Reproduz publicação da Editora Forense no “Comentários ao Código Tributário Nacional” edição 1ª, pág. 386.

Finaliza a peça defensiva requerendo a improcedência do Auto de Infração.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls.268 a 271). Contesta as alegações defensivas. Afirma que a lavratura do Auto de Infração atendeu as formalidades exigidas pelo Capítulo IV do RPAF/99, Decreto nº 7.629/99, descabendo o pedido de improcedência da autuação, por ser possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário.

Assinala que a atividade do autuado é comércio varejista de artigos de utilidade doméstica, fls. 246 e 261 a 264, que não tem redução de base de cálculo, alíquota de 7% e não está no elenco de mercadorias isentas, ficando, portanto esclarecido que as mercadorias são tributadas, sujeitas a antecipação parcial e a substituição tributária, conforme cópias das notas fiscais anexadas às fls. 34 a 204 dos autos.

Refuta a alegação defensiva de que foi cobrado ICMS por substituição tributária de mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte. Esclarece que no caso foi retido por remetente sem inscrição

neste Estado e sem recolhimento da GNRE. Transcreve o artigo 6º, inciso XV, § 3º da Lei nº 7.014/96.

Assevera que o autuado não apresentou prova de que o ICMS das notas fiscais e demonstrativos de cálculos, fls.07, 34 a 36, tenha sido pago antecipadamente ou por GNRE, sendo, portanto, devida a cobrança não procedendo a alegação defensiva.

Salienta que a cobrança do ICMS da antecipação parcial de brindes e bonificação, cuja mercadoria a empresa comercializa é devida, portanto, não procedendo a alegação, conforme NFe 019.858 – NFe 354.265 – NFe 23554 –NFe 0671072 – NFe 067071 e NFe 840038, acostadas às fls. 102, 105, 138, 148, 149 e 157.

Sustenta que os demonstrativos que elaborou descrevem os cálculos do imposto, fls.07 a 32, sendo claros, auto explicativos e não deixam dúvidas quanto aos valores devidos.

Finaliza a peça informativa mantendo a autuação.

Na sessão de julgamento do presente Auto de Infração, realizada em 20/09/2018, o patrono do autuado ao exercer o direito de sustentação oral de suas razões alegou que não lhe fora entregue em disco de armazenamento os elementos elaborados pela autuante - planilhas, demonstrativos, etc.

Em face à alegação defensiva, os Julgadores que compõem esta Junta de Julgamento Fiscal deliberaram pela conversão do feito em diligência à INFAZ JACOBINA, para que intimasse o autuado, entregando-lhe no ato, mediante recibo específico, cópia de todos os elementos elaborados pela autuante que compõem o presente processo - planilha, demonstrativo, Informação Fiscal, etc., mediante mídia eletrônica - e deste termo de diligência. Foi consignado que na oportunidade, deveria ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação, previsto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

A diligência foi cumprida. O autuado recebeu todos os elementos elaborados pela autuante, inclusive foi informado da reabertura do prazo de defesa de 60 dias para que se manifestasse, contudo, não mais se manifestou.

O PAF foi encaminhado ao CONSEF para os devidos fins.

VOTO

Inicialmente, verifico que as condutas infracionais imputadas ao autuado, estão descritas de forma clara e precisa no Auto de Infração, possibilitando a identificação das infrações, o sujeito passivo, a base de cálculo, alíquota aplicada e o montante do débito. A autuante acostou aos autos os elementos que compõem o presente processo, no caso Auto de Infração e seus anexos, planilhas e notas fiscais eletrônicas destinadas e emitidas pelo autuado.

Apesar de o autuado, na Defesa exordial, não ter alegado que não lhe fora entregue em disco de armazenamento os elementos elaborados pela autuante, na sessão de julgamento do presente Auto de Infração, realizada em 20/09/2018, o patrono do autuado ao exercer o direito de sustentação oral de suas razões suscitou tal alegação.

Por inexistir nos autos qualquer elemento comprobatório de que fora entregue ao autuado o disco de armazenamento contendo os elementos elaborados pela autuante, que compõe o presente processo, esta Junta de Julgamento Fiscal, no intuito de afastar qualquer possibilidade de cerceamento do direito de defesa e do contraditório do autuado, o que, inclusive, se não fosse respeitado, poderia resultar em nulidade da autuação ou mesmo da decisão porventura proferida por este órgão julgador de Primeira Instância, converteu o feito em diligência à INFAZ JACOBINA, para que intimasse o autuado, entregando-lhe no ato, mediante recibo específico, cópias de todos os elementos elaborados pelo autuante, que compõem o presente processo - planilha, demonstrativo, Informação Fiscal, etc., mediante mídia eletrônica - e do termo de diligência. Foi

solicitado, ainda que na oportunidade, fosse informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação, previsto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

A diligência foi cumprida. O autuado recebeu os elementos planilhas, demonstrativos, Informação Fiscal, mediante mídia eletrônica, inclusive foi cientificado da reabertura do prazo de defesa, afastando completamente a possibilidade de cerceamento do direito à ampla defesa e ao contraditório.

O lançamento de ofício em exame foi realizado, em observância às disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, inexistindo qualquer vício ou falha que imponha a decretação de sua nulidade.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida pelo impugnante.

No mérito, verifica-se que o autuado apresenta uma defesa de forma genérica, alegando a existência de erros no levantamento levado a efeito pela Fiscalização, contudo, não identifica, mesmo por amostragem, onde estariam os equívocos incorridos pela autuante.

Conforme recorrido linhas acima, o feito foi convertido em diligência, para que fosse entregue ao autuado os elementos em disco de armazenamento, inclusive com a reabertura do prazo de defesa de 60 dias, contudo, o autuado nada apresentou, mantendo-se silente.

É certo que a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, consoante dispõe o art. 143 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152655.0001/18-3**, lavrado contra **F G DE LIMA SOUSA - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento imposto no valor de **R\$27.181,20**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$672,11**, prevista no inciso IX (multa reduzida em obediência à Lei nº 13.461/2015, c/c o art. 106, II, “a” da Lei nº 5.172/66 – CTN) do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/2005.

Sala das Sessões CONSEF, 28 de maio de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

OLEGARIO MIGUEZ GONAZALEZ – JULGADOR