

A. I. Nº - 278936.0001/18-9
AUTUADO - MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS EIRELI
AUTUANTE - LUCIANO DE SOUZA VELOSO
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09/07/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0134-03/19

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO; b) IMPOSTO RECOLHIDO A MENOR. É devida a antecipação tributária em aquisições interestaduais de mercadorias constantes do Anexo 1 do RICMS. Indeferido o pedido de diligência/perícia fiscal. Infrações não elididas. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/09/2018, refere-se à exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$45.624,44, mais multa de 60%, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 07.01.01 – “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior”, no mês de fevereiro de 2017.

Enquadramento legal: art. 8º, II e §3º, do art. 23, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 07.01.02 – “Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior”, nos meses de maio de 2015 e novembro de 2016.

Enquadramento legal: Artigos 8º, inciso II e § 3º do artigo 23, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 25/10/18 (DTE à fl. 14) e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 14/12/18, peça processual que se encontra anexada às fls. 16 a 27. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu representante legal, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração, constante nos Autos às fls. 29.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia fazendo comentários sobre a tempestividade da impugnação para na sequência, fazer um breve resumo sobre a acusação fiscal.

Prossegue a defesa alegando que o Auto de Infração é inteiramente improcedente, em razão da inexistência do crédito tributário nele constituído, ante o indispensável reconhecimento do direito dos contribuintes à compensação/restituição da diferença do ICMS recolhido a maior no regime de substituição tributária por antecipação, nos casos em que a base de cálculo efetiva da operação é inferior ao valor presumido, conforme decidido, sob o regime de repercussão geral, pelo STF no RE 593.849-MG.

Assevera que como a legislação Estadual, até a presente data, não autoriza aos contribuintes a compensação direta desta diferença decorrente da comercialização de produtos submetidos ao regime ST em valor inferior ao inicialmente presumido (muito embora o precedente obrigatório determine que os Estados Federados devem ajustar suas leis), a Impugnante não realizava os abatimentos a que

tem direito em suas declarações, constituindo valor a pagar muito maior do que o realmente devido.

Acrescenta que justamente em razão da proibição da compensação direta do ICMS-ST nos casos em que a base de cálculo efetiva da operação é inferior ao valor presumido, a Impugnante, visando a exclusão da responsabilidade por infrações tributárias, com fulcro no artigo 138, do CTN, aderiu, espontaneamente, antes do início de qualquer procedimento administrativo, ao parcelamento dos créditos tributários em discussão, conforme (DOC. 03).

Em seguida faz diversas considerações sobre o regime da substituição tributária por antecipação, citando, ainda, o art. 150, parágrafo 7º, da Constituição Federal, bem como o art. 8º, da Lei 7.014/1996, e os artigos 290, 292 e 295, do RICMS-BA/2012, visando corroborar sua tese de que deve ser garantida ao contribuinte a imediata e preferencial restituição do ICMS pago antecipadamente, caso não se realize o fato gerador presumido.

Enfatiza que na época do julgamento do RE 593.849-MG, a Suprema Corte determinou que os Estados adequassem suas legislações, a fim de viabilizar a restituição ou compensação da diferença do ICMS pago a maior no regime de substituição tributária por antecipação, nos casos em que base de cálculo efetiva da operação é inferior ao valor presumido.

Reconhece que o Estado da Bahia, entretanto, ainda não adequou a sua legislação, e reclama que a empresa continua refém da atualização da legislação, sem poder abater da apuração mensal do imposto o ônus que suportou pela tributação presumida mais pesada do que o preço de comercialização dos produtos ao consumidor final.

Assevera a Impugnante, que lida constantemente com um rol enorme de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária o no seu dia a dia, e que não são raras às vezes em que o valor de saída das mercadorias acaba sendo praticado em cifra menor do que a calculada inicialmente, conforme documentos que informa anexar por amostragem (DOC.05).

Ressalta que nesse cenário, a Impugnante acaba suportando uma carga tributária muito elevada - já que o valor do tributo calculado com base no MVA acaba sendo muito superior ao efetivamente devido, quando a venda ao consumidor ocorre a preços menores que o valor presumido.

Informa que as Declarações e Apurações Mensais (DMA's) da Impugnante contêm, portanto, valores muito maiores do que os devidos, porque os números ali informados não descontaram os créditos a que tem direito, razão pela qual considera improcedentes as infrações apontadas no Auto,

Argumenta que outros Tribunais de Justiça do País já estão rechaçando as tentativas das Fazendas Estaduais de se esquivarem do cumprimento da decisão proferida pela Suprema Corte. Nesse sentido, traz a colação trecho de Agravo de Instrumento do STF.

Entende que diante da determinação contida no artigo 116-A, do Decreto nº 7.629/99, a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia e todos os órgãos a ela vinculados não mais poderão divergir de entendimento pacífico do STF e do STJ apresentados em julgamentos sob o rito de recursos repetitivos ou repercussão geral, evidenciando o desacerto do lançamento ao não observar tal orientação legal.

Expõe que diante da insegurança jurídica, uma vez que o Estado da Bahia ainda não adequou a sua legislação a fim de viabilizar a restituição ou compensação da diferença do ICMS pago a maior no regime de substituição tributária por antecipação, a Impugnante, espontaneamente, aderiu ao parcelamento dos créditos tributários destacados na infração 02 do Auto.

Dessa forma, diz ser imperioso que do valor lançado sejam abatidos os valores parcelados pela Impugnante, sob pena de excesso da exação.

Acrescenta que a adesão ao parcelamento ocorreu espontaneamente, de boa-fé e ainda no ano de 2015 [DOC. 03], antes, da lavratura do Auto, que ocorreu em 26/09/2018, e de qualquer outro procedimento de fiscalização. Diante dessa afirmação, aduz que deve ser concedido a Impugnante o benefício da denúncia espontânea, qual seja, a exclusão da responsabilidade das penalidades decorrentes da mora, nos termos do caput do artigo 138, do CTN, c/c o artigo 98, inciso I do RPAF do Estado da Bahia.

Assevera que caso os julgadores considerem insuficientes os documentos elucidativos apresentados quanto ao direito aqui defendido, pleiteia a Impugnante, desde já, a produção de prova pericial técnico contábil a ser produzida por Auditor Fiscal estranho ao feito, com fulcro nos artigos 145 e 148, inciso II, do RPAF do Estado da Bahia, com o intuito de comprovar se as DMA's da Impugnante informam valores superiores aos devidos por não ter realizado o abatimento dos créditos a que tem direito decorrente do ICMS recolhido a maior no regime de substituição tributária por antecipação.

Para tanto, apresenta quesitos a serem respondidos na sua peça defensiva.

Ao final, resume nos itens abaixo suas solicitações:

- (I) Que o Auto de Infração seja julgado improcedente, em razão do reconhecimento do direito à compensação/restituição da diferença do ICMS recolhido a maior no regime de substituição tributária por antecipação, nos casos em que a base de cálculo efetiva da operação é inferior ao valor presumido, conforme decidido, sob o regime de repercussão geral, pelo STF no RE 593.849-MG;
- (II) Que seja deferido o pedido de perícia contábil, por Auditor Fiscal estranho ao feito, caso considere insuficientes os documentos apresentados, de modo a comprovar que o presente Auto de Infração persegue valores incorretos, devido ao fato das DMA's terem sido preenchidas sem os devidos abatimentos;
- (III) Que seja excluído do cálculo os valores de ICMS ST já parcelados e pagos pela Impugnante;
- (IV) Que seja totalmente afastada a multa aplicada;
- (V) Que seja determinada a exclusão da multa prevista no artigo 42, inciso II, alínea "d" da Lei 7.014/96, em razão da denúncia espontânea, com fulcro no artigo 148 do CTN.

O autuante apresenta informação fiscal, às fls. 188 a 196, dizendo que para comprovar as suas alegações e o pagamento do imposto ora exigido, o autuado apresenta uma Denúncia Espontânea – D.E. e algumas notas fiscais relativas a entradas de mercadorias.

Todavia, aduz que após analisar os referidos documentos, verificou que os mesmos não guardam nenhuma relação com as infrações deste processo.

Explica que a D.E. apresenta como datas de ocorrências, períodos diversos das constantes na presente autuação, quando se considera infrações com a mesma tipificação, ou seja, a 07.01.01 – ICMS não antecipado – substituição tributária.

Ressalta que a outra infração constante na D.E. diz respeito ao não recolhimento da antecipação parcial e que no A. I. em tela não existe esta infração.

Por fim, assevera que as notas fiscais apresentadas na peça defensiva são relativas aos meses de março, abril, maio, julho, agosto e setembro de 2016, que não fazem parte das infrações desse processo.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 02 (duas) infrações, conforme foi detalhado no relatório, parte integrante deste Acórdão.

Inicialmente, verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, as multas e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos, encontrando-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Em relação ao pedido de diligência/perícia formulado ao final da peça defensiva, nego o mesmo, como solicitado na peça mencionada, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147 do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação

de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável; for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos; e de perícia fiscal, quando a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos; for desnecessária em vista de outras provas produzidas; a verificação for impraticável.

Impende dizer-se, que ainda obedecendo aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores.

Quanto ao mérito, o contribuinte alegou que não existe imposto a recolher relativo à antecipação tributária, tendo em vista que o valor da base de cálculo da venda efetiva, foi inferior ao valor da base de cálculo presumida, relativa à substituição tributária, pois entende que tem direito ao ressarcimento do ICMS pago a maior.

Contudo, argumentou que apresentou uma Denúncia Espontânea, anteriormente à autuação, onde os valores exigidos na infração 02, foram objeto da referida denúncia.

Em primeiro lugar, devemos ressaltar que a legislação baiana não admite ressarcimento de imposto relativo a operações de substituição tributária.

Conforme estabelece o art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, emanado de autoridade superior.

Dessa forma, passamos à análise da Denúncia Espontânea apresentada pelo impugnante, à fl. 43, bem como das notas fiscais acostadas às fls. 83 a 107.

Verificamos, contudo, que única infração da D.E. que coincide com a constante na presente autuação, ou seja, a de código 07.01.01 – Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, apresenta datas de ocorrências diversas.

Enquanto na D.E. as ocorrências são dos meses de abril e maio de 2015, no Auto de Infração, os fatos ocorreram no mês de fevereiro de 2017.

Mesmo considerando que na segunda infração da presente autuação, código 07.01.02 – Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, há uma ocorrência que coincide com a D.E. (maio/2015), apesar de terem tipificações diferentes, o fato é que o autuado, na tentativa de elidir a autuação, somente apresentou notas fiscais referentes ao período de 2016.

Dessa forma, não foi apresentada, por parte do impugnante nenhuma comprovação de que a Denúncia Espontânea nº 600000.0518/15-0 (fl. 43), tenha alcançado alguma operação objeto do Auto de Infração em exame.

Nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99, foi garantido ao autuado o direito de fazer a impugnação do lançamento de ofício, aduzida por escrito e acompanhada das provas que possuísse, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações. No entanto, os documentos acostados pelo sujeito passivo, não tem o condão de elidir as exigências em comento.

Vale ainda observar que se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação, conforme previsto no art. 141 do supra citado regulamento, o que não foi feito por parte do sujeito passivo.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por

unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278936.0001/18-9**, lavrado contra a empresa **MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$45.624,44**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2019

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA