

A. I. Nº - 293872.0002/20-1
AUTUADO - CANAA COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLCIAÇÃO - INTERNET - 10/12/2020

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0133-01/20-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. É devida a antecipação tributária em aquisições interestaduais de mercadorias constantes do Anexo 1 do RICMS, todavia o autuado comprova que parte das operações questionadas não são referentes à cobrança de substituição tributária na entrada. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 18/03/2020, e lançado ICMS no valor histórico de R\$648.233,04, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte infração à legislação do supracitado imposto:

Infração 01 - 07.01.02 – Efetuou 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 fevereiro a outubro de 2016 e fevereiro a outubro de 2017.

Enquadramento legal: Artigos 8º, inciso II e § 3º; e 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, cientificado do Auto de Infração, ingressou com defesa administrativa em 02/09/20, peça processual que se encontra anexada às fls. 86 a 89 (frente e verso).

Em sua peça defensiva, a Impugnante, inicialmente transcreve a infração a ele imputada, bem como o valor exigido e o enquadramento legal.

Em seguida suscita preliminar de nulidade, por considerar que houve falha no que diz respeito ao enquadramento legal dado para a infração, alegando que tal fato não lhe permitiu a produção da defesa.

Explica que o art. 8º, II e §3 da Lei 7.014/96 faz referência direta às hipóteses do art. 23 da mesma Lei, afirmando que o cálculo do imposto eventualmente devido por antecipação ou substituição será feito em razão do que dispõe este mencionado artigo.

Acrescenta que o art. 23 da Lei 7.014/96, todavia, possui oito parágrafos, cada um regulando uma forma diferente de apuração da base de cálculo, reclamando que não aponta qual ou a quais dele(s) referem-se a autuação.

Alega que ao deixar de apontar qual dos referidos dispositivos o auto de infração foi utilizado para promover a apuração do tributo cobrado, o mesmo retira da impugnante o direito de promover defesa específica a respeito da autuação.

Pontua que o art. 289, RICMS/BA, também constante do campo de enquadramento legal da autuação, afirma genericamente que incide a substituição tributária sobre as mercadorias constantes do Anexo I.

Entende que não há como determinar com segurança a infração, e que este fato implica em prejuízo à defesa, na medida em que não se pode enfrentar, de maneira específica, a autuação.

Como segunda preliminar de nulidade, assinala que para apurar o valor do imposto lançado, o autuante elaborou uma planilha única para cada exercício autuado.

Diz que nestas planilhas o Auditor extraiu as informações contidas no SPED Fiscal e copiou e colou todas as vendas de mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, realizadas pela Impugnante nos anos de 2016 e 2017.

Assinala que de posse dessas informações, utilizando critérios de cálculo que não estão explicitados no auto de infração em comento, recalcoulou o quanto de ICMS que supostamente seria devido em cada operação de venda, mercadoria por mercadoria, fazendo sub-totalizações mensais deste quantum.

Menciona que em seguida, o autuante subtraiu dos valores obtidos no recálculo o ICMS ST efetivamente recolhido naquele mês pelo contribuinte, encontrando uma diferença de ICMS, que é justamente o valor exigido na autuação.

Entende que a autuação é nula, argumentando que, ao contrário do que aparenta, o método de determinação do crédito exigido no auto de infração utilizado pelo Auditor Fiscal cria empecilho real à defesa da Impugnante.

Assevera que é impossível extrair da autuação quais as operações em específico e em relação a quais mercadorias teria a Impugnante falhado, e promovido o recolhimento em (suposto) desacordo com a legislação tributária.

Considera que em momento algum a Fiscalização aponta qual teria sido o critério (ou critérios) adotado (s) na sua apuração que divergiu (iram) do critério utilizado pela Impugnante no cálculo do ICMS. Aduz que sequer há apontamento do fundamento legal específico da teórica divergência apontada pelo auto de infração.

Afirma que promoveu a revisão contábil de todas as operações tributáveis que realizou com mercadorias sujeitas a substituição tributária, tomando como base de cálculo o valor da mercadoria (e todos os custos acessórios) acrescido do MVA indicado no Anexo I, do RICMS/BA e não descobriu nenhum erro ou equívoco que causasse recolhimento a menor, e que o valor a recolher foi justamente aquele declarado e pago ao Fisco baiano.

Enfatiza que a única descrição contida na autuação foi a de que a Impugnante “Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da federação ou do exterior”.

Ratifica que a autuação, do modo que foi feita, implica em nulidade, eis que a situação concreta se amolda à perfeição com o conceito de nulidade previsto no art. 18 do RPAF, em seus incisos II e IV, ou seja, quando há preterição ao direito de defesa e impossibilidade de determinar com segurança a infração.

Ressaltando os princípios da eventualidade e da lealdade processual, registra ter notado que nas planilhas apresentadas pelo Autuante existe referência a utilização de pauta fiscal.

Apresenta à fl. 89, como exemplo, parte da planilha que analisou os lançamentos de 03/02/2016, informando que na primeira linha de tal documento, analisando a tributação apontada pelo Autuante no tocante à nota fiscal/produto com descrição “coxa s/coxa cong pct envelopado cx 20kg”, há a indicação, na coluna “K”, de que o critério utilizado por “Pauta”.

Diz que para a impugnante é impossível à compreensão a respeito da utilização de tal critério, visto que — como dito mais acima — a fundamentação legal não remete à pauta fiscal, e as operações realizadas por si não se sujeitam a tal técnica de tributação. Aduz que não há norma que obrigue a utilizar este critério, e que a autuação não aponta fundamentação jurídica para tanto.

Ao final, aduz que espera que a autuação seja considerada improcedente e sucessivamente nula, alegando que não há como promover a defesa sem identificar os elementos basilares da cobrança, notadamente o seu fundamento legal, os tipos de infração que o Fisco julga ter ocorrido.

O autuante presta informação fiscal, às fls. 101/103, inicialmente rebatendo as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado.

Afirma que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, indica e circunstancia pormenorizadamente a legislação infringida, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, os quais foram entregues cópias ao autuado.

Observa que a irregularidade apurada pelo Fisco é o recolhimento a menor do ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadoria provenientes de outras Unidades da Federação.

Transcreve as disposições contidas no art. 8º, II e 23, II e § 6º, da Lei 7.014/96, além do art. 289, do RICMS/BA, acrescentando que foram elaboradas duas planilhas de cálculo para cada exercício fiscalizado, sendo que em uma planilha foi apresentado o demonstrativo analítico discriminando mês a mês as operações de entradas interestaduais das mercadorias sujeitas à substituição tributária sendo consideradas todas as informações dos documentos fiscais informados pela empresa via EFD, percentual de MVA, e os valores devidos do ICMS.

Informa que na outra planilha, consta o quadro resumo com os valores mensais apurados pela auditoria, os valores lançados pela empresa, os valores ajustados e os valores do imposto devido, resultando nas diferenças mensais de recolhimentos a menor da antecipação tributária que foram lançados nos demonstrativos de débitos do Auto de Infração.

Dessa forma, considera que as preliminares de nulidade não devem prosperar, uma vez que a descrição dos fatos, o enquadramento legal e os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração permitem o conhecimento da acusação imputada e do débito tributário lançado, possibilitando assim, o pleno exercício do direito de defesa.

No mérito, em relação a alegação defensiva da utilização de pauta fiscal na apuração do débito, diz não proceder a argumentação, tendo em vista que na maioria das operações de entradas de mercadorias sujeitas à antecipação tributária foram utilizadas a MVA (margem de valor agregado), mas que em algumas aquisições onde a base de cálculo do imposto a ser pago por substituição foram inferiores à média de preços usualmente praticados no mercado, cujos valores tenham sido divulgados por ato da Secretaria da Fazenda, foram utilizados os preços previstos em pauta fiscal, conforme o § 6º do Art. 23 e do Art. 19 da Lei 7.014/96.

Menciona, ainda, que o Art. 490-B do RICMS/BA prevê que: “A média ponderada de preços praticados no mercado, fixada em pauta fiscal específica, deverá ser utilizada como base de cálculo da substituição ou antecipação tributária”:

II - quando o seu valor for superior ao obtido pelo somatório do valor da operação própria realizada pelo substituto tributário adicionado do valor do seguro, frete, IPI, outros encargos transferíveis ao destinatário e da margem de valor adicionado relativa às operações subsequentes, conforme estabelecido no § 6º do art. 23 da Lei nº 7.014/96.

Por fim, aduz que agiu em cumprimento aos interesses da Fazenda Pública Estadual, e requer o julgamento pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente, o autuado suscitou a nulidade da autuação fiscal sob as seguintes alegações:

- Enquadramento legal incompleto ou inadequado;
- Utilização de critérios de cálculo que não estão explicitados no Auto de Infração;

- Na assentada do julgamento, o patrono da empresa também reclamou que não tomou ciência da informação fiscal.

Todavia, da análise dos elementos presentes no processo, constato que o Auto de Infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a descrição dos fatos, considerados como infração das obrigações, foi apresentada de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apta a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

A tipificação legal constante da autuação, está de acordo com a infração imputada ao autuado, ou seja, 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, senão vejamos:

Art. 8º, II e § 3º, da Lei 7.014/96: *São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:*

- o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado”.

O cálculo do imposto a ser recolhido por antecipação ou substituição tributária será feito em função do disposto no art. 23.

Art. 23 da mesma Lei supra citada: *Para fins de substituição tributária, inclusive a título de antecipação, a base de cálculo é: II - em relação às operações ou prestações subsequentes, a obtida pelo somatório das parcelas seguintes:*

a) o valor da operação ou prestação própria realizada pelo substituto tributário ou pelo substituto intermediário;

b) o montante dos valores de seguro, frete, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis aos adquirentes ou tomadores de serviço;

c) a margem de valor adicionado, inclusive lucro, relativa às operações ou prestações subsequentes.

Art.289 do RICMS/BA: *Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo I deste regulamento.*

Ademais, cabe ressaltar, que de acordo com o que dispõe o art. 19 do RPAF/BA, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Vale ainda frisar, que o imposto e sua base de cálculo foram apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos às fls. 12 a 82, e constantes da mídia, à fl. 09, os quais foram entregues em cópias ao autuado, conforme recibos às fls. 08, 12, 16, 24 e 28.

Destarte, considero que as preliminares de nulidade suscitadas não prosperam, tendo em vista que a descrição dos fatos, o enquadramento legal e os demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, permitem o conhecimento da acusação imputada e do débito tributário lançado, possibilitando assim, o pleno exercício do direito de defesa.

Por fim, quanto ao questionamento do impugnante de que não tomou ciência da informação fiscal, saliento que uma vez distribuído o PAF e prestada a informação fiscal, conforme previsto no § 7º, do art. 127 do RPAF-BA, somente se nesta forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, é que o órgão preparador tem o dever de dar ciência ao sujeito passivo, o que não ocorreu no presente PAF. Claro que isso não impossibilita que o sujeito passivo tenha acesso à mencionada informação fiscal, antes do julgamento, caso requeira ao órgão preparador.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como segue.

O autuado alegou, tão somente, que seus cálculos estavam corretos, não havendo diferença a ser exigida, além de mencionar ter notado, que nas planilhas apresentadas há referências à utilização de pauta fiscal e que as operações realizadas não se sujeitam a tal técnica de tributação, uma vez que não há norma que a obrigue à utilização de tal critério.

Entretanto, mais uma vez não assiste razão ao autuado, uma vez que o § 6º do art. 23, da Lei nº 7.014/96 (abaixo transcrito), dispõe que a base de cálculo do imposto a ser pago por substituição, inclusive a título de antecipação, não poderá ser inferior à média de preços usualmente praticados no mercado, cujos valores tenham sido divulgados por ato da Secretaria da Fazenda, observados os critérios definidos no § 4º deste artigo:

§ 6º A base de cálculo do imposto a ser pago por substituição, inclusive a título de antecipação, será determinada:

I - de acordo com os critérios previstos neste artigo, relativamente ao valor acrescido, estando as mercadorias acompanhadas de documento fiscal, desde que a base de cálculo resultante não seja inferior ao preço de pauta, se houver;

Por outro lado, o autuado também não apresentou nenhum demonstrativo que pudesse se contrapor aos que foram elaborados pelo autuante, que por sua vez fez constar nos autos duas planilhas de cálculo para cada exercício fiscalizado, sendo que em uma planilha foi apresentado o demonstrativo analítico, discriminando mês a mês as operações de entradas interestaduais das mercadorias sujeitas à substituição tributária (com base nas informações prestadas pela própria empresa via EFD), percentual de MVA, e os valores devidos do ICMS.

Na outra planilha, apresentou o quadro resumo, com os valores mensais apurados pela auditoria, os valores lançados pela empresa, os valores ajustados e os valores do imposto devido, resultando nas diferenças mensais de recolhimentos a menor da antecipação tributária, que foram lançados nos demonstrativos de débitos do Auto de Infração.

Portanto, o autuante evidenciou nos autos o recolhimento a menor do imposto ora exigido, ao passo que o autuado não apontou objetivamente nenhuma falha no demonstrativo que embasou a autuação, e pelo que dispõe o art. 143, do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

De tudo exposto, 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 293782.0002/20-1, lavrado contra **CANAA COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$648.233,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2020

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR