

PROCESSO - A. I. Nº 210613.0008/17-2
RECORRENTE - BARRETO ATACADO ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0161-04/20-VD
ORIGEM - INFAZ ITABUNA (COSTA DO CACAU)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/11/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0270-12/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não trouxe provas capazes de elidir a imputação. Pontuou as mesmas razões e fatos e acostou o mesmo demonstrativo, no qual a decisão de Primeira Instância já tinha analisado. Infração comprovada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Comprovado que o imposto nas operações de saídas posteriores fora recolhido. Mantida a multa sobre o valor do imposto não recolhido. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Mantida a multa sobre o valor do imposto não recolhido. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, que foi lavrado em 29/09/2017, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$84.934,75, sendo objeto do recurso as seguintes infrações:

Infração 02 - 07.01.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$4.867,25, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, acrescido da multa de 60%.

Infração 03 – 07.01.02 - Efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no valor de R\$304,59, acrescido da multa de 60%.

Infração 04 -Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, destinadas à comercialização. Valor exigido: R\$71.498,61. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressa com defesa, fls. 66 a 73. O fiscal autuante presta a Informação Fiscal, fl. 78. A JJF prolator o seguinte voto:

Inicialmente, observo que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao procurador do recorrente no endereço constante na defesa, entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, em conformidade com o artigo 108 do RPAF/99.

A infração 01 trata de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

*Para essa situação, a legislação do ICMS, no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, prescreve que “Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar: saldo credor de caixa, suprimento a caixa de origem não comprovada, manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como **entrada de mercadorias ou bens não registrados**, pagamentos não registrados ou das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por: instituições financeiras; administradoras de cartões de crédito ou débito; “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.*

Portanto, a irregularidade apontada tem por base o valor das entradas não declaradas, com fundamento na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte

comprovar a improcedência dessa presunção legal.

*No caso presente, de acordo com os documentos que embasam a infração, especialmente o demonstrativo de fls. 11/20, constato que restou comprovado que a auditoria foi efetuada exclusivamente nos livros fiscais do contribuinte, conforme informação inserida no cabeçalho do referido demonstrativo, o qual transcrevo: “Omissão de Saídas de mercadorias tributáveis evidenciada pela constatação do não registro de entradas de mercadorias, bens e serviços na **escrituração fiscal do contribuinte**, tomando por base as aquisições constantes em Notas Fiscais Eletrônicas e os lançamentos realizados no **Livro Registro de Entradas**.”*

Assim, não existem provas de que os pagamentos referentes aos referidos documentos fiscais não estavam registradas na escrita contábil do autuado, o que caracterizaria a omissão de receitas (de saídas de mercadorias), empregadas no pagamento das entradas que deixaram de ser contabilizadas, razão pela qual, fica afastada a exigência da infração 01.

Na infração 02, o autuado foi acusado de não ter recolhido ICMS devido por antecipação total, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em operações de aquisições interestaduais.

O argumento defensivo para elidir a acusação fiscal, é de que as mercadorias objeto da exigência, constam nas respectivas notas fiscais com a informação CST 060, o que indica que houve a retenção do imposto nas operações anteriores.

Ocorre que não houve a juntada de qualquer prova documental pela defesa, que demonstrasse que o ICMS foi retido e recolhido pelas empresas remetentes das mercadorias. Nem sequer foi acostada uma amostra de notas fiscais com os valores retidos na origem. Dessa forma, o item 02 do Auto de Infração deve ser mantido sem qualquer alteração, pois não restou demonstrada a tese defensiva do sujeito passivo.

As 03 e 04, estão relacionadas à obrigação de pagamento do ICMS por antecipação parcial, sendo que a infração 03 exige o recolhimento a menos, e a infração 04 a falta de recolhimento do imposto.

O sujeito passivo sustenta que no período fiscalizado, exercício de 2016, de acordo com o disposto no § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, estaria dispensado do pagamento por antecipação parcial, sendo exigida apenas uma multa percentual sobre o valor não recolhido no prazo estabelecido.

Alega que as operações de saídas posteriores se deram conforme exigência legal, uma vez que apresentou à fiscalização todos os livros fiscais, e que analisados na auditoria, não ensejaram qualquer penalidade relativa à omissão de qualquer gênero.

Dúvidas inexistem de que o contribuinte tem o dever jurídico de efetuar a antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, no valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, independente do regime de apuração do imposto, conforme determinado no art. 12-A da lei 7014/96, a seguir reproduzido:

“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.”

Assim, tratando-se de descumprimento de obrigação principal, ambas as infrações restam caracterizadas, já que o defendente não questionou qualquer valor apurado pela fiscalização.

Por outro lado, considero verídica a afirmativa do defendente de que as saídas subsequentes foram tributadas e o imposto apurado através da sua conta corrente fiscal, tendo em vista que o autuante não se pronunciou a respeito, limitando-se a afirmar que o contribuinte não apresentou provas do recolhimento do imposto exigido, nem refutou os valores apurados.

Neste passo, entendo que em relação às infrações 03 e 04 deva ser aplicado o disposto no § 1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, remanescendo apenas a multa de 60% do valor não recolhido a título de antecipação parcial, no caso, R\$182,75 e R\$42.899,16, respectivamente.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$47.949,16.

Por fim, no que diz respeito ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, sobre o valor das infrações 02, 03 e 04, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, de acordo com os artigos 158/159, do RPAF/BA.

O advogado apresenta Recurso Voluntário às fls. 98 e 99v que tece as seguintes razões:

Inicialmente reproduz a ementa da decisão da 4ª JJF e observou a insubsistência da infração 1.

Insurge-se quanto à infração 2, após verificar que a JJF não acatou os argumentos defensivos, disse que a apuração do ICMS é feita através do SPED fiscal e que é desnecessária a juntada das

notas fiscais eletrônicas, no entanto, juntou demonstrativo (fls. 99-99v) apontando cada nota fiscal que teve ICMS retido para demonstrar que a infração não ficou caracterizada. Pede pela insubsistência da infração.

Para as infrações 3 e 4, ratificou todos os argumentos defensivos, principalmente de que o imposto devido por antecipação fora recolhido nas saídas, não dando qualquer prejuízo ao erário. Diz que não havendo prejuízo ao Estado, não consta dolo, fraude ou simulação e nem qualquer repercussão econômica do *quantum* apurado de ICMS, pede aplicação do art. 158 do RPAF/BA.

Por fim, requer a total Improcedência do Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “b” do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido da 4ª JJF desonerar julgando Procedente Parcialmente o imposto exigido no presente Auto de Infração, apreciando as razões recursais vinculadas à infração 2, 3 e 4, na medida em que a recorrente verifica que a fiscalização acatou os argumentos defensivos e o colegiado primário afastou a exigência da infração 1.

Na análise de mérito, verifico que na infração 2, alegação discorre sobre o fato de *não ter recolhido ICMS devido por antecipação total, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em operações de aquisições interestaduais*. O sujeito passivo, em suas razões recursais, pontua que apuração do ICMS é feita através do SPED fiscal, sendo desnecessária a juntada das notas fiscais eletrônicas, no entanto, juntou demonstrativo apontando cada nota fiscal que teve ICMS retido, no sentido de descaracterizar a imputação.

Após verificar a tabela acostada pelo recorrente, vejo que a demonstração não fica evidenciado o recolhimento do ICMS devido pela empresa remetente. Para buscar a verdade material, o contribuinte poderia, nesta oportunidade, trazer provas capazes de elidir a imputação, e não pontuar: as mesmas razões; os mesmos fatos e o mesmo demonstrativo (fls. 99v foi o mesmo apresentado na defesa inicial) – na qual a decisão do colegiado de Primeira Instância já tinha analisado, assim, coaduno com a JJF pela manutenção da infração e suas penalidades previstas no RICMS/BA.

Nas infrações 3 e 4, o contribuinte apenas argumenta que não causou prejuízo ao erário público, reafirmando que o ICMS fora recolhido nas saídas das mercadorias.

Ocorre que o art. 12-A da Lei nº 7.014/96, determina a obrigatoriedade da antecipação parcial do imposto nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, onde discorre que:

“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.”

Portanto, novamente a recorrente não fez jus para comprovar suas alegações recursais, pois conforme a disposição citada é devida o crédito tributário. Coaduno com decisão de piso proferida, entendendo que as infrações 3 e 4 estão em conformidade ao que dispõe o § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, remanescendo apenas a multa estabelecida, por não ter tido recolhido a antecipação parcial.

Volto às razões do contribuinte, pois pede a redução ou extinção da multa. Destaco novamente, que o CONSEF não tem mais essa competência de redução, exclusão ou até mesmo extinção, como também, não compete quanto as alegações de inconstitucionalidade e ilegalidade da legislação tributária estadual nos termos do art. 167 do RPAF/99, ressaltando que as multas aplicadas estão previstas legalmente.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a decisão de piso.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **210613.0008/17-2**, lavrado contra **BARRETO ATACADO ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.867,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pecuniária no valor de **R\$43.081,91**, prevista no inciso II, “d” da mesma Lei e Artigo já citados, com acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de setembro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS