

A. I. N° - 233085.0057/14-2
AUTUADO - G ALVES CALÇADOS LTDA. – ME
AUTUANTE - PAULO SÉRGIO NEVES DA ROCHA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 12.06.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0104-05/15

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. EMPRESA DO SIMPLES NACIONAL. Impugnação do sujeito passivo. Juntada de provas, na fase de defesa, atestando a quitação de parte dos valores que compõem a exigência fiscal. Elementos probatórios sequer analisados pelo autuante por ocasião da informação fiscal. Cerceamento ao direito de defesa. Mudança do fulcro da acusação fiscal. Lançamento de ofício lastreado tão somente em DANFES – Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica, que não constituiu prova suficiente de trânsito de mercadorias no território do Estado. Insegurança da acusação fiscal relacionada ao descumprimento de obrigação principal, relacionada à falta de pagamento de ICMS a título de antecipação parcial nas aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação. Vícios insanáveis. Recomendação de refazimento da ação fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 24/11/2014, para exigir ICMS, no valor de R\$ 59.254,28, com a seguinte imputação:

Infração 1 – 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. Períodos mensais autuados: jan a dez dos exercícios fiscais de 2011, 2012 e 2013. Valor exigido: R\$ 59.254,28. Multa: 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do A.I., em 28/11/2014, e ingressou com defesa em 26 de dezembro de 2014, apensada às fls. 41/45 e subscrita por procurador habilitado nos autos através do instrumento juntado ao PAF (docs. fls. 46/47).

Na peça defensiva, inicialmente, o contribuinte suscitou a preliminar de nulidade do lançamento de ofício, argumentando a ausência de motivo do ato, por falta de suporte fático ou legal a subsidiar a cobrança. Disse que a autoridade fiscal não apontou em quais documentos fiscais ou informações contábeis foram retiradas as conclusões expostas na peça de lançamento, acarretando inclusive cerceamento ao seu direito de defesa e ofensa ao princípio do contraditório, previstos no texto constitucional. Argumentou ainda que o ato de lançamento tributário é vinculado, nos termos do art. 142 do CTN, e que a inexistência de motivo ensejador da sua prática macula de nulidade absoluta.

No mérito, declarou que inobstante os vícios insanáveis do lançamento apontados na arguição de nulidade, foi possível compulsar nos controles fiscais relacionados com as suas operações

comerciais a existência de equívocos na apuração e cobrança do ICMS do período fiscalizado. Que embora não tenha sido declarada na peça acusatória a fonte de dados que serviu de suporte para a exigência do imposto, disse que dá para se presumir que os mesmos foram extraídos dos livros e comprovantes da empresa autuada, que foram vistoriados pelo agente fiscal.

Em seguida, declarou ter feito uma conferência minuciosa de todas as notas fiscais e DANFES, de acordo com o Documento de Arrecadação (DAE) de cada período mensal, verificando ter apurado o recolhimento do ICMS de diversos documentos que compõem o Auto de Infração.

Servindo-se dos mesmos demonstrativos confeccionados pelo agente autuante, a defesa elaborou planilhas e juntou os documentos, reproduzidos às fls. 49 a 98 dos autos, relativamente aos exercícios de 2011, 2012 e 2013, deduzindo ou abatendo as parcelas já recolhidas antes da ação fiscal.

Reiterou em seguida o pedido de nulidade do Auto de Infração, com fundamento nas disposições do art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF/99, que prescreve a anulação do lançamento de ofício “que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator”.

Em relação à parte das notas fiscais/DANFES que integram o demonstrativo de débito da autuação a defesa enfatizou que a fiscalização deveria proceder a uma circularização junto aos fornecedores, para poder fazer prova de que as operações foram efetivamente realizadas pela empresa autuada. Nega, portanto, o contribuinte, em relação ao valor residual da infração, após a exclusão das operações já recolhidas, que tenha adquirido as mercadorias acobertadas pelos DANFES remanescentes.

Ao finalizar a peça defensiva o contribuinte, mais uma vez, pediu que seja acolhido o pedido de declaração de nulidade de todo o lançamento fiscal.

Foi prestada informação fiscal, cuja peça se encontra anexada às fls. 103/105, do PAF. Sustenta o autuante que não houve vilipêndio aos princípios do contraditório e da ampla defesa posto que foram entregues ao contribuinte, de forma organizada, cópias de todas as notas fiscais/DANFES em mídia eletrônica, juntada à fl. 35 dos autos, conforme recibo firmado (cópia à fl. 36). O autuante entende que não se verificou a nulidade reclamada pela defesa, sendo esta alegação mera medida protelatória do feito.

No mérito, afirmou que todas as notas fiscais objeto da autuação foram discriminadas, uma a uma, nas planilhas que compõem o lançamento de ofício, e que o DAES (documentos de arrecadação) pagos foram todos retirados da base de cálculo do imposto exigido. Disse ainda que o impugnante elencou, na peça defensiva, novos DAES “extemporâneos”, não apresentados no curso da ação fiscal, não sendo possível se determinar, nos sistemas da SEFAZ, em que época foram efetuados os recolhimentos, por englobarem em um único documento, diversos DANFES, dificultando sobremaneira a revisão do procedimento fiscal.

Declarou mais à frente que quem dificulta agora o procedimento, sob o ponto de vista do princípio do contraditório, é a defesa, por apresentar uma peça confusa e sem a correspondente planilha de cálculo. Ao finalizar a informação fiscal, o autuante pede que a impugnação empresarial não seja acolhida, mantendo-se a exigência fiscal em todos os seus termos, com a consequente declaração de PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO

Da análise do processo verifico que o contribuinte foi autuado com a acusação de ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, pelas aquisições de mercadorias originárias de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2011, 2012 e 2013. O sujeito passivo é empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional.

O lastro probatório do lançamento se encontra baseado na relação de DAES (documentos de arrecadação estadual), dos anos de 2011, 2012 e 2013, juntados às folhas 8 a 15 do PAF, e nos Demonstrativos de Antecipação Tributária, dos correspondentes períodos, com a totalização mensal dos débitos, anexada às fls. 19 a 34 e reproduzida na mídia eletrônica (doc. fl. 35), cujas cópias foram entregues ao contribuinte, mediante recibo (doc. fl. 36).

Na peça de defesa o contribuinte apresentou uma relação e DAES e demonstrativos no mesmo formato do elaborado pelo autuante, documentos que foram apensados às fls. 55 a 98 dos autos.

Nos referidos Demonstrativos e DAES o contribuinte trouxe ao processo elementos probatórios que indicam que diversas operações acobertadas pelos DANFES/NF-es que integram o lançamento de ofício foram objeto de pagamento antes da ação fiscal. Esses elementos, devidamente analisados, devem implicar na redução dos valores autuados. Na fase de instrução do processo este relator ao se debruçar sobre a peça de impugnação verificou a existência de documentos que revelam a quitação do ICMS – antecipação parcial - de aquisições de mercadorias verificadas nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, novembro e dezembro de 2013 (fls. 55 a 73). Foram apresentados também documentos de arrecadação com ingresso de recursos nos cofres do Estado, relacionados aos meses de fevereiro, abril, maio, setembro, outubro e novembro de 2012 (fls. 73 a 91). Para o exercício de 2011, por sua vez, a impugnante colacionou documentos relacionados a operações com regime de competência dos meses de junho, março, abril, fevereiro e maio (fls. 92 a 98).

Observe que nenhum dos documentos de arrecadação anexados na peça defensiva foi sequer analisado pelo autuante que se cingiu a declarar, na informação fiscal, que o impugnante contestou o lançamento de maneira desordenada, sem apresentar nova planilha, elencando novos DAES “extemporâneos” e que estes documentos não foram apresentados ao agente fiscal à época em que se processou a fiscalização, não sendo também passíveis de identificação nos sistemas corporativos da SEFAZ-BA que concentram os registros de recolhimentos de tributos. Foi ressaltado ainda que o DAES englobavam várias notas fiscais dificultando assim o exercício do contraditório pelo autuante.

No que se refere às demais notas fiscais as quais o contribuinte nega as aquisições, foi juntado ao processo tão somente a mídia eletrônica, contida no CD-R apensado à fl. 35 dos autos, com a reprodução das imagens dos DANFES (Documentos Auxiliares da Nota Fiscal Eletrônica). Sobre as razões defensivas relacionadas a essas notas o autuante não fez qualquer comentário e nem sequer rebateu os argumentos do impugnante.

Da análise do conjunto probatório trazido na peça de defesa, é de se concluir que o lançamento fiscal em testilha padece de diversas fragilidades. Primeiramente os documentos de arrecadação (DAES) juntados na impugnação, alcançam diversos DANFES/NFes, que sequer foram analisados pelo autuante, com o argumento simplório de que os mesmos não foram identificados nos sistemas de pagamento da SEFAZ-BA, visto que os recolhimentos do imposto foram efetuados de forma extemporânea, ou seja, após o vencimento, e por englobarem em um mesmo documento de arrecadação Notas Fiscais vinculadas a operações distintas. A inserção desses documentos no lançamento fiscal implicaria, nos diversos meses acima mencionados, em alterar o fulcro da exigência fiscal, visto que a acusação de falta de recolhimento do ICMS devido a título de antecipação parcial deixaria de existir, subsistindo, em tese, tão somente, a imputação de fato de diverso, relacionado a “**recolhimento a menor do ICMS – antecipação parcial**”. Por sua vez, a circunstância dos recolhimentos terem sido efetuados e processados após o vencimento do prazo para o cumprimento das obrigações não pode ser utilizado pelo agente fiscal para desqualificar a prova apresentada pelo contribuinte na fase processual do procedimento, sendo relevante tão só a circunstância dos pagamentos terem sido efetuados antes do início da ação fiscal. No caso concreto a ação fiscal foi iniciada em 14/10/2014, com a lavratura do “Termo de Intimação para apresentação de Livros e Documentos” (doc. fl. 6), e a prova dos pagamentos de uma parcela significativa das operações autuadas referem-se a documentos de arrecadação com quitações processadas ao longo dos exercícios de 2011, 2012 e 2013. Logo, parte das provas anexadas no

presente processo revela que o contribuinte exerceu um direito que lhe é assegurado no ordenamento jurídico, ou seja, purgar a mora, recolhendo o tributo devido com o acréscimo dos juros previstos em lei, fato que sequer foi enfrentado pelo agente fiscal autuante, que, ao que parece, desenvolveu um roteiro de fiscalização extremamente sumário e com base tão somente em dados existentes nos sistemas corporativos da Secretaria Estadual de Fazenda.

Há outro aspecto que também reforça a fragilidade do lançamento em exame. A prova da aquisição das operações autuadas está baseada exclusivamente nos DANFEs reproduzidos na mídia eletrônica juntada ao presente PAF (doc. fl. 35). Em situação semelhante a este processo já tivemos oportunidade de enfrentar a questão atinente à prova da efetiva aquisição de mercadorias originárias de outras unidades da Federação. Refiro-me ao processo que tramitou recente por esta 5ª Junta de Julgamento, relacionado ao A.I. nº 269440.0012/14, julgado em 12 de maio de 2015.

Valho-me da mesma fundamentação tracejada naquele PAF para afirmar que as cópias ou chaves das NF-e's não são suficientes para confirmar a circulação de mercadorias. Somente com a juntada de outros elementos que não foram trazidos aos autos pela fiscalização se poderia confirmar a ocorrência dos fatos imponíveis do presente lançamento, a exemplo da juntada de comprovante de recebimento das mercadorias; ou os CTC's (conhecimentos de transporte rodoviários de cargas das empresas que conduziram e entregaram os produtos no destinatário localizado neste Estado); ou a prova do pagamento das operações junto aos fornecedores da impugnante, via procedimento de circularização junto aos fornecedores etc.

Ressalto que o caso em exame se assemelha em muito às autuações formalizadas em passado recente, lastreadas em meros relatórios do SINTEGRA, sem a juntada de notas e comprovantes da efetiva circulação das mercadorias. Este Conselho de Fazenda, em reiteradas decisões, consolidou o entendimento de que lançamentos tributários fundados tão somente em informações ou relatórios do SINTEGRA não tem o condão de provar a efetiva circulação de mercadorias. O mesmo raciocínio deve ser aplicado ao cruzamento de informações entre a EFD (escrituração fiscal digital) de um contribuinte em confronto com a EFD de outros contribuintes, não podendo o fisco conferir a esses registros fiscais o conteúdo de prova e certeza de que as mercadorias foram efetivamente postas em circulação e entregues ao destinatário localizado neste Estado. Esses registros podem até constituir um indício ou uma “pista” de irregularidades fiscais, que demanda, todavia, maiores apurações e agregação de outros elementos que possam servir de lastro probatório com a finalidade de respaldar um lançamento tributário de ofício.

Importante consignar que o “evento” relacionado à obrigatoriedade de confirmação de recebimento da NF-e ainda não é obrigatório para todos os contribuintes e vem sendo paulatinamente implementado. Assim dispunha o RICMS/97 (Subseção II –A – Da Nota Fiscal Eletrônica – NF-e e do Conhecimento de Transporte Eletrônico – CT-e – arts. 231-A a 231-Q), e, atualmente, o RICMS/12, com o “evento” da “Manifestação do Destinatário” para o setor de combustíveis, nos artigos 82 a 100.

Importante também destacar que a legislação de regência do ICMS, positivada na Lei nº 7.014/96, no RICMS/97 (já revogado) e no RICMS/12 (atualmente vigente), não confere ao ato de emissão de nota fiscal, seja em papel ou na modalidade eletrônica, o efeito de constituir fato gerador do imposto. Só há fato imponível do ICMS quando da realização de operações de saídas de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal e de comunicação. O aspecto temporal do fato gerador do ICMS, correspondente ao momento da saída ou da entrada da mercadoria, nem sempre é coincidente com o momento da emissão do documento fiscal. Nesse sentido está positivada a norma do Regulamento do ICMS ao prescrever que a emissão da NF-e se dá antes da ocorrência do fato gerador do imposto. Vejamos o conteúdo do art. 82 do RICMS: *“Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador.*

A validade jurídica a que faz referência a norma acima reproduzida está vinculada à pessoa do emitente, mas não à pessoa do destinatário. Somente se houver prova que ateste que o suposto adquirente tenha efetivamente recebido a mercadoria, por qualquer "evento" que esteja registrado no ambiente da NF-e ou por outra prova admitida em direito, é que se poderá validar o procedimento acusatório, lastreado tão somente em cópias de DANFEs.

Ressalto ainda que a Lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96) prescreve multa específica caso o contribuinte destinatário, obrigado por norma específica atinente ao seu segmento, não se manifeste acerca do recebimento da NF-e. Refiro-me às disposições do art. 42, inc. X-A, com a seguinte redação:

"Art. 42 – Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

X-A - 5% (cinco por cento) do valor da operação de manifestação do destinatário sobre a realização de operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico";

Assim, diante dos argumentos acima alinhavados e frente ao insuficiente conjunto probatório reunido neste PAF pela fiscalização, não se encontra comprovada a existência dos ilícitos tributários apontados no item 1 do Auto de Infração. Ademais os documentos apresentados na fase de defesa pelo contribuinte também implicariam em mudança do fulcro da exigência fiscal, visto que a acusação de falta de recolhimento de tributo deveria ser descartada em diversos meses.

Frente às razões acima expostas julgo NULO o Auto de Infração em epígrafe, com fundamento no art. 18, inc. II e inc. IV, letra "a", do RPAF/99, que prescrevem a invalidade do lançamento de ofício que resulte em cerceamento ao direito de defesa e que não contenha elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Recomenda-se, todavia, a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas e vícios acima apontados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **233085.0057/14-2**, lavrado contra **G ALVES CALÇADOS LTDA. - ME**.

Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas e vícios apontados na parte dispositiva do Acórdão.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2015.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR