

PROCESSO - A. I. Nº 279102.0004/15-9
RECORRENTE - XBOM ATACADISTA DE ALIMENTOS E EMBALAGENS LTDA. (XBOM ATACADISTA) - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0041-04/16
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/11/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0164-12/16

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Considerando que o acórdão recorrido fez clara referência à ausência de provas, tendo tratado a defesa apresentada como um exercício de “simples negativa geral”, é razoável concluir que os comprovantes anexados sequer foram examinados na primeira instância. O contribuinte possui o direito de ver consideradas as provas (produzidas), cuja aceitação (ou não) deve estar devidamente fundamentada no voto condutor, sem o que resta configurado o cerceamento do seu direito de defesa, garantia inafastável do devido processo legal. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 4ª JJF Nº 0041-04/16, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 279102.0004/15-9, lavrado em 20/07/2015, para exigir ICMS no valor histórico de R\$46.947,42, relativos às infrações a seguir.

INFRAÇÃO 1 – 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. ICMS no valor de R\$12.761,86 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 – Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa no valor de R\$2.001,36.

INFRAÇÃO 3 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Procedimento em colisão com as prescrições do art. 290 do RICMS/BA. ICMS no valor de R\$14.244,20 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 – Deixou o contribuinte de efetuar a entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD nos prazos previstos na Legislação Tributária. Devido à sua atividade econômica, desde o inicio do empreendimento o contribuinte sempre esteve obrigado à EFD porém nunca fez a transmissão mensal de sua escrituração. Multa no valor de R\$17.940,00.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 05/04/2016 (fls. 345 a 349) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Constato que o Auto de Infração foi lavrado com observância aos ditames do art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Ademais constato que não há infrações, neste Auto, que tratem de presunções, todas foram provenientes de documentos fiscais e de multa por descumprimento de obrigação acessória, cabendo ao contribuinte comprovar que não ocorreram, com base nos documentos e na sua escrituração fiscal digital.

No mérito, na infração 01 está sendo exigido ICMS em decorrência da falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos exercícios de 2014 (março a dezembro) e de 2015 (janeiro a

março).

No CD-R que o sujeito passivo recebeu cópia e que se encontra na fl. 12 do PAF, encontra-se o demonstrativo da infração, com o detalhamento das notas fiscais objeto da autuação, que se constitui em parte integrante do Auto de Infração.

Na peça de defesa o contribuinte nega o cometimento da infração, junta documentos fiscais, mas não traz a comprovação efetiva de que teria efetuado o recolhimento do ICMS antecipado, na forma e nos meses que estão sendo exigidos. Também não aponta erros na planilha, que possam invalidar o lançamento fiscal.

Sendo genérica a defesa, cabe a aplicação do 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.”

Outrossim, cabe a antecipação tributária nas aquisições de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, que estejam submetidas à substituição tributária, constantes do Anexo I da Lei 7.014/96, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado.

Ressalto que a mídia CDR, da qual foi fornecida cópia ao contribuinte, contém os demonstrativos da substituição tributária por antecipação. Contém ainda a chave de acesso de cada uma das notas fiscais eletrônicas relacionadas, o que permite a consulta completa ao seu conteúdo através do site da Sefaz/Ba – WWW.sefaz.ba.gov.br, link NF-e, consulta, chave de acesso.

Como não restou comprovado que a infração não foi cometida, fica mantida.

Na infração 02 está sendo aplicada a multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

A antecipação parcial prevista no art. 12-a da Lei 7.014/96, obriga que o adquirente nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, efetue a antecipação do ICMS, independentemente do regime de apuração do imposto, adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no art.23, II, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. Contudo, ao invés de realizar a antecipação parcial, restou constado que as mercadorias adentraram e saíram do estabelecimento, com tributação normal, pelo que está sendo exigida a multa.

A infração é relativa aos meses de junho a outubro e dezembro de 2014, e ao mês de março de 2015. Nada de novo foi trazido na defesa que tivesse o condão de elidir a acusação. Infração procedente.

Na infração 03 consta que ocorreu a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente às mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, contrariando tal procedimento o disposto no art. 290 do RICMS/BA, Decreto 13.780/2012, dispõe: “Ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente, extensiva essa vedação ao crédito relativo ao imposto incidente sobre os serviços de transporte de mercadorias objeto de antecipação ou substituição tributária.”

No CD-Rom de fl. 12, com cópia entregue ao contribuinte, consta o demonstrativo da infração, sendo que a defesa não aponta qualquer irregularidade no levantamento, efetuado no curso da ação fiscal, negando de forma genérica o seu cometimento. Fica mantida.

Por ultimo, consta na infração 04 que o contribuinte não efetuou a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos na Legislação Tributária. Devido à sua atividade econômica, sempre esteve obrigado à EFD, porém o autuante constatou que nunca fez a transmissão mensal de sua escrituração fiscal. Pelo descumprimento da obrigação acessória foi aplicada a multa no valor mensal de R\$ 1.380,00, relativa aos meses de março a dezembro de 2014 e de janeiro a março de 2015.

A escrituração Fiscal Digital – EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).

Reza o art. 250, parágrafo 2º do RICMS/2012, que consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega, contudo o sujeito passivo não efetuou a entrega a que estava obrigado, da Escrituração Fiscal Digital – EFD, pelo que submete-se à aplicação da penalidade prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei nº 7.014/96. Infração não elidida.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 361 a 372, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Informa, inicialmente, que impugnou, na primeira instância, o auto de infração, demonstrando de forma inequívoca o pagamento, através das notas colacionadas acompanhadas dos respectivos documentos de arrecadação devidamente quitados. Ressalta, inclusive, que os documentos seguem a ordem cronológica do demonstrativo, visando facilitar a verificação. Afirma que, no entanto, tais documentos passaram despercebidos aos olhos do julgador de piso, que a prolatar o julgamento inexplicavelmente aduz em seu relatório que “*A defesa não apresenta um documento fiscal sequer, cujo imposto não fosse devido; não indica qualquer valor reclamado na ação fiscal que se mostre inconsistente*”.

Afirma que, outra não poderia ser a conclusão, senão a de que a documentação apresentada não foi examinada, dando ensejo a uma decisão totalmente contrária as provas carreadas aos autos. De modo que, acabou ratificando um auto de infração que equivocadamente exige o pagamento de imposto que de fato e de direito o sujeito passivo não deve, pois já foi recolhido. Por conseguinte, entende que o referido Acórdão termina por referendar a exigência de uma penalidade de natureza pecuniária decorrente de um erro da auditoria lançadora, que simplesmente desconsidera todos os valores recolhidos pelo contribuinte. Nesse mister, advoga que tal decisão não deve prosperar, uma vez que o contribuinte, na condição de sujeito passivo, não desrespeitou as regras em vigor, não praticou o quanto alegado no auto de infração.

Argumenta que, apesar de a defesa acostar todas as provas do quanto alegado, a Primeira Instância Administrativa decidiu a questão favoravelmente à Fazenda Estadual, rejeitando a tese e documentos, decidindo de modo a manter as infrações identificadas no auto de infração.

Assegura que a decisão guerreada não merece prosperar, uma vez que a infração em comento foi equivocadamente imputada a recorrente. Alega que vem, desde o inicio do processo, demonstrando de forma inequívoca que todos os impostos referentes à notas fiscais relacionadas no demonstrativo fazendário foram devidamente recolhidas, inclusive foram juntadas cópias de todos os documentos que envolvem o lançamento, inclusive os documentos de arrecadação recolhidos. Nessas circunstâncias, onde o contribuinte encontra-se revestido de provas idôneas a provar o seu direito, entende ser inaceitável a decisão proferida.

Alega que a decisão de piso não esta em consonância com as provas constantes nos autos, pois o julgador “passou por cima” do conjunto probatório, não examinou os documentos colacionados e de modo equivocado ratificou a lavratura de auto de infração revestido de nulidades insanáveis, vez que, tenta-se cobrar do contribuinte imposto já pago.

Argumenta que se depreende do relatório do voto do nobre julgador que o mesmo absteve-se de examinar com o devido afincô a vasta documentação carreada à defesa, restando claro que seu julgamento se restringiu ao demonstrativo emitido pelo órgão fazendário, a despeito de todas as notas e comprovantes de arrecadação juntados pelo contribuinte. Assegura que outra não pode ser a conclusão senão a de que o julgador absteve-se de compulsar as notas e os documentos de arrecadação colacionados, chegando a dizer num trecho que “*contribuinte não aponta erros na planilha, que possam invalidar o lançamento fiscal*”.

Argumenta que a defesa atacou justamente os valores cobrados no demonstrativo, bem como juntou todos os comprovantes de recolhimento do imposto, inclusive acompanhados de cópias das notas fiscais relacionadas no demonstrativo, contraditando o lançamento, de modo que demonstrou o pagamento nota por nota.

Ressalta que as outras infrações apontadas no referido auto de infração decorrem da primeira, raciocinando que, se esta não se materializou, do mesmo as outras também não.

Ressalta restar evidente que há vício na lavratura do auto de infração por desconsideração dos valores devidamente recolhidos. Lista, às folhas 367/368, notas fiscais com respectivas chaves de acesso, bem como a data de pagamento e o valor do DAE respectivo.

Evoca a aplicação do princípio da verdade material, pois alega ter a sua matéria de defesa embasada em vasta documentação probatória, bem como no texto expresso regulamento do

ICMS/BAHIA aprovado pelo decreto nº 13.780/12, no qual se baseou para efetuar o cálculo e recolhimento do imposto devido, já que não está sujeito a aplicação da alíquota cheia. Reafirma que o autuante desconsiderou as antecipações previamente recolhidas pelo contribuinte.

Assegura restar patente que houve uma sucessão de equívocos na lavratura do auto, quando o agente fiscalizador desconsiderou o efetivo e integral recolhimento do ICMS, de forma que tenta cobrar duas vezes pelo mesmo lançamento, e ainda imputa multa ao contribuinte embasado na suposta infração. Mais adiante, alega ter a recorrente se utilizado de crédito de ICMS de forma indevida o que de fato não ocorreu, segundo garante. Por fim, alega, o fiscal, suposta omissão na entrega de arquivo eletrônico da escrituração Fiscal Digital, em desacordo com o previsto no RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 13.780 de 2012, o que aceita.

Argumenta que a própria redação trazida na peça impugnatória, bem como os documentos colacionados, socorrem sim o contribuinte, na medida em que possibilita a correta aplicação das alíquotas às mercadorias adquiridas em outras unidades da federação, definindo objetivamente que houve sim equívoco no cálculo da antecipação parcial por parte da fiscalização, nos exatos termos alegados na defesa.

Explica que o Protocolo ICMS, regulamentado por este Estado nos seus exatos termos, para fins de cálculo da antecipação parcial sob as mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, prevê que deve o contribuinte observar a legislação interna e, no presente caso, em especial, o contido no RICMS aprovado pelo Decreto nº. 13.780 de 2012, instrumento reconhecidamente idôneo, e que vincula a administração fazendária.

Afirma que há, no RICMS/12, cláusula prevendo a alíquota de antecipação parcial, não cabendo outra senão aquela expressamente prevista em lei, que há de ser observada e obedecida, tanto pelo Fisco quanto pelos contribuintes, e a antecipação parcial prevista nos decretos do Poder Executivo não fogem a este regramento.

Portanto, conclui que o cerne da presente contenda reside, precisamente, na análise da correta aplicação das alíquotas de antecipação parcial sob as mercadorias provenientes de outras unidades da federação face à legislação aplicável, e consequentemente, a correta aplicação destas alíquotas.

Reafirma a impropriedade da cobrança fiscal, haja vista que o embasamento da autuação fazendária não abrange a situação mencionada, ademais o fisco deixou de reconhecer todos valores que foram devidamente recolhidos pelo contribuinte. Por conseguinte, não há a omissão de recolhimento apontado pelo fisco.

Entende, portanto, que a matéria sob contenda decorre do equívoco cometido no cálculo do Fisco, adotando conduta divergente da previsão legal nas operações autuadas, estando incorreto o entendimento fiscal. Dessa forma, analisando-se a matéria, a princípio, sob o prisma do *quantum debeatur*, pede que seja anulado o auto de infração em comento.

Diante do exposto, requer a integral reforma da decisão atacada, com o acolhimento dos pedidos formulados em sede de defesa preliminar de modo a julgar totalmente improcedente o lançamento.

Nesses termos, pede deferimento.

VOTO

Preliminarmente, o sujeito passivo arguiu nulidade da decisão recorrida ao argumento de que o julgador teria ignorado as provas acostadas ao processo pela autuada, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça recursal, às folhas 366/367, abaixo reproduzidos.

“Referida decisão não esta [em] consonância com as provas constantes nos autos, o julgador ‘passou por cima’ do conjunto probatório, não examinou os documentos colacionados e de modo equivocado ratificou a lavratura de auto de infração revestido de nulidades insanáveis, ...”.

Depreende-se do relatório do voto do nobre julgador que o mesmo absteve-se de examinar com o devido afínco a vasta documentação carreada à defesa, restando claro que seu julgamento se restringiu o demonstrativo emitido pela órgão fazendário, A DESPEITO DE TODAS AS NOTAS E COMPROVANTES DE ARRECADAÇÃO JUNTADOS PELO CONTRIBUINTE. Outra não pode ser a conclusão senão a de que o julgador absteve-se de compulsar as notas e os documentos de arrecadação colacionados, chegando a dizer num trecho que ‘contribuinte não aponta erros na planilha, que possam invalidar o lançamento fiscal’. .. (grifos acrescidos).’

Examinando a Decisão recorrida, noto que, relativamente à Infração 1, a razão de decidir foi calcada no fato de o sujeito passivo ter deixado de comprovar o pagamento do imposto exigido, tendo, o relator, equiparado a defesa a uma simples negativa genérica, conforme se depreende de trecho do acórdão, à folha 347, abaixo reproduzido.

“Na peça de defesa o contribuinte nega o cometimento da infração, junta documentos fiscais, mas não traz a comprovação efetiva de que teria efetuado o recolhimento do ICMS antecipado, na forma e nos meses que estão sendo exigidos. Também não aponta erros na planilha, que possam invalidar o lançamento fiscal.

Sendo genérica a defesa, cabe a aplicação do 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 (grifos acrescidos).”

Manuseando as provas acostadas ao processo, juntamente com a impugnação (folhas 44 a 338), é possível constatar que, diferentemente do que consta na decisão guerreada, o sujeito passivo trouxe ao processo prova de recolhimento do ICMS antecipação tributária relativo a vários documentos fiscais relacionados no demonstrativo de débito do presente auto de infração.

De fato, comparando o demonstrativo de débito analítico (acostado ao CD, à folha 12), denominado “Demonstrativo das Antecipações Tributárias”, com as cópias das GNRE’s, anexadas pelo contribuinte, é possível concluir que há vários comprovantes de recolhimentos no corpo dos quais foi feita menção às notas fiscais autuadas, conforme se pode verificar no campo “Nº Documento de Origem” dos documentos fiscais autuados.

Para exemplificar, apresento relação abaixo, contendo o número de alguns dos documentos fiscais autuados, associados às folhas respectivas do processo.

MESES	N. FISCAL	VALOR	FOLHA (DEFESA)
mar/14	217242	R\$ 79,38	336
mar/14	217241	R\$ 264,60	333
abr/14	223193	R\$ 47,63	323
abr/14	223192	R\$ 158,76	320
mai/14	229525	R\$ 119,07	310
mai/14	229524	R\$ 396,90	308
jul/14	236729	R\$ 48,38	282
jul/14	236728	R\$ 161,28	279
jul/14	233788	R\$ 48,38	298
jul/14	233787	R\$ 161,28	295
ago/14	242085	R\$ 48,38	259
ago/14	240402	R\$ 241,92	250
ago/14	240403	R\$ 72,58	253
ago/14	242084	R\$ 161,28	256
set/14	249626	R\$ 120,96	233
set/14	246400	R\$ 161,28	224
set/14	249625	R\$ 403,20	230
set/14	246401	R\$ 48,38	227
out/14	254190	R\$ 120,96	205
out/14	254189	R\$ 403,20	202
nov/14	258468	R\$ 120,96	184
nov/14	258467	R\$ 394,97	181
dez/14	262824	R\$ 145,15	154
dez/14	262823	R\$ 483,84	151
jan/15	269256	R\$ 145,15	124
jan/15	265762	R\$ 483,84	114
jan/15	269255	R\$ 483,84	122
jan/15	265763	R\$ 145,15	117
fev/15	272184	R\$ 241,92	87

fev/15	272183	R\$ 806,40	84
mar/15	276144	R\$ 161,28	49
mar/15	276143	R\$ 537,60	52

Conforme já assinalado, todos esses documentos, acima relacionados, representam comprovantes de quitação do ICMS antecipação tributária, os quais fazem referência aos números das notas fiscais constantes do demonstrativo de débito referente à Infração 01, em relação aos quais a decisão recorrida não se pronunciou, nem mesmo para explicar porque não foram acatados.

Considerando que o acórdão recorrido fez clara referência à ausência de provas (conforme já citado), tendo tratado a defesa apresentada como um exercício de “simples negativa geral”, nas palavras do relator, é razoável concluir que os comprovantes de pagamento anexados sequer foram examinados na primeira instância.

Ora, o contribuinte possui o direito de ver consideradas as provas (produzidas), cuja aceitação (ou não) deve estar devidamente fundamentada no voto condutor, sem o que resta configurado o cerceamento do seu direito de defesa, garantia inafastável do devido processo legal.

Nem mesmo a apreciação das provas no âmbito do presente recurso teria o condão de reparar o vício processual apontado, pois resultaria malferido o princípio do duplo grau de jurisdição administrativa, igualmente inafastável.

Assim, entendo que o Acórdão proferido sem exame dos documentos acostados ao processo violou o direito de defesa da recorrente, devendo, por isso, ser anulado para que nova decisão venha a ser proferida a partir do exame das peças que compõem o presente lançamento.

Do exposto, DOU PROVIMENTO ao presente Recurso, para anular a decisão de piso, devendo os autos retornarem à primeira instância para que seja proferida nova Decisão.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente o Auto de Infração nº **279102.0004/15-9**, lavrado contra **XBOM ATACADISTA DE ALIMENTOS E EMBALAGENS LTDA. (XBOM ATACADISTA) - EPP**, devendo os autos retornarem à primeira instância para que seja proferida nova Decisão.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS