

A. I. N° - 232282.0301/15-0
AUTUADO - ABRAÃO CONFECÇÕES E CALÇADOS LTDA.
AUTUANTES - EMERSON PEREIRA PORTELA E OTO SANTOS SILVA JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 06/09/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0172-03/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. O autuado comprova recolhimento de parte do valor exigido no lançamento fiscal. Infração parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Ajustes realizados pelo autuante quando da informação fiscal reduziram o valor originalmente lançado. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhida nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 16/03/2015, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$63.834,24, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

1 – 07.21.01. deixou de efetuar o recolhimento ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado, nos meses de fevereiro e março de 2015, no valor de R\$57.612,94, acrescido da multa de 60%;

2 - 07.21.03. deixou de recolher ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do regime do Simples Nacional, referente mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de fevereiro e março de 2015, no valor de R\$6.221,30, acrescido da multa de 60%;

O autuado impugna o lançamento às fls.315/320. Diz ser a defesa tempestiva. Repete as infrações que lhe foram imputadas com o respectivo enquadramento legal. Afirma ser empresa constituída no Estado do Bahia desde o ano de 2014, buscando, apesar das várias dificuldades que assomam aos empresários de nosso País, cumprir corretamente com suas obrigações fiscais, tendo a intimação fiscal ora alvo desta defesa, incorrido em erro que a torna nula de todos os efeitos, sejam fiscais ou legais.

Entende a autuada que a intimação fiscal não tem esteio tributário e ainda, que as multas exponenciadas significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira. Aduz que a exigibilidade do tributo enfocado pela intimação restará suspensa, visto o disciplinado, quer pela legislação Estadual, quer pelo art. 151 do CTN que reproduz, inclusive a vedação de sua inscrição em dívida ativa.

Assevera que a intimação resta eivada de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o demonstrativo de débito elaborado pelo Fiscal deveria expressar com clareza seu foco de atuação, relacionando, entre outros possíveis ilícitos tributários, apenas notas fiscais que não tiveram os seus recolhimentos de ICMS apurados através de DAE's. Aduz que

como demonstrado nos documentos que acompanham a defesa, diversas notas com ICMS já recolhidos através dos DAE's foram ignoradas pelo Fiscal, o que fere de morte o requisito indispensável para configurar a infração cometida.

Ressalta que a intimação para apresentação de livros e documentos foi entregue a pessoa estranha à loja e não funcionário ou responsável legal devidamente identificado da empresa Abraão Confecções e Calçados Ltda. Registra os requisitos indispensáveis à lavratura do auto de infração.

Argumenta que o cumprimento de tais requisitos tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente o preenchimento de todos os requisitos, permitirá a obtenção de informações seguras ao autuado, estas importantes para a elaboração de sua defesa. Argui a nulidade da autuação.

Afirma que apesar de confiante no acolhimento da preliminar pleiteada, permite-se adentrar ao mérito da questão face ao princípio da eventualidade. Diz que além dos erros no tocante aos valores indevidamente apurados, verifica-se que o Fiscal não observou a existência de pagamentos do ICMS para as notas fiscais, conforme os documentos em anexo.

Sustenta que nas notas fiscais relacionadas no demonstrativo que fundamentam a autuação, o impugnante consta como devedor, quando a bem da verdade, o imposto foi recolhido conforme provam os respectivos DAE's e a memória de cálculo, não podendo ser incurso no levantamento efetuado, gerando mais uma causa de nulidade, corroborando as alegações de iliquidez e incerteza do auto de infração.

Verifica a inclusão na base de cálculo de movimentação com ICMS recolhido e que estes respectivos valores serviram de amparo para o levantamento efetuado redundando em erro da Autoridade Fiscal. Entende que o art. 142 do CTN, que reproduz, reforça seu entendimento.

Observa que princípio basilar do Direito Tributário, a legalidade é inafastável para validade da autuação, restando nula a notificação aqui objeto, dado que deixa de considerar valores relativos a notas fiscais de mercadorias devolvidas ao seu remetente, além de incluir no montante apurado valores quitados.

Frisa que não possuindo as condições de executabilidade forense, onde a liquidez e certeza devem e precisam restar provados, resta nula a intimação, devendo tal qualidade lhe ser atribuída pela autoridade administrativa, sob pena de vê-la decretada pelo Poder Judiciário. Transcreve jurisprudência que entende reforçar seu argumento.

Comenta que são várias as agruras sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas imposta. Ademais, habitualmente as leis são confusas e obscuras, ou ainda são apenas mais uma bandeira da burocracia que destrói o País. Tal fato pode ser observado no tumulto legislativo ao qual estão submetidas as empresas nacionais e a conseqüente sujeição a tributação do não menos confuso ICMS.

Sustenta que no caso em tela, em diversas notas fiscais objeto do lançamento tributário, a Autoridade Fiscal deixou de observar a isenção prevista em lei que a Autuada faz jus, sobre a não incidência de ICMS sobre bens de uso e consumo e ativo imobilizado, constantes nos itens 50, 53 e 54 da planilha que anexa e DANFes listados com a numeração dos documentos, constatando que não são produtos destinados a revenda comercial.

Entende que existindo cobrança indevida e a maior, o auto de infração perde os requisitos da liquidez e certeza, necessários para a configuração da obrigação tributária passível de cobrança, e restando impossível a manutenção dos gravames, devendo estes seguirem ao arquivo administrativo da repartição fazendária.

Aduz que em caso de entendimento contrário, mister se faz a elaboração de nova planilha contábil, expurgando-se os valores já recolhidos, os indevidos, primando pela observância dos dispositivos legais e conferindo à autuada a mais perfeita justiça.

Requer seja regularmente distribuída e conhecida a defesa escrita, sendo processada pelo órgão competente, seja em face de nulidade das notificações pelos motivos desfilados; seja declarada a nulidade das notificações objeto, destinando-a ao arquivo administrativo suportando, posteriormente, o notificante, os custos havidos pela autuada na produção da presente defesa escrita, ou ainda, se assim não entendido, seja o feito administrativo convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pela autoridade fiscal aos meses relacionados, comprovando as alegações de erro na apuração, inserindo os créditos provados e elaborando uma nova planilha de cálculo com os devidos recolhimentos efetuados sendo creditados, apurando-se alguma diferença, se houver.

Um dos autuantes presta a informação fiscal fls.491/494. Sintetiza as alegações defensivas. Esclarece que em relação aos argumentos da autuada, relativamente ao item 01 - notas fiscais com DAEs comprovando o pagamento, analisados os documentos apensados, entende que razão parcial assiste ao contribuinte.

Informa que de fato, algumas notas fiscais tiveram o ICMS reclamado através de Notificações Fiscais gerando um crédito tributário para o Estado. São elas:

- NFe Nº 020.861 - notificação fiscal 210429.0039/15-0 - ICMS R\$ 801,86;
- NFe Nº 535.621 - notificação fiscal 019365.0314/15-4 - ICMS R\$ 928,74;
- NFe Nº 026.638 - notificação fiscal 232240.0375/15-0 - ICMS R\$ 2.298,58

Aduz que essas notas fiscais eletrônicas devem ser abatidas do demonstrativo original de débito lançado no Auto de Infração.

Sobre as demais notas fiscais eletrônicas, arroladas no demonstrativo do autuado (na peça defensiva à páginas 321 a 323) tiveram seus impostos devidos recolhidos nos dias 18/03/2015, 13/04/2015, 17/04/2015, 22/04/2015, 24/04/2015, 29/04/2015, 30/04/2015, 06/05/2015 e 07/05/2015, com datas posteriores à da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e, conseqüentemente, ao início da ação fiscal.

Assevera que quanto a esse fato, o contribuinte alega, na sua peça defensiva, que a respectiva Intimação foi entregue *"a pessoa estranha à loja e não funcionário ou responsável legal devidamente identificado"* da empresa.

Afirma que esse argumento não se sustenta, servindo apenas para justificar os pagamentos efetuados após a ação fiscal, sem as devidas multas e acréscimos. Explica que a intimação fiscal foi assinada no estabelecimento comercial por um preposto que foi identificado, pelos demais presentes no local, como o responsável imediato pela empresa (que estava em reforma para inauguração). Informa que a intimação fiscal que faz parte da documentação do presente PAF, assinada pelo preposto *Jaques Araújo de Souza*, também deu origem a duas notificações fiscais (9232238009/15-7 e 9232238010/15-5) contra o autuado e não houve contestação.

Diz que o citado preposto assinou também, o Termo de Visita Fiscal (cópia anexa ao presente PAF), como "gerente" da Empresa Cidade Sol Comércio de Calçados Ltda. - ME (IE: 106.152.889), cujo sócio, Sr. Moisés Antônio de Souza, também é sócio da Empresa autuada no presente processo.

Relativamente às alegações do item 02, (aquisições de materiais para uso e consumo e ativo fixo do estabelecimento), diz que analisados os documentos apensados, também entende que razão parcial assiste ao contribuinte.

Aduz que as notas fiscais que relaciona foram destinadas ao ativo fixo ou para uso e consumo da empresa:

- NFe Nº 026.044 - ativo fixo (montagem da loja - Cremalheiras);
- NFe Nº 007.948 - ativo fixo (montagem da loja - Cadeiras);
- NFe Nº 001.212 - uso e consumo

Afirma que essas notas fiscais eletrônicas devem ser abatidas do demonstrativo original de débito lançado no Auto de Infração.

Conclui que à vista do exposto, considerando os fatos apurados, visando contemplar as alegações do contribuinte naquilo que entende pertinente, refez os demonstrativos originais: *Demonstrativo 1 (Antecipação Tributária - Entradas)*, *Demonstrativo 1.2 (Resumo Antecipação Tributária - Entradas - Falta de Pagamento)*, *Demonstrativo 2 (Antecipação Parcial)* e *Demonstrativo 2.2 (Resumo Antecipação Parcial Falta de Pagamento)*, (ver mídia, anexa), resultando os seguintes ajustes: A infração 01 remanesce em R\$ 54.070,15 e a infração 02 em R\$4.783,52.

Mantém em parte os valores apurados no presente Auto de Infração e pede seja julgado parcialmente procedente.

Considerando a alegação defensiva de que a intimação fiscal teria sido assinada por pessoa estranha à loja e não funcionário ou responsável legal devidamente identificado pela empresa, argumento este, rebatido pelos fiscais autuantes acostando novo documento fl. 498, e a realização de ajustes que reduziram parcialmente as infrações sem a ciência do autuado, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela conversão do PAF em diligência, fl. 510, para que o autuado fosse intimado para o recebimento dos aludidos documentos com reabertura do prazo de defesa por 60(sessenta) dias para que se manifestasse, se assim desejasse.

A diligência foi cumprida fl. 513 e decorrido o prazo regulamentar, o autuado não se manifestou.

VOTO

Inicialmente o autuado arguiu a nulidade do auto de infração sob o argumento de que no levantamento fiscal constavam diversas notas fiscais em que o respectivo ICMS já havia sido recolhido. Disse também, que a Autoridade Fiscal teria deixado de observar a não incidência de ICMS antecipação parcial sobre a aquisição de bens de uso e consumo e ativo imobilizado que não foram produtos destinados a revenda comercial.

Sobre estas alegações, conforme estabelece o § 1º do art. 18 do RPAF/BA “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo”.

Observo que quando se constata a existência de erro na apuração do imposto devido, é efetuada a necessária correção. Como se trata de avaliação de questões de fato e de direito da autuação, os erros alegados serão analisados neste voto, quando da apreciação do mérito.

O defendente alegou ainda, que a intimação para apresentação de livros e documentos foi entregue a pessoa estranha à loja e não a funcionário ou responsável legal devidamente identificado da empresa autuada, Abraão Confecções e Calçados Ltda.

No que diz respeito a este argumento, concordo com a afirmação feita pelos autuantes de que a alegação é procrastinatória. Conforme aduzido na informação fiscal, a intimação fiscal foi assinada no estabelecimento comercial autuado, por preposto que foi identificado como o responsável imediato pela empresa, não sendo razoável aceitar que um estranho dentro do estabelecimento do autuado recebesse e atendesse a fiscalização sem a competente autorização. Ademais, os autuantes acrescentam que a intimação fiscal que faz parte da documentação do presente PAF, assinada pelo preposto *Jaques Araújo de Souza*, também deu origem a duas notificações fiscais (9232238009/15-7 e 9232238010/15-5) contra o autuado, que as quitou e sobre estas não houve qualquer contestação.

Ressalto que não obstante as provas presentes no processo, verificado que o autuado não tomou ciência dos ajustes realizados pelos autuantes, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência para que a irregularidade fosse sanada. Cumprida a diligência e tendo sido

reaberto o prazo de defesa, 60 (sessenta) dias, o contribuinte permaneceu silente no decorrer do prazo regulamentar.

Dessa forma, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente auto de infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo do imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram neste processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a infração 01 refere-se a falta de recolhimento do ICMS substituição tributária e a infração 02 trata da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial na condição de empresa optante pelo Simples Nacional.

No presente caso, as irregularidades cometidas ocorreram pelo descumprimento ao disposto no art. 289 do RICMS/2012, no que tange a antecipação tributária, conforme a seguir reproduzido:

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

No que diz respeito a antecipação parcial, a matéria encontra-se prevista no art. 12-A da Lei 7.014/96, *in verbis*:

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.

Nas razões defensivas, o autuado elaborou planilha e apensou DAE's afirmando que comprovariam a ocorrência do recolhimento dos valores cobrados no levantamento fiscal. Disse ainda, que constatou nos demonstrativos que serviram de base para a autuação, diversas notas fiscais consignando operações com mercadorias não destinadas a comercialização, visto que foram adquiridas para uso e consumo do estabelecimento ou para integrar seu ativo fixo, portanto, não sujeitas a incidência do ICMS antecipação parcial.

Em sede de informação fiscal, os autuantes esclareceram que em relação as notas fiscais com DAEs comprovando o pagamento, analisados os documentos apensados, concluíram que parte deles comprovaram a alegação do contribuinte. Relacionou os documentos fiscais cujo pagamento do imposto se efetivou quando de notificação feita pela Inspetoria, e estes valores foram excluídos do levantamento fiscal.

O defendente elaborou demonstrativo relacionando notas fiscais eletrônicas fls.321/323, apresentando os respectivos DAEs com o pagamento do imposto, contestando a inclusão destas notas fiscais no levantamento fiscal.

Sobre esta contestação, os autuantes informaram que o ICMS incidente das notas fiscais eletrônicas arroladas no demonstrativo do autuado (páginas 321 a 323) tiveram o imposto recolhido nos dias 18/03/2015, 13/04/2015, 17/04/2015, 22/04/2015, 24/04/2015, 29/04/2015, 30/04/2015, 06/05/2015 e 07/05/2015, portanto, em datas posteriores à da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e, conseqüentemente, ao início da ação fiscal.

Quanto à alegação defensiva de que na infração 02 constariam documentos atinentes a aquisições de materiais para uso e consumo e para o ativo fixo do estabelecimento, logo não sujeitos a incidência do ICMS antecipação parcial, disseram que analisados os documentos apensados, acataram o argumento da autuada considerando que sobre as notas fiscais Nº 026.044 - (montagem

da loja - Cremalheiras); 007.948 (montagem da loja - Cadeiras) e 001.212 - (uso e consumo) não incidem o ICMS antecipação parcial, sendo excluídas da exigência fiscal.

Da análise dos elementos acostados pela defesa, acato as conclusões dos autuantes que acolheram os documentos que comprovaram o recolhimento do ICMS de forma tempestiva excluindo-os do levantamento fiscal, considerando que estão em consonância com a legislação aplicável.

No que diz respeito a valores recolhidos após a data da intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, ressalto que tal procedimento impede o contribuinte de utilização do benefício da denúncia espontânea conforme disposto no art. 98 do RPAF/99, devendo neste caso, o imposto ser recolhido com a aplicação de multa por infração a obrigação tributária principal e acréscimos legais.

Saliento que os valores que foram recolhidos após iniciada a ação fiscal poderão ser compensados quando da quitação do presente auto de infração. Acolho os novos demonstrativos elaborados pelos autuantes quando da informação fiscal fls.495/497. A infração 01 remanesce em R\$ 54.070,15 e a infração 02 em R\$4.783,52.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o auto de infração nº **232282.0301/15-0**, lavrado contra **ABRAÃO CONFECÇÕES E CALÇADOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 58.853,67**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR