

A. I. Nº - 269283.0023/17-9
AUTUADO - SEMOG COMERCIAL EIRELI
AUTUANTE - DILSON MILTON DA SILVEIRA FILHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09.01.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0162-02/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. A antecipação parcial é prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, incidindo sobre as aquisições de mercadorias para comercialização, independentemente do regime de apuração. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2017, refere-se à exigência de ICMS, no valor de **R\$1.109.345,68**, em decorrência da seguinte infração:

01 - 07.15.01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, referente a antecipação parcial, sobre aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e adquiridas para comercialização nos meses de agosto de 2012 a março de 2017, conforme demonstrativos e documentos às fls.08 a 25.

O autuado foi cientificado da autuação em 12/07/2017, conforme Intimação e Aviso de Recebimento dos Correios às fls.29 e 30, e em 25/08/2017, através do Processo SIPRO nº 151832/2017-4, fls. 31 a 37, impugnou o lançamento tributário, pelas razões de fato e de direito a seguir articuladas.

Inicia destacando a tempestividade de sua defesa e transcrevendo o fato que ensejou na lavratura do auto de infração, e em seguida, argüiu a nulidade de todo o lançamento por cerceamento do direito de defesa, sob o fundamento de que foi acusado pela Fiscalização, em sua “descrição dos fatos” no corpo do auto de infração de que a empresa não foi localizada em seu estabelecimento.

Esclarece que trata-se a empresa de um estabelecimento de tamanho físico considerável, que fica atrás do conhecido restaurante Torre de Pizza em Lauro de Freitas, conforme detalhamento constante em seu cadastro na Secretaria da Fazenda, conforme foto da fachada do estabelecimento apresentada na defesa. Assim, considerou incabível que afirme o servidor fiscal que não localizou o estabelecimento, o que mostra que o início do trabalho para a execução da presente fiscalização já não mereceu o devido cuidado.

Argumenta que tal ocorrência, de imediato, eliminou a possibilidade de a empresa acompanhar a execução da fiscalização, o que sempre se mostrou salutar na execução das fiscalizações, pois ajuda no entendimento das questões levantadas, bem como evita a formação de passivos sem solidez, o que é prejudicial ao Fisco e ao Contribuinte.

O autuado apresentou no corpo de sua peça defensiva um retrato da fachada do estabelecimento, visando mostrar que o mesmo é de fácil localização.

Diz que outra informação constante do corpo do Auto de Infração, inserida em sua “descrição dos fatos” é a afirmação de que a empresa não respondeu a intimação enviada ao DTE- Domicílio Tributário Eletrônico.

Alega que o que foi solicitado na Intimação, via DTE, anexada ao presente Auto de Infração, trata-se de documentação que não mais existe, e não existe por decisão do próprio Fisco, que deveria ser de conhecimento do Auditor Fiscal autuante.

Pontua que é obrigado a apresentar a Escrituração Fiscal Digital desde 01/01/2013, conforme consulta do site do SPED abaixo, e desde então não mais existem os documentos exigidos na intimação.

NI	IE	UF	Perfil	Data início obrigatoriedade	Data fim obrigatoriedade	DataConsulta	Historico
06110695000140	63263832	BA	B	01/01/2013		05/08/2017	Historico

Fonte: www.sped.fazenda.gov.br

Quanto a solicitação do Auditor Fiscal do Livro de Apuração do ICMS, livro Registro de Entrada e Saídas, diz que estes “livros” não mais existem. Afirma que apresentou, transmitindo via Internet, conforme determinado pela Secretaria da Fazenda, os arquivos da Escrituração Digital exigida, que consolida todas informações referentes aos seus Registros de Entradas, Registros de Saídas e Apuração do ICMS. Ou seja, sustenta que os dados intimados já estão e estavam na SEFAZ, à disposição dos servidores fiscais, não havendo, no seu entender, porque exigí-lo do Contribuinte.

Salienta que, da mesma forma, o Auditor pede “Notas de Entrada e Saida”, porém, estas notas também estão nos bancos de dados da SEFAZ, pois são eletrônicas, transmitidas regularmente pelos fornecedores e pela empresa, são autorizadas e armazenadas automaticamente pela SEFAZ.

Com base nisso, considerou inepta a Intimação, e solicitou que seja declarada a NULIDADE de todo o auto de infração, de acordo com o Art. 18, do Decreto 7.629/99, que regulamenta o Processo Administrativo Fiscal.

No mérito, o autuado alegou que:

- No mês 03/2016, já foi Notificado através do PAF 232340.1044/16-4, lavrado em 09/06/2016, pelo Auditor Fiscal José Luis Couto Mullem, o valor de R\$ 24.560,59, que não foi considerado no levantamento fiscal deste processo.
- No mês 03/2016, já foi Notificado através do PAF 232340.1043/16-8, lavrado em 09/06/2016, pelo Auditor Fiscal José Luis Couto Mullem, o valor de R\$ 10.179,08, que não foi considerado no levantamento fiscal deste processo.

Alega que além dos valores acima apontados, o autuante deixou de considerar o disposto no §1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, que dispõe que no caso de o contribuinte submetido ao regime normal de apuração que deixar de recolher o ICMS Antecipação Parcial, mas que se debitar normalmente nas saídas, levando à tributação integral, é cabível apenas a aplicação de multa formal equivalente a 60% do imposto que deveria ser antecipado.

Observa que das planilhas apresentadas pelo autuante, os valores mensais lançados no Auto de Infração são exatamente aqueles lançados como imposto calculado pela Antecipação Parcial em suas planilhas, mês a mês.

Ao final, diante de todos os fatos expostos solicita que seja julgado Nulo o presente Auto de Infração, e em não sendo aceita esta Nulidade, que seja julgada Improcedente a infração 1.

Na informação fiscal, fls.41 a 43, o autuante quanto a alegação do autuado de que seu estabelecimento é fácil de ser encontrado e o fato dos agentes fiscais não o terem localizado, de fato atrapalhou seu possível acompanhamento da fiscalização.

Sobre a alegação de que também que não respondeu à intimação via DTE - Domicílio Tributário Eletrônico em razão da documentação exigida - livros e documentos fiscais - não mais existirem,

no entender do Autuado, por serem atualmente enviados de forma eletrônica, através do SPED e NFe, o preposto fiscal informa que, com relação ao estabelecimento não ter sido encontrado, os agentes fiscais passaram uma manhã inteira procurando na região. Contudo, que não se limitaram a isso; tentaram fazer contato com a empresa através dos números de telefone constantes no cadastro da mesma, sem sucesso. Frisa que, provavelmente são números que não mais pertencem à empresa, a qual deveria ter realizado a alteração cadastral a fim de constar os novos números. Diz que também foi tentado o contato através de email constante no mesmo cadastro, igualmente sem sucesso. Finalmente, que foi feita a intimação via DTE, a qual o Autuado tomou ciência mas decidiu não responder. Frisa que, se a empresa julga importante - e de fato o é - acompanhar a fiscalização, bastaria ter entrado em contato com a fiscalização, respondendo à intimação via DTE.

O autuante considerou sem justificativa a declaração do autuado de que os livros fiscais não mais existem, pois tais alegações chocam-se frontalmente com a legislação estadual, uma vez que os Livros Registro de Entrada de Mercadorias, Registro de Saídas de Mercadorias, Registro de Inventário e Registro de Apuração do ICMS não deixaram de existir. A sua forma é que não mais necessita ser através de folhas de papel encadernadas e autenticadas, como ocorria anteriormente. Observa que a obrigação do contribuinte passou a ser de escriturá-los de maneira digital e enviá-los na forma do SPED através de arquivos EFD, porém continuam sendo para a legislação os livros fiscais; o mesmo valendo para as Notas Fiscais, que apesar de serem emitidas eletronicamente, podem ser requisitadas de forma impressa pelo Fisco assim que este julgar necessário.

Registra que é dever do contribuinte tomar conhecimento da Lei 7.014/96, que assim estabelece no artigo 34, incisos VII e VIII, as obrigações dos contribuintes e dos responsáveis.

Art. 34. São obrigações do contribuinte:

(...)

VII - manter os livros e documentos fiscais no estabelecimento, bem como as faturas, duplicatas, guias, recibos e demais documentos relacionados com o imposto, à disposição do fisco, durante 5 (cinco) anos, se outro prazo não for previsto na legislação tributária;

VIII - exibir ou entregar ao fisco os livros e documentos fiscais previstos na legislação tributária, bem como levantamentos e elementos auxiliares relacionados com a condição de contribuinte; "

Pelo acima alinhado, o autuante considerou descabida a alegação de cerceamento do direito de defesa, uma vez que o próprio Autuado confessa ter sido intimado via DTE, e preferiu evitar o contato com o Fisco durante o período em que se deu a fiscalização, além de não ter cumprido com a obrigação exigida na intimação.

No mérito, em relação à alegação do autuado de que não foi considerado no levantamento que ele foi Notificado através do PAF 2323401044164, no mês 03/2016, no valor de R\$ 24.560,59, o autuante reconheceu seu equívoco ao lançar este valor no mês 06/2016, como consta na planilha intitulada "2016 Antecip Parcial -2" constante no CD à fl. 10. Informou que procedeu a retificação, apesar que essa retificação não foi benéfica ao contribuinte, uma vez que o saldo a recolher no mês 03 era menor que o saldo do mês 06.

Da mesma forma, sobre a alegação de que o valor de R\$ 10.179,08, já cobrado no PAF 2323401043168, também referente ao mês 03/2016 não havia sido considerado, o autuante diz que desta vez o Autuado se equivoca, pois o valor já havia sido considerado no período correto, como pode ser visto na coluna "Valores já cobrados em PAFs" na mesma planilha citada anteriormente.

Por fim, quanto ao argumento do autuado de que o Autuante cometeu o erro de não aplicar a multa de 60%, prevista no §1º combinado com o inc. II, alínea "d" do art. 42 da Lei 7.014/96, no

lugar de cobrar o valor integral da antecipação parcial, o preposto fiscal, sustenta que, uma vez que o contribuinte não apresentou os livros fiscais, no caso o Livro Registro de Saídas, nem em forma física nem através do SPED fiscal, uma vez que seus arquivos EFD enviados estavam imprestáveis, enviados que foram em formato incorreto e impossível de serem lidos, não havia maneira da fiscalização ter conhecimento se as referidas mercadorias tiveram suas saídas tributadas. Registra, que inclusive, o Autuado não apresenta essa documentação comprobatória no momento de sua defesa.

Pondera que caso seja do entendimento da Junta Julgadora que o autuado apresente sua documentação, a tipificação dessa infração poderá ser alterada em benefício do contribuinte.

Em sua conclusão, frisa que as únicas alterações produzidas por esta ação fiscal foram aquelas decorrentes do lançamento do valor já cobrado pelo PAF 2323401044164, no mês 03/2016, no valor de R\$ 24.560,59 que o Autuante havia lançado no mês 06/2016, ficando então estes dois períodos alterados. Ou seja, o período 03/2016 passa a não ter valor exigido de imposto, enquanto o mês 06/2016 passa a ter um valor majorado, de R\$ 3.007,45 passa a ser R\$ 27.568,04, conforme nova planilha de 2016 anexada ao CD que acompanha esta informação fiscal.

VOTO

Analisando as preliminares de nulidade suscitadas na defesa pelo sujeito passivo, observo que não lhe assiste razão em sua alegação de cerceamento ao direito da ampla defesa e não atendimento ao devido processo legal, tendo em vista que:

- a) O PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do crédito tributário e a natureza das infrações apuradas, cujas multas aplicadas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.
- b) A acusação fiscal constante na peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem de cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante também identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão especificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão.
- c) O fato de não ter sido localizado o estabelecimento do autuado para entregar pessoalmente a intimação solicitando livros e documentos fiscais não é caso de nulidade do procedimento fiscal, pois diante da confissão do sujeito passivo de que foi intimado via Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) em 09/06/2017, ele teve a oportunidade de atender ao pedido da fiscalização no prazo de 20 dias, até o dia 27/06/2017, entregando os documentos solicitados, incorrendo, assim, o alegado cerceamento do direito de defesa. Além do mais, por ocasião da apresentação de peça defensiva o sujeito passivo poderia muito bem ter apresentado a documentação capaz de elidir o trabalho fiscal, questão que será devidamente observada na análise do mérito.

Logo, não cabe a arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que nas planilhas que embasaram a autuação, e entregues ao autuado, contam especificadas nota por nota para as quais não houve o recolhimento da antecipação parcial, fato que possibilitou ao autuado exercer seu amplo direito de defesa, nos termos do artigo 123 do RPAF/99, (*“É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativas, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação”*).

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

No mérito, da análise das peças processuais constato que a infração trata da imputação de falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial sobre mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

Em relação a esta infração, o débito de cada período foi apurado com base no demonstrativo de fls.08 a 25, tendo o autuado em sua impugnação convencido o autuante de que houve erro na apuração do débito, ou seja, de que não foi considerado no levantamento, que ele foi Notificado através do PAF 2323401044164, no mês 03/2016, no valor de R\$ 24.560,59. Além disso, o autuante reconheceu seu equívoco ao lançar este valor no mês 06/2016, como consta na planilha intitulada "2016 Antecip Parcial -2" constante no CD à fl. 10. Informou que procedeu a retificação, apesar que essa retificação não foi benéfica ao contribuinte, uma vez que o saldo a recolher no mês 03 era menor que o saldo do mês 06. Diante disso, concluo que deve ser excluído o débito do mês 03/2016, no valor de R\$3.468,52.

Sobre a alegação de que o valor de R\$10.179,08, já cobrado no PAF 2323401043168, também referente ao mês 03/2016 não havia sido considerado, o autuante comprovou que o referido valor já havia sido considerado no período correto, como se verifica na coluna "Valores já cobrados em PAFs", no mês 06/2016, na mesma planilha citada anteriormente. Portanto, no mês 06/2016 deve ser mantido o valor de R\$ 3.007,45, lançado inicialmente, pois se for considerado o valor R\$27.568,04, conforme nova planilha de 2016 anexada ao CD que acompanha a informação fiscal, ocorrerá majoração do débito o que não é possível neste processo.

Cabe consignar que o autuado não nega o cometimento da infração, haja vista que argumentou que o autuante deveria ter aplicado a multa de 60%, prevista no §1º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, combinado com o inc. II, alínea "d" do art. 42 da Lei 7.014/96, no lugar de cobrar o valor integral da antecipação parcial.

Consoante expresso no §1º do art. 42, da Lei 7.014/96, no caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea "d" do inciso II deste art. 42, ou seja, a multa de 60% do valor do imposto que deveria ter sido recolhido.

Concluo pela subsistência parcial da autuação, haja vista que não restou comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, aplicando-se o disposto no artigo 142 do RPAF/99 (*Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*), tornando-se exigível o tributo neste caso, acrescido da multa de 60% prevista no inc. II, alínea "d" do art. 42 da Lei 7.014/96,

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$1.105.877,16.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269283.0023/17-9**, lavrado contra **SEMOG COMERCIAL EIRELI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento

do imposto no valor de **R\$1.105.877,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR