

A. I. N° - 232151.0003/16-0
AUTUADO - QUARTIER MÓVEIS E DECORAÇÃO EIRELI - ME
AUTUANTE - RUBEM FRANCELINO DE SOUZA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 27.09.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0174-04/17

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL DO IMPOSTO. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Razões de defesa não são suficientes para elidir as autuações. Infrações 1 e 2 subsistentes. Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/01/2016, exige crédito tributário no valor de R\$96.208,94, conforme CD/mídia à fl. 23 e demonstrativos/documentos às fls. 11 a 22 dos autos, em razão da constatação de duas irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 01 - 07.21.03: 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, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014 e janeiro, fevereiro, março, abril, maio e novembro de 2015, na forma do demonstrativo às fls. 11/13 dos autos, com enquadramento no artigo 12-A, da Lei 7.014/96 c/c art. 321, inc. VII, alínea “b”, do RICMS/BA publicado pelo decreto 13.780/2012.

INFRAÇÃO 02 - 07.21.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, 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, relativo aos meses de abril, maio, junho outubro e dezembro de 2013; e janeiro de 2014 na forma do demonstrativo às fls. 14/15 dos autos, com enquadramento no artigo 34, inc. III, da Lei 7.014/96 c/c art. 289, § 1º, inc. III, alínea “b”, do RICMS/BA publicado pelo decreto 13.780/2012.

O contribuinte apresenta defesa, às fl. 31/37 dos autos, na qual, após dizer que tem como objeto social o comércio varejista de materiais de construção, de móveis, de artigos de iluminação e outros artigos de uso pessoal e domésticos, pleiteia a presente impugnação mediante os fatos a seguir mencionados:

Inicialmente pugna pela anulação do Auto de Infração, por não apresentar as formalidades legais e necessárias para a sua validade e eficácia. Isso porque, quando da sua apresentação deveria estar acompanhada dos termos lavrados na ação fiscal dos quais fundamentaram as autuações, além dos demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante e das provas necessárias à demonstração do fato arguido, obrigação esta prevista no art. 41 do Decreto 7.629/99.

Ademais diz comprovar que, na época da ocorrência dos fatos, era optante pelo Simples Nacional e, nesta condição, é imperioso a necessidade do Fiscal observar o salutar critério da dupla visita, a qual corporifica uma das finalidades institucionais da fiscalização. qual seja a orientação dos empresários no cumprimento das obrigações tributárias. sejam elas principais ou acessórias.

Assevera que o critério consiste na realização de duas visitas ao estabelecimento do empregador. A primeira para inspecionar o local de trabalho e instruir o empregador sobre o que este deve fazer para sanar eventual irregularidade, fazendo as determinação respetivas; a segunda para verificar se o empregador seguiu as instruções e, se for o caso, lavrar autos de infração para tantas quantas forem às irregularidades não sanadas. Eventual auto de infração lavrado sem a observância da dupla visita é nulo de pleno direito.

Dos fatos. Destaca que era optante pelo simples nacional na época dos fatos, uma vez que efetuou a opção em 01/01/2010 e nessa condição permaneceu até 31/12/2015, quando foi excluída do regime por Ato Administrativo praticado pela Receita Federal do Brasil. Observa que no rol das suas atividades estão presentes produtos os quais estão sujeitos ao regime da substituição tributária, onde o sujeito passivo pelo recolhimento do imposto são os fabricantes ou os importadores. Também diz que, no rol dos produtos comercializados pela autuada, existem produtos que não sofrem antecipação parcial ou total, nem estão sujeito a substituição tributária.

Observa, portanto, que, em 29 de Janeiro de 2016, foi surpreendida ao receber uma cópia do referido auto de infração, onde noticia sobre a presença de duas infrações que destaca.

Do direito. Diz que, imperioso mencionar, conforme dispõe a legislação, para a validade do Auto de Infração é necessário observar todos os requisitos legais. Obrigação esta que a Administração Pública não pode se desvencilhar.

Aduz que a Constituição Federal de 1988 assegura a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, dentre outros direitos e garantias fundamentais a garantia ao Devido Processo legal. Inclusive com Contraditório e a Ampla Defesa.

Afirma que tais garantias possuem significado de vital importância para a ordem jurídica nacional, pois sem esses institutos todo o ordenamento jurídico seria inócuo, vez que não se poderia enxergar utilidade no estabelecimento de direitos sem os necessários meios de assegurar sua observância.

Depois de apresentar considerações de alguns estudiosos sobre o aspecto do princípio da ampla defesa inerente ao devido processo legal, diz que o nobre Fiscal Fazendário deixou de apresentar os documentos necessários a validade do Auto de Infração, não entregou os documentos comprobatórios das autuações desfavor da autuada, portanto diz que não pode prosperar o Auto de Infração, por ofensa a segurança jurídica e ao próprio princípio da ilegalidade.

Por essa ordem, diz que é imperioso mencionar que no campo das prova cíveis, importantíssima é a consagração da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, agora prevista no artigo 373, § 1º do Novo Código de processo Civil (NCPC).

Sustenta que, segunda essa teoria, o ônus da prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto. Observa que o NCPC mantém a atual distribuição do ônus probatório entre autor (quanto ao fato constitutivo de seu direito) e réu (quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor), abrindo-se, porém, no § 1º do artigo 373, a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova pelo juiz no caso concreto.

Diz, assim, que de acordo com o caso em tela, não resta dúvida de que a necessidade de comprovar o alegado é do autuante, sendo que esta deixou de fazer, pois, sem os documentos não há como a autuada de defender adequadamente porque, não há como decompor quais faram as mercadorias que motivaram a lavratura do auto de infração.

Após traçar outras considerações constitucionais recaindo no aspecto da não cumulatividade (CF/88, art. 155) diz que esta sistemática funciona mediante a utilização do mecanismo dos débitos e créditos, ou seja, a cada aquisição tributada de mercadoria o adquirente registra como crédito o valor incidente na operação, tal valor é um “direito” do contribuinte, que pode ser abatido do montante incidentes nas operações seguintes.

Observa que cada alienação tributada de produto, o alienante registra como débito o valor incidente na operação. Tal valor é uma obrigação do contribuinte. Consistente no dever de recolher o valor devido aos cofres públicos estaduais ou distritais, ou compensá-lo com os créditos obtidos nas operações anteriores.

Desta forma diz que não há como provar a observância desta técnica pelo fiscal, causando duvidas e incertezas quanto ao lançamento do crédito tributário da forma como se apresenta, haja vista que não se faz presente nos autos os elementos que comprovem a sua legalidade, conforme determina a legislação de regência, inclusive, diz que não se sabe se o fiscal observou o critério de exclusão da base de cálculo do imposto, quando da presença de mercadorias isentas ou sujeitas ao regime da substituição tributária.

Diz também, que não se tem notícia se o fiscal operou a compensação daquele imposto que foi devidamente recolhido pela autuada. Igualmente, diz, também, que não há como saber se o autuante concedeu os créditos das operações com aquisições de mercadorias tributadas.

Por último, afirma que é necessário ainda esclarecer, que, não é suficiente a informação de que o contribuinte encontre-se descredenciado para o recolhimento do tributo nos termos do art. 332, § 2º, do RICMS/2012, para que, contra ele seja imputado um Auto de Infração, exigindo-lhe o cumprimento de obrigação tributária.

Assevera que, quando um contribuinte do imposto encontra-se nesta situação – descredenciado - o pagamento do tributo ocorre antes mesmo da entrada das mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação no território do Estado da Bahia

Sustenta que não é razoável nem atende aos princípios da proporcionalidade e da equidade exigir de forma com se está impondo o pagamento do ICMS antecipação parcial e substituição tributária, quando na verdade tais tributos foram recolhidos pelo fornecedor das mercadorias em nome da autuada.

Assim, diante de tudo ventilado, aduz que não há dúvidas que a autuação fiscal se mostra frágil e que, no decorrer do processo, a verdade dos fatos será evidenciada. E, portanto, nesta condição, diz que não há como prosperar, o que demonstra que a Ação Fiscal, na forma como se apresentam os atos praticados e as decisões proferidas, perseguem tão somente a preterição do direito de defesa.

Ante o exposto, requer (a) o recebimento desta impugnação, (b) deferimento da presente impugnação, (c) produção de provas por todos os meios de direito permitidos.

Igualmente, pugna pelo indeferimento do auto de infração, pelos fatos e fundamentos jurídicos supramencionados.

O Autuante em sua informação fiscal, às fls. 45/48 dos autos, após resumir os argumentos da defesa, apresenta suas considerações a seguir destacadas:

Diz verificar uma tentativa da defesa de descaracterizar a ação fiscal com argumentos e suposições infundados, alegando formalidades legais e cerceamento de defesa. Observa que, analisando o processo minuciosamente, constata-se que foram cumpridas todas as exigências legais como intimações (fls. 8 e 9). Diz que foi aberto o prazo legal para a contestação conforme determina a legislação. Portanto, diz que não há o porquê de discorrer sobre formalidades do processo, cerceamento de defesa e muito menos o princípio da ampla defesa.

Observa que a lide ora discutida está devidamente fundamentada no Auto de Infração (AI) através das infrações 01 e 02. Verifica-se na leitura do processo que a defesa protesta no que tange as infrações 01 e 02, alusiva a antecipação parcial e da substituição tributária do ICMS, mas, não apresentou qualquer prova material que justifique invalidar a presente ação fiscal,

Aduz que se pode considerar que a impugnante não apresentou defesa plausível, pelo contrário, tenta descharacterizar a presente ação fiscal com argumentos e suposições sem lastro fático ou jurídico, ficando evidenciado que concorda com o lançamento do crédito efetuado, estando, pois, em conformidade com o dispositivo legal constante do Art. 140 do RPAF-BA, “*o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas*”.

Ressalta que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143 do mesmo regulamento.

Diz que a ação fiscal questionada encontra-se amplamente amparada em lei, portanto com pleno substrato legal, não encontrando dentro do processo nenhuma procedência a pretensão da autuada em epígrafe.

De tudo exposto, e devidamente fundamentado, requer à Junta Julgadora, que o Auto de Infração seja julgado Procedente.

Objetivando a busca da verdade material e o exercício da ampla defesa, com fulcro no § 1º, do art. 18, do RPAF, a 5ª JJF, em pauta suplementar do dia 22/11/2016, decidiu converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que fossem adotadas as seguintes providências:

- 1^a *Providência*: acostar aos autos os demonstrativos analíticos que dão sustentação aos débitos apontados para a infração 01 (R\$93.098,98) e a infração 02 (R\$3.109,96), ouse seja acostar aos autos demonstrativo analítico onde se possa identificar as mercadorias adquiridas, a nota fiscal, a unidade da Federação de origem, a base cálculo, a alíquota e o valor devido do imposto a recolher de cada operação; e no caso especificamente da infração 2 a MVA aplicada.
- 2^a *Providência*: depois de juntados aos autos tais demonstrativos, encaminhar o presente processo ao órgão competente da INFRAZ para dar científica ao autuado, mediante intimação, do resultado da informação fiscal, com entrega dos documentos/demonstrativos acostados aos autos, decorrente do pedido dessa diligência, com a indicação de 30 (trinta) dias para se manifestar, querendo;
- 3^a *Providência*: havendo manifestação do defendente, com a juntada de documentos/demonstrativos objeto desta Diligência, o d. Fiscal Autuante deve prestar informação fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os novos aspectos da defesa com fundamentação na forma do § 6º, art. 127, do RPAF/BA.

Às fls. 66/67 dos autos consta nova Informação Fiscal, em que d. agente Fiscal descreve todo o cumprimento das providências saneadoras do presente PAF na forma requerida pela 5^a JJF em pauta suplementar do dia 22/11/2016 que faz parte integrante deste processo às fls. 61/62 dos autos.

Às fls. 176 e 181 vê-se o registro de Termo de Intimação, encaminhando ao sujeito passivo, por AR/Correios, os demonstrativos analíticos impresso na forma requerida pela 5^a JJF, com os registros de devolução, conforme os seguintes observações: no documento de 22/05/2017 - “desconhecido”; no documento de 31/05/2017 – “mudou-se”.

Também, há o registro, às fls. 182 dos autos, da publicação, por Edital, do Termo de Intimação, relativo à ciência da conclusão da diligência solicitada, com publicação no DOE do dia 10/06/2017.

À fl. 183 vê-se o registro do órgão competente da SEFAZ de origem encaminhando o presente PAF ao CONSEF para julgamento, sem a ciência, e por conseguinte, manifestação do sujeito passivo sobre a diligência solicitada, na forma do art. 131, inc. XII, do RPAF/BA.

VOTO

Preliminarmente a defendant coloca em relevo, sob o aspecto de nulidade, a indicação de que o Auto de Infração não apresenta as formalidades legais e necessárias para a sua validade e eficácia, sob a alegação de que, quando da sua apresentação, deveria estar acompanhada dos termos lavrados na ação fiscal dos quais fundamentaram as autuações, além dos demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante e das provas necessárias à demonstração do fato arguido, obrigação esta prevista no art. 41 do RPAF/BA, Decreto nº 7.629/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Sobre tal perspectiva entendo não restar razão ao defendant, vez que os papéis de trabalho desenvolvidos na ação fiscal, que fazem parte integrante do Auto de Infração, objeto em análise, representados pelos demonstrativos sintéticos de fls. 11/13 (Infração 1) e de fls. 14/15 (Infração 2), associado ao CD/Mídia, à fls. 23 dos autos, observo que se encontram todos os arquivos magnéticos/digitais relacionados aos demonstrativos analíticos da autuação, onde são apresentados, nos mínimos detalhes, os documentos fiscais que deram origem as autuações, constituindo nos elementos necessários à fundamentação do fato arguido, como assim prevê a legislação.

Não obstante tal observância, objetivando a busca da verdade material e o exercício da ampla defesa, com fulcro no §1º, do art. 18, do RPAF/BA, a 5ª JJF, em pauta suplementar do dia 22/11/2016, decidiu converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que acostasse aos autos, os demonstrativos analíticos, de forma impressa, constantes do CD/Mídia à fl. 23 dos autos, que dão sustentação aos débitos apontados para a infração 01 (R\$93.098,98) e a infração 02 (R\$3.109,96), dando ciência ao sujeito passivo, a qual foi cumprida na forma descrita pela Informação Fiscal às fls. 45/48, em que não se logrou êxito, vez que, por Termo de Intimação lavrado, na forma do documento de fls. 180, foi encaminhado os demonstrativos para o endereço do estabelecimento do sujeito passivo por AR/Correios, sendo devolvido com a informação de “desconhecido”, em 22/05/17 (fl.178); e a informação de “mudou-se”, em 31/05/17 (fl.181).

Associado a essas providencias, o órgão competente da SEFAZ de origem, através da Coordenação de Preparo do Processo Administrativo Fiscal (CPPAF), intimou via Edital de Intimação nº 08/2017, com publicação no DOE em 10/07/2017, solicitando a ciência dos Termos da Diligência demanda pela 5ª JJF retro citada, também, não logrando êxito.

Com relação à falta do Termo de Início da Fiscalização arguido pelo defendant, devo registrar que constam dos autos cópia das Intimações para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais às fls. 8 e 9 dos autos, inclusive com assinatura do seu preposto ou responsável, que supera esta demanda na forma do art. 26 do RPAF/BA.

Por outro ângulo, o sujeito passivo alega que, à época da ocorrência dos fatos, era optante do Simples Nacional, e nessa condição o d. agente Fiscal era salutar ter observado o critério da dupla visita, o que, a luz do seu entendimento, um Auto de Infração lavrado sem tal observância é nulo de pleno direito. Tal arguição não prospera por falta de previsão legal.

Afastadas as preliminares de nulidade, constato, portanto, que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

No mérito trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ao sujeito passivo, na condição de empresa optante do Simples Nacional, o ICMS antecipação parcial no valor de R\$93.098,98, decorrentes de aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, inerente a infração 1, enquadrada no artigo 12-A, da Lei 7.014/96 c/c art. 321, inc. VII, alínea “b”, do RICMS/BA publicado pelo decreto 13.780/2012; bem como o ICMS antecipação por substituição tributária no valor de R\$3.109,96, também provenientes de fora do Estado, inerente a infração 2, enquadrada no artigo 34, inc. III, da Lei 7.014/96 c/c art. 289, § 1º, inc. III, alínea “b”, do RICMS/BA publicado pelo decreto 13.780/2012.

Em conformidade com a descrição dos fatos das Infrações 1 e 2, estas versam sobre cobrança do imposto por antecipação decorrente de aquisições provenientes de outras unidades da Federação em que a legislação prevê seu recolhimento na entrada do estabelecimento e/ou no território do Estado, conforme a situação, independente do regime de tributação do Contribuinte Autuado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo devida na operação; e MVA aplicável, no caso das mercadorias enquadrada no regime da substituição tributaria, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal objeto da autuação.

Sobre tal procedimento, à luz do todo observado na leitura dos termos da defesa, não há controvérsia entre as partes; a discordância é instalada, quando o sujeito passivo, sem trazer qualquer demonstrativo e/ou documentos aos autos, argui que, no rol de suas atividades estão presentes produtos que estão sujeitos ao regime da substituição tributária, onde diz que o sujeito passivo pelo recolhimento do imposto são os fabricantes ou os importadores, ou seja, os remetentes das mercadorias.

Também diz que, no rol dos produtos comercializados pela autuada, existem produtos que não sofrem antecipação parcial ou total, nem estão sujeito a substituição tributária. Nessa mesma perspectiva, diz que não se sabe se o agente Fiscal operou a compensação daquele imposto que diz ter sido devidamente recolhido pela autuada aos cofres do Estado.

Como bem destacou o d. agente Fiscal em sede de Informação Fiscal, há de se ressaltar que, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Em sendo assim, constatado, portanto, que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que determina a legislação sendo a base de cálculo e o imposto apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, com o devido enquadramento na forma dos temos da descrição dos fatos na inicial, entendo subsistente as Infrações 1 e 2.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232151.0003/16-0**, lavrado contra **QUARTIER MÓVEIS E DECORAÇÃO EITELI - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$96.208,94**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA- PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA