

A. I. Nº - 278858.3003-/16-7
AUTUADO - GILVAN LOPES DA SILVA - ME
AUTUANTE - DEIA CUNHA ERDENS
ORIGEM - INFAZ SEABRA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28/12/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0257-03/17

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. 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. O sujeito passivo não elide a acusação fiscal. Infração subsistente. Afastada preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2016, exige crédito tributário no valor de R\$117.230,15, acrescido da multa de 60%, em razão do recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa não optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de fevereiro e dezembro de 2014, março, julho e outubro de 2015 - Infração - **07.22.04**.

O autuado impugna o lançamento, fls. 48 a 62, articulando suas razões de defesa na forma a seguir resumida.

Inicialmente observa que a imputação de infração, constante do Auto de Infração em tela, encontra-se fundamentada no levantamento das notas fiscais eletrônicas de entradas, fornecidas pela autuada em face das intimações para apresentação dos arquivos eletrônicos, fls. 70 a 73 - Docs. 04 e 05.

Prossegue assinalando que em razão da advertência de que o não atendimento da intimação, no prazo de 48 horas, ficaria sujeito à penalidade prevista na alínea “a”, do inciso XX, art. 42, da Lei nº 7.014/96, se viu obrigado a entregar seus arquivos sem saber se continha inconsistências, porque não lhe foi concedido prazo razoável para fazer tal verificação e suas correções, razão porque foi lavrado o Auto de Infração ora impugnado.

Frisa que só efetuou a aludida entrega dos arquivos magnéticos com inconsistências/incorrecção de dados, porque de um lado estava sob a ameaça referida na intimação, de sofrer multa e de outro lado, por se encontrar sob o amparo do §4º, do art. 247, do RICMS-BA/12, que reproduz.

Sustenta que, quando a fiscalização não concede o prazo previsto em lei, para entrega ou retificação da EFD, deixa de observar o devido processo legal incorrendo em nulidade.

Assinala que a Junta, ao decidir sobre lavratura de Auto de Infração, nunca deverá resolver de plano, sem qualquer aprofundamento quanto à observância do devido processo legal.

Destaca que de acordo com o art. 2º, do RPAF-BA/99, na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-ão aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, em prejuízo de outros princípios de direito. Observa que o dispositivo regulamentar nos informa a nobre intenção do legislador baiano em assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal.

Observa que o CNT, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte. Evidencia-se tal afirmativa principalmente no art. 112, do CTN quando se usa o princípio do *in dubio pro contribuinte*.

Lembra que a função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Afirma que a Constituição Brasileira e as leis infraconstitucionais fundamentais que lhe seguem atribuem encargos deveres ou funções para os órgãos da administração pública que devem se desincumbir deles com a maior presteza possível.

Ressalta que o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis, é a de fazer as pessoas cumprirem as leis. Acrescenta que, como as pessoas são inteiramente livres para agir desde que não exista uma lei determinando um comportamento diferente, o administrador público não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se comportar conforme o ordenamento predeterminado pelo legislador.

Afirma que a atuação do órgão fiscal na cobrança dos tributos a seu encargo, portanto, não se envolve qualquer interesse próprio das autoridades fiscais, nem é o exercício de um direito subjetivo do órgão fiscal, que, também, não é parte credora de uma relação jurídica.

Lembra que a ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos.

Revela que a função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade.

Assevera que a função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Afirma não prosperar tal imputação de infração, por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está adstrito o agente público, uma vez que não foi observado o devido processo legal.

Menciona que a Autuante, ao lavrar o Auto de Infração deixou de observar o devido processo legal, na medida em que não concedeu o prazo legal de 30 dias para entrega ou retificação da EFD, conforme preceitua o art. 247, §4º do RICMS-BA/12.

Assinala que, quando a fiscalização não concede prazo legal para entrega ou retificação da EFD, deixam de observar o devido processo legal incorrendo em nulidade.

Frisa que as intimações recebidas pelo Autuado, fls. 70 a 73 - Doc. 04 e 05, sequer, fornece o prazo de cinco dias para o envio dos arquivos magnéticos, como já decidiu este órgão julgador no acórdão JJF Nº 0056-03/16.

Diz que no processo administrativo em comento, qualquer intimação com prazo de 05 ou 30 dias para envio ou para retificação de arquivo magnético apresentado com omissão de dados. Registra que, em relação ao arquivo magnético, não foi estabelecido na intimação o prazo previsto no art. 247 §4º do RICMS/BA, haja vista que o RICMS/97 estabelece que em caso de não entrega ou em entrega com inconsistências, deve ser fornecida ao contribuinte, o prazo de trinta dias para entrega ou correção da EFD

Relata que não foi observada, no procedimento fiscal realizado, a regra estabelecida no dispositivo da legislação tributária acima reproduzida, relativamente à concessão do prazo de

trinta dias para correção dos arquivos magnéticos, bem como não foi fornecida listagem diagnóstica indicativa das irregularidades.

Assevera ser nula a exigência fiscal decorrente da intimação efetuada sem requisito estabelecido na legislação, tendo sido efetuado o lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. Diz ser tal vício insanável haja vista que não se trata de incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que comprometeu a sua eficácia, implicando nulidade da autuação, como prevê o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99.

Lembra ser absolutamente comum que os programas geradores dos referidos arquivos magnéticos possuam incorreções, o legislador previu um segundo prazo para possíveis correções ou entrega, devendo de logo o Preposto Fiscal informar quais irregularidades deverão ser sanadas.

Assevera que a fiscalização, desconsiderando o ditame legal vigente, por ser mais benéfico a imputação imediata das infrações ao caso concreto, não concedeu ao contribuinte o prazo legal previsto para oferecimento dos arquivos magnéticos.

Pondera que o CONSEF já firmou entendimento no sentido da nulidade da ação fiscal, quando a intimação do contribuinte se der em desconformidade com o quanto previsto na legislação fiscal estadual, como atesta os seguintes acórdãos: JFJ Nº 0056-03/16 e Acórdão CJF Nº 0193-12/11.

Afirma que, em razão da denodada autuante não ter observado os requisitos previstos no art. 708-B, §3º e §5º do RICMS/BA, ou seja, não lhe ter concedido, o prazo legal para que fosse entregue ou retificada a EFD, é absolutamente nula a referida exigência fiscal.

Sustenta que, quando a Autuante concede prazo menor que o previsto em lei (05 e 30 dias), deixa de observar o devido processo legal incorrendo em nulidade pela intimação irregular.

Registra que, embora a Autuante entenda que a entrega dos arquivos magnéticos não tenha satisfeito o nível de detalhe exigido na legislação, caberia à autoridade fiscal conceder prazo para a retificação dos mesmos, conforme dispõe o §5º, do art. 708-B, do RICMS/97, uma vez que o dever da fiscalização vai além da mera concessão de prazo para a correção de eventuais inconsistências verificadas nos arquivos magnéticos, na medida em que, nos termos do art. 708-B, §3º, deve ser fornecida ao contribuinte “*Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas*”.

Prossegue assinalando que, como nenhuma das medidas relatadas acima foi adotada, ou seja, como não lhe foi oportunizada a revisão dos arquivos SINTEGRA mediante intimação para este fim específico no prazo de trinta dias para a correção dos vícios apontados por ele, bem como não ter sido fornecido a Listagem Diagnóstico, é que não pode prosperar o Auto de Infração em comento.

Destaca que o CONSEF já firmou entendimento no sentido da nulidade da ação fiscal, quando a intimação do contribuinte se der em desconformidade com o quanto previsto na legislação fiscal estadual, como atesta os acórdãos que exemplifica: ACÓRDÃOS JFJ Nº 0056-03/16, JFJ nº 0197-05/11, e CJF Nº 0178-11/15.

Argüi como prejudicial de validade e eficácia da peça básica do processo administrativo fiscal instaurado, requerendo, por isso mesmo, com amparo no princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Magna Carta (art. 5º, inciso LV, CF/88), que a prejudicial seja apreciada e decidida, com fundamentação própria e específica.

Conclui pugnando pela decretação da nulidade do Auto de Infração.

Depois de reproduzir as alegações da defesa, observa que em cumprimento da Ordem de Serviço nº 504611/16, o Autuado foi intimado pela primeira vez, através do Sistema SEFAZ DTE - Domicílio Tributário Eletrônico, no dia 06/07/2016 e pela segunda vez no dia 28/07/2016. Destaca que a Ação Fiscal foi encerrada em 30/09/2016 sem que tivesse havido qualquer manifestação do contribuinte no sentido de prestar alguma informação a esta Inspeção.

Informa que todas as verificações foram feitas com base nas Notas Fiscais eletrônicas constantes nos Sistemas da SEFAZ, não nas Notas fornecidas, como a defesa quer fazer crer, pelo contribuinte, que sequer leu suas intimações, fls. 77 a 83.

Esclarece que no período em que se desenvolveu a Ação fiscal a informação existente nos nossos sistemas era a de que nos períodos fiscalizados o contribuinte não era obrigado ao envio de EFD, fls.84, portanto foram solicitados os Livros Fiscais físicos. Observa que o contribuinte nunca atendeu a qualquer das intimações para, sequer dizer se possuía ou não qualquer dos documentos solicitados, muito menos apresentá-los para que pudesse ser aberto prazo para correção.

Informa que, conforme consta no Sistema DTE, o Impugnante nem leu as intimações, só o tendo feito dias após tomar ciência da lavratura do Auto de Infração. Esclarece que ainda não constam no sistema como entregues, até a data da elaboração desta informação, os arquivos da EFD referentes aos anos de 2014 e 2015, fls. 85 e 86, período sobre o qual recaiu a fiscalização. Assegura que, não faz sentido algum a alegação da defesa de que “só efetuou a aludida entrega dos arquivos com inconsistências/incorrecção de dados, porque de um lado estava sob ameaça, referida na intimação, de sofrer multa e de outro lado por se encontrar sob o amparo do §4º, do art. 247, do RICMS/BA”.

Afirma ser incabível também o argumento da defesa de que possa ter havido ameaça na intimação para apresentação de documentos, vez que a advertência sobre a possibilidade de multa em caso de não atendimento à aludida convocação consistem em dispositivo de informação ou lembrete ao intimado de que há normas legais que prevêm a penalidade em caso de inércia diante da intimação.

Conclui asseverando que, tendo sido o Auto em questão lavrado em virtude de recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa não optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional e não tendo o contribuinte apresentado documento ou argumento algum que refute o cometimento da infração, atendo-se, apenas, ao pedido de nulidade por falta de concessão de prazo para entrega/retificação da EFD, mantém na íntegra o apurado na fiscalização e exigido através do Auto de Infração.

Em pauta suplementar, esta 3ª JJF decidiu converter os autos em diligência, fl. 88, para que a Autuante elaborasse um novo demonstrativo da Antecipação Parcial, acostado às fls. 17 a 36, incluindo uma nova coluna identificando a chave de acesso de cada uma das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal e fornecesse cópia ao Autuado reabrindo-se o prazo de defesa de sessenta dias.

O novo demonstrativo, elaborado pela Autuante no atendimento da diligência, encontra-se acostado às fls. 92 a 121.

Intimado para entrega da cópia do novo demonstrativo, fls 122, o Defendente recebeu a cópia, fl.123, e não se manifestou

VOTO

O Auto de Infração versa sobre o cometimento pelo Autuado de infração à legislação do ICMS, na condição de empresa não optante do Simples Nacional, referente a aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, decorrente do recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, demonstrativos às fls. 16 a 36.

De início, rechaço a liminar de nulidade suscitada pelo Impugnante por ofensa ao devido processo legal, sob o fundamento de que as intimações para apresentação da EFD não atenderam ao previsto no §4º, do art. 247, do RICMS-BA/12, por não ter sido concedido o prazo de trinta dias, alegando ser exíguo o prazo de 48 horas para atendimento da solicitação indicado na intimação.

Constato que o fato alegado pela defesa como ofensa ao devido processo legal, ou seja, a não concessão do prazo de trinta dias para apresentação da EFD, não implica óbice algum para o Autuado se defender da acusação fiscal, que trata do recolhimento a menos da antecipação

parcial que é devida na entrada da mercadoria na entrada da mercadoria neste Estado, haja vista que o cálculo da antecipação devida e o seu recolhimento independe da escrituração da EFD, como quer fazer crer a defesa. Para sua efetiva defesa bastaria apresentar eventual recolhimento realizado e não considerado pela fiscalização no levantamento fiscal apresentado. Procedimento que em nada depende da escrituração da EFD.

Assim, conforme expandido, entendo que não deve prosperar a alegação do Autuado, tendo em vista não se configurar nos presentes autos qualquer ofensa ao devido processo legal e muito menos cerceamento de defesa.

Ademais, depois de examinar as peças que compõem os autos, que o PAF está revestido das formalidades legais e o procedimento fiscal atende as normas regulamentares, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, eis que, inexistente óbice algum que possa inquiná-lo de nulidade.

No mérito o Autuo de Infração imputa ao sujeito passivo o recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, referente às aquisições interestaduais de mercadorias, conforme demonstrativos às fls. 16 a 36.

Em sede de impugnação, o autuado optou por abordar em suas razões de defesa, única e exclusivamente, a não concessão do prazo de trinta dias previsto no §4º, do art. 247, do RICMS-BA/12, para entrega de EFD retificada.

A exigência objeto da autuação tem lastro 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.

Da análise dos elementos que compõem a autuação, verifico que o demonstrativo que dá suporte a exigência fiscal apensado aos autos às fls. 94 a 121, com a inclusão da chave de acesso das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, determinada em diligência solicitada por esta JJF, discrimina pormenorizadamente a origem da exigência fiscal apurada. Portanto, ante a apresentação de qualquer contestação do cometimento da infração pela defesa, remanesce caracterizado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial.

Assim, resta configurada a subsistência da autuação.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278858.3003/16-7**, lavrado contra **GILVAN LOPES DA SILVA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$117.230,16**, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea “d”, do inciso do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA