

PROCESSO - A. I. Nº - 278858.3002/16-0
RECORRENTE - GILVAN LOPES DA SILVA - ME
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0062-04/17
ORIGEM - INFAS SEABRA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/05/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0090-12/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial o ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária e não beneficiadas com isenção do imposto. O conjunto probatório juntado pelo recorrente não foi capaz de elidir a exigência fiscal, por estar lastreado em notas fiscais que acobertavam aquisições internas de mercadorias ou operações de saídas realizadas pelo próprio contribuinte que não se submetem ao pagamento da antecipação parcial e não integram o Demonstrativo de Débito do Auto de Infração. Não acolhida a preliminar de nulidade do lançamento. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da Junta de Julgamento que declarou a Procedência do Auto de Infração em exame, lavrado em 30 de setembro de 2016 referente à cobrança de ICMS no valor de R\$359.424,41, além de multa no percentual de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. 07.22.03. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, ocorrência constatada nos meses de janeiro, março a dezembro de 2014, fevereiro, abril, junho, agosto e setembro de 2015.

A empresa autuada, por intermédio de seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 45 a 59, e a Junta de Julgamento ao decidir a lide exarou o voto a seguir transscrito:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

A autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu

entender elidiram a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Por esta razão, rejeito as preliminares suscitadas pela defesa. Isso diante do fato de que, conforme informado pela autuante e devidamente comprovado na forma do documento de fls. 77 a 80, a empresa foi intimada para apresentação de livros e documentos fiscais, através de seu Domicílio Tributário Eletrônico (DTE).

Tal mecanismo visa estabelecer a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte através deste canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Através do mesmo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e científicá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder Judiciário a algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido, quanto a sua validade e eficácia.

Ou seja; as intimações e demais comunicações feitas anteriormente por meio físico, passaram a ser feitas através de tal canal, e sempre que uma nova mensagem chegar na conta domicílio, o contribuinte recebe um e-mail de alerta nos endereços que foram vinculados, para que acesse sua conta no DTE.

Logo, o fato da intimação ser eletrônica, em nada invalida a ação fiscal, produzindo todos os efeitos jurídicos e legais em relação à ação fiscal desenvolvida. Além disso, as intimações encaminhadas foram apenas e tão somente no sentido de apresentação de livros e documentos fiscais necessários aos trabalhos de fiscalização.

Outra observação a ser feita, é relativa a legislação do SINTEGRA e a escrituração fiscal por via digital (EFD).

A legislação do SINTEGRA estabelece que os arquivos magnéticos devem ser entregues nos prazos previstos na legislação, e nada mais são do que o espelho dos livros fiscais devidamente escriturados.

Havendo necessidade de adição ou retificação de informações já enviadas pelo contribuinte, deve-se proceder às correções necessárias no movimento, ao abrigo da legislação do ICMS, constituindo e enviando novamente arquivo do período, informando no campo 12 do Registro Tipo 10, o código 2 (Retificação Total de Arquivo), conforme tópico 9.1.1 do Manual de Orientação do Convênio ICMS 57/95, sendo que o sistema utilizado pelo contribuinte deve permitir essa mudança.

Na legislação estadual, as regras em relação ao SINTEGRA se encontram nos artigos 259 e seguintes do RICMS/12.

Já a Escrituração Fiscal Digital (EFD), uma das partes do SPED Fiscal, como a Escrituração Contábil Digital (ECD) e a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), vem a ser um arquivo digital, se constituindo de um conjunto de escriturações de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Receita Federal do Brasil, bem como de registros de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. Este arquivo deverá ser assinado digitalmente e transmitido, via Internet, ao ambiente SPED. Veio a substituir a escrituração manual, e por processamento de dados, utilizados anteriormente, sendo seu uso obrigatório para os contribuintes do ICMS ou do IPI, hipótese na qual se inclui a autuada.

Sua instituição deu-se por meio do Convênio ICMS 143/2006 de 15 de dezembro de 2006, posteriormente substituído pelo Ajuste SINIEF 02/2009, de 03 de abril de 2009, e Ato COTEPE 09, de 18 de abril de 2008, estando a regulamentação no Estado da Bahia, inserido nos artigos 247 a 253 do RICMS/12.

O arquivo digital deve ser submetido ao programa validador, fornecido pelo SPED (Sistema Público de Escrituração Digital), o qual verifica a consistência das informações prestadas, assina (certificado digital, tipo A1 ou A3, ICP-Brasil) e transmite.

Ainda que determinados registros e/ou campos não contenham regras específicas de validação de conteúdo ou de obrigatoriedade, esta ausência não dispensa, em nenhuma hipótese, a não apresentação de dados existentes nos documentos e/ou de informação solicitada pelos fiscos.

Regra geral, se existir a informação, o contribuinte está obrigado a prestá-la. A omissão de informações poderá acarretar penalidades e a obrigatoriedade de reapresentação do arquivo integral, de acordo com as regras estabelecidas pela Administração Tributária Estadual.

A escrituração prevista na forma deste Convênio substituiu a escrituração e impressão dos seguintes livros: Livro Registro de Entradas; Livro Registro de Saídas; Livro Registro de Inventário; Livro Registro de Apuração do IPI; Livro Registro de Apuração do ICMS; documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP; Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.

A partir de sua base de dados, a empresa deverá gerar um arquivo digital de acordo com leiaute estabelecido em Ato COTEPE, informando todos os documentos fiscais e outras informações de interesse dos fiscos federal e estadual, referentes ao período de apuração dos impostos ICMS e IPI. Este arquivo deverá ser submetido à

importação e validação pelo Programa Validador e Assinador (PVA) fornecido pelo SPED.

O contribuinte deverá manter o arquivo digital da EFD, bem como os documentos fiscais que deram origem à escrituração, na forma e prazos estabelecidos para a guarda de documentos fiscais na legislação tributária, observados os requisitos de autenticidade e segurança nela previstos.

Considera-se a EFD válida para os efeitos fiscais após a confirmação de recebimento do arquivo que a contém, sendo a periodicidade de apresentação mensal e o arquivo deverá ser enviado no prazo definido em regulamento, sendo que na forma da documentação acostada aos autos, no período considerado pela autuação, a empresa não se encontrava obrigada a apresentar a sua escrituração fiscal através da EFD.

Todavia a ação fiscal, conforme esclarecimento da própria autuante se desenvolveu baseada nos elementos disponíveis nos sistemas da Secretaria da Fazenda, diante do fato de que o sujeito passivo não apresentou qualquer arquivo ou escrituração fiscal, quer em meio físico, quer em meio magnético ou eletrônico, razão pela qual não há que se falar em intimação para a correção de arquivo magnético ou a retificação de arquivo ou da EFD, o que, de igual forma, contribui para a rejeição dos argumentos defensivos postos pela defesa, pelo fato de não haver arquivos a serem retificados nem entregues com inconsistências. Simplesmente não houve apresentação de livros, documentos ou arquivos, o que ensejaria, inclusive, a aplicação de penalidade neste sentido, prevista na Lei 7.014/96.

As intimações constantes na autuação apenas e tão somente determinam ao sujeito passivo a apresentação de livros e documentos fiscais, e como tal respeitam o prazo para tal previsto na legislação, qual seja, quarenta e oito horas.

Da mesma forma, a infração ora analisada, não se refere a falta de entrega ou entrega com inconsistência de arquivo magnético ou Escrituração Fiscal Digital, motivo pelo qual toda a argumentação posta na defesa não diz respeito a matéria ora discutida, a qual se refere ao não recolhimento do ICMS devido a título de antecipação parcial, por aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização pelo autuado.

Observo ainda que, tendo em vista os fatos constantes do Auto de Infração se reportarem aos exercícios de 2014 e 2015, vigorava não mais o RICMS/97 como inúmeras vezes mencionou a defesa em suas citações, mas sim, o RICMS/12, aprovado pelo Decreto 13.780/12, com vigência a partir de 01 de abril de 2012.

Desta forma, inexiste qualquer violação aos artigos 18 e 39 do RPAF/99, tendo sido observados e respeitados os princípios basilares do Processo Administrativo Fiscal, especialmente os da ampla defesa e do contencioso, do devido processo legal, dentre outros, não havendo que se falar em desobediência pela autuante de qualquer preceito neste sentido, muito ao contrário, a mesma agiu estritamente arraigada aos termos da legislação.

Em relação à advertência, constante nas intimações para apresentação de livros e documentos expedidas, as mesmas, em nome do princípio da segurança jurídica, apenas e tão somente chamam a atenção do contribuinte da possibilidade de apenação pela não entrega do solicitado, não vindo a se constituir em constrangimento ou intimidação do sujeito passivo, não tendo cunho pessoal, mas institucional.

Passo, pois, à análise do mérito. A acusação é a de falta de recolhimento da antecipação parcial do ICMS em relação à qual a legislação tributária do Estado, estabelece como regra geral, que nas entradas de mercadorias no território da Bahia, os contribuintes possuem a obrigação de recolher a título de antecipação tributária parcial, o ICMS. Esta regra está insculpida no artigo 12-A da Lei n.º 7.014/96:

“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”.

Por outro lado, o artigo 17 da mesma Lei, determina que a base de cálculo para o recolhimento do imposto é o montante do próprio imposto, constituindo o respectivo destaque mera indicação para fins de controle, bem como o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição; frete, caso o transporte seja efetuado pelo próprio remetente ou por sua conta e ordem e seja cobrado em separado, e em relação ao IPI, o parágrafo 2º do mencionado artigo 17, estipula que não integra a base de cálculo do ICMS o montante do Imposto sobre Produtos Industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes é relativa a produto destinado a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, configurar fato gerador de ambos os impostos.

O sujeito passivo não faz qualquer menção ao objeto específico da autuação (falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial), sequer o aborda, o que permite a aplicação do teor dos artigos 140 e 142 do RPAF/99, segundo os quais 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, e 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, respectivamente, e por estes motivos, julgo o feito procedente.

Quanto aos Acórdãos transcritos na peça de defesa, esclareço que além dos mesmos não serem vinculantes,

dizem respeito a fatos não verificados no presente feito, motivo pelo qual não posso acolhê-los.

Inconformado com a Decisão de 1^a instância o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário, peça que se encontra juntada às fls. 104 a 116 dos autos, subscrita por advogados com procuraçāo (doc. fl. 63).

Ao expor as razões de seu apelo o contribuinte teceu as seguintes considerações.

Igualmente ao que foi articulado na peça defensiva apresentada em 1^a instância, voltou a suscitar a nulidade do auto de infração em tela, ao argumento de que o ICMS cobrado por antecipação parcial referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação recaiu sobre operações com base de cálculo reduzida, sobre mercadorias da cesta básica, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre mercadorias isentas, para uso/consumo, ativo immobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc. Inclusive, sobre as mercadorias em que incide a antecipação, disse que efetuou o recolhimento do ICMS devido, conforme comprovariam os DAE'S que seriam juntados posteriormente.

Em decorrência sustenta a recorrente que não subsiste a exigência do pagamento de ICMS por antecipação parcial, sobre mercadorias que tiveram redução de base de cálculo, sofreram substituição tributária, mercadorias da cesta básica, isentas, para uso/consumo, etc., porque contrariam as decisões do CONSEF/BA, abaixo reproduzidas na peça recursal:

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACORDÃO JJF Nº 0039-04/16 EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Considerando as reduções de base de cálculo a que estavam sujeitas as operações de saídas realizadas pelo autuado, a infração não subsiste.

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0017-11/15 EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. O Fisco reconheceu ter incorrido em equívoco, por descaber a exigência de pagamento do ICMS referente à antecipação parcial sobre as aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Infração insubstancial.

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº0156-04/16 EMENTA. ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Excluída da autuação apenas um item relacionado a aquisições de mercadorias incluídas na cesta básica. Infração subsistente em parte.

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO JJF Nº 0040-05/15 EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. a.1) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a.2) PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O impugnante apresentou na defesa, documentos probatórios de que parte do imposto lançado nas infrações 1 e 2 foi pago, mediante cópias de DAE (fls.78/85) que comprovam o recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial. Além disso, outros lançamentos se reportavam a insumos isentos do tributo. Confrontado com os dados do processo, o autuante reduziu os valores das duas infrações e o impugnante não contestou. Infrações 1 e 2 parcialmente procedentes. b) ANTECIPAÇÃO TOTAL. Já a infração 3, a lista das fls. 75/76 demonstra que as notas entre às fls. 32/38, do demonstrativo de débito são mesmo de rações para animais e tais produtos são isentos. Infração 3 improcedente. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

Em seguida o recorrente teceu considerações acerca da falta de motivo para a lavratura do Auto de Infração e ponderou ser necessário remeter o PAF em diligência para fiscal estranho ao feito a fim de se apurar a verdade quanto aos fatos narrados no apelo empresarial. Disse que se provado que as mercadorias possuem a base de cálculo reduzida, integram o rol da cesta básica, estejam enquadradas no regime de substituição tributária, isentas etc., a ação fiscal será fatalmente IMPROCEDENTE. Nesse sentido o recorrente trouxe para exame outras decisões deste CONSEF originárias de Junta e Câmara afastando a cobrança do ICMS devido a título de antecipação parcial.

Transcreveu na peça recursal textos doutrinários de administrativistas pátrios, entre eles Celso Antonio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles acerca do requisito da motivação dos atos administrativos, com ênfase no argumento de que o auto de infração ou a notificação fiscal que

se embasem em motivos falsos, inexistentes ou mesmo inidôneos, são atos administrativos sem motivação e assim nulos “ex radice”, inconvalidáveis.

Ao finalizar as razões do recurso formulou requerimento para que seja determinado, nos termos do artigo 145 do RPAF/BA, a realização de diligência na sede da empresa, por fiscal estranho ao feito, no sentido de apurar a verdade do quanto alegado na presente impugnação, uma vez que se trata de milhares de documentos fiscais que comprovariam o quanto alegado neste petítorio. Fez juntada às fls. 118 a 148 de cópias reprográficas de notas fiscais (DANFES) relacionados a operações de aquisição de mercadorias. Por fim pede que este CONSEF decida pela improcedência do Auto de Infração em epígrafe, por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA.

VOTO

O contribuinte, na peça recursal, afirma que o lançamento padece de vícios insanáveis em razão da exigência por antecipação parcial ter recaído sobre operações de aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação com base de cálculo reduzida, sobre mercadorias da cesta básica, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre aquisições de mercadorias isentas, para uso/consumo, ativo immobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc. Disse ainda que a cobrança em exame envolveu também aquisições de mercadorias sujeitas à antecipação e que efetuou o recolhimento do ICMS devido, conforme comprovariam os DAE'S que seriam juntados posteriormente.

Requeru a realização de diligência por auditor fiscal estranho ao feito para que fossem comprovadas as suas alegações e procedeu à juntada, às fls. 118 a 148, deste PAF, de cópias reprográficas de notas fiscais (DANFES) relacionados a operações de aquisição de mercadorias.

O exame do conjunto probatório existente nos autos revela que a exigência fiscal incidiu sobre operações de aquisição de mercadorias em outros Estados, sujeitas à tributação normal, conforme rol integrante dos demonstrativos de Antecipação Parcial juntados às fls. 14 a 33 dos autos. Nesses demonstrativos a título de exemplo consta que o ICMS-Antecipação parcial recaiu sobre as entradas de leite integral, creme de leite, sardinha em latas, extratos de tomate, ketchup etc. O levantamento da autuante tomou por base, além dos documentos fiscais, o tipo de mercadoria que estava sendo acobertada pelo DANFE/Nota Fiscal Eletrônica (NF-e).

Por sua vez, a cópia das notas fiscais anexadas pelo contribuinte na peça recursal indicam diversas operações internas que não se sujeitam ao pagamento do ICMS – Antecipação Parcial, a exemplo dos documentos juntados à fls. 121 e 135, emitida pela Bunge situada em Luis Eduardo Magalhães – Ba; fls. 124 e 139, emitida pela Dinor - , localizada em Feira de Santana-Ba; fls. 125 e 140, emitida pela Seara, localizada em Salvador-Ba; fls. 119, 120, 129, 130, 131, 133, 134, 144, 145 e 146, emitida pela Mauricea Alimentos, situado no município de Luis Eduardo Magalhães-Ba. Foram também anexadas notas fiscais emitidas pelo próprio autuado em operações de vendas internas de mercadorias, conforme DANFEs de fls. 122, 147 e 148, que absolutamente nada tem haver com a cobrança do ICMS lançada no Auto de Infração.

O conjunto probatório juntado pelo recorrente não foi capaz de elidir a exigência fiscal, por estar lastreado em notas fiscais que acobertavam aquisições internas de mercadorias ou operações de saídas realizadas pelo próprio contribuinte que não se submetem ao pagamento da antecipação parcial e não integram o Demonstrativo de Débito do Auto de Infração.

Portanto, as razões apresentadas no apelo empresarial e no pedido de diligência que o integra, a partir da base documental trazida pelo contribuinte, não se sustentam, estando desprovida de qualquer relação de pertinência com os fatos da autuação. Indefiro, portanto, o pedido de diligência articulado na peça recursal. Também não acolho o pedido de nulidade do Auto de Infração por falta de motivação do lançamento, conforme já sinalizado linhas acima, e, no mérito, mantendo a exigência fiscal e, em decorrência, a decisão da Junta de Julgamento Fiscal, sem quaisquer alterações.

Assim, considerando o acima exposto, nosso voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278858.3002/16-0 lavrado contra **GILVAN LOPES DA SILVA - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$359.424,41**, acrescido da multa de 60%, prevista art. 42, II, “d”, na Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2018.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS