

PROCESSO - A. I. Nº 232232.1204/15-9
RECORRENTE - JORGE DA SILVA DIAS - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0144-04/17
ORIGEM - IFMT – DAT/SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/07/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0140-12/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. EMPRESA DE PEQUENO PORTE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O Recorrente não traz aos autos qualquer elemento de prova capaz de elidir ou modificar as irregularidades apuradas pelo Fisco. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 4ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal, em 10/07/2017, que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado, com o objetivo de exigir do ora Recorrente, crédito tributário no valor histórico de R\$34.917,78, em decorrência do cometimento de 2 (duas) infrações:

Infração 01 - 07.21.03 Falta de recolhimento do ICMS por 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, nos meses de março a abril de 2010, no valor de 18.325,54, acrescido da multa de 60%.

Infração 02 - 07.21.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS da 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, nos meses de março a abril de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$16.592,24 acrescido da multa de 60%.

Após diligência e novas manifestações, a instrução foi concluída e os autos apreciados pela 4ª JJF foi julgado, por unanimidade, Procedente, nos seguintes termos:

VOTO

Na apresentação da defesa o sujeito passivo argui que o Auto de Infração foi lavrado aleatoriamente pela INTERNET.

Inicialmente constato da análise das peças que compõem o presente Auto de Infração que não foram anexados aos Autos, quaisquer documentos comprovando o início do procedimento fiscal conforme determinado no art. 28 do RPAF/BA. Esta falha processual, de caráter formal, foi suprida através do encaminhamento do processo em diligência à Inspeção de origem para que tomasse as devidas providências, e posteriormente intimasse o sujeito passivo, reabrindo o prazo de defesa.

A diligência foi cumprida, oportunidade em que foi anexado à fl. 66, cópia de Intimação para apresentação de Livros e Documentos, assinado pelo preposto do contribuinte em 21/09/2015, dispensando a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, de acordo com o disposto no art. 28 do referido Regulamento anteriormente citado, que a seguir transcrevo:

“Art. 28.

A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso: I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu

representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização”

Assim, rechaço o argumento do defendente de que a auditoria foi efetuada aleatoriamente pela internet, pois comprovadamente o mesmo tinha ciência de que estava sob ação fiscal, desde 21/09/2015, data anterior a lavratura do Auto de Infração ocorrido em 21/12/2015, fato não contestado pelo mesmo, após a reabertura de defesa solicitada por este Conselho e comunicada através de Domicílio Tributário Eletrônico-DTE, com data de ciência em 14/04/2017, conforme se verifica no documento de fl.69.

Ademais, verifico que as infrações imputadas afiguram-se claramente descritas e o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive, os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para determinar sua nulidade.

No mérito, o autuado é acusado de, na condição de inscrito no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, não ter recolhido o ICMS Antecipação Parcial (infração 01) e ICMS da Antecipação tributária, referentes às aquisições de mercadorias oriundas de outros Estados (Infração 02).

Na defesa o autuado não apontou nenhum equívoco nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, que serviu de base para a exigência fiscal. Apenas reconhece como devido o valor de R\$140,58 para a infração 01 e R\$149,98, sem apresentar quaisquer documentos comprovando a sua assertiva. Como tais provas se referem a documentos que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir a infração, demonstrando as incorreções alegadas, o que não ocorreu.

Por outro lado observo que os demonstrativos de apuração elaborados pela autuante identificam para cada nota fiscal eletrônica, cujas cópias constam às fls.08/30 e no CD à fl.06, em colunas específicas todos os elementos indispensáveis à compreensão, ou seja, a sua unidade de origem, descrição das mercadorias e “passo a passo” para se obter o correspondente “ICMS a Pagar”, onde foi inclusive concedido o crédito do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição, cuja totalização por período de apuração, resulta na exigência de cada uma das infrações, objeto da autuação.

Assim, como não foram apresentadas quaisquer provas capazes de desconstituir os lançamentos atinentes às infrações sob análise, acolho os demonstrativos de apuração e débito elaborados pelos autuantes, nas folhas acima indicadas, e concluo pela subsistência dos itens 01 e 02 da autuação.

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

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 4ª JJF, assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora Recorrente:

- a) considerando a alegação defensiva de que o Auto de Infração foi lavrado aleatoriamente pela INTERNET, o PAF foi convertido em diligência com a finalidade de que fosse trazido aos autos documento comprovando o início do procedimento fiscal conforme determinado no art. 28 do RPAF/BA. Esta falha processual, de caráter formal, foi suprida ao ser anexado à fl. 66, cópia de Intimação para apresentação de Livros e Documentos, assinado pelo preposto do contribuinte em 21/09/2015, dispensando a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, de acordo com o disposto no art. 28 do referido Regulamento. Assim, as arguições de nulidade suscitadas pelo Contribuinte, foram afastadas por entender que o autuante teria obedecido ao disposto no art. 39 do RPAF/99;
- b) no mérito, destacou que na defesa, o autuado não apontou qualquer equívoco nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, que serviu de base para a exigência fiscal, apenas alegando reconhecer como devido, o valor de R\$140,58 para a infração 1 e R\$149,98 para a infração 2, sem apresentar qualquer documento comprovando a sua assertiva;
- c) observou que os demonstrativos de apuração elaborados pelos autuantes, demonstram com clareza e precisão as infrações imputadas ao autuado;
- d) afirmou que, como não foram apresentadas quaisquer provas capazes de desconstituir os lançamentos atinentes às infrações, concluiu pela subsistência dos itens 1 e 2 da autuação.

Inconformado com o resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls.532/542), com os argumentos a seguir aduzidos.

Sobre os princípios que regem o processo administrativo fiscal, transcreve o art. 2º do RPAF/99, afirmando que não podem os agentes fiscais se valerem de meios não previstos em lei e sem compatibilidade lógica para apurar o tributo, como no caso em tela, imputando infração ao contribuinte, sem que tenha sido intimado para apresentar livros e documentos fiscais e sem ter sido informado do início da ação fiscal.

Afirma que os autuantes desenvolveram fiscalização de trânsito no estabelecimento da autuada e que tal irregularidade se verifica também, no demonstrativo que fundamenta a imputação, uma vez que relaciona notas fiscais do período de janeiro a dezembro de 2010.

Afirma que não consta nos autos em comento, o termo de início de fiscalização ou a intimação para apresentação de documentos fiscais, assim como, os autuantes não apresentam provas do ingresso das mercadorias constantes das notas fiscais que relacionou no demonstrativo em que se funda a imputação.

Diz que não consta sequer uma nota fiscal das diversas relacionadas pelos autuantes no demonstrativo da infração, para que pudesse verificar se as mercadorias sobre as quais, está sendo exigido o pagamento do ICMS por antecipação, se trata ou não, de mercadorias que já tiveram o ICMS pago, possuem base de cálculo reduzida, fazem parte da cesta básica, tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, são isentas, foram adquiridas para uso/consumo, ativo imobilizado, são não tributadas, como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc.

Frisa que falta prova do ingresso da mercadoria no estabelecimento autuado, como também falta prova de que cabe a exigência do pagamento da antecipação ao adquirente da mercadoria, pois como é cediço, tal responsabilidade pelo pagamento do ICMS devido por substituição tributária, recai na figura do remetente. Ou seja, o destinatário das mercadorias é parte ilegítima para figurar no polo passivo da obrigação tributária, quando se trata de substituição tributária, desde que haja Convênio ou Protocolo atribuindo ao remetente tal responsabilidade.

Entende que os autuantes agiram à margem do previsto na legislação, ao imputar as supramencionadas infrações à autuada, utilizando-se do Sistema SINTEGRA, sem, contudo, apresentar provas do efetivo ingresso de tais mercadorias no estabelecimento autuado, assim como, não apresenta a própria nota fiscal que relacionou no demonstrativo que fundamenta a imputação. Reitera a falta de termo de intimação.

Traz à colação decisões deste CONSEF decretando a nulidade do procedimento fiscal pela falta da intimação para a apresentação de livros e documentos pelo contribuinte. Cita Acórdão da 2ª CJF nº 0042-12/15 e JJF nº 0139-03/15.

Aduz constar no corpo do auto de infração, que a origem da ação fiscal partiu da Inspetoria Fiscal de Mercadoria em Trânsito – IFMT SUL. Comenta que o presente lançamento fiscal não se apresenta formalmente em conformidade com o RPAF/99, por restar caracterizado se tratar de uma ação fiscal de trânsito, desenvolvida em estabelecimento por agentes de trânsito e sem estar acompanhado do termo de início de fiscalização.

Apresenta entendimento que a Fazenda Pública do Estado da Bahia, para melhor desenvolver suas atividades, divide as equipes de fiscalização em duas linhas mestras: a primeira exercendo suas atividades no trânsito de mercadorias, isto é, no exato momento da ocorrência do fato gerador do imposto. A segunda equipe exerce suas atividades na busca de fatos pretéritos, portanto, não mais no trânsito de mercadorias, e sim, no estabelecimento do contribuinte, ou mesmo, monitorando, via sistemas informatizados existentes, as suas operações comerciais já realizadas. Aduz que a constatação de uma irregularidade pode ensejar a lavratura de Auto de infração, modelo 3, no entanto, qualquer deles deve guardar obediência aos devidos preceitos legais. Sobre o tema cita o Acórdão JJF nº 0153-05/15.

Comenta que a autoridade fiscal não carrou aos autos, as notas fiscais de entradas relacionadas no levantamento fiscal e é dever do Fisco a prova da improcedência da impugnação. Diz que

como não foi apresentado os documentos fiscais que sustentam a infração, não se encontra materialmente comprovada nos autos, a acusação fiscal, padecendo de provas reais. Ressalta ser nulo o Auto de infração baseado em presunção fiscal, sem a devida fundamentação.

Solicita que sejam excluídas do demonstrativo das aquisições de mercadorias, mediante diligência fiscal, as notas fiscais que não estão devidamente carregadas aos autos.

Alega que muitas das notas fiscais apontadas pelo autuante, carregadas ao auto de infração em tela, não tiveram a efetiva entrada no seu estabelecimento e que teria havido presunção de que a autuada adquiriu tais mercadorias, visto que as notas fiscais foram colhidas no SINTEGRA/CFAMT. Salaria que a real comprovação de compras pela Recorrente, só seria possível através do pedido de fornecimento, o canhoto das notas fiscais com a assinatura da Autuada; o comprovante de pagamento dos fretes referentes a ditas notas fiscais; comprovante de pagamento das referidas compras junto aos fornecedores ou ainda a diferença no estoque que possa confirmar a presunção hipoteticamente admitida.

Reclama de falta de clareza na motivação para a lavratura do presente auto de infração, o que lhe permitiria um adequado direito de defesa e que o contrário invalida o lançamento tributário.

Requer seja declarado a total nulidade do Auto de Infração pela inobservância do devido processo legal e/ou pela falta de provas e se assim não entender, no mérito, se decida pela improcedência do auto de infração.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, fls.91/104, contra Decisão proferida pela 4ªJJF que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração, em decorrência do cometimento de 02 (duas) infrações.

Inicialmente o Recorrente arguiu a nulidade do Auto de Infração alegando: (i) falta de intimação para apresentar livros e documentos fiscais e de Termo do início da ação fiscal; (ii) a matéria tratada nos autos é típica de fiscalização de estabelecimentos, o que se comprovaria pelo demonstrativo que relaciona notas fiscais do período de março a abril de 2010, no entanto, os autuantes desenvolveram fiscalização de trânsito, lavrando Auto de Infração "Modelo 3".

Analisando os elementos presentes neste PAF, verifico que os pontos suscitados em sede de preliminar e que visam sustentar a tese de nulidade do lançamento, em que pese o esforço empreendido pela ora Recorrente, em verdade não merecem acolhida, pois, não logram demonstrar que há falhas nas acusações fiscais.

A arguição da ora Recorrente de que a falta de intimação para apresentar livros e documentos fiscais, inquina de nulidade o Auto de Infração, foi devidamente apreciada pela decisão de primeira instância. Observo que os autos foram convertidos em diligência fl. 63 e o referido instrumento que dá início a ação fiscal, nos termos do art. 28 do RPAF/99, "Intimação para Apresentação de Livros e Documentos" foi apensado ao processo, fl. 66. O autuado tomou ciência da referida diligência e teve o prazo de defesa reaberto, 60 (sessenta) dias, conforme documento fl.69. Assim, entendo que o vício apontado foi purgado, conforme estabelecido no § 1º do art. 18 do RPAF/99.

Quanto a alegação de que a ação fiscal, embora tenha as características de Auto de Infração de estabelecimento, teria sido lavrado no Trânsito de mercadorias, Auto de Infração "modelo 4", não corresponde aos fatos. Conforme pode ser constatado, inexistente no presente processo qualquer elemento que nos conduza nesta direção. Além de contar com a citada "Intimação para apresentação de livros e documentos", o presente Auto de Infração foi lavrado no modelo 3, foi saneado pelo supervisor da INFAZ Barreiras, fl.40/42, além de constar no PAF a Ordem de Serviço para a execução da ação fiscal pelos Autuantes, fl.07.

Dessa forma, vejo que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação. Assim, afasto o pedido de nulidade do lançamento, uma vez que não restou comprovado o alegado cerceamento ao direito de defesa, ou qualquer dos motivos de nulidades elencadas no art. 18 do RPAF/99.

Quanto ao pedido de diligência formulado, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, a primeira infração refere-se a falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, e destinadas à comercialização; A segunda infração, refere-se a falta de recolhimento do ICMS da antecipação ou substituição tributária, nos meses de março a abril de 2010.

Constato que em nenhum ponto de seu Recurso, o autuado apresentou qualquer enfrentamento em relação às irregularidades apuradas e, muito menos, carreu aos autos elementos comprobatórios que pudessem elidir a presunção de legitimidade da acusação fiscal. Observo ainda, que não ficou demonstrado que as ementas das decisões desse CONSEF, trazidas na peça recursal, se aplicam ao presente Auto de Infração, devido a peculiaridades presentes neste PAF.

Diante destes fatos, não prospera a alegação defensiva de que não se tem segurança e certeza dos dados lançados nos demonstrativos próprios que servem de base às infrações, fls. 08 a 39 deste PAF, visto que os dados inseridos no levantamento fiscal e não contestados, foram obtidos da própria escrita fiscal do autuado. Portanto, não se sustenta o argumento da Recorrente de que não adquiriu as mercadorias relacionadas no levantamento fiscal e de que não teria recebido cópias das citadas notas fiscais.

Registro por importante, que as cópias dos DANFES estão contidos na mídia digital (CD fl.06) e o Recorrente recebeu os demonstrativos com a descrição clara e precisa dos documentos fiscais e das mercadorias que tais notas relacionavam. Tanto é assim, que anexou cópias destes demonstrativos ao seu Recurso Voluntário fls. 111/146.

Ademais, o ora Recorrente declarou em sua impugnação ao Auto de Infração, reconhecer os valores de R\$140,58 para a infração 1 e R\$149,98 para a infração 2. Entendo não ser razoável, reconhecer omissão de recolhimento de ICMS, sobre mercadorias que como afirmou, não teria recebido.

Observo que a acusação fiscal está lastreada em documentos fiscais de compras realizadas pela empresa autuada, através de notas fiscais eletrônicas, autorizadas pelas Secretarias de Fazenda de origem das mesmas, conforme protocolos de autorização de uso, sendo as mesmas legítimas e idôneas. Embora o Recorrente alegue não ter realizado estas operações, não traz aos autos qualquer elemento de prova nesse sentido, ou mesmo indícios de que as notas fiscais aqui discutidas não foram a ele direcionadas.

Caberia ao Recorrente apontar de forma objetiva, quais os documentos fiscais estavam com o ICMS devidamente recolhido, apresentando o respectivo DAE, e que constavam indevidamente do levantamento fiscal, o que não foi feito na presente lide.

Em análise conjunta das demais razões aduzidas pela Recorrente, verifico que as mesmas, não merecem ser acolhidas, por lhes faltarem amparo jurídico e contexto probatório. Ressalte-se ainda, que se trata de meras repetições dos fundamentos já aduzidos em sede de defesa.

Assim como a 4ª JJF, entendo restarem aplicáveis no presente caso, o disposto nos art. 142 e 143 do RPAF/BA, razão pela qual, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **232232.1204/15-9**, lavrado contra **JORGE DA SILVA DIAS - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.917,78**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS