

PROCESSO	- A. I. Nº 269283.0023/17-9
RECORRENTE	- SEMOG COMERCIAL EIRELI
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0162-02/17
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 17/12/2018

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0346-12/18

**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. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, em epígrafe, 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 à 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.*

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a 2ª JJF, decidiu, por unanimidade, pela procedência parcial da infração com fundamento no voto condutor, abaixo transrito.

### 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, inocorrendo, 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 nos 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 à 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 subsequentes, 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.*

Inconformada, com o julgamento realizado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, materializado no Acórdão JJF 0162-02/17, a Recorrente interpõe Recurso Voluntário aduzindo o que segue:

Começa seu arrazoado esclarecendo que em relação à obrigatoriedade de apresentação de Livros Fiscais em meio físico, é Regra Geral, aduzindo também que as empresas do SIMPLES NACIONAL não são obrigadas à apresentação da EFD (Escrituração Fiscal Digital), devendo apresentar os livros na forma tradicional. Prosseguindo, diz que para as empresas que apuram o imposto pelo regime de Conta-Corrente Fiscal, a obrigatoriedade é de apresentação da Escrituração em formato DIGITAL, lembrando que quando a empresa transmite o arquivo da EFD, referido arquivo fica disponível para a SEFAZ, consequentemente, à disposição da fiscalização. Cita o art. 247, §1º, do RICMS, demonstrando que a escrituração e impressão de determinados Livros Fiscais é substituída pela EFD.

Registra que apesar de o fisco dar conta de que os arquivos da EFD transmitidos pela empresa estariam imprestáveis, jamais recebeu qualquer intimação para correção do arquivo, certo que não há registros no Auto de Infração ou no julgamento de piso quais inconsistências continham nos arquivos. Menciona os artigos 247, § 4º e 261, §2º, do RICMS/Ba.

Diz que o Fiscal, em face da suposta imprestabilidade dos arquivos EFD, deixou de lavrar Auto

de Infração apenas com a multa de 60% prevista no §1º combinado com o inc. II, alínea "d" do art. 42 da Lei nº 7.014/96, preferindo cobrar o Imposto integralmente, imposto este que ocorreu nas saídas subsequentes. Na mesma linha decidiu a Junta de Julgamento Fiscal, sob o fundamento de que não teria sido comprovado que as saídas subsequentes teriam sido tributadas normalmente.

Dizendo que é obrigada a emitir Nota Fiscal Eletrônica, diretamente através do sistema da SEFAZ, pondera que facilmente, com rápida consulta das informações em poder do Fisco, poder-se-ia verificar as notas fiscais eletrônicas emitidas para a confirmação da tributação na saída das mercadorias.

Com fulcro no art. 142, §1º, e dizendo ser indevida a cobrança do imposto em discussão, apresentar notas fiscais de sua emissão e planilha completa relacionando os ditos documentos fiscais, indicando que todas as operações de saída teriam sido tributadas. Junta DANFES por amostragem.

Concluindo, consigna que o Auto de Infração é nulo em razão do equivocado enquadramento da Infração, e que é improcedente a infração que exige imposto sobre operações já tributadas.

Na assentada de julgamento, no dia 07/06/2018, esta 2ª CJF, por decisão unânime, à fl. 86, decidiu encaminhar o PAF à repartição fiscal de origem para que o Autuante providencie:

1. Verificar se as Notas Fiscais relacionadas no referido CD foram efetivamente tributadas nas saídas se elas referem-se às mercadorias objeto da autuação em lide;
2. Caso tenha sido constatada a tributação integral quando das saídas das mercadorias, deverá ser elaborado novo demonstrativo de débito;
3. Dar ciência ao autuado do resultado dessa diligência.

Atendida a diligência à fl. 93, o Fiscal autuante informa que, verificando as notas fiscais relacionadas pelo recorrente, observou que as referidas mercadorias tiveram suas saídas tributadas e se referem às mercadorias da presente autuação, conforme relacionado no CD à fl. 94.

## VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea "b", do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, e com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

O Recurso do Contribuinte tem como fulcral a apreciação das razões de insurgência em face da decisão de primeiro grau que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração, cuja acusação é de haver o Sujeito Passivo deixado de efetuar o recolhimento do ICMS, referente à antecipação parcial, sobre aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e adquiridas para comercialização.

A tese recursal aduz erro do enquadramento da sua conduta ao fato típico, e improcedência da exigência de tributo em face do fato de que nas operações de saídas das mercadorias, o imposto teria sido recolhido.

Compulsando os autos e analisando a preliminar de nulidade suscitada, vejo que razão não assiste ao Sujeito Passivo, pois, não há o evocado erro de enquadramento da sua conduta ao fato previsto na norma como delitivo.

Certo é que a acusação fiscal está em perfeito alinhamento com os dados encontrados nos papéis de trabalho do Autuante e dão sustentação ao Auto de Infração. É de se registrar que a descrição dos fatos é clara e precisa, sendo acompanhada dos esclarecimentos pertinentes e necessários, inclusive com a indicação de todos os elementos e documentos fiscais que dão substância à exigência fiscal.

Nesses termos, voto no sentido de não acolher a nulidade suscitada.

No mérito, considerando correta a imputação, há que se destacar que nos termos do art. 42, §1º, da Lei nº 7.014/96, na hipótese de o Contribuinte se submeter ao regime normal de apuração, é cabível dispensar a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação nos casos em que o Contribuinte deixe de recolher o imposto por antecipação (hipóteses previstas na norma), mas restar comprovado que recolhera o imposto na operação ou operações de saída posteriores.

Cabe ressaltar que essa conduta, de fato, ainda que admitida, submete o Sujeito Passivo à penalidade prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

Assim, tendo em vista os DANFE's, e de tudo mais o quanto trazido pela Recorrente nas suas razões recursais aos fólios processuais, esta 2ª CJF, na assentada de Julgamento, em 07/06/2018, decidiu, por unanimidade, encaminhar o feito em diligência, para o Fiscal autuante, efetuar o cotejamento das notas fiscais objeto da autuação, para comprovar se foram devidamente tributadas.

Atendida a diligência, na qual o Fiscal autuante atesta, a fl. 93, que constatou a tributação devida das mercadorias objeto da presente autuação nas saídas respectivas, ficando assim elidida a exigência do ICMS relativo à antecipação tributária.

Restando, contudo, a aplicação da cominação prevista na alínea “d” do inciso II deste art. 42, ou seja, a multa de 60% do montante do imposto que deveria ter sido recolhido.

Pelo exposto, voto no sentido de PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário, para excluir a cobrança do ICMS exigido, mas mantendo a multa aplicada, no valor de R\$663.526,30.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269283.0023/17-9, lavrado contra **SEMOG COMERCIAL EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa percentual no valor de **R\$663.526,30**, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS