

PROCESSO - A. I. Nº - 278858.3003/16-7
RECORRENTE - GILVAN LOPES DA SILVA – ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO, ACÓRDÃO 3ª JFJ N.º 0257-03/17
ORIGEM - INFAZ SEABRA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/07/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0145-12/19

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. Afastada preliminares de nulidade suscitada. Não há argumentos de mérito. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 3ª JFJ nº 0257-03/17 que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 30/09/2016, para exigir 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**.

A 3ª JFJ dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito:

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 expendido, 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 Auto 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.

Inconformada com a decisão de piso, a recorrente impetrou com Recurso Voluntário fundamentando suas razões de defesa conforme passo a relatar abaixo.

Preliminarmente invoca os direitos e garantias fundamentais assegurados pela nossa Carta Magna.

Cita o art. 112 do CTN se referindo ao princípio do *in dubio pro* contribuinte, entendendo que a Junta de Julgamento Fiscal, ao decidir sobre lavratura de auto de infração, não deve resolver de plano, sem qualquer aprofundamento quanto a real existência dos aspectos formais.

Ressalta que no relatório do acórdão JJF nº 0257-03/17, a 3ª junta de julgamento fiscal assevera que o auto de infração se encontra fundamentado no levantamento das notas fiscais eletrônicas de entradas fornecidas pela autuada em face das intimações, supostamente não atendidas, para apresentação dos arquivos eletrônicos.

Contesta, contudo, afirmando que os ilustres julgadores deixaram de observar o princípio da verdade material, quando afirmaram que o sujeito passivo não atendeu a qualquer intimação, pois o próprio autuante assevera em sua manifestação fiscal que foram fornecidas notas fiscais pelo contribuinte, trazendo trecho do acórdão para corroborar com sua afirmação.

Entende que as únicas intimações que não foram atendidas foram as intimações efetuadas no Domicílio Tributário Eletrônico - DTE, que se caracterizam por suas irregularidades, uma vez que o sujeito passivo além de não se encontrar ainda obrigado a acessar o DTE, de não estar credenciado, não ter realizado a opção por tal domicílio fiscal antes das intimações, detinha total desconhecimento que tais intimações estavam sendo realizadas através do Domicílio Tributário Eletrônico - DTE.

Acrescenta, como prova de tal assertiva, que o sujeito passivo apresentou livros fiscais em papel, e não através da EFD, uma vez que também não estava obrigado a fazer tal apresentação.

Contesta que a exigência fiscal perpetrada pela eminente autuante está fundamentada na EFD que a autuada não estava obrigada a escriturar, como também nas intimações postadas no DTE que o contribuinte ainda não estava obrigado a utilizar.

Alerta ser imperioso ressaltar que a Emérita 3ª Junta de Julgamento Fiscal não fez uma adequada apreciação dos argumentos defensivos, uma vez que considerou que a falta de intimação foi suprida quando o auto de infração foi lavrado exigindo a infração de falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial. Vale dizer, considerou que mesmo se tratando de fiscalização de estabelecimento, a não concessão do prazo de trinta dias que deve conter a intimação, não se fazia necessário, porque o recolhimento da antecipação parcial é devido na entrada da mercadoria neste Estado e, portanto, independeria da escrituração da EFD.

Conclui afirmando que teve seu direito de defesa cerceado, uma vez que não foi observado o devido processo legal, na medida em que não lhe foi concedido sequer o prazo para apresentar os

documentos e corrigir eventuais equívocos na escrituração fiscal, conforme prevê o artigo 18 incisos II do RPAF/BA.

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

Afirma 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.

Assim, em razão da denodada autuante não ter observado os requisitos previstos no RICMS/BA, abaixo transcrito, ou seja, não terem concedido a autuada, o prazo legal para que fossem entregues ou retificados a EFD, é absolutamente nula a referida exigência fiscal, conforme art. 708-B e seus parágrafos do RICMS/BA.

Portanto, 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.

Destarte, 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 30 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. Cita jurisprudência desse CONSEF.

Conclui afirmando que deve ser julgada nula a autuação em comento, haja vista que a exigência fiscal perpetrada pela eminente autuante está fundamentada na EFD que a autuada não estava obrigada a escriturar, como também nas intimações postadas no DTE que o contribuinte ainda não estava obrigado a utilizar. Ademais, as intimações que foram utilizadas, indevidamente, como base da autuação não seguiram os requisitos legais determinados, não fornecendo prazo correto nem para envio nem para regularização da escrituração.

VOTO

As razões recursais manejadas pelo Contribuinte limitam-se às preliminares que visam a nulidade da autuação.

Pugna a recorrente pelo princípio da verdade material, entendendo que não há que se falar em ausência de atendimento à intimação, na medida em que, segundo a autuada, as notas fiscais de entrada foram todas fornecidas.

Advoga a recorrente que apenas não atendeu às solicitações encaminhadas ao Domicílio Tributário Eletrônico - DTE, ponderando que não há obrigação em acessar esse mecanismo eletrônico, assim como afirma não estar credenciado e, nem tampouco, ter realizado a opção por tal domicílio fiscal antes das intimações.

Esclareço, de logo, que o Domicílio Eletrônico é a Caixa Postal disponibilizada nos sistemas eletrônicos de processamento de dados das Prefeituras, Secretarias de Fazenda Estaduais e Federal, onde são postadas e armazenadas as correspondências de caráter oficial dirigidas ao contribuinte.

Na prática, a partir da adesão ao DTE, o contribuinte passará a dar ciência das notificações, intimações, auto de infração, protocolo de documentos, dentre outros serviços, de forma eletrônica.

O Domicílio Tributário Eletrônico - DTE está previsto no art. 127-D da Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981 e no art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999. Além dos dispositivos retro mencionados o DTE foi

instituído por intermédio da Lei nº 13.199, de 28 de novembro de 2014, publicada no Diário Oficial do Estado de 29 e 30/11/2014 e a Portaria 253 de 11 de setembro de 2015, que dispõe sobre o credenciamento de contribuintes de tributos estaduais, constituídos como pessoa jurídica, para recebimento de comunicação eletrônica por meio do Domicílio Tributário Eletrônico- DT-E.

Disciplinando a referida matéria, a Sefaz estabeleceu as diretrizes do Domicílio Tributário Eletrônico, que passou a vigorar desde setembro de 2015, estabelecendo cronograma de acordo com o porte dos contribuintes.

Foram três fases de adesão. A primeira etapa, em 2015, compreendeu o credenciamento das grandes e médias empresas; a segunda, finalizada no dia 31 de março, envolveu as Empresas de Pequeno Porte (EPP); a terceira e última fase de adesão, por sua vez, foi até 31 de agosto e englobou as microempresas.

Veja que a lavratura do presente Auto de Infração se deu em 03/10/2016, tempo suficiente para que a empresa estivesse regular e devidamente cadastrada.

Afirma o fiscal autuante que durante o cumprimento da Ordem de Serviço nº504611/16, o contribuinte 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. A Ação Fiscal foi encerrada em 30/09/2016, sem que tivesse havido qualquer manifestação do contribuinte. Pontua ainda que o levantamento fiscal foi elaborado com base nas Notas Fiscais eletrônicas constantes nos Sistemas da SEFAZ, não nas Notas fornecidas, como a defesa quer fazer crer.

Contesta ainda a recorrente que teve seu direito de defesa cerceado, uma vez que não foi observado o devido processo legal, na medida que não lhe foi concedido sequer o prazo para apresentar os documentos e corrigir eventuais equívocos na escrituração fiscal, conforme prevê o artigo 18º, inciso II do RPAF/BA.

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

Em Informação Fiscal, ressalta o fiscal autuante que, no período em que se desenvolveu a Ação fiscal, a informação existente no sistema da SEFAZ era a de que no período fiscalizado o contribuinte não era obrigado ao envio de EFD (fls.84) e que, portanto, foram solicitados os Livros Fiscais físicos, o que não ocorreu.

Informa ainda o Fiscal autuante que o contribuinte nunca atendeu a nenhuma das intimações, sequer para dizer se possuía ou não qualquer dos documentos solicitados, muito menos apresentá-los para que pudesse ser aberto prazo para correção.

Importante ressaltar que o presente PAF foi convertido em diligência na primeira fase de julgamento, em virtude da ausência da indicação da chave de acesso no demonstrativo da infração acostado aos autos originais.

Isto posto, o autuante anexou novo demonstrativo à fl. 91, sendo concedido novo prazo para o contribuinte apresentar defesa.

Entendo, portanto, que a postura da recorrente não foi proativa, na medida em que não se desincumbiu do ônus probante que lhe é atribuído junto ao Processo Administrativo Fiscal.

Ademais, da análise do devido processo legal, constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento observa em sua plenitude os essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Pelo exposto, verifico que não há vícios que comprometam a eficácia da autuação fiscal, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99, rejeito a arguição de nulidade.

Não há nos autos quaisquer alegações de mérito. Isto posto, NEGOU PROVIMENTO ao 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 manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278858.3003/16-7**, lavrado contra **GILVAN LOPES DA SILVA - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$117.230,15**, 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, 20 de maio de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS