

PROCESSO - A. I. Nº 207093.0042/16-8
RECORRENTE - FORTPEL COMÉRCIO DE DESCARTÁVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0074-03/19
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/01/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0316-11/19

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS EM REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Diligência realizada pelo Autuante reduz o valor lançado originalmente. Infrações 01 e 02 parcialmente procedentes. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte não traz aos autos elementos com o condão de modificar ou elidir a infração. Infrações subsistentes. Negado pedido de cancelamento ou redução de multa. Não acolhida nulidade suscitada. Decretada, de ofício, a aplicação da decadência dos períodos compreendidos entre janeiro a junho de 2011. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Parcialmente Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2016, o qual exige crédito tributário no valor histórico de R\$1.760.367,50, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

Infração 1 – 07.01.01. deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro, fevereiro, junho e agosto de 2011, fevereiro e novembro de 2012, março e setembro de 2013, janeiro, fevereiro e junho de 2014, abril a junho e setembro de 2015, janeiro e fevereiro de 2016, no valor de R\$258.522,04, acrescido da multa de 60%;

Infração 2 - 07.01.02. efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de março a maio, julho, setembro a dezembro de 2011, janeiro, março a outubro e dezembro de 2012, janeiro, fevereiro, abril a agosto, outubro a dezembro de 2013, março a maio, julho a dezembro de 2014, janeiro a março, julho, agosto, outubro a dezembro de 2015 e março de 2016, no valor de R\$797.783,80, acrescido da multa de 60%;

Infração 3 - 07.15.01. deixou de recolher ICMS antecipação parcial, referente mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de março de 2013 a março de 2016, no valor de R\$615.012,46, acrescido da multa de 60%;

Infração 4 - 07.15.02. efetuou recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente a mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de abril, junho, julho, setembro e outubro de 2011, fevereiro a maio, julho a novembro de 2012, janeiro e fevereiro de 2013, valor de R\$89.049,20, acrescido da multa de 60%;

Após a devida instrução processual, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial pelos seguintes argumentos abaixo transcritos:

VOTO

O defensor requereu a anulação das infrações 03 e 04, sob a alegação de que por se tratar de ICMS referente à antecipação parcial demonstrada pela Fiscalização, a empresa não teria gerado qualquer tipo de prejuízo ao

Estado, vez que houve a tributação normalmente recolhida, no dia 09 de cada mês subsequente.

Analisando esta alegação, verifico tratar-se de arguição relacionada ao mérito, portanto, será apreciada oportunamente, quando do enfrentamento da questão.

Compulsando os autos, verifico que alguns equívocos apontados pelo deficiente foram devidamente saneados através de diligências realizadas pelo próprio autuante. Portanto, tendo sido aplicada a regra do § 1º, do art. 18 do RPAF/99, observo que estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrentes, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Não vislumbro na autuação, violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente, haja vista que o sujeito passivo demonstrou perfeito conhecimento das infrações que lhe foram imputadas, e que foram fundamentadas em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, conforme faz prova documento fls. 34 e 34/A deste PAF, inexistindo o alegado cerceamento do direito de defesa, por falta de fundamentação legal da autuação. A descrição dos fatos encontra-se em perfeita consonância com os demonstrativos que lhe servem de sustentação. Em verdade, os dispositivos do regulamento considerados infringidos pelo contribuinte, foram indicados claramente, no Auto de Infração, bem como o dispositivo legal referente à multa indicada. Sendo assim, não acolho as nulidades suscitadas pelo contribuinte.

No mérito, as infrações 01 e 02 referem-se respectivamente, à falta de recolhimento e a recolhimento a menos do ICMS antecipação ou substituição tributária, referentes a aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

O deficiente apontou equívocos no levantamento fiscal. Disse que o Autuante não teria levado em consideração que: (i) possui Termo de Acordo Atacadista – Decreto 7799/2000, por intermédio do Parecer 098339/2013-0 da SEFAZ-BA; (ii) alguns produtos que possuíam regime de tributação por antecipação tributária de ICMS foram escriturados no regime de tributação normal, e, consequentemente, foi recolhido o ICMS de forma indevida; (iii) desconhece algumas notas fiscais relacionadas pelo fiscal; e (iv) alguns produtos que constam no levantamento fiscal com MVA, não estariam sujeitos a este regime.

Esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar, decidiu converter o processo em diligência, a fim de que o Autuante apreciasse todas as alegações defensivas nos termos regulamentar.

O Autuante prestou informação fiscal e declarou que na Infração 01, cometeu equívocos ao considerar parte das referidas mercadorias (notas fiscais) com tributação normal, como se fossem do regime de Antecipação tributária. A respeito da diligência solicitada fls.121/123, afirmou que da análise das planilhas apresentadas pela defesa, identificou as NCMs 4008.11.00, 4818.30.00, 8708.50.99, 8716.80.00 e 8716.90.90, que, de fato, não estão incluídas no regime de substituição tributária, portanto, foram excluídas do levantamento fiscal que respalda as infrações 01 e 02. Declarou que após os ajustes levados a efeito, com a exclusão dos valores referidos, a infração 01 remanesce em R\$239.300,86 e a infração 02, em R\$773.139,73, conforme planilhas fls. 122/123.

Compulsando os autos, examinando as alegações defensivas e especialmente as novas planilhas elaboradas pelo Autuante quando da realização da diligência, observo que foram regularizadas as inconsistências apontadas pelo sujeito passivo, no que tange à exclusão das mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária.

Quanto à alegação do impugnante de que não comprou as mercadorias, ou seja, a arguição de desconhecimento de parte das notas fiscais consignadas no levantamento fiscal, não pode ser acolhida, ante a falta de suporte fático ou jurídico desta alegação.

Constatou tratar-se de documentos fiscais eletrônicos que registram mercadorias inerentes à sua atividade econômica, e constam nos respectivos demonstrativos fiscais, os números das chaves de acesso, e através dessas chaves, o sujeito passivo pode identificar o conteúdo dos documentos fiscais. Portanto, em relação a estas notas fiscais, não há necessidade de o Fisco investigar, se as compras ocorreram, pois a jurisprudência do CONSEF considera que as notas fiscais eletrônicas constantes do banco de dados da SEFAZ e da Receita Federal, servem como elemento de prova das aludidas aquisições.

Quanto à alegação de que alguns produtos, que possuíam regime de tributação por antecipação tributária de ICMS, foram escriturados no regime de tributação normal, e, consequentemente, foi recolhido o ICMS de forma indevida, não pode ser acolhida pela falta de apresentação destas provas. O deficiente não traz à luz desse processo, elementos que sustentem a referida alegação.

No que diz respeito ao argumento do deficiente, de que possui Termo de Acordo Atacadista – Decreto 7799/2000, por intermédio do Parecer 098339/2013-0 da SEFAZ-BA, fato que teria sido desconsiderado pelo Autuante em seu levantamento fiscal, observo que as infrações ora em análise, tratam de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Neste caso, vale ressaltar que a concessão de redução da base de cálculo prevista no Termo Atacadista, com base no Decreto 7799/00, exclui do citado benefício fiscal,

as mercadorias enquadradas no citado regime de substituição tributária. Assim, não faz qualquer sentido a referida alegação.

Dessa forma, acolho os novos demonstrativos elaborados pelo Autuante, considerando ainda, que o deficiente, destes tomou conhecimento e permaneceu silente, o que denota ter cessado a lide sobre estas questões. Assim sendo, as infrações 01 e 02 subsistem parcialmente, nos valores de em R\$239.300,86 e R\$773.139,73, respectivamente, conforme planilhas fls. 122/123.

As infrações 03 e 04 se referem, respectivamente, a falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, sobre as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, destinadas à comercialização.

Trata-se de matéria prevista no art. 12-A da Lei 7014/96, 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.

Nas razões de defesa, o impugnante alegou, que no demonstrativo juntado pela fiscalização, constariam alguns documentos fiscais que a empresa desconhecia, não tendo recebido tais mercadorias, e por isso requereu a nulidade das Infrações 03 e 04. Acrescentou que, de fato, não teria recolhido o ICMS antecipação parcial demonstrado pela Fiscalização, no entanto, em seu entendimento, este procedimento não trouxe prejuízo ao erário estadual, considerando que não se creditou do aludido imposto e teria tributado normalmente estas mercadorias, no nono dia de cada mês subsequente a estas entradas.

Não acolho esta pretensão, por falta de provas nos autos desta alegação. Caberia ao autuado comprovar neste processo, que todas as mercadorias consignadas nas notas fiscais relacionadas pela fiscalização foram comercializadas e o respectivo imposto, devidamente recolhido, o que não ocorreu. Observo, que ainda que esse fato fosse demonstrado, o deficiente estaria sujeito à multa de 60% do imposto que deixou de ser recolhido tempestivamente, nos termos do art. 42, inciso 42, § 1º, c/c inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Sobre a alegação de que desconhece parte das notas fiscais que dão suporte ao levantamento das infrações 03 e 04, conforme já apreciado neste voto, não pode prosperar. Saliento que consta neste PAF, demonstrativo detalhado, com número e data dos documentos fiscais que são notas fiscais eletrônicas, constando a respectiva chave de acesso para consulta pelo contribuinte e a constatação de que todas as mercadorias são relacionadas a sua atividade comercial.

Nessa seara, considerando que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que motivem a extinção ou revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame, as infrações 03 e 04 são integralmente procedentes.

Quanto ao pedido de redução da multa de ofício aplicada, registro que esta instância de julgamento não possui atribuição (competência) para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, de acordo com os artigos 158/159 RPAF/99, nem para apreciar constitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria, objeto da contenda (art. 167, I RPAF/99).

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

Irresignado, o sujeito passivo interpôs o presente recurso, visando a reapreciação da Decisão de piso, alegando o que segue:

Incialmente, informa a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato dos fatos.

No pertinente à infração 01, informa que, no caso em tela, ocorreu que os produtos que possuíam regime de tributação por antecipação tributária de ICMS foram escriturados no regime de tributação normal, e, consequentemente, foi recolhido o ICMS de forma indevida.

Alega que algumas notas fiscais não foram reconhecidas pelo sistema fiscal da empresa, e que não foram inclusas na DMA. Desta forma, estes produtos não foram inclusos no estoque da empresa, justamente por não ter havido o reconhecimento de tais notas no sistema de gestão.

Ressalta que desconheceu as Notas Fiscais, conforme planilha anexada, tendo em vista, não ter recebido tais mercadorias em seu estoque, bem como, requereu, à época, a comprovação da SEFAZ referente à entrega ou pagamento de tais produtos, que somava o montante de R\$115.334,39, e que tal montante deveria ter sido EXCLUÍDO da infração 01, o que não ocorreu.

Assim, entende que a infração 01 deve ser revisada, não por ter ocorrido fato novo, mas por acreditar que não houve a justa aplicação da legislação em vigor, haja vista que reconheceu em parte face ao equívoco cometido pela contabilidade.

No que tange à Infração 02, informa, a recorrente, que também contestou os valores lançados e reconheceu também em parte a supracitada infração, após apresentação das planilhas elaboradas pela empresa, ora autuada. As mesmas foram oportunamente juntadas à defesa em matéria de impugnação a fim de comprovar o alegado.

Quanto à planilha, alega que chamou a atenção dos ilustres Representantes da Junta, para os equívocos ocorridos na contabilidade fiscal cometidos da empresa, assim como na primeira infração, vez que os produtos que possuíam regime de tributação por antecipação tributária de ICMS foram escriturados no regime de tributação normal, e, consequentemente foi recolhido o ICMS de forma indevida.

Aduz que, à época, alegou que algumas notas fiscais não foram reconhecidas pelo sistema fiscal da empresa, e que não foram inclusas na DMA. Desta forma, estes produtos não foram inclusos no estoque da empresa, justamente por não ter havido o reconhecimento de tais notas no sistema de gestão.

Ressalta que desconhece as Notas Fiscais conforme planilha em anexo, tendo em vista, não ter recebido tais mercadorias em seu estoque, bem como requereu a comprovação da SEFAZ referente à entrega ou pagamento de tais produtos, os que fazem o montante de R\$115.334,39, devendo o referido valor ser excluído da infração 02 em parte. Exatamente como ocorreu na infração 01.

Em relação à infração 03, assevera o pedido de Nulidade, tendo em vista a informação fiscal equivocada que a Autuada não teria recolhido a antecipação parcial demonstrada pela Fiscalização.

Salienta que a empresa não gerou qualquer tipo de prejuízo ao Estado, vez que houve a tributação normalmente, recolhida no dia 09 de cada mês subsequente. Assim, entende que não poderá a Autuante exigir novo pagamento de ICMS por antecipação. Sendo, inclusive, uma medida *contra legem*.

Observa ainda que a forma com que o Auto de Infração foi lavrado merece ser revisto, visto que há de se considerar o fato de que a empresa recolheu o ICMS normalmente, sem considerar o crédito por cálculo de antecipação parcial do decurso do mês.

Informa, ainda, que anexou o espelho de recolhimentos gerais da empresa, referente aos exercícios de 2011 a 2016, no qual fez comprovação dos recolhimentos compatíveis com o seu fundamento, de forma a não pairar dúvidas.

Quanto à infração 04, alega que, assim como a infração 03, a autuada buscou a Anulação, tendo em vista que não recolheu a antecipação parcial demonstrado pela Fiscalização.

Afirma que anexou espelho de recolhimentos gerais da empresa, referente aos exercícios de 2011 a 2016, no qual fez comprovação dos recolhimentos compatíveis com o seu fundamento, a fim de esclarecer.

Por todo exposto, a recorrente entende que as infrações merecem ser revistas, em sede de Câmara, por estes nobres conselheiros a fim de buscar reforma da decisão, e, se ainda assim a Câmara não entender ser possível, que se reduza a multa ao máximo por reconhecer a boa-fé da Autuada nos quesitos em que a sua contabilidade se equivocou. Mas, ainda assim, não gerou prejuízos ao erário.

Informa que há julgados de Acórdãos neste CONSEF-BA no que tange à aplicação de multa de 60% para casos de ICMS não recolhido por antecipação e que fora recolhido na conta-corrente normal, sendo o caso da Autuada. Cita decisão Acórdão JJF nº 0141-05/16, e requer a conversão da

exigência do ICMS, das infrações 03 e 04, em multa, como prevê o § 1º do art. 42, da Lei nº 7.014/96, com a penalidade da ordem de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d”.

Apresenta, em seu socorro, a Súmula 473 do STF, os arts. 140 e 142 do RPAF/99.

Requer a aplicação do art. 112 do CTN e discorre sobre os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como da verdade material.

Por fim, pugna:

- a) pela manutenção da procedência em parte das infrações 01 e 02;
- b) a nulidade das infrações 03 e 04 por todos os fundamentos e provas;
- c) a CONVERSÃO da exigência de ICMS em MULTA, como prevê o § 1º do art. 42, da Lei nº 7.014/96, com a penalidade da ordem de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d” da mesma norma legal.
- d) o direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por juntada de documentos, e mais uma vez ratificadas, todas as suas alegações e provas na melhor forma da lei.

VOTO

Inicialmente, informo que este PAF se encontra revestido de todas as formalidades legais, inexistindo fundamento para o pedido de nulidade formulado pelo contribuinte, tendo em vista que todo o procedimento fiscalizatório ocorreu em cumprimento da legislação, bem como resta demonstrado o enquadramento e tipificação das infrações ora questionadas.

O Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de infrações de recolhimento a menor e falta de recolhimento de antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, bem como por antecipação parcial.

A título de esclarecimento, já que não há remessa necessária neste processo, após diligência solicitada pela Junta de Julgamento Fiscal, para que fossem apreciadas pelo autuante as planilhas apresentadas pelo contribuinte relativas às infrações 01 e 02, o auditor fiscal identificou que os NCMS 4008.11.00, 4818.30.00, 8708.50.99, 8716.80.00 e 8716.90.90 não estavam enquadrados no regime de ST, motivo pelo qual foram devidamente excluídos dos demonstrativos. Assim, a infração 01 passou de R\$258.522,04 para R\$239.300,86 e a infração 02 de R\$797.783,80 para R\$773.139,73.

De ofício, observo que se encontram decaídos os períodos compreendidos entre janeiro a junho de 2011, tendo em vista a aplicação do art. 150, § 4º do CTN. Em consulta aos dados da SEFAZ junto à Secretaria deste órgão, verificou-se, nos DAEs, haver recolhimento nos períodos autuados, o que justifica, inclusive, a adoção do Incidente de Uniformização da PGE/PROFIS, o qual vincula o art. 150, § 4º do CTN ao recolhimento a menor.

No mérito, a recorrente não trouxe nenhum dado ou elemento capaz de alterar a decisão de piso. Em que pese informe que houve uma falha na contabilidade e que grande parte das mercadorias não foram incluídas no estoque da empresa, a mesma não prova o quanto alegado. Ademais, como bem disse a julgadora de piso:

Constatou tratar-se de documentos fiscais eletrônicos que registram mercadorias inerentes à sua atividade econômica, e constam nos respectivos demonstrativos fiscais, os números das chaves de acesso, e através dessas chaves, o sujeito passivo pode identificar o conteúdo dos documentos fiscais. Portanto, em relação a estas notas fiscais, não há necessidade de o Fisco investigar, se as compras ocorreram, pois a jurisprudência do CONSEF considera que as notas fiscais eletrônicas constantes do banco de dados da SEFAZ e da Receita Federal, servem como elemento de prova das aludidas aquisições.

Quanto à alegação de que os produtos que possuíam regime de tributação por antecipação tributária de ICMS foram escriturados no regime de tributação normal, e, consequentemente, foi recolhido o ICMS de forma indevida, a recorrente não prova a afirmação trazida, sendo que as

telas das DMAs apresentadas, relativas ao recolhimento dos períodos autuados, só demonstram o pagamento do imposto de maneira geral, mas não precisam se as operações autuadas são relativas àqueles pagamentos.

O próprio RPAF determina em seu art. 143, que: *a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Deste modo, mantendo a Procedência Parcial das infrações 01 e 02, nos moldes da decisão de piso.

Já em relação às infrações 03 e 04, a recorrente pede a nulidade por entender que houve a tributação normalmente recolhida no dia 09 de cada mês subsequente, sendo a cobrança realizada pelo autuante *contra legem*.

Primeiramente, informo que as infrações 03 e 04 encontram respaldo legal no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, sendo descabida a afirmação de que tal cobrança seria contrária à lei. Ademais, a recorrente não faz prova de suas afirmações. Desta feita, aproveito e reproduzo novamente as palavras da nobre julgadora de piso, ao esclarecer didaticamente a questão.

Caberia ao autuado comprovar neste processo, que todas as mercadorias consignadas nas notas fiscais relacionadas pela fiscalização foram comercializadas e o respectivo imposto, devidamente recolhido, o que não ocorreu. Observo, que ainda que esse fato fosse demonstrado, o deficiente estaria sujeito à multa de 60% do imposto que deixou de ser recolhido tempestivamente, nos termos do art. 42, inciso 42, § 1º, c/c inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Assim, não há que se falar em conversão da infração em multa, tendo em vista a falta de comprovação, nos autos, do pagamento do imposto, razão pela qual mantendo a Procedência das infrações 03 e 04.

Por fim, e por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, a aplicação da decadência dos períodos compreendidos entre janeiro a junho de 2011, restando os devidos valores:

INFRAÇÃO 01	R\$225.023,01
INFRAÇÃO 02	R\$765.776,22
INFRAÇÃO 03	R\$615.012,46
INFRAÇÃO 04	R\$84.831,29
TOTAL	R\$1.690.642,98

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, aplicar a decadência dos períodos compreendidos entre janeiro a junho de 2011, e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 207093.0042/16-8, lavrado contra FORTPEL COMÉRCIO DE DESCARTÁVEIS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.690.642,98, 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, 12 de novembro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS