

A. I. Nº - 232151.0002/17-2
AUTUADO - MERCADINHO PREÇO BARATO COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI – ME
(NOVA RAZÃO SOCIAL: PREÇO FORTE COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.)
AUTUANTE - RUBEM FRANCELINO DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21.08.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0120-05/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL COM SUBSTITUIÇÃO. b) ANTECIPAÇÃO “PARCIAL”. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. O contribuinte não impugnou, no mérito, a exigência fiscal relativa à substituição tributária total, relativamente à quantificação do imposto. Em relação à antecipação tributária “parcial”, a exigência fiscal foi reduzida em procedimento de revisão do lançamento por determinação desta instância julgadora. Item parcialmente mantido. Inexistência de vícios formais e materiais do lançamento. Lançamento efetuado com motivação em provas documentais. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, em foi lavrado em 20/03/2017, com ciência ao contribuinte em 24/03/2017, para exigir ICMS no valor principal de R\$52.429,82. O lançamento fiscal é composto de 2 (duas) infrações:

***Infração 01** – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por 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, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Ocorrência verificada no mês de março de do exercício de 2016. Valor exigido: R\$64,38.*

***Infração 02** – Deixou de efetuar recolhimento do ICMS 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. Ocorrência verificada nos meses dos exercícios de 2014, 2015 e 2016. Valor exigido: R\$52.365,44.*

O contribuinte ingressou com defesa administrativa protocolada em 23/05/2017 (fls. 22 a 34), através de petição subscrita por advogados com procuração nos autos (doc. fl. 36).

Na peça impugnatória o contribuinte afirmou que o lançamento em exame padece de irregularidade visto que foi formalizada a cobrança de ICMS antecipação parcial, sobre aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação com base de cálculo reduzida, mercadorias da cesta básica, produtos com ICMS retido pelo regime de substituição tributária, operações não tributadas ou adquiridas para distribuição como brindes e bonificações. Acrescentou ainda que houve a inclusão na cobrança de operações canceladas e objeto de devoluções.

Após apresentar uma longa exposição acerca das razões da impugnação administrativa, fazendo referência a princípios tributários e do devido processo legal, a exemplo da reserva legal, interesse objetivo e imparcialidade, a defesa sustenta a falta de motivo para a lavratura do

presente Auto de Infração, reiterando os argumentos de inaplicabilidade da exigência do imposto a título de antecipação parcial sobre operações com base reduzida, mercadorias da cesta básica cujas operações são tributadas a 7%, produtos submetidos à retenção do ICMS por substituição, brindes e operações canceladas ou objeto de devolução. Reproduziu na inicial, diversos julgados originários deste CONSEF.

Finalizou a peça de defesa pedindo a declaração de IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal, peça processual, juntada às fls. 51 a 56 dos autos. Afirmou que a partir da leitura da peça de defesa, não há razões para se acolher o pedido formulado pelo contribuinte, visto que não foram juntados ao PAF os meios de prova a atestar veracidade das alegações do sujeito passivo. Pede que o Auto de Infração seja mantido integralmente.

O contribuinte em nova intervenção nos autos (fls. 62/81), sustenta a nulidade de todo o procedimento fiscal. Arguiu a existência de ilegitimidade passiva visto que o autuante não teria comprovado a efetiva aquisição das mercadorias objeto da ação fiscal, ou seja, que as mercadorias não teriam ingressado fisicamente no estabelecimento autuado. Afirma que o processo administrativo fiscal é pautado pelo princípio da verdade material e que embora o sistema SINTEGRA emita a relação de notas fiscais dirigidas ao contribuinte este não pode prevalecer em detrimento da verdade real. Disse que em nenhum momento ficaram caracterizadas as aquisições, visto que não há sequer registros no livro de Entradas de Mercadorias da empresa. Que seria fundamental a juntada de qualquer prova, a exemplo do CFAMT, via das notas fiscais, comprovantes de pagamento das aquisições, canhoto de recebimento das mercadorias, carimbos de postos fiscais, autorizações de faturamento etc., que atestassem a entrada das mercadorias no estabelecimento empresarial. Reiterou mais uma vez o pedido de nulidade de todo o procedimento fiscal, em razão da falta de prova das entradas das mercadorias que constituem o objeto das infrações 01 e 02. Reproduziu, na peça impugnatória, ementas de julgados deste CONSEF e trechos de doutrina jurídica relacionados com a temática das nulidades e da ausência de provas configuradoras de infrações tributárias.

Ao ingressar nas razões de mérito voltou a enfatizar a falta de motivo para a lavratura do presente Auto de Infração. Disse que o que caracteriza a infração é a omissão de registro no livro de entradas e não as informações constantes de arquivos magnéticos.

Finalizou a presente intervenção defensiva voltando o pedir a nulidade total do Auto de Infração e, no mérito, a sua improcedência.

Distribuído o PAF para esta 5ª Junta de Julgamento, foi o mesmo convertido em diligência dirigida ao agente autuante (fls. 85/86). Constatou-se que na composição do débito do Auto de Infração houve a inserção de Notas Fiscais Eletrônicas (NFe's) que acobertaram operações não submetidas ao regime de pagamento do ICMS a título de antecipação parcial. Foram identificadas as seguintes ocorrências e correspondentes documentos:

- a) NFe 049 – Trata-se de NF de Entrada emitida pela empresa Over Pack Center Máquinas e Acessórios para acobertar a aquisição de bem do ativo fixo vendido pela empresa autuada;
- b) NFe 1343 – Trata-se de NF que acobertou devolução de produtos destinados ao estabelecimento autuado, emitida pela empresa Adram S/A – Mauá da Serra;
- c) NFes 6.713, 37092 e 40.383 – esses documentos acobertaram a aquisição de produtos com NCM 1901.1090, 1704.90 e 1806.90, submetidas ao regime de pagamento do ICMS por antecipação total (produtos enquadrados na substituição tributária para frente nas operações internas);
- d) Notas Fiscais Eletrônicas (NFe's 8.761.354, 9.867.53, 9.900.721, 10.285.020, 010.643.338), que acobertaram operações de aquisição de brindes.

- e) Notas Fiscais Eletrônicas (NFe's) 41655, 43666, 46076, 49290, 50.339, 52719, 55445, 59696 e 70151 que acobertaram aquisições do produto “amido de milho Adram” que corresponde à farinha de milho usada na culinária e tributada, nas operações internas à alíquota de 7% (produto da cesta básica – art. 16, inc. I, letra “a”, da Lei nº 7.014/96).

Na diligência requerida por esta JJF, colacionada às fls. 85/86, o autuante reconheceu a exclusão tão somente da NF-e 049 e não acatou as demais determinações da instância julgadora, inclusive, não apresentou demonstrativo de débito com os valores residuais da infração 02, conforme se encontra detalhado na manifestação do agente fiscal inserida às fls. 137/138 deste PAF.

Contribuinte, em nova manifestação nos autos após diligência (fls. 147/152), e considerando que o agente autuante não cumpriu o que foi solicitado por esta Junta de Julgamento, sustenta que houve violação ao direito de ampla defesa e ao contraditório, razão pela qual voltou a pedir a nulidade do Auto de Infração.

Em decorrência das omissões cometidas pelo autuante e considerando os princípios da imparcialidade do órgão julgador e o devido processo legal, e, considerando, ainda a prevalência no PAF da determinação das instâncias julgadoras, o processo foi remetido à ASTEC/CONSEF para que fossem excluídas da autuação as notas fiscais que acobertaram operações relacionadas a vendas de ativos fixos, devoluções, aquisições de brindes que abarca produtos não destinados à revenda, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e produtos da cesta básica, este últimos, tributados nas operações internas à alíquota de 7%, a exemplo de amido de milho.

Para facilitar o procedimento revisional este relator fez a juntada ao PAF das cópias dos DANFES que compõem a autuação e dos demonstrativos elaborados pelo autuante, contendo a memória de cálculo da apuração do ICMS - antecipação parcial (doc. fls. 87 a 133). O referido Demonstrativo, denominado “Resumo para Constituição do Crédito Tributário” também se encontra inserido na mídia digital (CD anexo, fl. 16).

A ASTEC, através do Parecer nº 05/2019 (fls. 181/183), fez as exclusões determinadas por esta 5ª JJF, por período mensal e por documento de aquisição, conforme discriminado na planilha inserida às fls. 181/182 e, em seguida, elaborou novo Demonstrativo de Débito da Infração 02 (doc. fl. 183), no mesmo formato do Auto de Infração, reduzindo o valor exigido neste item de R\$52.365,44 para R\$33.397,23.

Contribuinte e autuado foram notificados do inteiro teor da diligência, conforme termos de intimação anexados às fls. 186/187. O autuante à fl. 192 apresentou Manifestação afirmando que acatava os termos do Parecer da ASTEC nos seus exatos termos. O contribuinte, através de seus advogados não se manifestou nos autos acerca dos resultados apurados na diligência.

VOTO

O Auto de Infração em lide, é composto de 02 imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Cabe consignar, inicialmente, que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto e multa com as respectivas bases de cálculo apurados e demonstrados na peça acusatória. Os valores se encontram contidos nos demonstrativos de débito e documentos anexos (folhas 08 a 15), e mídia digital (fl. 16). Houve a indicação correta do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos. Registre-se ainda, que as descrições das infrações na peça acusatória foram claras e determinadas. Ausentes, portanto, razões a justificar a nulificação do procedimento administrativo fiscal, por vício formal, ainda que por ato de ofício, visto que inexistem vícios que tenham impedido o contribuinte de exercer na plenitude o direito à ampla defesa e o contraditório. Ademais, houve a realização, neste processo, de duas diligências saneadoras, a primeira executada pelo agente autuante e a segunda

executada pela ASTEC/CONSEF, no intuito de melhor esclarecer os fatos e quantificar corretamente o débito fiscal, possibilitando assim ao contribuinte exercer na plenitude o seu direito de defesa e contraditar todas as acusações. Nesse sentido, houve revisão dos valores lançados nas planilhas que compõem a autuação. Os aspectos de quantificação e apuração do imposto, serão examinados quando do enfrentamento do mérito de cada uma das infrações.

No que se refere à alegação de falta de comprovação pelo fisco da efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento autuado, há que se destacar dois pontos: primeiramente o registro das operações tem origem nos arquivos eletrônicos encaminhados à SEFAZ-BA, com a indicação de que as operações tinham por destino o contribuinte ora autuado. Em segundo lugar, a própria legislação de regência do imposto, contida no art. 89, § 17 do RICMS, Decreto nº 13.780/2012, prescreve que:

§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado.

A referida norma que trata da Manifestação do Destinatário, apesar de ter sido inserida no RICMS pela edição do Decreto nº 16.434, de 26/11/15, efeitos a partir de 01/01/16, é norma que configura um passo importante para todas as empresas, pois é útil para se evitar o uso indevido de sua Inscrição Estadual (IE). A fraude da IE pode acobertar operações de remessas de mercadorias para destinatário diverso do indicado na documentação fiscal. Ademais, uma Nota Fiscal com status “Confirmada”, não poderá ser cancelada pelo seu emitente, e isso confere segurança jurídica no uso do crédito fiscal correspondente. Outra vantagem é registrar junto aos seus fornecedores que a mercadoria foi recebida, e constituir formalmente o vínculo comercial para a resguardo jurídico das faturas comerciais, sem a necessidade de assinatura no canhoto impresso no DANFe.

Cabe ainda consignar, que o contribuinte ora autuado, não apresentou nos autos boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelos remetentes, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento (art. 89, § 16 do RICMS/12). Deveria o estabelecimento autuado ter registrado o evento, no ambiente da nota fiscal eletrônica (NFe), de “desconhecimento da operação”, para que ficasse registrado, operação a operação, o eventual uso indevido de sua inscrição estadual.

Em decorrência, considerando que inexistem vícios formais e materiais do lançamento, apontados na peça defensiva, inclusive em relação à efetiva realização das operações de aquisição das mercadorias, mantenho o presente lançamento que foi efetuado com motivação em provas documentais. Afasto as nulidades apontadas na peça defensiva e passo a ingressar, doravante, no exame de mérito das acusações fiscais.

As infrações 01 e 02, estão relacionadas respectivamente, à falta de recolhimento do ICMS-ST (substituição tributária), e o ICMS antecipação parcial, nas operações de aquisições de mercadorias originárias de outras Unidades da Federação. A primeira imputação fiscal totalizou a cifra de R\$64,38, com data de ocorrência verificada em 31/03/2016. O contribuinte se limitou a negar a aquisição da mercadoria acobertada pela NF-e 6713 (fl. 94), sem, contudo, ter procedido à declaração de “desconhecimento da operação” ou efetuado registro de ocorrência policial, consignando o uso indevido e fraudulento de sua inscrição estadual. A nulidade quanto a esses aspectos foi afastada quando abordamos as questões prejudiciais de mérito suscitadas pela defesa. Existe, neste caso, elementos de prova que motivaram a formalização do ato administrativo de lançamento.

No que se refere à quantificação do imposto, atinente às questões afeitas à base de cálculo, alíquota e enquadramentos dos produtos no regime da antecipação tributária, não houve contestação por parte da defesa. O item 01 do A.I. fica mantido sem alteração de valor.

No que se refere à infração 02, também afastamos as nulidades arguidas na peça impugnatória, visto que o contribuinte em relação às notas fiscais de aquisição das mercadorias, não procedeu à declaração de “desconhecimento da operação”, ou efetuou o registro de ocorrência policial consignando o uso indevido e/ou fraudulento de sua inscrição estadual. A nulidade quanto a esses aspectos foi também afastada, quando abordamos as questões prejudiciais de mérito suscitadas pela defesa. Existe igualmente neste caso, elementos de prova que motivaram a formalização do ato administrativo de lançamento.

No que se refere à composição do débito do Auto de Infração, foi constatado na fase de instrução deste processo, que o agente autuante promoveu a inserção de Notas Fiscais Eletrônicas (NFe's), que acobertaram operações não submetidas ao regime de pagamento do ICMS a título de antecipação parcial:

- a) NFe 049 – Trata-se de NF de Entrada emitida pela empresa Over Pack Center Máquinas e Acessórios para acobertar a aquisição de bem do ativo fixo vendido pela empresa autuada;
- b) NFe 1343 – Trata-se de NF que acobertou devolução de produtos destinados ao estabelecimento autuado, emitida pela empresa Adram S/A – Mauá da Serra;
- c) NFes 6.713, 37092 e 40.383 – esses documentos acobertaram a aquisição de produtos com NCM 1901.1090, 1704.90 e 1806.90, submetidas ao regime de pagamento do ICMS por antecipação total (produtos enquadrados na substituição tributária para frente nas operações internas);
- d) Notas Fiscais Eletrônicas (NFe's 8.761.354, 9.867.53, 9.900.721, 10.285.020, 010.643.338), que acobertaram operações de aquisição de brindes.
- e) Notas Fiscais Eletrônicas (NFe's 41655, 43666, 46076, 49290, 50.339, 52719, 55445, 59696 e 70151 que acobertaram aquisições do produto “amido de milho Adram” que corresponde à farinha de milho usada na culinária e tributada, nas operações internas à alíquota de 7% (produto da cesta básica – art. 16, inc. I, letra “a” da Lei nº 7.014/96).

Na diligência requerida por esta JJF, colacionada às fls. 85/86, o autuante reconheceu a exclusão tão somente da NF-e 049, e não acatou as demais determinações da instância julgadora, inclusive, não apresentou demonstrativo de débito com os valores residuais da infração 02, conforme se encontra detalhado na manifestação do agente fiscal inserida às fls. 137/138 deste PAF.

Em decorrência das omissões cometidas pelo autuante, considerando os princípios da imparcialidade do órgão julgador e o devido processo legal, e, considerando ainda a prevalência no PAF da determinação das instâncias julgadoras, o processo foi remetido à ASTEC/CONSEF, para que fossem excluídas da autuação as notas fiscais que acobertaram operações relacionadas a vendas de ativos fixos, devoluções, aquisições de brindes que abarcam produtos não destinados à revenda, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e produtos da cesta básica, este últimos, tributados nas operações internas à alíquota de 7%, a exemplo de amido de milho.

Para facilitar o procedimento revisional, este relator fez a juntada ao PAF das cópias dos DANFES que compõem a autuação, e dos demonstrativos elaborados pelo autuante, contendo a memória de cálculo da apuração do ICMS - antecipação parcial (doc. fls. 87 a 133). O referido Demonstrativo, denominado “Resumo para Constituição do Crédito Tributário”, também se encontra inserido na mídia digital (CD anexo, fl. 16).

A ASTEC, através do Parecer nº 05/2019 (fls. 181/183), fez as exclusões determinadas por esta 5ª JJF, por período mensal e por documento de aquisição, conforme discriminado na planilha inserida às

fls. 181/182 e, em seguida, elaborou novo Demonstrativo de Débito da Infração 02 (doc. fl. 183), no mesmo formato do Auto de Infração, reduzindo o valor exigido neste item de R\$52.365,44, para R\$33.397,23.

Contribuinte e autuado foram notificados do inteiro teor da diligência, conforme termos de intimação anexados às fls. 186/187. O autuante à fl. 192 apresentou Manifestação afirmando que acatava os termos do Parecer da ASTEC nos seus exatos termos. O contribuinte, através de seus advogados não se manifestou nos autos acerca dos resultados apurados na diligência, com os novos valores apurados na infração 02.

Acolho, na íntegra, a revisão fiscal realizada pela ASTEC, que seguiu exatamente o roteiro de exclusões das operações não submetidas à antecipação parcial, determinado por este órgão julgador, de forma que a infração 02 passa a ter a composição, por período mensal, apresentada no Demonstrativo de Débito abaixo reproduzido, que se encontra inserido à fl. 183 deste PAF, totalizando a cifra de R\$33.397,23:

DATA OCOR.	DATA VENC.	B. DE CÁLCULO	ALÍQ.	MULTA	VALOR
31/10/2014	09/11/2014	5.066,47	17%	60%	861,30
31/12/2014	09/01/2015	10.050,00	10%	60%	1.005,00
30/04/2015	09/05/2015	5.294,12	17%	60%	900,00
31/07/2015	09/06/2015	5.470,59	17%	60%	930,00
31/08/2015	09/09/2015	5.470,59	17%	60%	930,00
30/09/2015	09/10/2015	5.470,59	17%	60%	930,00
31/10/2015	09/11/2015	1.102,94	17%	60%	187,50
31/01/2016	09/02/2016	25.035,29	17%	60%	4.256,00
30/04/2016	09/05/2016	13,22	18%	60%	2,38
31/05/2016	09/06/2016	10.266,67	18%	60%	1.848,00
30/06/2016	09/07/2016	13.268,56	18%	60%	2.388,34
31/07/2016	09/08/2016	13.540,78	18%	60%	2.437,34
31/08/2016	09/09/2016	31.628,72	18%	60%	5.693,17
30/09/2016	09/10/2016	14.019,94	18%	60%	2.523,59
31/10/2016	09/11/2016	13.944,00	18%	60%	2.509,92
30/11/2016	09/12/2016	18.822,22	18%	60%	3.388,00
31/12/2016	09/01/2017	14.481,61	18%	60%	2.606,69
				TOTAL	33.397,23

Pelas razões acima expostas, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232151.0002/17-2**, lavrado contra **MERCADINHO PREÇO BARATO COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI – ME (NOVA RAZÃO SOCIAL: PREÇO FORTE COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.461,61**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, letra “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 06 de agosto de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR