

A. I. Nº - 232177.0022/18-1
AUTUADA - RICELLO COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI – EPP
AUTUANTE - EDILSON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 16.10.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0154-05/19

EMENTA: ICMS. “SIMPLES NACIONAL”. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. A despeito do acatamento do pedido de diligência feito pela autuada, no sentido de serem juntadas contraprovas à pretensão tributária estatal, inclusive demonstração do pagamento do imposto, optou, a empresa, em permanecer silente, em que pese o princípio da cooperação que deve nortear o processo administrativo tributário. Infração não descaracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 12/6/2018, tem detalhadamente a seguinte exigência:

Infração 01 – 07.21.03:

Deixou de efetuar o 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.

Conforme coluna I do Demonstrativo da Falta de Pagamento do ICMS devido por Antecipação Parcial (anexo).

O valor histórico de imposto monta R\$308.283,27, com enquadramento legal no art. 12-A da Lei 7014/96 c/c o art. 321, VII, “b”, do RICMS-BA, aprovado pelo Dec. 13.780/2012, mais multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei atrás mencionada.

Abrange os fatos geradores ocorridos de janeiro a março, maio e junho e agosto a dezembro de 2015, janeiro a março e junho a dezembro de 2016, janeiro a dezembro de 2017.

Anexou-se na autuação intimações para apresentação de livros e documentos (fls. 06/08), demonstrativos do pagamento a menor do ICMS devido por antecipação parcial (fls. 10/241), demonstrativos dos pagamentos e créditos relativos à antecipação parcial (fls. 242/244) e CD contendo os arquivos eletrônicos das planilhas elaboradas (fl. 245), entre outros documentos.

Após ciência sucedida em 14.6.2018, veio a impugnação em 13/8/2018 (fls. 250/268), conforme sistema de protocolo (fl. 249).

Nela sustenta-se que:

A fiscalização levou em conta a data de emissão das notas fiscais, em vez da data do registro de tais documentos nos assentamentos de entrada, ao arrepio dos arts. 125, §7º, 217, §3º, I e 371, todos do RICMS-BA, consoante livros e comprovantes de recolhimento anexos, remanescendo um pequeno saldo a recolher.

Ter havido anatocismo, ou seja, capitalização dos juros apontados nos demonstrativos de débitos, além de terem incidido cumulativamente sobre a multa.

Significar confiscatória a multa de 60%, na trilha de julgados do STF apresentados (fls. 261/262 e 264/266).

Deve o processo ser baixado em diligência, com o fito de serem revisados os valores cobrados, tendo como referencial a data da entrada do produto e não o dia da expedição do documento fiscal, em nome da verdade material.

À exceção dos documentos já existentes no PAF, a autuada junta também documentos de representação legal (fls. 274/286), registros fiscais de entradas e saídas feitos por processamento de dados (fls. 289/365), comprovantes de agendamento bancário (fls. 366/428) e mídia digital contendo arquivos, replicados em papel por amostragem (fl. 429).

Informações fiscais reiterativas (fls. 431/433).

À vista da necessidade de demonstrar que houve o registro oficial e efetivo das entradas de mercadorias em livro formal exigido pela legislação, além da necessidade de se demonstrar que os agendamentos bancários realmente se converteram em pagamento de imposto, esta JJF acatou o pedido de diligência formulado na contestação e pediu que tais elementos fático-probatórios viessem aos autos, em respeito à busca da verdade material e à ampla defesa (fls. 436/437).

Assim, deveria o contribuinte elaborar uma planilha explicitando mês a mês os totais recolhidos, advertida dos efeitos preclusivos.

Efetivada a notificação, empresa permaneceu silente (fls. 439/440).

Distribuído o processo para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo.

Passo, por conseguinte, a apresentar o meu voto.

VOTO

Cumprе analisar, inicialmente, os aspectos formais e preliminares do processo.

Cotejando-se os documentos de fls. 274 a 277, inexistem defeitos de representação, considerando que a signatária da peça defensiva possui poderes conferidos pela autuada com o fito de atuar neste processo.

Sobretudo após a diligência exteriorizada às fls. 436 e 437, inclusive acatando solicitação defensiva, não se vê mitigações ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Versa a acusação tributária sobre a falta de pagamento de antecipação parcial de ICMS, por parte de contribuinte optante pelo regime jurídico do “Simples Nacional”, em face de operações interestaduais de recebimento de mercadorias.

Cumprе mencionar de logo, que nos levantamentos apensados às fls. 242 a 244 nota-se que os recolhimentos feitos sob esta rubrica foram considerados na quantificação da dívida lançada.

Tome-se como exemplo os meses de abril e junho de 2015, planilha de fl. 242, onde se vê o registro do pagamento a título de antecipação parcial nos valores de R\$5.210,77 e R\$184,40, respectivamente, sendo que no demonstrativo sintético não consta exigência fiscal nestes meses.

Sob o pálio do princípio da busca da verdade material, aduziu o contribuinte, em primeiro lugar, que se deve ter como parâmetro temporal para fixação do momento da ocorrência do fato gerador, a data das efetivas entradas dos produtos no estabelecimento da empresa, a conferir com base no registro fiscal respectivo, e não a data de emissão das notas fiscais, de sorte que os cálculos do imposto devido levaram em conta este último referencial, quando o correto seria o primeiro.

E invocou, em seu favor, os comandos contidos nos arts. 371, 125, §7º e 217, §3º, todos do Regulamento Baiano do ICMS.

Deste modo, segundo a contestante, apenas uns poucos valores ficaram pendentes de regularização.

E traz, a pretexto de dar suporte a esta alegação, registros informatizados de livros de entradas e comprovantes de agendamento de imposto.

Conforme apontado pelo preposto fazendário, é de se mencionar que o sujeito passivo não apresentou o Registro de Entradas na oportunidade da ação fiscal, malgrado as três intimações feitas com este propósito, sendo que o apresentado com a defesa, não dá segurança de que existia mera impressão de computador, e não um documento com as formalidades exigidas na legislação.

Entretanto, os documentos acostados pela autuada se mostravam – e continuam se mostrando imprestáveis para contradizerem os argumentos acusatórios.

Em verdade, o que consta nos autos, até agora, são páginas de livros emitidos por processamento de dados, em formato oficioso e que não assumem força probante para desfazerem a acusação inicial, inclusive sem termos de abertura e encerramento, além de meros agendamentos de recolhimento que, por óbvio, não atestam o adimplemento da obrigação.

Ante esta inconsistência e exatamente em homenagem à verdade material, esta Junta converteu o processo em diligência com o objetivo do setor de preparo da unidade fazendária de origem:

- “Intimar a empresa para, em 20 (vinte) dias (prazo concedido para se assegurar o **exercício do amplo direito de defesa**), efetivar e acostar aos autos os elementos probatórios a seguir, jungidos por algumas advertências processuais:
 1. Cópias dos Registros de Entradas de **todos** os meses **alcançados** pela autuação, vale dizer, janeiro a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a dezembro de 2017, acompanhados de todas as formalidades exigidas pelo art. 217 do RICMS-BA, além daquelas enunciadas pelo Conv. ICMS S/Nº, de 15.12.70.
 2. Consigne-se logo, que a ausência dos requisitos previstos na legislação de regência descartará tais registros da força probante necessária para deslocar as datas de ocorrência do fato gerador apontadas no lançamento de ofício e, não obstante a oportunidade concedida e o esforço na persecução da verdade material, fará **precluir** o direito do contribuinte de contraprovar as acusações fiscais iniciais, na forma do art. 123, §5º do RPAF-BA.
 3. Comprovação de que os agendamentos bancários de pagamento de ICMS - Antecipação Parcial foram honrados, juntando-se os efetivos comprovantes de **recolhimento** de quitação do ICMS nos meses alcançados pela autuação, acompanhados dos respectivos **DAES**.
 4. Deve a autuada elaborar um demonstrativo explicitando mês a mês os totais recolhidos, observando-se as mesmas advertências apontadas no item 2, retro.
- Decorrido o prazo referido anteriormente, havendo pronunciamento da autuada, ser concedida vista do PAF ao AUTUANTE para prestar novo informativo fiscal, considerando os novos elementos probatórios produzidos, sendo imprescindível ser **por ele** produzido um **demonstrativo retificativo** do anexado às fls. 10 a 241, no qual, à vista dos registros de entradas existentes no PAF, sejam quantificados os valores devidos de ICMS de antecipação parcial nas datas corretas de ocorrência dos fatos geradores” (destaques originais).

Isto porque, repita-se, à vista dos livros apostos na impugnação, não revestidos das formalidades de lei, e portanto, desprovidos de qualquer valor probante, seria preciso que fossem juntados os registros oficiais do SPED aos quais estava a empresa obrigada, dentro dos quais se vissem as escriturações das notas fiscais de recebimentos para deslocação das datas de ocorrência do fato gerador e, se fosse o caso, recálculo do tributo devido.

Por outro lado, a autuada juntou apenas comprovações de agendamento de pagamento. Como se sabe, agendamento é apenas uma previsão de que, na data apazada, o recolhimento será efetuado. Logo, agendamento não é pagamento. E, para tanto, seria imprescindível que o sujeito passivo trouxesse à baila, comprovações do efetivo recolhimento da antecipação parcial para que, de posse destas novas informações, o lançamento fosse revisado.

Note-se que este Colegiado concedeu um prazo superior ao regulamentar para que a impugnante cuidasse dessas providências, lapso racionalmente alargado para que os elementos de prova viessem ao PAF, até porque todos eles são de fácil acesso por parte do contribuinte.

Não bastasse este cuidado, a notificação para que tal medida fosse tomada saiu para o endereço do escritório de advocacia habilitado para receber comunicados desta natureza, atendendo pedido formulado à fl. 250 e conforme se constata da intimação de fl. 439 e do Aviso de Recebimento (AR) de fl. 440, tudo em conformidade com o disposto no art. 77, §5º, c/c o art. 274, parágrafo único, ambos do CPC de 2015, de aplicação subsidiária ao processo administrativo tributário da Bahia.

“Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo.

(...)

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

Art. 274. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais, aos advogados e aos demais sujeitos do processo pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.

Parágrafo único. Presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.

Em que pese toda esta prevenção, a autuada não respondeu à intimação para produzir contraprovas, muito menos atendeu ao quanto solicitado na diligência mencionada, a despeito da advertência preclusiva postada no art. 123, §5º do RPAF-BA, mesmo que a oportunidade conferida já estivesse materializada em fase pós-impugnação e não se enquadrasse naquelas hipóteses em que se justificasse a juntada de documentos.

Assim, é certo que a busca da verdade material deve ser um norte a ser perseguido, no debate administrativo do lançamento, e tal princípio deve predominar sobre o instituto da preclusão.

Até em atenção à economia processual, pois a comprovação de fato obstativo da pretensão tributária estatal – ainda que a destempo – evitará que cobranças descabidas sejam manejadas no Judiciário, a troco de custos sucumbenciais consequentes.

Todavia, o rito processual administrativo encontra limites.

Se a defendente, mesmo depois da fase ritualística recomendada, conta com nova chance para produzir prova em seu favor e nada ela faz nesta direção, não podem os julgadores administrativos insistirem indefinidamente no atendimento da diligência, sob pena de comprometer seriamente a ordem e a celeridade processuais.

Nestas condições, há que se aplicar o comando preclusivo previsto no RPAF-BA, não sendo mais possível oportunizar-se por muitas vezes ao contribuinte a possibilidade dele, quando bem entender, sem uma explicação plausível, apresentar as contraprovas que considerar consistentes à remoção do lançamento.

Só restará a ele, tão-somente, na fase pré-execução fiscal, se dispuser de elementos para tanto, postular à d. PGE, a representação pela ilegalidade do crédito tributário, em virtude de robusta comprovação em contrário.

Não seguir este raciocínio equivalerá a deixar que o PAF fique a mercê da vontade das partes, fisco e contribuinte, e parece não ser este o objetivo traçado pela lei adjetiva administrativa. O princípio da cooperação, referencial consagrado no art. 6º do CPC de 2015, encontra clara aplicabilidade no caso em tela, cuja dicção é a seguinte:

“Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Sujeitos ativos e passivo, portanto, têm o dever de cooperarem entre si, e deste modo caberia ao contribuinte trazer a tona as provas que fossem necessárias para o deslinde da questão e, sendo a hipótese, poderia haver a aceitação dos seus termos por parte do autuante e refazimento do *quantum debeat*.

Sendo assim, a falta de comprovação oficial do dia do registro de recebimento das mercadorias, aliada a inexistência de prova de pagamento do ICMS a título de antecipação parcial, levam à conclusão de permanecer subsistente o auto de infração.

Colateralmente, arguiu a empresa que os juros calculados foram capitalizados, ao arrepio da Súmula 12 do STF, além de recaírem também sobre a multa.

Cumpra salientar, que o próprio sistema informatizado confeccionador do auto de infração, já calcula automaticamente os juros, multa e demais consectários, seguindo rigorosamente os critérios estabelecidos em lei.

Não há demonstração convincente feita pelo contribuinte de que os juros, correção monetária e multa extrapolaram os parâmetros legais, chegando o mesmo a afirmar, que seria apenas “provável” (sic; fl. 258) ter havido anatocismo.

Afasta-se a reivindicação.

Por seu turno, há uma segunda alegação da multa de 60% ser expropriatória, em percentual que ofende o princípio constitucional de vedação de confisco, segundo alguns posicionamentos do STF.

É de se registrar que o percentual da sanção aplicada guarda previsão legal, designadamente no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Demais, não compete a este Colegiado apreciar arguições de inconstitucionalidades, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA, abaixo transcrito:

“Art. 167. **Não se incluem** na competência dos órgãos julgadores:

I - **a declaração de inconstitucionalidade**” (negritos da transcrição).

Assim, deve também ser mantida a imposição da penalidade pecuniária.

Pelo exposto, a infração deve ser considerada totalmente PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232177.0022/18-1**, lavrado contra a **RICELLO COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI – EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$308.283,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2019.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR