

PROCESSO - A. I. Nº 269275.0004/18-6
RECORRENTE - MARIA GEZUÍNA SIMPLÍCIO RIBEIRO SILVA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0206-01/18
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 24/06/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0066-11/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.

a) DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. MATERIAL DE USO E CONSUMO. ATIVO FIXO. Autuado não apresentou defesa em relação às exigências da diferença de alíquotas nas aquisições de ativo imobilizado e materiais de uso ou consumo. Infrações 1 e 2 procedentes. **b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA.** Autuado apresenta argumentos que não foram comprovados. Apresentou documentos fiscais relativos a aquisições que não constam nos demonstrativos de débito. Autuante demonstrou o montante do débito tributário e descreveu com clareza a infração cometida. Infração 3 subsistente. **2. MULTA. FALTA DE PAGAMENTO DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL.** Autuado não trouxe elementos suficientes para afastar a exigência fiscal. As alegações trazidas não corresponderam aos exemplos apontados, pois nenhum dos documentos fiscais apresentados constavam no demonstrativo de débito. Montante do débito tributário apurado com clareza na planilha elaborada pelo autuante. Infração 4 subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 1ª JF Nº 0206-01/18, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 22/03/2018, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$104.603,59, em razão de quatro infrações distintas, todas objeto do presente recurso, descritas da forma a seguir.

Infração 1 (06.01.01) – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, ocorrido nos meses de setembro e outubro de 2013 e de janeiro e março de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$13.000,74, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 2 (06.02.01) – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, ocorrido nos meses de fevereiro, abril, junho, julho, agosto, setembro e outubro de 2013 e de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, julho e outubro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$627,76, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 3 (07.01.01) – deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, ocorrido de fevereiro de 2013 a agosto de 2014 e de outubro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$66.684,67, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96;

Infração 4 (07.15.05) – multa percentual sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente,

ocorrido de fevereiro a maio de 2013 e de julho de 2013 a novembro de 2014, sendo exigida multa no valor de R\$24.290,42, prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 04/12/2018 (fls. 69 a 71) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Inicialmente, verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõem o auto de infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Apesar de não se constituir em problema o envio das intimações referentes a este processo diretamente para o advogado estabelecido pelo autuado, o não atendimento deste pedido não implica em nulidade do ato, quando a sua formalização ocorrer nos termos do art. 108 do RPAF.

O presente auto de infração exige ICMS relativo à diferença de alíquotas, nas aquisições de ativo imobilizado e materiais de uso e consumo, relativo ao imposto devido por antecipação total, além de multa pela falta de pagamento da antecipação parcial.

O autuado apresenta defesa apenas com justificativas teóricas para não exigência da antecipação total e parcial, mas apresenta como exemplos, notas fiscais que não constam em qualquer das relações referentes às infrações, conforme planilhas em CD à fl. 13. Não foram apresentados pelo autuado, nem a título de exemplo, ocorrência que se enquadre nas hipóteses teóricas que resultaria em exigência indevida.

Nas planilhas apresentadas pelo autuante, estão demonstrados claramente os cálculos dos valores exigidos, a identificação das mercadorias, o número das notas fiscais e das respectivas chaves de acesso, a data de emissão e a unidade federada de origem. Os valores apurados condizem com as obrigações estabelecidas na legislação tributária e os detalhamentos dos cálculos realizados pelo autuante permitiram ao autuado acesso a todos os elementos utilizados para se determinar a infração, e condições para exercer seu direito de defesa sem qualquer dificuldade de compreensão.

Rejeito o pedido de diligência formulado pelo autuado na sessão de julgamento, pois não há qualquer indício de equívoco na apuração do imposto, já que todos os documentos fiscais trazidos aos autos pelo autuado, não constavam em qualquer dos demonstrativos de débitos das infrações.

Assim, por ter sido descrito com clareza a natureza das infrações e o montante do débito tributário de cada infração, apurado nos termos da legislação, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 79 a 87, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Após reproduzir a ementa do Acórdão recorrido, informa que, no sentido de dirimir toda e qualquer dúvida acerca das impropriedades das infrações exigidas nestes autos, vem sustentar suas razões em sede recursal, juntando documentos e provas fidedignas que afastam qualquer manutenção do lançamento fiscal, o que por certo demonstrará a necessidade de julgamento da inteira improcedência do auto lavrado.

Argumenta que, como se pode constatar nos autos do processo administrativo fiscal em apreço, a fiscalização procedeu de forma irregular ao lavrar o Auto de Infração em tela, realizando a cobrança de ICMS por antecipação parcial referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação com base de cálculo reduzida, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre mercadorias isentas, para uso/consumo, ativo imobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, mercadorias da cesta básica, simples remessa, remessa por conta e ordem de terceiro, inclusive em relação a mercadorias adquiridas no mercado interno, etc. Assim, defende que não subsiste a exigência do pagamento de ICMS sobre tais operações porque contrariam não só o RICMS/BA, mas também as mais diversas decisões deste Egrégio Órgão Julgador, a exemplo dos Acórdãos JJF Nº 0039-04/16, CJF Nº 0017-11/15 e JJF Nº 0040-05/15.

Faz breve referência ao texto do art. 2º do RPFA/99, aos direitos e garantias fundamentais assegurados pela CF/88 e ao Código Tributário Nacional, para se referir à normatividade do princípio da reserva legal, que foi contrariado pelas imputações fiscais preconizadas no presente Auto de Infração, pois entende que o lançamento peca pela inobservância do devido processo

legal e por falta de liquidez e certeza.

Pede, ainda, a decretação de nulidade por falta de motivação. Explica que as mercadorias relacionadas na ação fiscal se referem às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação com base de cálculo reduzida, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre mercadorias isentas, para uso/consumo, ativo imobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, simples remessa, remessa por conta e ordem de terceiros, etc, como se pode constatar exemplificadamente através da Relação de Notas Fisais e DAE's anexadas neste ato, sem prejuízo da verdade real a ser apurada mediante diligência fiscal.

Afirma que as exigências vergastadas se referem à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial de mercadorias tributadas, vindas de outros Estados para comercialização, alegando que comprovou, através da colação de diversas Notas Fisais objeto da autuação fiscal em comento, que a exigência não deve subsistir em razão de estar sendo exigido ICMS Antecipação Parcial sobre mercadorias isentas, com base de cálculo reduzida, que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, destinadas ao ativo imobilizado e/ou devolvidas. Isso porque, senão integralmente, grande volume das operações elencadas no Demonstrativo elaborado pelo fiscal autuante referem-se a mercadorias que não sofrem Antecipação Parcial, merecendo observância, por esta Câmara de Julgamento Fiscal, da verdade real trazida a lume.

De igual modo, além das hipóteses supracitadas (BC Red/ Isenta/ Ativo Imobilizado, com ICMS retido na fonte por ST e/ou Devolvida) procede de modo irregular o agente fiscal ao realizar cobrança de ICMS por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação como sobre mercadorias da cesta básica, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre mercadorias para uso/consumo, não tributadas, como brindes, bonificações, canceladas, etc.

Em suma, não há como manter as exigências constantes das supostas infrações, porque nelas existem parcelas significativas de mercadorias cuja fase de tributação se encontra encerrada, de modo que a mera observância das notas fiscais que ora são colacionadas impõe ao reconhecimento da veracidade dos argumentos sustentados pela Recorrente, tornando-se imperiosa a realização de diligência, via ASTEC/CONSEF, no sentido segregar da exigência fiscal tais mercadorias.

Alega que, quando se compra mercadorias em outros Estados com base de cálculo reduzida, não há antecipação parcial a recolher, já que as saídas são feitas com carga tributária correspondente a 7%. Desta forma, uma vez provado que as mercadorias possuem a base de cálculo reduzida, mercadoria da cesta básica, mercadoria da substituição tributária, isentas, etc., fatalmente a ação fiscal será improcedente, corroborando com o entendimento consolidado deste CONSEF. Transcreve julgados do órgão.

Nesse sentido, afirma que não havia motivo para que se procedesse a lavratura do malsinado Auto de Infração, posto que é premissa exata que o Auto de Infração, ou a notificação fiscal, que se embasam em motivos falsos, inexistentes ou mesmo inidôneos, são atos administrativos sem motivação, e assim, nulos. Transcreve a doutrina de Seabra Fagundes, em apoio aos seus argumentos.

Argumenta que a lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado, o mais vinculado possível, no exercício do qual serão praticados atos plenamente vinculados. assim, o objeto do lançamento, como ato de vontade da administração (a saber, a declaração da ocorrência do fato jurídico, a identificação do sujeito passivo da obrigação, a determinação da base de cálculo e da alíquota para apuração do montante a pagar e os termos da exigibilidade) já está predeterminado na lei tributária.

Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, a autuada requer, que este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, visando apurar a verdade real e frente a interpretação

mais favorável ao contribuinte, nos termos do art 112, CTN, ante a robustez quantitativa das documentações carreadas aos autos, seja determinada a realização de diligência, via ASTEC/CONSEF, no sentido segregar da exigência fiscal mercadorias indevidamente relacionadas nos demonstrativos fiscais, tudo com o fito de que, ao final, seja decretada a improcedência ou a nulidade total do Auto de Infração em tela, por ser de direito e da mais lúdima justiça.

Termos em que, pede e espera deferimento.

Acosta, às folhas 88/91, relação de pagamentos realizados através de DAES.

Às folhas 99/110, acosta documentos em meio magnético, conforme CD, à folha 101.

VOTO

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade ao fundamento de falta de motivação, não merece acolhida, pois os valores exigidos contêm uma justificativa clara, traduzida na obrigação legal de recolher o diferencial de alíquotas sobre aquisição de bens do ativo (Infração 01) e sobre bens de uso/consumo (Infração 02), além de pautar-se na obrigatoriedade de recolher, nas aquisições inestaduais, o ICMS antecipação tributária total (Infração 03) e o ICMS antecipação parcial (Infração 04). Motivação, portanto, existe, faltando-se saber se os motivos explicitados se encontram efetivamente presentes no processo, o que nos remete ao exame do mérito, que será oportunamente avaliado.

Quanto à alegação de nulidade ao argumento de violação ao princípio da legalidade, peca, o Sujeito Passivo, por não explicitar os seus argumentos, ou seja, as razões de tal afirmativa. Assim, não há como ser acolhido tal pedido.

Consequentemente, rejeito as alegações de nulidade suscitadas.

Quanto ao pedido de diligência deduzido, denego por entender que os elementos do processo são suficientes à formação da minha convicção.

No mérito, são quatro as condutas descritas na peça inaugural do lançamento, conforme abaixo.

Infração 1 (06.01.01) – *“deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, ...”*;

Infração 2 (06.02.01) – *“deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, ...”*;

Infração 3 (07.01.01) – *“deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, ...”*;

Infração 4 (07.15.05) – *“multa percentual sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, ...”*.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, mas não fez referência específica a qualquer das quatro infrações listadas acima, limitando-se a deduzir uma única argumentação que, uma vez comprovada, serviria para contrapor-se a qualquer dos ilícitos descritos. Alegou que a presente exigência fiscal recaiu sobre operações com base de cálculo reduzida, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre mercadorias isentas, da cesta básica, para uso/consumo, ativo imobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, simples remessa, remessa por conta e ordem de terceiros, etc.

Faz referência a notas fiscais exemplificativas que teria acostado à peça inaugural de seu recurso.

O exame de sua peça recursal revela, todavia, que não foram anexadas notas fiscais, nem apresentada qualquer relação que pudesse auxiliar o órgão julgador no exame da causa.

À folhas 101, o Contribuinte acostou CD, contendo os documentos fiscais que trariam as provas de sua alegação.

Examinando os documentos referidos, é possível notar que a mídia citada contém dois arquivos compactados, denominados “notas mg1” e “notas mg 2”. O acesso aos arquivos citados revela que contém duas pastas, de mesmo nome, cujo conteúdo são DANFES, em formato PDF. O primeiro arquivo (“notas mg1”) contém 176 DANFE’s. A consulta aos primeiros arquivos da relação revela que são notas fiscais emitidas em janeiro/13, período que sequer fez parte do lançamento, não apresentando, portanto, qualquer relação com os valores objeto da presente exigência fiscal. Já o exame de documentos fiscais relativos a outros meses não aponta qualquer irregularidade no presente lançamento.

O exame do segundo arquivo (“notas mg 2”) revela que o seu conteúdo foi produzido dentro dessa mesma lógica, qual seja, a apresentação de vários documentos fiscais, alguns relacionados no presente lançamento, outros sequer compõem o Auto de Infração, sem especificação de qualquer irregularidade nem estabelecimento de qualquer vinculação entre os DANFES e os argumentos recursais.

Ora, o Auto de Infração foi elaborado com o detalhamento de todos os documentos fiscais em relação aos quais o Contribuinte deixou de recolher o imposto devido (seja difal, antecipação parcial ou antecipação tributária), conforme CD acostado pelo preposto fiscal, à folha 13 do PAF.

Nesta mídia, constam dois arquivos em Excel, denominados “Nfe_MARIAGEZUINA2013” e “Nfe_MARIAGEZUINA2014”. Em cada um desses arquivos, há quatro planilhas distintas, denominadas “DIF ALIQ ATV IMOB”, “DIF ALIQ USO CONSUMO”, “ANT PARCIAL” e “ANT TOTAL”. Nos dois últimos arquivos citados, consta, em cada um, uma extensa relação de notas fiscais, totalizando mais de dez mil documentos fiscais, com a descrição das mercadorias adquiridas pela empresa Recorrente no período.

Se o Sujeito Passivo discorda da exigência fiscal, faz-se necessário que especifique o objeto de sua insurgência, identificando o arquivo e o documento fiscal respectivo, sem o que fica, o órgão julgador, impossibilitado de proferir a sua decisão, pois precisaria examinar cada um dos milhares de documentos autuados, revendo todos os aspectos do cálculo, sem saber, ao menos, o que procurar, já que nada foi apontado concretamente.

De fato, provada a ocorrência do fato gerador, e do consequente surgimento da obrigação tributária, cabe ao Sujeito Passivo aduzir provas no sentido de evidenciar a existência de elemento impeditivo, modificativo ou extintivo alegado, conforme regra de distribuição do ônus probatório, prevista no art. 373 do CPC (de aplicação subsidiária), conforme abaixo.

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

...”

Assim, entendo que a Recorrente não logrou êxito em se desincumbir do ônus probatório, devendo arcar com as consequências processuais da falta de especificação da sua insurgência, conforme arts. 141 e 143 do RPAF, abaixo reproduzidos.

“Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

...”

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Assim, entendo que o lançamento tributário restou incólume, devendo ser negado provimento ao recurso, para julgar procedente o presente Auto de Infração.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

Caso o Sujeito Passivo venha a dispor de provas que tenham o condão de elidir o presente lançamento, pode peticionar à PGE, com vistas a que seja feito o controle da legalidade, nos termos do art. 113 e seguintes do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **269275.0004/18-6**, lavrado contra **MARIA GEZUÍNA SIMPLÍCIO RIBEIRO SILVA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$80.313,17**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$24.290,42**, prevista no inciso II, “d” do mesmo artigo e lei já citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de abril de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS