

PROCESSO - A. I. 206880.0011/19-8
AUTUADA - CEREALISTA AJM LTDA.
AUTUANTE - EDIMAR NOVAES BORGES
ORIGEM - DAT/SUL INFAZ SERTÃO PRODUTIVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07.02.2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0005-02/20

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. REDUÇÃO INDEVIDA. INAPLICABILIDADE DO BENEFÍCIO FISCAL DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Comprovado inexistir qualquer Termo de Acordo entre o estabelecimento autuado e a Secretaria da Fazenda, não pode haver redução de base de cálculo nas operações realizadas. Infração subsistente. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS.** Diante da ausência de argumentos defensivos que se refiram de forma objetiva à acusação fiscal, a infração é mantida. Não acolhidas as preliminares suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 29 de março de 2019 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$38.183,32, além de multa de 60% pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **03.02.06.** Recolheu a menor o ICMS em razão da utilização indevida de benefício da redução de base de cálculo, no total de R\$ 29.057,09. Os fatos ocorreram nos meses de dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018.

Infração 02. **07.01.02.** Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, fato verificado nos meses de outubro a dezembro de 2017, janeiro, março a dezembro de 2018, no montante de R\$ 9.126,23.

Tempestivamente, a autuada, por seu responsável legal, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 74 a 78, onde alega que o autuante, ao realizar o seu trabalho conforme demonstrado nos documentos de autuação, não verificou ser o contribuinte detentor de Termo de Acordo de Atacadista e não considerou a redução prevista no mesmo. Assim, mais uma vez cometeu equívoco na condução do trabalho realizado, imputando infração inexistente ao contribuinte.

Assim procedendo, argui que o faz desprovido de respaldo legal, praticando, assim um equívoco na conclusão de sua fiscalização. Para comprovação assevera seguir anexo o documento do Termo de Acordo.

Frisa prever o RPAF-BA ser nulo o lançamento baseado em decisões não fundamentadas, conforme artigo 18, Inciso III.

Diz que ao proceder a autuação sem considerar o Termo de Acordo do contribuinte, o autuante, incorreu em nulidade absoluta da autuação fiscal, pois como demonstram os documentos que fala se encontrarem anexos, todas as notas fiscais foram emitidas para contribuintes inscritos no cadastro de ICMS do estado da Bahia.

Frisa que a presente autuação fiscal não pode prosperar, pois, o autuante não considerou as informações completas enviadas para a SEFAZ, especificamente as DMA e os livros de apurações

de ICMS, bem como notas fiscais e operações que estão na legislação conforme determina o próprio RICMS-BA. Dessa forma a autuação descamba para sua total nulidade, que é o que requer.

Para eliminação da infração e comprovação do crédito utilizado, afirma estarem anexos os Registros de Apurações do ICMS de dezembro de 2017, janeiro de 2018, fevereiro de 2018 e março de 2018, onde apresenta os saldos credores de exercícios anteriores que foram utilizados e que na geração do SPED fiscal dos meses listados não exportados para os campos dos arquivos e não foram percebidos pelos responsáveis pelo envio.

Considerando a realidade dos fatos, existiam os saldos credores, e foram informados através das DMA'S, dessa forma foram utilizados e a utilização é legal e legítima, já que os documentos anexos comprovam a existência dos mesmos, assevera.

No caso específico a autuação decorreu por *“utilização a maior de crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior”*, e na verdade o contribuinte utilizou os créditos de saldos de exercícios anteriores que foram declarados nas DMA'S e lançados nos registros de apurações do ICMS, o que poderia ser sanado com a solicitação dessas apurações antes da lavratura da infração, e dessa forma, o Auto de Infração descamba para a total nulidade.

Rememora que o próprio autuante mostra que cometeu equívoco quando declara que a infração do contribuinte foi *“utilização a maior de crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior”* e não considerou ou solicitou explicações sobre os créditos utilizados, pois o mesmo não tinha condições de caracterizar presumidamente como antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da federação ou do exterior uma situação sem informações suficientes para isso.

Lembra prever o RPAF/BA ser nulo o lançamento baseado em decisões não fundamentadas. (artigo 18, inciso III).

Ao proceder a autuação sem considerar todas as informações reais e sem verificar com o contribuinte cada valor informado, o autuante, incorre em nulidade absoluta da autuação fiscal, pois como demonstram os documentos anexos, os créditos existiam e foram informados nas DMA'S, portanto se deveria ao menos solicitar explicações para cada situação e dessa forma evitaria autuação desnecessária, que foi o caso que aconteceu, arremata.

Argumenta que a presente autuação fiscal não pode prosperar, pois, o não foram consideradas as notas fiscais que acompanhava as mercadorias (anexas) e que o contribuinte transportava junto com as mesmas, conforme determina o próprio RICMS-BA, razão pela qual solicita que seja revista a autuação já que, se as notas forem consideradas não há nem que se falar em infração.

Aduz que o autuante lhe imputou a infração de ter *“o contribuinte sido encontrado em trânsito com mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, conforme termo de apreensão pré-impresso, sendo que os preços adotados foram colhidos das cópias de pedidos emitidos pelo contribuinte, tudo conforme documentos anexos lavrados e colhidos no momento da ação fiscal.”*, e que ao realizar o seu trabalho conforme demonstrado nos documentos de autuação, o autuante aceitou as notas fiscais apresentados. Assim procedendo, o faz desprovido de respaldo legal, praticando, assim um equívoco na conclusão de sua fiscalização. Para cobrança da infração, necessário se faz que as notas fiscais não existissem realmente e nem estivessem acompanhando juntamente com as mercadorias, o que não é o caso, já que as mesmas foram apresentadas e estão anexadas a esta defesa.

Nesse caso específico o contribuinte não se enquadra na autuação, já que as notas fiscais relativas aos produtos declarados estão todas anexadas, descambando o presente Auto de Infração para a total nulidade.

O próprio autuante mostra que cometeu equívoco quando declara que o contribuinte foi *“encontrado em trânsito com mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, conforme termo de apreensão pré-impresso, sendo que os preços adotados foram colhidos das cópias de*

pedidos emitidos pelo contribuinte, tudo conforme documentos anexos lavrados e colhidos no momento da ação fiscal” e não considerou as notas fiscais relativas aos produtos declarados que estavam em poder do contribuinte juntamente com as mercadorias, pois se assim procedesse, teria evitado a lavratura da infração, fato este que gera custo para o Estado e para o Contribuinte. Necessário, então, se faz que se verifiquem as notas fiscais apresentadas, e aqui juntada para que se possa ver que a autuada não cometeu infração alguma, até porque está regularmente inscrita no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia e tem documentação fiscal para isso.

Rememora mais uma vez a previsão do RPAF/BA prevê de ser nulo o lançamento baseado em decisões não fundamentadas.

Ao proceder a autuação sem considerar as notas fiscais apresentadas relativas aos produtos declarados ao contribuinte, entende ter o autuante, incorrido em nulidade absoluta da autuação fiscal, pois como demonstram os documentos anexos, todas as notas fiscais relativas aos produtos declarados existem e estão arquivadas e devidamente escrituradas nos livros fiscais correspondentes, sendo incontestável, assim, a nulidade total da presente autuação fiscal, o que requer.

Além de nula, a presente autuação fiscal seria na sua ótica improcedente. A nulidade decorreria de ter sido feita de maneira equivocada. Improcedente porque o ICMS aqui exigido não é devido, já que utilizou apenas do que a legislação lhe permite para a apuração dos tributos devidos e nesse caso aqui o imposto não é devido em nenhuma das infrações autuadas, conforme comprovada com a documentação que tem como apresentada.

Esclarece que a sistemática adotada atende regularmente a legislação fiscal, tendo recolhido devidamente os tributos referente ao período questionado, e procedendo corretamente como determina a legislação vigente, ou seja, efetuando os processos de apurações regularmente conforme determina o RICMS/BA, sofre a presente autuação fiscal.

Requer, caso esta Junta de Julgamento Fiscal entenda não serem suficientes os documentos aqui juntados, seja solicitada a apresentação de novos documentos.

Diante do exposto e comprovado, requer seja a presente autuação fiscal julgada improcedente, e acaso ultrapassados os argumentos de improcedência, que seja o presente Auto de Infração julgado nulo.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 85 a 87, indica que a impugnação pela autuada quanto a infração 01 refere-se tão somente a narrativa de suposta existência de “Termo de Acordo de Atacadista”, celebrado entre o contribuinte e a Fazenda Pública Estadual, e, portanto, sendo a mesma detentora do referido Termo de Acordo, recorre a suposta imputação fiscal infundada.

Assevera ser a argumentação totalmente improcedente, pelo simples fato da falta de apresentação pelo contribuinte do referido Termo de Acordo, uma vez que este Termo não existe, e no sentido de comprovar tal afirmativa apresenta extrato da situação do contribuinte no que diz respeito aos processos tributários, onde não consta a existência de processo de Termo de Acordo do Decreto 7.799/2000, para este estabelecimento.

Quanto a infração 02, pontua que as argumentações da autuada não têm fundamentação legal, uma vez que a natureza da imputação fiscal apurada na auditoria fiscal, foi “*efetuoou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior*”, fato totalmente diverso do quanto narrado na sua defesa.

Garante que a autuada não apresentou qualquer elemento, demonstrativo ou planilha para embasar suas argumentações e desejo de nulidade do procedimento fiscalizatório, tão somente a narrativa desconexa e inexistente de conteúdo.

Aduz que a imputação fiscal está posta de maneira clara e devidamente demonstrada de forma analítica, cujas planilhas elaboradas foram entregues ao autuado, mediante recibo, possibilitando os mais amplos meios de defesa.

A descrição dos fatos foi efetuada de maneira compreensível, indicados os dispositivos infringidos da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, não estando presentes no processo quaisquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

Desta forma tem como caracterizadas de forma precisa as infrações atribuídas ao contribuinte, qual sejam o recolhimento a menor o ICMS em razão de utilização indevida da redução da base de cálculo, e o recolhimento a menor do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior.

Pelos fatos levantados e demonstrados em todo o procedimento fiscal, bem como nesta informação fiscal, garante não restarem dúvidas quanto à existência do cometimento das infrações tributárias, devidamente demonstradas de modo claro e preciso, razão para solicitar que se julgue procedente este Auto de Infração.

VOTO

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada, qual sejam, o recolhimento a menor de ICMS por utilização indevida de benefício da redução de base de cálculo (infração 01), e recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação (infração 02).

Ambas as infrações se referem a fatos ocorridos quando de fiscalização junto ao estabelecimento comercial, causando estranheza, o argumento defensivo da empresa ao arguir ter sido *“encontrado em trânsito com mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, conforme termo de apreensão pré-impresso, sendo que os preços adotados foram colhidos das cópias de pedidos emitidos pelo contribuinte, tudo conforme documentos anexos lavrados e colhidos no momento da ação fiscal”*, fato totalmente estranho aos reportados nesta específica autuação.

De igual modo, consigno ter a autuada se reportado a aplicação de multa prevista no inciso III do artigo 42 da Lei 7.014/96, no percentual de 100%, quando em verdade, as multas aplicadas foram de 60%, diversas, pois.

Aliás, em muitas das assertivas defensivas apresentadas, resta forte dúvida acerca se os fatos ali aventados, de forma efetiva se reportam à presente autuação e ao conteúdo real do Auto de Infração.

Antes, porém, verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através de meio eletrônico (fl. 06), em 16/01/2019, cientificado no dia posterior (17/01/2019).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 06 a 66.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte, e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN e 39 do RPAF/99, descabendo, pois, qualquer arguição no sentido de nulidade sob o aspecto formal.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração trazendo fatos de argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Ainda assim, existem questões preliminares a serem analisadas, o que passo a fazer neste momento.

Quanto à nulidade suscitada, ao argumento de não ter o autuante considerado as informações enviadas pelo contribuinte para a SEFAZ, especificamente as DMA e os livros de apurações de ICMS, bem como notas fiscais e operações que estão na legislação conforme determina o próprio RICMS-BA e que não foi considerada, se trata de análise de mérito da autuação, e será adiante enfrentada.

A respeito da nulidade invocada ao amparo do artigo 18, inciso III do RPAF-BA, tal razão diz respeito ao julgador, e não ao autuante, ao explicitar que aquelas decisões em processos administrativos devem ser devidamente fundamentadas, não dizendo respeito ao autuante, reitero, descabendo, no momento da apresentação da impugnação, até pelo fato de não existir em tal oportunidade, qualquer decisão da autoridade julgadora.

No mérito, da análise dos elementos constantes nos autos, verifico que a defesa alega nulidade do feito, pelo fato de não ter o autuante, na sua ótica, analisado toda a sua documentação fiscal, bem como as DMA'S apresentadas, sequer solicitado esclarecimentos à empresa acerca de seus procedimentos.

Em relação à infração 01, diz respeito especificamente a redução de base de cálculo prevista no Decreto 7.799/2000, o qual assim determina no seu artigo 7º:

“Art. 7º A utilização do tratamento tributário previsto nos artigos 1º, 2º, 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E, 3º-F, 3º-G e 3º-H fica condicionada à celebração de Termo de Acordo específico, a ser firmado entre o Estado da Bahia, representado pela Secretaria da Fazenda, através do titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF), e o interessado, no qual serão determinadas as condições e procedimentos aplicáveis ao caso”.

Ou seja: a condição *sine qua non* para o usufruto dos benefícios especificados em tal diploma normativo é a celebração do Termo de Acordo do estabelecimento com a SEFAZ.

Muito embora afirme estar acostando cópia do mencionado Termo, o que não faz, a autuada não possui qualquer Termo de Acordo, como bem demonstrado pelo autuante em sede de informação fiscal, o que invalida qualquer redução de base de cálculo que realize estribada em tal Decreto 7.799/2000 (fl. 88).

Assim, à falta de outros argumentos que possam ser apreciados, e fundado na inexistência de qualquer Acordo celebrado entre o sujeito passivo e a SEFAZ/BA, a infração é mantida, até pelo fato de que, na forma prevista nos artigos 142 *“a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”* e 143 do RPAF/99 *“a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”*.

Quanto à infração 02, como já firmado anteriormente, diz respeito a recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em relação a mercadorias adquiridas para comercialização em operações interestaduais.

Esclareço, por oportuno, não se estar tratando aqui de antecipação tributária parcial sem encerramento de tributação prevista no artigo 12-A da Lei 7.014/96, e sim, de substituição tributária, com encerramento de tributação, prevista no artigo 8º do mencionado diploma legal.

A impugnação, aborda aspectos totalmente estranhos à acusação formulada, e de maneira objetiva não consegue se opor aos fatos relatados e devidamente trazido aos autos pelo autuante, o que traz como implicação a determinação contida no artigo 140 do RPAF/99, de que *“o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”*, o que ocorre no caso presente.

Quanto ao pleito para a solicitação de apresentação de novos documentos pelo contribuinte, acaso o julgador entendesse insuficiente a prova trazida, não pode ser atendido, diante do fato da previsão contida no RPAF/99, em seu artigo 123, § 5º:

*“§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, **precluindo** o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:*

- I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;*
- II - se refira a fato ou a direito superveniente;*
- III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos”.*

No caso em comento, nenhuma das três hipóteses acima elencadas se encontra presente, razão pela qual deveria a defesa trazer toda a documentação que elidisse a infração, quando da impugnação atravessada, estando, pois, na forma do diploma acima reproduzido, precluso o seu direito de apresentar novos elementos.

Ao assim agir, o contribuinte não conseguiu se opor à acusação fiscal, motivo pelo qual o lançamento se apresenta como inteiramente procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206880.0011/19-8** lavrado contra **CEREALISTA AJM LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.183,32**, além da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96, dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2020.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR