

PROCESSO - A. I. Nº 207160.0010/17-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e HILÁRIO DE SANTANA MOREIRA - ME
RECORRIDOS - HILÁRIO DE SANTANA MOREIRA - ME e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0098-04/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0001-12/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME. FALTA DE RECOLHIMENTO. Redução dos valores quando da Informação Fiscal, para exclusão das operações relativas a: fornecedor com inscrição de substituto tributário na Bahia; entradas de mercadorias não destinadas à comercialização ou não enquadradas na substituição tributária. Não restou provada a condição de conversão da exigência do imposto em multa. Razões recursais incapazes à reforma do Acórdão recorrido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº 0098-04/21-VD, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, que inconformado com a referida Decisão, apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b” do dito regulamento.

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito de R\$ 514.390,98, inerente aos exercícios de 2014 e 2015, sob a acusação de que “*Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior*”, conforme demonstrativos fiscais de fls. 13 a 63 dos autos.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$270.783,63, após registrar as alegações de defesa e consignar que o autuante elaborou novos demonstrativos contemplando as exclusões solicitadas na impugnação, por acha-las pertinentes, diante das seguintes razões:

VOTO

[...]

Sobre o destaque de ter colocado à disposição do Contribuinte Autuado os novos demonstrativos de débito da autuação, à fl. 1.880 dos autos, vê-se Termo de Ciência, através Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e nº 20211154650017, emitido em 16/02/2021, com data de ciência do Contribuinte Autuado, mesma data, na forma da autenticação de nº 202102160001180241BF370D, descrita no próprio documento, conforme os termos abaixo descritos, onde se manteve silente:

“NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO VIGENTE, ESTAMOS ENCAMINHANDO PARA SEU CONCHECIMENTO A INFORMAÇÃO FISCAL ELABORADA PELO PREPOSTO FISCAL REFERENTE AO AUTO DE INFRAÇÃO Nº207160.0010/17-1.

A AUTUADA PODERÁ MANIFESTAR-SE, QUERENDO, NO PRAZO MÁXIMO DE 10(DEZ) DIAS”

Compulsando o CD/Mídia de fl. 1.869, em que se encontra os novos demonstrativos de débito do Auto de Infração nº 207160.0010/17-1, em tela, observo, dentre outros, os registros dos demonstrativos “Substituição Tributária – Antecipação a menor ou falta de antecipação - ICMS ST não antecipado ou antecipado a menor - Demonstrativo analítico: Ano 2014 e Ano 2015”, como também o demonstrativo “Substituição Tributária - Antecipação a menor / falta de antecipação – Resumo: Ano 2014 e 2015”, em que foram colocados à disposição do Contribuinte Autuado, através DT-e, para manifestar, querendo, no prazo de 10(dez), o que não fez qualquer manifestação em relação aos valores remanescentes da autuação.

Há de ressaltar que, nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99 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.

Considerando, portanto, que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente preenchidos para caracterizar a cobrança do débito remanescente da atuação, como também não se observa qualquer fato que desabone a alteração do débito original da atuação, vejo, então, restar subsistente parcialmente Auto de Infração nº 207160.0010/17-1, em tela, onde o agente Fiscal Autuante agiu nos estritos termos da legislação, conforme demonstrativo de débito a seguir relacionado, amparado na planilha de fl. 1.865 elaborada em sede de Informação Fiscal:

[...]

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração nº 207160.0010/17-1, em tela.

Face ao exposto, a JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, de fls. 1.906 a 1.910 dos autos, inicialmente o recorrente aduz que, impugnado o lançamento fiscal, o autuante acolheu parte das razões defensivas e os membros da 4ª JJF acompanharam seu entendimento não se manifestando quanto e abordado no mérito. Desta forma, sustenta que a Decisão da JJF se mostrou omissa quanto à razão apresentada na sua peça vestibular.

Em seguida, passa a rememorar os argumentos, acatados pelo autuante e pela JJF, conforme a seguir:

Falta de entrega de demonstrativos analíticos. Mantém sua alegação de que não recebeu demonstrativo analítico intitulado “Antecipação parcial por Notas fiscais 2014”, para que procedesse as devidas conferências. Afirma que, inicialmente, foi entregue somente o “Antecipação parcial por Notas fiscais 2015.csv” e “Antecipação parcial Resumo 2015.pdf”. Na comunicação via DT-e, enviada em 16/02/2021, mais uma vez, não foram lhe entregues os demonstrativos referentes ao exercício de 2014.

Defende que tal fato é suficiente para tornar nulo os valores referentes ao exercício de 2014. Assim, requer que seja o PAF diligenciado à ASTEC para que seja comprovada sua alegação.

No mérito, o recorrente atesta que, em detrimento à exigência do ICMS Antecipação Tributária na entrada, houve tributação nas saídas das referidas mercadorias, sendo dado tratamento às mercadorias nas respectivas saídas como se fossem tributadas normalmente, o que, segundo o apelante, enseja a nulidade da infração já que a exigência do ICMS reclamado consubstancia-se em *bis in idem*, cuja Decisão recorrida não tece nenhuma referência a este fato e o mesmo não foi apreciado nem decidido no julgamento.

Salienta que isto ocorreu nos exercícios de 2014 e 2015, mas o autuante calou-se quanto ao fato na sua Informação Fiscal, silenciando-se diante da verdade, e o relator não atentou para o importante fato, cuja ocorrência é mais um motivo da nulidade da infração. Isto porque seu enquadramento não é o correto, já que deveria exigir a multa de 60% prevista no artigo 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, conforme têm se manifestado as Câmaras de Julgamento Fiscal, pois não há como requerer restituição dos valores recolhidos através da tributação normal apurado na conta corrente do ICMS em função da decadência que alcança os referidos exercícios.

Reitera que considerou as mercadorias que adquiriu enquadradas na substituição tributária como se tributadas normalmente fossem nas saídas e, acaso fosse possível demonstrar a movimentação mensal (pois consta no Registro de Inventário a posição dos seus estoques anuais), restaria comprovado que, inclusive, recolheu o imposto em data antecipada (vencimento do ICMS normal, dia 9 do mês seguinte) ao invés da data prevista na legislação tributária (25 do mês seguinte), e com margem de valor agregado superior ao previsto na legislação, em muitos casos, do que como prova de suas alegações, diz ter anexado à impugnação cópias dos livros de Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, onde se pode visualizar a utilização dos CFOP de aquisição e vendas de mercadorias tributadas acusando **sempre saldo devedor**.

Reitera, ainda, quanto ao ano de 2014, seu cerceamento ao direito da ampla defesa pela falta de entrega dos demonstrativos.

Por fim, ultrapassada da nulidade do enquadramento legal, requer que seja a exigência convertida em multa na forma prevista no artigo 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, uma vez que não se configurou

falta de recolhimento do imposto ao Erário.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo de parte do débito originalmente exigido no lançamento de ofício, previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, assim como de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF.

Inicialmente, da análise do Recurso de Ofício, verifica-se que a desoneração parcial do valor de R\$ 514.390,98, para R\$ 270.783,63, exigido no Auto de Infração, decorreu da anuência do órgão julgador de Primeira Instância à conclusão do autuante, quando da Informação Fiscal, de acolher as alegações de defesa para exclusão das operações relativas a: *i*) fornecedor com inscrição na Bahia de substituto tributário; *ii*) entradas de mercadorias não destinadas à comercialização (CFOP 6910 e 6949) e *iii*) mercadorias não enquadradas na substituição tributária.

Considerando que o autuante, ao analisar as alegações de defesa, afirmou: “*Diante da observação da autuada, o fisco elaborou novos demonstrativos contemplando as exclusões solicitadas na impugnação por acha-las pertinentes*”, como também que ele teve acesso a documentação fiscal, por entender coerentes tais alegações do contribuinte, concluo pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, o recorrente inicialmente arguiu a nulidade dos valores exigidos no exercício de 2014, sob a alegação de que não lhe foi entregue o demonstrativo analítico intitulado “Antecipação Parcial por Notas Fiscais 2014”, para que procedesse as devidas conferências, e que na comunicação via DT-e, enviada em 16/02/2021, mais uma vez, não lhe foram entregues os demonstrativos referentes ao exercício de 2014, do que requer diligência à ASTEC para se comprovar sua alegação.

Inerente ao pedido de diligência para averiguar sua alegação de que não recebeu os demonstrativos referentes ao exercício de 2014, mesmo quando da comunicação via DT-e enviada em 16/02/2021, verifica-se ser desnecessária, em razão dos elementos contidos nos autos, tendo em vista que:

1º) Em que pese constar fisicamente dos autos o referido demonstrativo analítico da exação de antecipação tributária do exercício de 2014, consoante documentos às fls. 14 a 45, como também constar dentre os seis arquivos enviados à pasta: “*Consef P. Processuais*” (fl. 64), verifica-se que efetivamente inexistente no processo comprovação de que tal demonstrativo analítico de 2014 fora entregue ao sujeito passivo, haja vista que o único recibo de arquivos que fundamentaram a peça exordial, às fls. 65 dos autos, não consigna o aludido demonstrativo analítico de 2014.

2º) Já em relação à comunicação via DT-e, à fl. 1.882 dos autos, observa-se que consta “Termo de Ciência no Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e”, com data da ciência tácita de 16/02/2021, referente à “REINTIMAÇÃO DA INFORMAÇÃO FISCAL COM OS ANEXOS”, tendo, à fl. 1.868 do autos, extrato do PAF consignando a existência de nove anexos da Informação Fiscal, dentre os quais: “*Substituição Tributária – Antecipação a menor _ falta de antecipação – Resumo 2014.pdf*”; “*Substituição Tributária – Antecipação a menor _ falta de antecipação - Resumo 2014.rpt*”; (...) “*Substituição Tributária – Antecipação a menor ou falta de antecipação – Demonstrativo analítico 2014.pdf*”, numa prova inequívoca de que ao recorrente foram enviados tais arquivos.

Contudo, vislumbro que tal óbice, relativo aos demonstrativos originais de 2014, foi superado quando na Informação Fiscal o autuante avaliou as alegações de defesa inerentes aos dois exercícios, apurando os valores respectivos de R\$ 191.060,70 e R\$ 79.722,93, o que levou a JJF a acolhê-los por concluir que “... *foram colocados à disposição do Contribuinte Autuado, através DT-e, para manifestar, querendo, no prazo de 10(dez), o que não fez qualquer manifestação em relação aos valores remanescentes da autuação.*”, sob fundamento de que o art. 140 do RPAF/99, prevê 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.*”.

Sendo assim, ao se manter silente sobre o resultado da revisão fiscal procedida pelo autuante, em decorrência das próprias alegações de defesa, pelas quais o sujeito passivo diz que muitas mercadorias não estão relacionadas no Anexos 1, referentes ao exercício de 2015, provavelmente deve ter se repetido no exercício de 2014, implicou na previsão legal de que o sujeito passivo admitiu como verdadeiros os resultados apurados na informação fiscal, o que resultou em prejuízo para a análise das demais alegações, a exemplo de que houve tributação normal nas saídas das referidas mercadorias, e que ultrapassada a nulidade arguida, o valor remanescente fosse convertido na multa de 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Diante de tais considerações, rejeito a preliminar de nulidade relativa ao exercício de 2014, e indefiro o pedido de diligência para comprovar a alegação de não ter recebido demonstrativo do exercício de 2014, por vislumbrar que a Decisão recorrida foi proferida sem qualquer prejuízo ou cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo, não tendo o apelante, quando da peça recursal, apresentado qualquer equívoco nos novos demonstrativos entregues, a exemplo do que fez em relação ao pleito para conversão do valor remanescente na multa de 60%, sob a *reiterada* alegação de que houve tributação normal nas saídas das referidas mercadorias.

Sobre esta alegação, conforme se verifica dos livros fiscais: Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, gravados em mídia eletrônica às fls. 70 dos autos, os índices de saídas de mercadorias isentas/não tributadas são de 80% a 90% do valor contábil, o que já demonstra a impossibilidade da aplicação da multa prevista no art. 42, II, “d”, c/c o § 1º da Lei nº 7.014/96, que condiciona para aplicação apenas da multa, quando se tratar de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração, e **comprovemente** recolher o imposto na operação ou operações de saídas posteriores, o que não restou provado, conforme texto legal:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II;

Dessa forma, entendo que a tese recursal não se encaixa dentro do que estipula a norma.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207160.0010/17-1**, lavrado contra **HILÁRIO DE SANTANA MOREIRA - ME**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 270.783,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, c/c § 1º da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS