

A. I. Nº - 206958.0012/21-0
AUTUADO - SOUTO DIAS COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LUCAS XAVIER PESSOA
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 31/01/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0003-03/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, é devido o pagamento do imposto por antecipação parcial, conforme dispõe o art. 12-A da Lei 7.014/96. O Autuado não logra êxito em elidir a autuação. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 24/06/2021, exige crédito tributário no valor de R\$ 184.825,79, acrescido da multa de 60%, em razão do cometimento da **Infração 01 - 07.15.01** - Falta de recolhimento de ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e destinadas à comercialização, nos meses de janeiro a novembro de 2019, fevereiro a dezembro de 2020. Demonstrativo às fls. 08 a 28 e CD à fl. 29.

O Autuado impugna o lançamento às fls.33 a 42. Reproduz a irregularidade que lhe foi imputada e apresenta suas razões de defesa na forma a seguir resumida.

Inicialmente informa que apura o ICMS pelo regime conta corrente fiscal, e que todas as saídas de mercadorias sujeitas à incidência do imposto são devidamente tributadas no momento da ocorrência do fato gerador, ou seja, a circulação de mercadorias ou serviços, ocorrida nas vendas a consumidores finais. Ressalta que seu estabelecimento é um supermercado de porte médio varejista. Prossegue ponderando que, uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, relativas às operações objeto da presente autuação, toma-se inexigível o tributo por antecipação, de acordo com o §1º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

§ 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."

Destaca que somente seria possível, de acordo com o estabelecido na legislação, a aplicação de multa de 60% do imposto não antecipado, conforme previsto na alínea do inciso II, do citado artigo.

Assinala que, com a finalidade de comprovar a tributação subsequente, preparou planilhas mensais com todas as Notas Fiscais do Consumidor Eletrônicas NFC-e, comprovando a tributação de todos os itens que foram levantados no demonstrativo da Fiscalização.

Em relação à comprovação de que as mercadorias objeto da autuação foram tributadas nas suas saídas, condição estabelecida no citado dispositivo legal, informa que, motivada pela

impossibilidade, no momento, de se protocolar defesa de forma presencial, por conta da pandemia da COVID-19, a mesma vem sendo realizada através do correio eletrônico defesadministrativa@sefaz.ba.gov.br, conforme Carta de Serviços da SEFAZ, publicada em seu *site*, onde há impossibilidade técnica de se enviar as planilhas comprobatórias da tributação nas saídas, tendo em vista que como a empresa é do ramo supermercadista e emissora de NFC-e (Nota fiscal de consumidor eletrônica), cada mês da planilha com as notas transmitidas possui média de tamanho entre 150 e 200MB, o que ultrapassa em muito o limite para transmissão por e-mail, pois NFC-e aumentou sobremaneira a quantidade de registros eletrônicos enviados à SEFAZ, pois se trata da emissão da mesma a cada venda, e ainda, item a item. Neste contexto, cada planilha mensal possui mais de um milhão de linhas.

Ressalta que mesmo nestes casos, não se aceita nas unidades fazendárias a protocolização presencial.

Observa que pode comprovar que o tamanho de cada planilha chega a este mencionado volume através de *print* da tela que colaciona à fl. 35, onde se observa cada planilha listada.

Frisa que, tendo em vista este impasse técnico combinado com procedimento protocolar da COVID-19, invoca que a SEFAZ já possui os meios para se comprovar que tributou suas saídas de forma regular, pois é emissora de NF-e e NFC-e, documentos fiscais estes que já estão de posse da Instituição no momento da transmissão/venda, podendo o Autuante comprovar, de antemão, que as mercadorias fruto da autuação tiveram tributação em suas saídas.

Roga que seja no mínimo decretada Diligência neste sentido, para confirmação por parte do Auditor, ou que seja determinada a Inspeção Fazendária que protocole presencialmente a entrega de CD com todas as planilhas mensais com os documentos fiscais comprobatórios.

Afirma que se dispõe a comprovar a tributação das mercadorias em suas saídas, mas está impossibilitada como já esclarecido, bem como esta comprovação pode ser feita pela própria SEFAZ, pois possui as informações nas notas eletrônicas transmitidas, e ainda, pode ser feita previamente, antes da autuação, pelo próprio Autuante, no que deveria ser por padrão, tendo em vista que tem que se defender por uma situação que não deveria ter sido realizada, haja vista o que determina o dispositivo legal descrito.

Arremata destacando que, considerando o determinado na legislação vigente, ou seja, o §1º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, a presente imputação deve ser julgada improcedente.

Assevera que o Autuante cometeu um equívoco, tendo em vista que não possui omissão alguma do ICMS Antecipação Parcial.

Registra que no demonstrativo apresentado pela Fiscalização não há qualquer menção ou consideração do quanto a empresa recolheu de ICMS Antecipação Parcial, uma vez que, apenas listou as mercadorias, calculou o imposto a recolher e totalizou. Afirma inexistir qualquer coluna ou linha onde apareça o ICMS pago, conforme se observa da tela do demonstrativo.

Revela que recolheu regularmente o ICMS Antecipação Parcial, mês a mês, totalizando valores até maiores do que o ora cobrado, consoante lista de recolhimentos do período fiscalizado que acosta às fls. 37 a 42.

Afirma haver, efetivamente, um equívoco pois a empresa recolheu de ICMS-Antecipação Parcial o valor nos dois anos de R\$715.986,59, enquanto a Fiscalização cobra R\$184.825,78, valor muito inferior, e sem se considerar o recolhimento efetuado pela empresa nos demonstrativos.

Arremata assinalando que, pelo exposto e os comprovados erros, requer, que sejam acolhidas as razões defensivas expostas, para reformar o procedimento fiscal ora combatido, para acolher a alegação suscitada e suas consequências e que seja o Auto de Infração, no mérito, julgado improcedente.

O Autuante presta informação fiscal fls. 54 a 56. Depois de reproduzir as razões de defesa alinhadas pelo Impugnante, declara que as contesta na mesma forma e ordem apresentadas, conforme segue.

De início destaca que o demonstrativo de suporte da infração encontra-se apenso ao auto, às fls. 08 a 28, arrolando todos os lançamentos pertinentes relativos a todos os meses do período fiscalizado (2019 e 2020). Por último, as mesmas informações dos demonstrativos estão gravadas na mídia CD que integra também o auto de infração, conforme se verifica à fl. 29.

Observa que, uma vez identificada a tempestividade da Defesa, reproduz os principais argumentos da empresa nesta tarefa, na ordem em que foram apresentadas, conforme sejam:

1. Alega que, se a empresa tributa normalmente os itens que adquire para comercialização, então não deveria sofrer mais qualquer exigência de antecipação, citando o §1º, do art. 42 da Lei 7.014/96;
2. Informa preferir a multa de 60% sobre o valor do imposto não recolhido;
3. Apresenta em seu favor uma planilha contendo dados das NFC-e que emitiu, informando ter recolhido todo o ICMS antecipado decorrente das suas compras;
4. Aduz que transmitiu, via *e-mail*, defesa_administrativa@sefaz.ba.gov.br arquivos em que lista as NFC-e emitidas, de modo a se ver que foram integralmente tributadas nas saídas;
5. Requer sob rogo a ocorrência de diligência que lhes permita entregar as mídias CD com as listagens aludidas acima;
6. Argumenta não ter pendência alguma de ICMS do tipo alegado na infração e sustenta a alegação apresentando sua lista de recolhimentos do código 2175 - ICMS Antecipação Parcial - que não pode estar devendo nada se o total recolhido é superior ao próprio valor exigido;
7. Indaga que se recolheu, nos dois anos, R\$715mil, como poderia estar ainda devendo R\$ 184mil.
8. Pede pela improcedência do Auto de Infração.

Ao tratar do mérito informa que relatará sua exposição da mesma forma e ordem dos argumentos articulados pela Defesa, quais sejam:

1. Exigência do ICMS Antecipação Parcial ou Somente Multa - Com os eventos anteriores de autos sobre a mesma infração, o Defendente acertadamente postula a aplicação da multa. Mas, como ele mesmo citou, também acertadamente, a previsão do texto legal exige que se conheça com segurança que as mercadorias objeto dessa antecipação exigida tenham saído do estabelecimento com tributação plena. Não foi o caso. Com efeito, eis porque não considerou que houve tributação plena nas saídas: Cobranças da mesma ação fiscal.
 - AI 2069580008213 - Saídas Tributadas Como Não Tributadas - R\$300.264,07;
 - AI 2069580009210 - Saídas Com Erro na Apuração dos Valores do Imposto - R\$143.222,66.

Embora ambos os autos estejam também sujeitos a julgamentos na instância administrativa, assinala que sobre eles repousa sua perspectiva de procedência.

2. Multa x ICMS - Pondera ter explicado acima o motivo da exigência do imposto;
3. Planilhas de NFC-e - Em que pese haver pleno direito de defesa, entendemos que:
 - A ação fiscal se desenvolveu sobre a totalidade dos documentos de entradas e saídas;
 - Não deve haver dados fiscais nas planilhas de que já não tenha conhecimento;

- Da análise repetida sobre tais dados não poderiam nascer fatos novos, além dos já citados acima, no caso, objeto dos autos;
 - Considerando tratar-se de quase 25 milhões de linhas, já analisadas, o intuito da empresa parece ser meramente protelatório;
4. Envio por *e-mail* - Afirma desconhecer o conteúdo enviado;
 5. Recebimento das Mídias CD - Destaca que considera prejudicado o intuito, haja vista dispor do mesmo conteúdo, como se vê na lista que reproduz à fl. 55, - Ex: 2019;
 6. Lista de Recolhimentos Código 2175 - Observa que corrobora com a veracidade do conteúdo ao tempo em que afirma todo o aproveitamento dele na conferência e dedução dos valores devidos. Frisa que para melhor efeito de Defesa, o Impugnante deveria analisar o demonstrativo e apontar, se fosse o caso, qual a NF-e citada, que consta em algum dos seus DAES 2175; ou qual item não está sujeito à incidência do imposto; ou ainda qual compra não foi de outro Estado; ou qual valor está citado erroneamente. Ora, todos os valores efetivamente recolhidos, conforme a lista, deduziram o ICMS antecipação parcial relativo às NF-es neles citadas. Se falta alguma, que a empresa consulte o seu memorial de cálculo e confira com segurança. Mas até aqui não vê qualquer indicação na Contestação de qualquer lançamento em cobrança indevida;
 7. R\$715 mil de Recolhimentos 2175 x 184mil de Cobrança - Embora aritmeticamente lhes pareça uma incógnita, não há como explicar essa diferença sem uma análise amíúde do memorial de cálculo da empresa, que suscitou seus recolhimentos. Do ponto de vista da tributação do ICMS pertinente à ação fiscal cumprida, apresenta o Auto de Infração com toda responsabilidade e método. Todas as NF-e citadas em cada DAE tiveram sua dedução devida. Restaram as não citadas;
 8. Improcedência do Auto de Infração - Sustenta que considera prejudicado o pedido do Autuado, haja vista todos os argumentos postos e a cristalina vitalidade resultante do demonstrativo de suporte da infração, que não foi atacado em absolutamente nada.

Por isso, afirma não haver como acatar os argumentos do Impugnante e mantém a exigência na íntegra, para exigir R\$184.825,79 de imposto pela infração cometida.

Por todo o exposto, requer que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

De início, embora não tenham sido suscitados vícios quanto aos aspectos formais do lançamento de ofício, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a Lei nº 7.014/96 e o RICMS-BA/12. Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais à lavratura do Auto de Infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário exigido.

Por isso, consigno que o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses preconizadas pela legislação de regência, precipuamente as estatuídas no art. 18 do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade a autuação.

No que concerne ao pedido do Impugnante para realização de diligência para apresentação de CD com as planilhas mensais com o intuito de comprovar a sua alegação de que as saídas ocorreram com tributação, fica indeferido, tendo em vista ser descabida a alegação da defesa de que não enviou os arquivos pelo fato de serem de tamanho que ultrapassam o limite para transmissão por e-mail. Eis que é imprescindível a justificativa plausível e devidamente

comprovada para o deferimento da diligência. O óbice apresentado pela Defesa poderia ser suprido com a remessa de arquivos compactados ou fracionados por mês, ou até mesmo demonstrado por amostragem em sua Impugnação. Assim, com fundamento no art.145, c/c a alínea “b”, do inciso I, do art. 147 do RPAF-BA/99, indefiro o pedido de diligência.

No mérito, o Auto de Infração em epígrafe imputa ao sujeito passivo a falta de recolhimento de ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e destinadas à comercialização, consoante demonstrativo às fls. 08 a 28.

Convém salientar, por importante, que a acusação fiscal se afigura respaldada em demonstrativo analítico acostado às fls. 08 a 28 e mídia CD, cuja cópia foi enviada ao Autuado, fl. 31, no qual consta pormenorizadamente a indicação individualizada de cada operação, identificando a nota fiscal, o CFOP, Estado de origem, alíquota, a mercadoria e o NCM, que resultou na exigência fiscal ora em lide.

Em sede de Defesa, o Autuado não denegou o cometimento da irregularidade apurada, eis que concentrou suas razões de Defesa em dois eixos argumentativos que denotam a ocorrência da irregularidade.

O primeiro deles, é que segundo seu entendimento, somente seria aplicável a multa de 60%, por inexistir a possibilidade de tributação pela antecipação parcial quando as operações subsequentes forem regularmente tributadas.

O segundo eixo diz respeito à alegação de que não foram considerados pela Fiscalização os recolhimentos por ele efetuados ao longo do período fiscalizado.

Em relação à impossibilidade de exigência do ICMS Antecipação Parcial quando as saídas forem tributadas, o Impugnante invocou o §1º, do art. 42 da Lei 7.014/96, *in verbis*:

“§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”.

Como se depreende da inteligência do dispositivo legal, é imprescindível que seja comprovada de forma inequívoca que todas as saídas foram efetivamente tributadas.

Essa comprovação, por se tratar de documentos e escrituração produzidos pelo estabelecimento autuado, depende exclusivamente de sua apresentação nos autos. Como já abordado, por ocasião do indeferimento da diligência solicitada, de concreto, o Impugnante não carrou ao PAF qualquer comprovação, nem mesmo por amostragem, de suas justificativas.

Assim, o que resta configurado nos presentes autos, não ultrapassa o nível de meras alegações sem qualquer valor probante. Portanto, sem o condão de elidir a acusação fiscal, erigida que fora, de forma escorreita e devidamente lastreada em demonstrativo, não contestado pelo Autuado em nenhum de seus valores analiticamente apresentados.

No que concerne à alegação de que não foram considerados pelo Autuante os valores recolhidos na rubrica de Antecipação Parcial, também não procede, não importando o montante que foi recolhido nessa rubrica pelo Impugnante, uma vez que a apuração foi realizada considerando as mercadorias constantes nas notas fiscais indicadas em todos os DAES - 2175 emitidos pelo Autuado, remanescendo a exigência, tão-somente, sobre as mercadorias não consideradas pelo Autuado.

O demonstrativo de apuração indica, individualizadamente, as mercadorias e as respectivas notas fiscais que não tiveram o recolhimento incluído. Nestes termos, comungo com a manifestação do autuante em sua informação fiscal: *“que para melhor efeito de Defesa, o*

Impugnante deveria analisar o demonstrativo e apontar, se fosse o caso, qual a NFE citada, que consta em algum dos seus DAEs 2175; ou qual item não está sujeito à incidência do imposto; ou ainda qual compra não foi de outro Estado; ou qual valor está citado erroneamente. Ora, todos os valores efetivamente recolhidos, conforme a lista, deduziram o ICMS antecipação parcial relativo às NFEs neles citadas. Se falta alguma, que a empresa consulte o seu memorial de cálculo e confira com segurança. Mas até aqui não vê qualquer indicação na Contestação de qualquer lançamento em cobrança indevida”.

Em suma, por entender que as alegações defensivas são desprovidas de qualquer fundamento probatório capaz de elidir a irregularidade apurada, demonstrada através de minudente discriminação das operações que resultaram no débito apurado, concluo pela subsistência da Autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206958.0012/21-0**, lavrado contra **SOUTO DIAS COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 184.825,79**, acrescido das multas de 60%, prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 25 de janeiro de 2022.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR