

PROCESSO	- A. I. N° 298921.0005/21-1
RECORRENTE	- ATC PISOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0121-04/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 17/04/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0061-11/23-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TOTAL. **b)** ENQUADRADAS NO REGIME NORMAL. IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Considerações de defesa não são suficientes para elidir as autuações. Não cabe a aplicação de tão-somente a multa de 60%, amparada na disposição do § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, quando não há a comprovação do imposto nas saídas subsequentes. Itens subsistentes. Afastada as arguições de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente processo diz respeito ao Recurso Voluntário impetrada pela autuada, decorrente da decisão proferida pela 4ª JJF ao julgar Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30.06.21, ciente em 06.07.21, via DTE, Ciência Tácita, no valor original de R\$67.690,25, pelo cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 – 007.022.001

Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

INFRAÇÃO 02 – 007.022.003

Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Analisando o Auto de Infração acima identificado, a defesa apresentada pela autuada, protocolada em 14.09.21, fls. 28 a 37 e a Informação Fiscal apresentada pelo autuante, protocolada em 12.01.22, fls. 51 a 53, por meio do Acórdão JJF nº 0121-04/22 VD, assim decidiu a 4ª JJF:

Preliminarmente, o sujeito passivo argui nulidade do Auto de Infração, em tela, sob a premissa da falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração cometida, bem assim de que não tomou ciência, sequer, que estava sendo fiscalizado, o que denotaria cerceamento ao direito de defesa; e ainda, nessa mesma perspectiva, diz que os demonstrativos em meio magnético apresentados em CD, que dão fundamentação a autuação, estão apenas em formato PDF (Adobe Acrobat Reader), o que impossibilita que a empresa possa importar os dados em bancos de dados, com o intuito de que se permita, de forma automatizada, fazer suas conferências e cruzamentos de informações, para poder se defender de forma adequada, dentro do prazo.

Não é o que vejo dos elementos constitutivo do presente lançamento fiscal. Em primeiro plano, os demonstrativos que fundamentam a autuação não foram entregues tão-somente em CD/Mídia, mas sim de forma impressa em papel, conforme acostado às fls. 8 a 20 dos autos, na forma § 3º, do art. 8º, do RPAF/BA. Por sua vez, em relação ao fato dos arquivos constitutivos do lançamento estarem gravados no CD/Mídia no formato PDF, não vejo qualquer orientação quanto ao formato a ser apresentado ao defendente. O fato é que, diferentemente do descrito na peça de defesa, o formato PDF pode ser importado para leitura em banco de dados e, mais, pode ser, também, transformado no formato de “Planilha Excel”, possibilitando ao autuado fazer suas conferências e cruzamentos de informações sem qualquer dificuldade.

Ademais, pelo pequeno volume das operações envolvidas na autuação, as conferências e cruzamentos arguidos poderia ter sido efetuado em consulta aos próprios demonstrativos impressos e acostados aos autos às fls. 8 a 20 do presente PAF, que, ao meu sentir, procedeu, quando traz aos autos, apenas, a arguição de improcedência da autuação a cobrança do imposto, por entender que é devida, tão somente, a multa de 60% aplicada nos termos do § 1º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Sobre a premissa da falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração cometida, bem assim de que não tomou ciência, sequer, que estava sendo fiscalizado, também, não vejo qualquer procedência. Em relação ao cerceamento do direito de defesa propriamente dito, por não ter tido a oportunidade de conhecer os atos administrativos que estavam sendo praticados pelo agente Autuante, onde culminou com a presente imputação, não é o que vejo das peças processuais, pois, às fls. 06 e 07, como destacado pelo agente Autuante, consta o registro de que o defendente fora intimado, por Mensagem DT-e, em 12/06/21, informando que estaria sob ação fiscal.

Aliás, nos termos do Art. 26 do RPAF/A, o ato da lavratura e envio do Termo de Início de Fiscalização ao Contribuinte Autuado tem o condão, tão somente de cessar a espontaneidade do crédito tributário no período em que a ação fiscal esteja sendo desenvolvida, o que, ao não ser cientificado do início da ação, como arguido, vem a beneficiá-lo, pois autoriza o exercício do direito de efetuar o pagamento do imposto, o qual está sendo cobrado, o que não o fez.

Por fim, relativamente a premissa da falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração cometida, também, não é o que observo dos elementos constitutivos. Estão claras as descrições dos fatos das duas imputações, em que a infração 1, cobra o imposto por antecipação total (ICMS ST), relativos as operações abarcadas pelos institutos da substituição tributária; e a infração 2, cobra imposto (ICMS antecipação parcial) das operações normais, todas fundamentadas na legislação pertinente e amparadas por demonstrativos do débito tributário em total sintonia com o que dispõe o art. 39, do RPAF/BA que traz orientações do que o Auto de Infração deve conter.

Neste sentido, não vejo dos autos qualquer violação ao devido processo legal, nem tampouco qualquer preterição do direito de defesa do Contribuinte Autuado, que, mesmo tendo a oportunidade de apresentar arguição de mérito, apenas diz que as autuações ensejariam apenas a aplicação de multa de 60% nos termos do § 1º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, como já anteriormente destacado. Passo, então, a análise do mérito das autuações na integralidade.

No mérito, o Auto de Infração, em tela, lavrado em 30/06/2021, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAS VAREJO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 502343/21, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) no montante de R\$ 67.690,25, em razão de, o Contribuinte Autuado, ter deixado de recolher ICMS por antecipação total ou substituição tributária, isso em relação a infração 1, e o ICMS por antecipação parcial, em relação a infração 02, todas na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos anos de 2018 e 2020, conforme demonstrativo de fls. 09 a 20 dos autos, com enquadramento no artigo 8º, § 4º; e artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, respectivamente.

A infração 01, que diz respeito a ter deixado de efetuar o recolhimento do imposto (ICMS) por antecipação total, referente às aquisições de mercadorias, abarcadas pelos institutos da substituição tributária, provenientes de fora do Estado, nos anos de 2018 e 2020, conforme demonstrativo de fls. 9/11 dos autos, cujo valor lançado de imposto (ICMS) perfaz o montante de R\$ 29.575,02, têm o enquadramento no art. 8º, § 4º, e no art. 23 § 6º, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inciso II, alínea “d”, do mesmo diploma legal.

Assim dispõe art. 8º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos geradores:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados: (Grifo acrescido)

§ 4º Será devido o imposto por antecipação tributária, observado o disposto no § 6º do art. 23 desta Lei:

I - na entrada da mercadoria ou bem no território deste Estado ou no desembarço aduaneiro, tratando-se de:

- a) mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;
(...)

Por sua vez, a infração 02, que diz respeito a ter deixado de efetuar o recolhimento do imposto (ICMS) antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias, abarcadas pelo regime normal para comercialização, provenientes de fora do Estado, nos anos de 2019 e 2020, conforme demonstrativo de fls. 15/20 dos autos, cujo valor lançado de imposto (ICMS) perfaz o montante de R\$ 38.115,23, têm o enquadramento no artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada no artigo 42, inciso II, alínea “d”, do mesmo diploma legal.

Assim dispõe art. 12-A, da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos geradores:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. (Grifo acrescido)

Seja a infração 01, ou seja, a infração 02, não há qualquer arguição, do sujeito passivo, quanto a constituição dos demonstrativos de débitos das autuações, que trazem de forma clara a data das ocorrências da operação, o número do documento fiscal, a chave de acesso do documento fiscal, o CNPJ da unidade de origem, o valor da operação de forma individual, a base de cálculo do ICMS, o valor do ICMS devido calculado e o ICMS devido a recolher, entre outras informações bases para esses dois tipos de imputações fiscais.

O que se observa, então, da peça de defesa é o pedido de aplicação, tão-somente, da multa prevista na alínea “d”, do inciso II, do mesmo diploma legal, qual seja, a de 60% do imposto não antecipado, nos termos a seguir:

“§ 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”; (Grifos acrescidos).

Restaria jus, ao defendant, o pagamento de apenas a multa de 60% do imposto não antecipado, arguido, caso houvera recolhido o imposto por antecipação devido nas operações objeto da autuação, pois, como destacado na Informação Fiscal, o agente informa que os impostos das operações constantes dos demonstrativos, tanto da infração 1, quanto da infração 02, não foram oferecidos à tributação, nem tampouco o sujeito passivo trouxera, aos autos, qualquer prova nesse sentido.

Em sede de instrução do presente PAF, este Relator Julgador, desenvolveu consultas no Sistema INC da Sefaz, então constatou alguns recolhimentos, de fato, de impostos (ICMS) por antecipação total (Código 1.145 ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTARIA) e por antecipação parcial (Código 2.175 ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL), porém nenhum dos recolhimentos coincidentes com algum dos valores lançados nos demonstrativos de débitos do Auto de Infração, em tela.

Aliás, cabe aqui fazer a ressalva de que, no ano de 2018, acessando o Sistema INC, somente há a informação do recolhimento de apenas um pagamento, data de referência 09/2018, com o Código de Receita 2.175 ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL. No ano de 2019 se observa mais pagamentos, ou seja, 11(onze) informações de recolhimento com o Código de Receita 2.175 ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL, data de referencia 06, 07 e 10/2019; bem assim, 02(duas) informações de recolhimento com o Código 1.145 ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTARIA, data de referência 07 e 08/2019; da mesma forma se observa, também, recolhimentos no ano de 2020, com os citados Códigos de Receita, inclusive em maiores quantidades de que os exercícios anteriores, porém nenhum deles coincidentes com quaisquer dos registro constantes dos demonstrativos de débito da autuação.

Em sendo assim, não vendo nada que desabone os demonstrativos de débitos das infrações 01 e 02; e 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 atuação, vejo restar subsistente o Auto de Infração nº 271351.0042/21-7, em tela, onde o agente Fiscal Autuante agiu nos estritos termos da legislação.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, em tela.

Tendo ciência da decisão acima transcrita, inconformada e tempestivamente, a autuada, devidamente assistida juridicamente pela Dra. Fernanda Nogueira, OAB/BA nº 58.327, protocolou em 26.08.22, fls. 75 a 80 do processo, Recurso Voluntário buscando a revisão da mesma, nos termos que passo a expor.

De início, a Recorrente demonstra sua insatisfação com a decisão prolatada pela Junta Julgadora, afirmando estar a apresentar os equívocos constantes da mesma, e, transcrevendo a Ementa do Acórdão contestado, afirma inexiste falta de recolhimento do tributo pois tudo que seria devido foi recolhido, possuindo meios de comprovação, e, que os produtos objeto da autuação são mercadorias sujeitas à ST, especialmente do segmento de materiais de construção, pisos, etc., motivo pelo qual não ensejaria a cobrança do tributo, mas, tão somente, a multa.

Em sequência, a Recorrente analisa as infrações que lhe foram imputadas pelo autuante, transcrevendo-as, afirmando que a fiscalização está a efetuar a cobrança do ICMS Antecipação Parcial na condição de micro empresa, “quando a Lei nº 7.014/96, em seu § 1º do art. 42, estabelece

que no caso de empresas que apurem seu imposto pelo Regime Normal, e que dá saída das mercadorias tributadas, deve a Fiscalização, tão somente, aplicar a multa prevista na alínea “d” do inciso II do mesmo artigo, qual seja, a de 60% do imposto não antecipado”.

Transcreve o estamento legal, como abaixo:

“§ 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”;

Reproduz o cálculo constante da decisão de piso, constante na fl. 67, do processo, destacando os valores do tributo cobrado e o acréscimo, a título de multa, destacado, confrontando os valores destacados com os constantes do Auto de Infração, cujas infrações reproduz, com base em que, afirma:

“É de clareza solar que a fiscalização equivocou-se ao lançar o valor principal ao invés do valor da multa.

Portanto, resta comprovada a total IMPROCEDÊNCIA da autuação fiscal, pois somente deveria ter sido aplicada a penalidade mediante a cobrança da multa e não a exigência do valor do imposto”.

Ante o entendimento que expressa, a Recorrente apresenta PEDIDO DE DILIGÊNCIA E PERÍCIA “em face destes flagrantes erros constatados nas planilhas demonstrativas da infração, requeremos a realização de diligências e perícias para se comprovar o erro do Fisco com a consequente NULIDADE do presente auto de infração”.

Encerrando seu Recurso Voluntário, a Recorrente apresenta a CONCLUSÃO, nos seguintes termos:

Por todo o exposto, a ora Peticionária reitera os pedidos formulados em sede de Impugnação e requer a V.Sas. seja reconhecida a NULIDADE do lançamento, ou que no mínimo, seja determinada nova diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisados todos os documentos acostados pela Peticionária, com a consequente declaração de IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Por fim, em homenagem ao Princípio da Verdade Material, protesta a Peticionária pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental.

VOTO

Cabe inicialmente a este relator analisar a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente sob a alegação de falta de elementos que possam determinar com segurança a infração cometida, assim como, pelo fato de não ter tido conhecimento (ciência) que estava sendo fiscalizado, o que, segundo seu entendimento, configura cerceamento de defesa, além do fato de os demonstrativos acostados em mídia pelo autuante estarem apresentados em PDF, impossibilitando a importação dos mesmos para banco de dados onde pudessem por ela ser analisados.

A intimação para apresentação da documentação necessária ao serviço fiscalizatório, conforme constante da fl. 6, do processo, foi-lhe encaminhada, via DTE, na data de 22.06.21, mensagem não acessada, o que não invalida o procedimento, por ser o conhecimento feito de forma tácita, após o prazo regulamentar sem que o intimado se manifeste.

E a mensagem descreve a ação a ser procedida pelo agente fiscalizador, com o destaque: **“intimação com o objetivo de dar ciência ao contribuinte que está sob ação fiscal”**.

Da mesma forma, via DTE foi a Recorrente cientificada do Auto de Infração, no dia 06.07.21, também, mensagem não lida, e ciência tácita em 12.07.21, ruindo, desta forma a alegação de desconhecimento do procedimento fiscal, pois, ao aceitar as comunicações da SEFAZ via DTE, a Recorrente assume a responsabilidade e consequências pelo não acesso ao mesmo dentro dos prazos regulamentares.

A alegada impossibilidade de acesso aos arquivos por se encontrarem sob o formato PDF, não se sustenta. Existem no mercado, gratuitamente, sistemas de conversão de arquivos que transformam o formato PDF em outros formatos e vice-versa.

Além do mais, os arquivos foram apresentados em Excel e, como afirmado pelo autuante em sua

informação fiscal, os resumos foram apresentados em PDF “para evitar adulterações”.

Também, inexiste nos regulamentos qualquer dispositivo que obrigue o preposto fiscalizador a apresentar os demonstrativos das apurações em formato específico.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pela Recorrente.

Adentrando ao mérito da lide, constato que a Recorrente não nega o cometimento das infrações, em sua totalidade, contudo, argumenta haver efetuado o recolhimento do tributo quando das saídas das mercadorias em suas operações de vendas.

Os recolhimentos efetuados, tanto a título de Antecipação Total, como de Antecipação Parcial, apresentados no decorrer dos trabalhos de fiscalização, foram considerados pelo autuante e não foram objeto da autuação.

A acusação feita à Recorrente está claramente definida na descrição das infrações que lhe foram imputadas, como abaixo descritas:

INFRAÇÃO 01 – 007.022.001

Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

INFRAÇÃO 02 – 007.022.003

Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Estabelece a Lei nº 7.014/96:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...)

VII - a intimação para impugnação administrativa no prazo de 60 (sessenta) dias, com indicação das situações em que o débito poderá ser pago com multa reduzida;

(...)

§ 3º O débito constante no Auto de Infração, para efeito de intimação, será expresso pelos valores do tributo e pela indicação das penalidades, ficando sujeito à apuração, no momento do pagamento, dos valores das multas, da atualização monetária e dos acréscimos moratórios incidentes.

E, desta forma, procedeu o autuante, identificando o valor das mercadorias sobre as quais não teria sido efetuado o recolhimento do ICMS Antecipação (Total e Parcial), o montante do tributo e o percentual da multa prevista na Lei nº 7.014/96.

Tendo acesso aos arquivos fiscais da Recorrente, o autuante não anexou ao processo as comprovações que poderia apresentar, desde quando tem acesso aos arquivos da SEFAZ, o que dificulta a análise por parte deste relator.

Necessário se fez que, em pedido de vista por parte do Conselheiro Ildemar Landin, fossem acessados os arquivos das DMA's da Recorrente, onde ficou constatado que, muito embora a mesma afirme haver recolhido o tributo quando das saídas das mercadorias, tal afirmativa não tem fundo de verdade. Não consta qualquer informação sobre saídas de mercadorias tributadas em suas declarações anuais, todas as saídas encontram-se no rol das Substituídas ou Isentas, o que atesta a certeza da autuação contra a mesma promovida.

Também não logrou a Recorrente carrear aos autos qualquer prova que viesse a elidir a autuação.

Assim, diante do que está descrito e comprovado, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário impetrado pela Recorrente e julgo o Auto de Infração em comento PROCEDENTE mantendo a decisão de piso.

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 298921.0005/21-1, lavrado contra ATC PISOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$67.690,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR DA PGE/PROFIS