

PROCESSO	- A. I. Nº 294888.0003/20-3
RECORRENTE	- TEC – WI COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS WIRELESS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0007-04/21-VD
ORIGEM	- DAT SUL / INFRAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 16/06/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0150-12/23-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE FORA DO ESTADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Os argumentos recursais, em parte reiterativos da defesa, não afastam a higidez da autuação ou da decisão de primeiro grau. Uma vez caracterizada a infração, de não se proceder ao pagamento tempestivo do ICMS devido em antecipação parcial, deve-se aplicar a penalidade prevista na legislação. Infração mantida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário em face da Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/03/2020 e notificado ao Sujeito Passivo em 15/04/2020 (fl. 183), para exigir ICMS e multa no montante de R\$ 1.258.011,11, com a acusação de cometimento da irregularidade verificada ao longo dos períodos de apuração salteados entre jan/2016 e mai/2019, assim transcrita:

INFRAÇÃO 01 - 07.24.03: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte não optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Conforme Demonstrativo: Antecipação Parcial do ICMS recolhida a menor ou não recolhida, referente aos exercícios fiscalizados em anexo. [...] **Enquadramento legal:** Art. 12-A, e 23, III da Lei 7.014/96. **Multa Aplicada:** Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96. **Total da Infração:** R\$ 1.258.011,11.

Em 27/01/2021 (fls. 214 a 222), a 4ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, o Autuado suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, por ofensa à ampla defesa e à segurança jurídica, alegando ausência de ação fiscal prévia a lavratura do Auto de Infração por não ter sido lavrado o Termo de Início de Fiscalização e também não lhe ter sido oferecido prazo para apresentação de justificativas ou esclarecimentos antes da lavratura do Auto de Infração.

Constato que não tem guarida a alegação de que não foi emitido o Termo de Início de Fiscalização, uma vez que o RPFA-BA/99, no inciso II, do art. 28, prevê expressamente, que o referido termo pode ser dispensado quando for lavrado o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos o que se verifica à fl. 07.

Também não deve prosperar a alegação da defesa, de que não foi intimado previamente para apresentação de justificativa e esclarecimento, haja vista que, no RPAF-BA/99 inexiste qualquer previsão para que seja formalmente intimado o Contribuinte, antes da lavratura do Auto de Infração. A intimação do Contribuinte é somente prevista a partir do momento em que se concretiza a lide fiscal, com a lavratura do Auto de Infração, ocasião em que é intimado para tomar ciência da autuação, e a formalização da abertura do prazo de defesa de sessenta dias.

Depois de examinar elementos componentes do presente PAF, constato que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a Lei Complementar 123/2006, Lei nº 7.014/96, e o RICMS-BA/12. Portanto, não deve prosperar as alegações do Impugnante, ao suscitar nulidade da autuação pela existência de imperfeições.

Consigno que resta patente, nos autos, que as irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas no levantamento fiscal, que serve de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe

possibilitando defender-se, não havendo, portanto, o que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

No que concerne às questões formais, verifico também, estarem presentes os pressupostos de validade processual, foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no art. 39 do RPAF-BA/99, não faltando requisitos essenciais na lavratura do Auto de Infração, encontrando-se definidos o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado e não estão incursos em quaisquer das hipóteses do art. 18, RPAF-BA/99.

Pelo expedito, rejeito as preliminares de nulidade arguidas pelo Autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No que concerne ao pedido de solicitado pelo Defendente, de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido, com base na alínea "b", do inciso I, do art. 147 do RPAF-BA/99, tendo em vista que a prova pretendida, busca verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente, e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos em sua Defesa. Ademais, de acordo com o art. 145 do RPAF-BA/99, a solicitação da produção de prova ou a realização de diligência, deverá ser fundamentada demonstrando cabalmente a sua necessidade.

No mérito, foi imputado ao sujeito passivo, consoante discriminação pormenorizada no preâmbulo do relatório, o cometimento da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme Demonstrativo às fls. 14 a 17.

De início, convém salientar, que os dispositivos legais que consubstanciam e lastreiam as infrações constantes do Auto de Infração, além dos enunciados no enquadramento legal, decorrem expressamente de mandamento veiculado no art. 13, e art. 33 da LC nº 123/06, in verbis:

“Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

[...]

VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS;

[...]

§ 1º O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

[...]

XIII - ICMS devido:

a. nas operações sujeitas ao regime de substituição tributária, ...

[...]

g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:

1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV, do § 4º, do art. 18, desta Lei Complementar;

2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor; ...”

“Art. 33. A competência para fiscalizar o cumprimento das obrigações principais e acessórias relativas ao Simples Nacional e para verificar a ocorrência das hipóteses previstas no art. 29 desta Lei Complementar é da Secretaria da Receita Federal e das Secretarias de Fazenda ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento, e, tratando-se de prestação de serviços incluídos na competência tributária municipal, a competência será também do respectivo Município.”

O Autuado, em suas razões de defesa, alegou tão-somente, que a fiscalização não atentou que as mercadorias objeto desse item da autuação tiveram o total do imposto recolhido, por ocasião das saídas, ou seja, com a emissão de notas fiscais de saídas com o destaque do imposto. E que, segundo seu entendimento, não causou prejuízo algum ao Erário estadual.

Ao examinar os elementos que integram os autos, constato que o Autuado, mesmo tendo recebido cópia do

demonstrativo de apuração desse item da exigência fiscal, com a identificação de todas as notas fiscais eletrônicas arroladas no levantamento fiscal, fls. 14 a 17, 39 a 45 e 129 a 136, e no CD à fl. 180, portanto, dispondo de todos os elementos para identificar as mercadorias que deram origem ao montante devido, não carreou aos autos qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal, eis que, sem comprovação fática plausível, somente alegou terem tributado nas saídas as mercadorias objeto da autuação.

Portanto, resta configurado nos autos que o Autuado, mesmo confessando expressamente ter cometido a infração que lhe fora imputada, ao assinalar em sua defesa que, "...haver operações que, por equívoco, a Impugnante deixou de recolher o ICMS relativo à antecipação parcial na entrada das mercadorias no Estado da Bahia", fl. 192, em sua defesa apresentou uma mera alegação, sem qualquer suporte fático e probatório.

Por isso, entendo que fica impossibilitada, por falta de comprovação inequívoca de que as saídas das mercadorias arroladas no levantamento fiscal foram, efetivamente, realizadas com débito do imposto, a aplicação da penalidade preconizada no § 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";

Convém salientar, que na presente situação, comprovar não significa dizer, apenas apontar que alguma dessas mercadorias saíram com o débito do imposto, tem que ser devidamente demonstrado pelo infrator que foram as mercadorias adquiridas e arroladas no levantamento fiscal as que saíram com o destaque do imposto, ou seja, que as aquisições e as vendas estão dentro do mesmo período.

A simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, é o que preconiza o art. 143 do RPAF-BA/99.

No que concerne aos precedentes de julgado deste CONSEF apontados pela Defesa, não se prestam a servir de arrimo aos argumentos defensivos, uma vez que tratam de circunstância distinta do presente caso.

Além do expedito, consigno também, não haver como se assegurar com os elementos constantes dos autos, de que não fora causado prejuízo algum ao Erário Estadual, como alega a Defesa.

Assim, nos termos expeditos, concluo pela manutenção da Infração 01.

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

Regularmente intimado, o Autuado, ora Recorrente, interpôs seu Recurso Voluntário (fls. 233 a 247), mais documentos de fls. 248 a 312, parcialmente reiterativo da Defesa, a saber:

- a) que a decisão de primeiro grau é nula, por ter indeferido o pedido de diligência fiscal, aduzindo que a legislação do Estado da Bahia exige o exame das operações subsequentes (saídas internas) para que se aplique exclusivamente a multa, sem o que "se manterá a presente autuação pela simples PRESUNÇÃO de não tributação das operações de saídas posteriores, incorrendo em evidente afronta aos princípios da ampla defesa e da verdade material";
- b) que o Auto de Infração é improcedente, ante a necessidade de se aplicar o disposto no art. 42, § 1º da Lei nº 7.014/96, que, segundo afirma, "autoriza a dispensa do ICMS antecipado na entrada das mercadorias no Estado, quando o imposto for recolhido na saída", e tece longas considerações sobre terem ocorrido as operações subsequentes, pleiteando aplicação exclusivamente da multa pecuniária (e para tanto transcreve ementas de acórdãos deste CONSEF - Acórdãos CJF nºs 0350-12/18, 0130-12/06 e 0313-11/10).

Concluiu requerendo: preliminarmente, o reconhecimento da nulidade da decisão de primeira instância; quanto ao mérito, o provimento do recurso para cancelar integralmente a autuação; que, não sendo esse o entendimento, sejam os autos encaminhados para diligência; a prova do alegado por todos os meios admitidos em Direito; e a realização de sustentação oral.

Recebidos os autos, estes foram a mim endereçados em 17/05/2021. Considerei-os devidamente instruídos e os trouxe à sessão de 07/07/2022 para julgamento, oportunidade em que esta Câmara decidiu converter o feito em diligência, oportunizando uma vez mais ao Recorrente que o contraditório se aprofundasse, com a) a intimação do Recorrente a apresentar a integralidade das

Notas Fiscais de saída que entende aptas a demonstrar saídas tributadas de mercadorias contidas nos demonstrativos da infração (prazo de 20 dias); **b**) a intimação, ainda da Recorrente, para apresentar planilha elaborada a partir dos demonstrativos da autuação, concatenando as operações indicadas nos demonstrativos do Auto de Infração com as Notas Fiscais referidas em “a” (prazo de 20 dias); e **c**) em havendo resposta, no prazo assinado, que o Autuante oferecesse manifestação acerca da mesma, acolhendo ou a rejeitando especificadamente cada operação conciliada, reabrindo prazo de 15 (quinze) dias caso sejam produzidos novos levantamentos.

Após a requisição de diligência expedida à fl. 319 e da intimação da Recorrente em 25/08/2022, constatam-se requerimentos de dilação de prazo da Recorrente em 23/08/2022 (fls. 321 s 326) e em 22/11/2022 (fls. 322 a 323), foi exarada Informação Fiscal protocolizada em 12/01/2023 (fls. 338 a 339), dando conta da contumácia da Recorrente, sendo os autos remetidos ao CONSEF em 13/01/2023.

Recebidos os autos, solicitei nova inclusão em pauta, trazendo-os para julgamento nesta sessão de 04/05/2023.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque à tempestividade e cabimento (arts. 169 e 171 do RPAF/99 - Decreto nº 7.629/99).

O direito à sustentação oral é garantido, bastando que, nas sessões via videoconferência, a Recorrente cumpra com as indicações previstas no art. 64-A do RICONSEF (Decreto nº 7.592/99). O direito à produção de prova também lhe é garantido, contanto que especificado em petição (art. 8º, inciso IV do RPAF/99).

A questão que se aduz “preliminar”, sobre eventual nulidade da decisão de piso por negar a realização de diligência fiscal, confunde-se com um dos pleitos recursais sucessivos, para que esta Câmara determinasse diligência, e pode ser enfrentada em conjunto.

Contudo, cumpre destacar desde já que à Recorrente foi facultado, já por esta Câmara, que oferecesse elementos concludentes à defesa de suas pretensões (requisição de fl. 319, intimação em 25/08/2022), mas ao que consta dos sistemas informatizados da SEFAZ, refletido nos autos, não foi oferecido qualquer elemento, limitando-se a Recorrente a requerer dilações de prazos - há mais de oito meses desde a sua intimação.

Penso que agiu com acerto o órgão de piso ao julgar desnecessária a diligência, já que àquela ocasião a Recorrente não trouxe aos autos qualquer elemento que viabilizasse a plausibilidade de êxito na diligência, já que esta deve ser indeferida quando os elementos dos autos forem, ao seu juízo, suficientes (art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/99).

Em sede recursal, a Recorrente trouxe DANFEs de fls. 248 a 312, separadas em jogos por exercício (2016, 2017, 2018 e 2019), com indicação de “entradas autuadas” e “saídas tributadas”. Examinei os documentos, mas mesmo esses não me geraram convicção de que se trata das mesmas mercadorias, ou que tal pudesse ser aferido em sede de diligência fiscal.

Exemplifico.

No exercício de 2016, a despeito da capa de fl. 248 mencionar “*NF's de entrada autuadas e NF's de saída tributadas*” não vejo entre elas qualquer documento que aponte uma NF de entrada. Não há qualquer correlação entre aquelas notas fiscais e as que originaram o Auto de Infração.

Portanto, também eu não tenho convicção de que a Recorrente se descurou de provar, com a sua escrita (fiscal ou contábil) de que todas as operações objeto da autuação não tiveram tributação na saída (haja vista, como bem observou o órgão de piso, o Autuado reconheceu que “nem todas as operações foram tributadas na saída”).

Assim, mantengo a decisão de primeiro grau, que se reforça ante a contumácia da Recorrente em

oferecer elementos probatórios conclusivos.

Adentrando o mérito, não há dúvida de que a premissa maior nas alegações da Recorrente é verdadeira: se houver prova de que as operações subsequentes são tributadas, deixa-se de cobrar o ICMS-Antecipação, mais multa, para se cobrar “apenas” a (elevada) multa que a legislação prevê para a hipótese.

Contudo, somente o Autuado (ora Recorrente) poderia fazer tal prova, ou trazer elementos que viabilizassem a diligência probatória. Dado que a Recorrente admite que algumas operações não foram tributadas na saída, e dado que o não recolhimento do ICMS-Antecipação está demonstrado (e admitido), caberia tão-só à Recorrente provar o fato extintivo do crédito tributário (art. 141 do RPAF/99).

É verdade que este Conselho se pauta diuturnamente pela busca da verdade material, mas é premente que a partir do dever de colaboração, e tendo em mira o ônus probatório que para si atrai quem admite descumprir com a obrigação tributária (recolher o ICMS-Antecipação, o que é incontroverso), não há como se acolher a defesa que vise desqualificar um fato (não recolhimento de ICMS-Antecipação) como “presunção”.

Portanto, diante dos elementos trazidos aos autos, a JJF dirimiu corretamente a lide.

Sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo julgado o Auto de Infração PROCEDENTE consoante decidiu a 4ª JJF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara 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 294888.0003/20-3, lavrado contra TEC – WI COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTOS WIRELESS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 1.258.011,11, 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, 04 de maio de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN – REPR. DA PGE/PROFIS