

N.F. N° -294888.0008/22-1
NOTIFICADO - TRI STAR SUPERMERCADO LTDA.
NOTIFICANTE - ROMY SANTOS SILVA
ORIGEM - DAT SUL / INFASZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23/02/2023

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACORDÃO JJF N° 0016.02/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. A exigência da antecipação parcial decorre de preceito legal. Todavia constatando-se que as saídas subsequentes das mercadorias foram tributadas normalmente, deve ser exigida apenas a multa percentual, conforme dispõe o art. 42, § 1º da Lei nº 7.014/96, situação esta não comprovada nos autos pela Notificada. Infração subsistente. Notificação **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **no Modelo Fiscalização de Estabelecimento**, lavrada em **31/03/2022** exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$9.845,84 mais multa de 60%, no valor de R\$5.907,51, e acréscimo moratório no valor de R\$1.235,70 totalizando o montante de R\$16.989,05 cujo o período de apuração se fez nos meses de fevereiro, maio e junho do ano de 2019.

Infração 01 – 007.015.001 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

Acrescentou a Notificante na infração: conforme Demonstrativo: Antecipação Parcial do ICMS recolhida a menor ou não recolhida/2019, anexo.

Enquadramento Legal: Artigo 12-A da Lei de nº. 7.014/96. Multa tipificada no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei de nº 7.014/96.

A Notificada se insurge contra o lançamento, através de representante, manifestando impugnação apensada aos autos (fls. 18 a 20.), protocolizada no CONSEF/COORDENAÇÃO/ADMINIST na data de 06/06/2022 (fl. 17).

Em seu arrazoado a Notificada no tópico “**Razões de Defesa**” consignou que para esta Notificação Fiscal foi utilizado, emprestado, o demonstrativo feito para a Infração 9, do Auto de Infração 294888.0005/22-2, apresentado para o exercício de 2019 o que nos permite compreender totalmente a acusação.

Explicou que a auditoria não constatou saídas sem tributação das mercadorias elencadas nos demonstrativos Anexo XI-I e XII-I, indicando que todas as mercadorias adquiridas para comercialização efetivamente foram tributadas no momento das saídas, descarregando a necessidade de comprovação uma vez que, tivesse havido o fato, seria apontado e cobrado o ICMS porventura não lançado, uma vez que o fisco aplicou vários roteiros de fiscalização resultando na cobrança de imposto e multa sobre quatorze supostas infrações.

Defendeu que se tomado como premissa que as saídas das mercadorias relacionadas foram tributadas, é que se pede a conversão da exigência de tributo em multa consoante preconiza o Artigo 42, II, “d” da Lei de nº. 7014/96, para as infrações 11 e 12, porque de mesmo teor.

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;

Tratou que diversas são as decisões administrativas que remetem para a conversão em multa do ICMS não recolhido por antecipação tributária parcial, a exemplo do Acórdão JJF 0079-03/20, cuja Ementa a seguir é transcrita

Auto de Infração – 1085290006176 Recurso – Defesa

Autuado(a) - ARCELORMITTAL BRASIL S.A.

Autuante(s) - GILMARIO MACEDO LIMA

Advogado(s) - RODOLFO DE LIMA GOPEN

ACORDÃO JJFNº 0079-03/20

ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa. Refeitos os cálculos, mediante revisão realizada pelo autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Indeferido o pedido de diligência fiscal e perícia. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.

Finalizou, pedindo a conversão do imposto lançado nesta Notificação, para a multa identificada acima, por questão de justiça fiscal.

A Notificante prestou Informação Fiscal às folhas 28 e 29 onde destacou que a Notificada protocolou DEFESA em 06/06/2022, conforme fls. 17/24 dos autos, onde analisando-se os argumentos da defesa apresentada pela Notificada, cabe-nos informar o seguinte:

Preliminarmente a Notificada alegou em sua defesa que “... para esta Notificação Fiscal foi utilizado, emprestado, o demonstrativo feito para a Infração 9, do Auto de Infração 294888.0005/22-2, apresentado para o exercício de 2019 o que nos permite compreender totalmente a acusação...”, em razão de constar no Termo de ciência – documento anexo fls. 14 – que “ os demonstrativos em meio magnético encontram-se à disposição do contribuinte, na Inspetoria...”. e que “...na Infaz foi entregue apenas parte dos demonstrativos ...”

Constatou-se, da análise, que à folha 15 dos autos segue anexado recibo de recebimento do CD, datado em 19/04/2022, sem qualquer discriminação dos levantamentos fiscais. Visando-se assegurar o direito de ampla defesa foram reencaminhados para a Notificada pelo DTE em 29/06/2022 todos os levantamentos fiscais que embasam as infrações lançadas no PAF em questão, para ciência e pronunciamento no prazo de defesa, com ciência tácita em 05/07/2022, conforme Mensagem DT-e anexa às fls. 25/26 da Notificação Fiscal. Decorrido o prazo de defesa, não houve pronunciamento da Notificada. Assim sendo, analisaremos e informaremos sobre os argumentos apresentados na defesa protocolada em 06/06/2022.

Sublinhou que a Notificação Fiscal fora lavrada para lançamento da infração 01 em razão de irregularidades apuradas no decorrer da fiscalização realizada de acordo com a OS 504269/21. Os levantamentos fiscais foram elaborados em obediência às normas legais, através do SIAF - Sistema Integrado de Auditoria Fiscal, tendo como fonte a EFD - Escrituração Fiscal Digital e Documentos Fiscais, cujos arquivos foram disponibilizados pela SEFAZ/BA, como comprovam os documentos de fls. 01 a 14 e a Informação Fiscal que ora anexamos ao presente processo. Os demonstrativos estão em consonância com a infração tipificada no presente processo e seguem anexos às fls. 8/12 e mídia CD, contendo inclusive EFDs e DANFEs - fls. 13 do PAF ora defendido.

Explanou em relação à Infração 01 que os argumentos da Notificada para descharacterizar esta infração são IMPROCEDENTES. A Notificação Fiscal contém apenas uma Infração relativa à Falta

de Recolhimento do ICMS antecipação parcial referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas para fins de comercialização nos períodos de fevereiro/2019, maio/2019 e junho/2019, conforme Demonstrativos: Antecipação parcial do ICMS recolhida a menor ou não recolhida-Resumo do débito e Antecipação parcial do ICMS recolhida a menor ou não recolhida – Lista de notas fiscais/itens que comprovam a procedência da infração e seguem anexos às fls. 8/13 dos autos.

Da análise, constatou-se que a Notificada não comprovou suas alegações, nem comprovou o disposto no § 1º do art. 42 da Lei de nº 7014/96. Mantida a Infração.

Finalizou, ante o exposto, e considerando que a defendante não apresentou levantamentos ou documentos, capazes de des caracterizar o PAF em comento, espera a NOTIFICANTE que seja julgado TOTALMENTE PROCEDENTE, por ser de inteira JUSTIÇA.

Distribuído o Processo Administrativo Fiscal - PAF para esta Junta, fiquei incumbido de apreciá-lo. Entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos presentes nos autos, estando o PAF devidamente instruído. É o relatório.

Participou do julgamento o patrono da Notificada o Advogado o Dr. Paulo Sérgio Barbosa Neves, OAB/BA de nº. 16.707 onde reiterou os argumentos da defesa no sentido de constatar que em outros autos que os produtos arguidos nesta Notificação Fiscal saíram e foram tributados, concluiu-se portanto a conversão da infração em multa penal.

VOTO

A Notificação Fiscal em epígrafe, **no Modelo Fiscalização de Estabelecimento**, lavrada em **31/03/2022** exige da Notificada ICMS no valor histórico de R\$9.845,84 mais multa de 60%, no valor de R\$5.907,51, e acréscimo moratório no valor de R\$1.235,70 totalizando o montante de R\$16.989,05, em decorrência do cometimento de uma única infração (0007.015.001) de deixar de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, cujo o período de apuração se fez nos meses de fevereiro, maio e junho do ano de 2019.

Enquadramento Legal utilizado baseou-se no Artigo 12-A da Lei de nº 7.014/96 e multa tipificada no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei de nº 7.014/96.

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada 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 no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade da Notificação Fiscal.

Em síntese, no mérito, a Notificada consignou que para a presente Notificação Fiscal utilizou-se, emprestado, **o demonstrativo feito para a Infração 9**, do Auto de Infração **294888.0005/22-2**, apresentado para o exercício de 2019 o que nos permitiu compreender totalmente a acusação, onde esta auditoria não constatou saídas sem tributação das mercadorias elencadas nos demonstrativos Anexo XI-I e XII-I, indicando que todas as mercadorias adquiridas para comercialização efetivamente foram tributadas no momento das saídas, descarcendo a necessidade de comprovação uma vez que, tivesse havido o fato, seria apontado e cobrado o ICMS porventura não lançado, uma vez que o fisco aplicou vários roteiros de fiscalização resultando na cobrança de imposto e multa sobre quatorze supostas infrações, e tomado por base essa premissa solicitou a conversão da exigência de tributo em multa consoante preconiza o Artigo 42, II, “d”, da Lei de nº 7014/96.

No arrazoado da Notificante informou-se que quando da impugnação em 06/06/2022, conforme fls. 17/24 dos autos, onde analisando-se os argumentos da defesa apresentada pela Notificada embora conste anexado o recebimento do CD com todas as informações na data de 19/04/2022, visando-se

assegurar a ampla defesa foram reencaminhados para a Notificada pelo DTE em 29/06/2022 todos os levantamentos fiscais que embasam as infrações lançadas no PAF em questão, para ciência e pronunciamento no prazo de defesa, com ciência tácita em 05/07/2022, conforme Mensagem DT-e anexa às fls. 25/26 da Notificação Fiscal. Decorrido o prazo de defesa, não houve pronunciamento da Notificada tendo sido analisado os argumentos apresentados na defesa protocolada em 06/06/2022.

Consignou que os argumentos para descharacterizar a infração não se procedem e que a Notificada não comprovou suas alegações, nem comprovou o disposto no § 1º do art. 42 da Lei de nº 7014/96. Mantida a Infração.

Exame que a lide estabelecida se fez em relação à constatação pela Notificante, conforme a infração tipificada, de que a **Notificada deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial**, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, apondo nos autos **às folhas 09 a 12**, em seus papéis de trabalho, o “Demonstrativo: Antecipação Parcial do ICMS recolhida a menor ou não recolhida – Lista de Notas Fiscais/ itens”.

Também, averiguei constar nos autos à folha 13 a Mídia CD contendo diversas pastas e arquivos (documentação de entrada, saída extraída da Escrituração Fiscal Digital – EFD da Notificada), dentre os arquivos encontra-se, para destaque, os intitulados “Antecipação parcial do ICMS recolhida a menor ou não recolhida - Lista de notas fiscais.2019.pdf” e “Antecipação parcial do ICMS recolhida a menor ou não recolhida - Resumo do débito.2019.pdf” os quais se encontram reproduzidos nos autos.

Ademais, a Notificada fora cientificada do encerramento da ação fiscal, através do Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e (fl. 14), na data de 04/04/2022, onde consta mensagem não lida, aguardando ciência, contendo os anexado os demonstrativos desta presente notificação e de outros procedimentos administrativos fiscais. Novamente fora cientificada a Notificada através do DT-e (fl. 16) do encerramento da ação fiscal, com leitura e ciência expressa, na data de 05/04/2022, contendo anexado os demonstrativos citados. Novamente, em detrimento do corolário do princípio da ampla defesa, na data de 29/06/2022, após a impugnação da Notificada, na data 06/06/2022, concedeu-se, mais uma vez, o prazo de defesa, nos termos da legislação vigente, entendendo-se esta Relatoria que à Notificada fora dada ampla oportunidade para o acesso da documentação desta notificação para o exercício inquestionável do seu contraditório e de sua defesa.

Vale ressaltar que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei de nº 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Sendo que é através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e científicos de quaisquer tipos de atos administrativos, não tendo mais sentido qualquer outra forma de intimação que não o Domicílio Tributário Eletrônico.

Depreende-se que a Notificada trouxe em sua argumentação, **como prova**, a sustentação através de sua interpretação advinda de outro procedimento fiscal, estranho ao feito desta notificação, onde conjecturando-se de que a Notificante **não tipificou infração de saídas sem tributação** das mercadorias elencadas nos “demonstrativos Anexo XI-I e XII-I”, presumiu que todas as

mercadorias adquiridas para comercialização da Notificada efetivamente foram tributadas no momento das saídas, **descarecendo a necessidade de comprovação**.

Vale entender que o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 372, tratou da matéria denominada “Prova Emprestada” a qual comprehende-se como sendo aquela **que foi produzida** em outro processo e que é trasladada **por meio de certidão para os autos de nova causa**, nos quais entra **sob a forma documental**. Pode-se referir a qualquer uma das modalidades probatórias, como documentos, testemunhas, confissões, perícias ou depoimento pessoal. Procedeu, também, dos requisitos para prova emprestada, tendo sido produzida entre as mesmas partes em regular processo judicial, tendo-se observados o devido processo legal e o contraditório e que o fato probando seja idêntico.

Neste sentido, entende esta Relatoria que a Notificada não trouxe aos autos prova com força probatória para se sobrepor a infração tipificada, nem tampouco transmutar a infração tal qual prevista no artigo 42, § 1º da Lei de nº 7.014/96 para a penalidade prevista da multa da alínea “d” do inciso II nos casos de o contribuinte, sujeito ao regime normal de apuração, deixar de recolher o imposto por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, **mas, comprovadamente**, recolher o imposto nas operações de saída, ressaltando-se que não se desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143, RPAF/99).

Isto posto, acato as argumentações da Notificante e voto pela PROCEDÊNCIA da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, em instância ÚNICA, julgar **PROCEDENTE** a Notificação Fiscal nº **294888.0008/22-1**, lavrada contra **TRI STAR SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimada a Notificada para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.845,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de fevereiro de 2023

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

EDUARDO DUTRA FREITAS – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR