

A. I. N° - 180597.0006/12-5
AUTUADO - AFC COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA.
AUTUANTE - ARISTÓVIO FERNANDES PINHEIRO DA FONSECA
ORIGEM - INFRAZ IPIAÚ
INTERNET - 23/07/2015

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0140-03/15

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Em relação às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas na substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Os cálculos foram refeitos, excluindo-se as notas fiscais não acostadas aos autos. Infração subsistente em parte. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Irregularidade apurada com base na escrituração efetuada no livro RAICMS. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/09/2012, refere-se à exigência de R\$526.818,89 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação enquadradas no regime de Substituição Tributária, relacionada no Anexo 88 do RICMS-BA/97, no período de janeiro de 2009 a novembro de 2010. Valor do débito: R\$432.989,04.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de agosto a dezembro de 2010. Valor do débito: R\$93.829,85.

O autuado apresentou impugnação às fls. 20 a 27, alegando que a antecipação tributária do ICMS constitui-se numa sistemática de apuração e cobrança do tributo estadual na qual o fato gerador é considerado ocorrido antes da efetiva saída ou entrega da mercadoria. Entende que se trata de uma presunção criada pela Lei e que tal presunção não é absoluta, admitindo prova em contrário por parte do contribuinte. Isso porque o contribuinte pode comprovar, por exemplo, que as mercadorias registradas nos sistemas fazendários nem sequer chegaram a ingressar no estabelecimento comercial do comprador, em razão de furto, roubo ou outra circunstância alheia à vontade do contribuinte. Diz que em relação às mercadorias adquiridas que jamais cheguem às mãos do contribuinte, o tributo não será devido, sob pena de cair em confisco.

Quanto à infração 02, o defendente afirma que o fato apurado comprova a absoluta regularidade de sua conduta de efetuar os registros contábeis de todas as mercadorias que ingressam ou saem do seu estabelecimento comercial, ainda que, por circunstâncias econômicas adversas à atividade empresarial, eventualmente não possa recolher o tributo lançado, como ocorreu. Diz que no período compreendido entre 31/08/2010 a 31/12/2010, efetuou o lançamento do ICMS devido, embora não o tenha recolhido. Entende que isso comprova o hábito que possui o defendant de cumprir com suas obrigações tributárias acessórias, ainda que sem recursos para arcar com a

principal. Diz que os seus livros fiscais devem ser levados em consideração em relação à presunção relativa de ocorrência do fato gerador da antecipação tributária.

Afirma que não há registro nos livros fiscais de entrada das mercadorias com base nas quais se apurou o ICMS cujas notas fiscais foram registradas nas barreiras fiscais, tendo o autuado como comprador. As ditas mercadorias jamais chegaram ao seu estabelecimento comercial, salientando que tem sido comum que estabelecimentos comerciais diversos, de má-fé e com a intenção de se furtar ao pagamento do tributo devido, têm efetuado compras, em todo Estado da Bahia, utilizando-se do número de inscrição estadual de empresas idôneas. De algum modo, esses compradores conseguem fazer com que, após a carga transportada atravessar a barreira fiscal estadual, ela chegue a um estabelecimento diverso e completamente desconhecido daquele constante na Nota Fiscal de destino.

Salienta que, como afirmado anteriormente, sua escrita fiscal é regular, mesmo quando não recolher eventual imposto por circunstâncias mercadológicas adversas, não deixando de registrar a entrada e saída das mercadorias pertinentes. Entende que neste caso, a escrituração fiscal deve prevalecer, porque possui presunção de veracidade. Assegura que os fatos geradores presumidos jamais ocorreram, a julgar pelo cotejo entre os livros contábeis e os registros na Secretaria da Fazenda.

No caso de não ser acolhido o argumento defensivo anteriormente apresentado, alega que melhor sorte não restará ao presente Auto de Infração, porque na apuração do imposto exigido não foi levado em conta a natureza não cumulativa do tributo. Afirma que ao exigir o ICMS fazendo incidir a alíquota de 17% sobre o total das notas fiscais em questão, sem abater eventual diferença na suposta operação de venda das mercadorias, o ICMS acabou sendo exigido de maneira cumulativa, violando a legislação de regência. Entende que somente admitindo sandice do empresário regularmente inscrito pode-se supor que o mesmo deixe de lançar mercadorias adquiridas em escrituração fiscal e as vendas também sem escrituração fiscal. Isso porque o empresário sabe de antemão que toda a mercadoria adquirida fora da unidade federativa passa pelas barreiras fiscais e é registrada nos sistemas fazendários. Também alega que não escriturar as entradas equivaleria dever ao Fisco o ICMS integral da operação de entrada, sem obter a compensação creditícia regular. Salienta que, caso o presente Auto de Infração seja julgado procedente, mantendo-se os respectivos débitos, deve-se, ao menos, reconhecer ao autuado o direito de se compensar nas futuras operações, por força da não cumulatividade do tributo.

Quanto à multa aplica, de 60%, alega que é uma questão absolutamente fora de propósito e confiscatória. Diz que o STF, em Acórdão recente, já teve oportunidade de expor o afastamento de multa de 60%, por ser absolutamente confiscatória. Transcreve parte do mencionado Acórdão, e afirma que em relação à multa imposta o Auto de Infração deve ser julgado absolutamente improcedente. À luz dos fundamentos fáticos e jurídicos aduzidos nas razões de defesa, o autuado pede a improcedência do presente lançamento.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 29 dos autos, dizendo que não inventou nada que não fosse devido em relação aos créditos reclamados. Que o defendant se esquece ou tenta confundir os julgadores com a falta de verdade. Diz que o ICMS por antecipação tributária exigido nos exercícios de 2009 e 2010 foi devidamente apurado através das notas fiscais de entradas de mercadorias adquiridas pelo autuado em outras unidades da Federação. Essas notas fiscais objeto da autuação foram fornecidas pela própria empresa autuada, conforme Termo de Intimação e apresentação de livros e documentos fiscais.

Quanto ao ICMS lançado e não recolhido, no valor de R\$93.829,85, informa que os valores lançados estão devidamente escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS. As planilhas elaboradas demonstram que não houve recolhimento do tributo à Fazenda Estadual. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

Conforme Acórdão JJF Nº 0120-03/13 (fls. 38/40), o presente Auto de Infração foi julgado procedente, e o autuado apresentou Recurso Voluntário à fls. 49/50.

Apreciando Recurso Voluntário, a 3^a Câmara de Julgamento Fiscal decidiu pela nulidade da decisão de primeira instância (Acórdão CJF Nº 0506-13/13 - fls. 57/59), com o entendimento de que não há nos autos a comprovação da entrega ao autuado das notas fiscais que fundamentam a acusação fiscal ou sua arrecadação junto ao próprio contribuinte, sendo verificado, também, carência de dados no demonstrativo fiscal. Portanto, os autos foram devolvidos a esta Junta de Julgamento Fiscal para saneamento e posterior julgamento.

Em cumprimento à decisão constante no Acórdão CJF Nº 0506-13/13 (fls. 57/59), esta 3^a Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 72) para as seguintes providências:

AUTUANTE:

1. Juntasse cópias das notas fiscais que lastrearam o presente lançamento e o Termo de Arrecadação, se foram obtidas junto ao Contribuinte.
2. Elaborasse novo demonstrativo da infração 02, indicando o tipo de mercadoria, além dos dados relativos ao número da nota fiscal, base de cálculo, MVA, alíquota, ICMS a recolher, ICMS recolhido, diferença de ICMS a recolher.
3. Quanto à infração 02, juntasse cópias do livro RAICMS, correspondentes aos meses objeto da autuação.

A Repartição Fiscal:

Intimasse o autuado e lhe fornecesse as cópias de todos os elementos que fossem acostados aos autos pelo autuante, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de trinta dias para se manifestar, querendo.

Sendo apresentada nova impugnação e/ou comprovados os recolhimentos realizados, o presente processo fosse encaminhado ao autuante para prestar nova informação fiscal acerca das alegações defensivas.

Em atendimento, o autuante informou à fl. 75 que o defendantte foi intimado, em 31/05/2014, mas não entregou as notas fiscais de compras efetuadas. Informou que requisitou as notas fiscais eletrônicas junto ao Sistema SEFAZ/BA e elaborou novo demonstrativo com os dados solicitados no item 2 do encaminhamento da diligência. Também acostou aos autos os comprovantes do ICMS lançado e não recolhido.

O defendantte foi intimado à fl. 248, com reabertura do prazo de defesa, tendo apresentado nova impugnação às fls. 250 a 261. Alega que a intimação recebida não se fez acompanhar da informação fiscal, motivo pelo qual ficou impossibilitado de produzir satisfatória defesa. Alega que as cópias de pretensas notas fiscais que se fizeram acompanhar a intimação não demonstram, nem comprovam que tenham as mercadorias ali indicadas adentrado ao estabelecimento do impugnante, sendo certo que aquelas jamais foram apresentadas ao fisco pelo defendantte. Entende que, se não comprovam o ingresso no estabelecimento autuado das mercadorias indicadas nos documentos fiscais, não podem fazer qualquer prova de ocorrência do fato gerador do tributo. Diz que a presunção legal de ocorrência do fato gerador do ICMS não é absoluta, admitindo prova em contrário por parte do contribuinte e, caso as mercadorias adquiridas jamais cheguem às mãos do contribuinte, o tributo não será devido, sob pena de se cair em confisco.

Afirma que é cediço que tem sido comum que estabelecimentos comerciais diversos, de má-fé e com intenção de se furtar ao pagamento do tributo devido, têm efetuado compras em todo o Estado da Bahia, utilizando-se do número de inscrição estadual de empresas idôneas, com crédito no mercado e regularidade fiscal e diversas denúncias fiscais já foram protocoladas na Secretaria da Fazenda, por muitos empresários, dando conta dessa situação.

Assegura que sua escrituração fiscal é regular, não deixando de registrar a entrada e saída de mercadoria, tanto é que foi autuado porque efetuou o registro da saída de mercadorias, mas não efetuou o recolhimento do ICMS devido. Entende que a escrituração fiscal, nesse caso, deve prevalecer, porque possui presunção de veracidade. Também comenta sobre a escrituração contábil e diz que em relação à presunção de verdade constante nos livros fiscais o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou, conforme processo referente a Agravo Regimental que o deficiente citou nas razões de defesa.

O deficiente também contesta a multa imposta, alegando que a mesma é confiscatória e sem justificativa para tanto. Diz que em relação à multa, o Auto de Infração deve ser julgado absolutamente improcedente. Requer seja declarada a nulidade da intimação realizada, com a determinação, se for o caso, de refazimento da intimação, que se faça acompanhar de todos os documentos necessários à cabal produção da defesa. Se assim, não for entendido, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente ou, ainda, que se reconheça o direito ao crédito do imposto nas operações incluídas na cadeia circulatória da mercadoria, bem como a redução da multa imposta pelo seu caráter confiscatório.

Considerando que na intimação à fl. 248 consta a solicitação para o autuado tomar ciência da informação fiscal, inexistindo qualquer indicação de que a referida intimação foi acompanhada dos demonstrativos e demais documentos acostados aos autos pelo autuante, esta 3^a Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em nova diligência à Infaz de origem (fl. 266) para a repartição fiscal encaminhar nova intimação ao autuado, acompanhada dos documentos de fls. 75 a 239, com a indicação do prazo de trinta dias para se manifestar, querendo, e o autuante prestar nova informação fiscal acerca das alegações defensivas.

A diligência foi cumprida e o deficiente apresentou manifestação às fls. 273 a 289 dos autos. Pede a nulidade da autuação alegando que não há uma concreta descrição do fato gerador do tributo, limitando-se o autuante a imputar o não recolhimento do imposto sem discriminar elementos mínimos necessários ao conhecimento da autuação e garantir ao contribuinte o direito de defesa. Afirma que, se não é possível ao autuado descortinar a ocorrência do fato gerador da ínfima descrição constante no Auto de Infração, tampouco da capitulação dada pelo autuante, não foi assegurado ao contribuinte o seu direito de defesa.

Quanto à capitulação da infração 01, diz que o autuante enquadrou essa infração como incursa no art. 125, II, alínea “b” do RICMS-BA/97. Transcreve o mencionado dispositivo regulamentar, inclusive o seu § 1º. Diz que o enquadramento do próprio autuante indica que o imposto só pode ser exigido do destinatário das mercadorias após restar cabal e formalmente materializada nos autos a impossibilidade de exigência do tributo em relação ao remetente. Afirma que se trata de substituição tributária por antecipação, devendo haver a retenção do imposto com o seu destaque na nota fiscal, por parte do remetente da mercadoria, só sendo possível a exigência do crédito tributário em face do destinatário quando restar demonstrado nos autos o esgotamento de todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição.

Alega que no caso do presente PAF, não é possível verificar qualquer referência à impossibilidade de exigência do imposto em relação ao remetente, responsável tributário por antecipação. Entende que tal requisito deve constar no corpo do Auto de Infração, e sequer é possível falar em convalidação do vício no bojo do PAF, na medida em que, de igual modo, não existe no processo o cumprimento do quanto estabelecido na norma em comento.

Afirma que, por falta de cumprimento ao que estatui o § 1º do art. 125 do RICMS-BA/97, restará impossibilitado o fisco de exigir o imposto em face do adquirente da mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, na sistemática da substituição tributária. Pede a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, em relação à antecipação tributária, alega que não ocorreu o fato gerador do imposto, porque não houve entrada e, por consequência, saída das mercadorias. Afirma que parte o fisco

da presunção de que a existência de notas fiscais em nome do autuado é suficiente o bastante para configurar a ocorrência do fato gerador. Entende que as cópias de notas fiscais que acompanharam a intimação não demonstram, nem comprovam que tenham as mercadorias ali indicadas adentrado ao estabelecimento do impugnante, e que é certo que aquelas notas fiscais jamais foram apresentadas ao Fisco pelo impugnante. Se não comprovam o ingresso no estabelecimento da empresa das mercadorias indicadas, não podem fazer qualquer prova de ocorrência do fato gerador do tributo. Diz que o autuante fez afirmação falsa à fl. 29, quando asseverou que as notas fiscais objeto da autuação foram fornecidas pelo próprio autuado. E o próprio auditor fiscal reconhece à fl. 75, no item b, que o autuado não entregou qualquer nota ao fisco, e que o preposto fiscal requisitou no sistema da SEFAZ/BA.

O defendant reafirma que a tão só existência de notas fiscais não importa o reconhecimento da efetiva entrada de mercadorias no seu estabelecimento, sobretudo quando a próprio contribuinte não reconhece tais aquisição, não as escritura, comunica ao fisco acerca do uso indevido dos seus dados cadastrais e o próprio autuante não tem a certeza sobre a ocorrência do fato gerador. Diz que não há referência nos autos acerca da origem de tais notas fiscais e, diferentemente do afirmado à fl. 29, não existe Termo de Arrecadação por parte do autuante que pudesse inferir que tais notas estivessem de posse do autuado.

Salienta que a antecipação tributária do ICMS constitui-se numa sistemática de apuração e cobrança do tributo estadual na qual o fato gerador é considerado ocorrido antes da efetiva saída ou entrada da mercadoria no estabelecimento comercial respectivo, por ocasião do mero ingresso de mercadorias no território do respectivo Estado-Membro do contribuinte do imposto, com o registro das respectivas notas fiscais no sistema de fiscalização instalado nas fronteiras entre os Estados.

Afirma que a presunção estabelecida na lei não é absolta, mas meramente relativa, admitindo prova em contrário por parte do contribuinte. Isso porque pode o contribuinte comprovar, por exemplo, que as mercadorias registradas nos sistemas fazendários sequer chegaram a ingressar no estabelecimento comercial comprador, em razão de furto, roubo ou outra circunstância alheia à vontade do contribuinte.

Sobre o tema, cita entendimento dos Tribunais pátios e diz que na específica hipótese de não ocorrência do fato gerador presumido na substituição tributária, não há tributo algum a pagar ou, já tendo sido o mesmo pago, é o caso de se operar a restituição do indébito.

Também alega que a última infração comprova a absoluta regularidade da conduta do autuado de efetuar os registros contábeis de todas as mercadorias que ingressaram no estabelecimento comercial, ainda que, por circunstâncias econômicas não possa recolher o tributo lançado. Diz que os seus livros fiscais devem ser levados em consideração em relação à presunção. Afirma que não há registro nos livros fiscais de entradas de mercadorias com base nas quais se apurou o ICMS cujas notas fiscais foram retidas nas barreiras fiscais, tendo o autuado como comprador, é porque as ditas mercadorias jamais chegaram ao seu estabelecimento comercial. Afirma que, de maneira criminosa, efetuaram compras junto a grandes fornecedores de mercadorias, utilizando os dados de CNPJ e inscrição estadual de empresas sérias.

Volta a mencionar que a escrituração fiscal, nesse caso, deve prevalecer e que a situação dos autos salta aos olhos quando se observa que na escrituração contábil consta o registro de operações cuja obrigação principal não fora adimplida integralmente. Se o intuito do contribuinte fosse lesar o fisco é elementar que não haveria escrituração de qualquer operação não efetivamente recolhida.

Quanto à presunção de veracidade contida nos livros fiscais cita o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e afirma que restou patente a não comprovação, por parte do fisco, da ocorrência do fato gerador do ICMS.

Sobre a não cumulatividade do ICMS, ressalta que a exação, tal como posta, constitui-se verdadeiro *bis in idem*, na medida em que olvidou para o postulado constitucional da não cumulatividade do tributo em questão. Diz que, ao exigir o ICMS fazendo incidir a alíquota de 17% sobre o total das Notas Fiscais em questão, sem abater eventual diferença na suposta operação de venda das mercadorias, o ICMS acabou sendo exigido de maneira cumulativa, violando a legislação de regência.

Admitindo que o fato gerador tenha ocorrido, entende que o tributo em questão seria infinitamente inferior do que aquele apurado pela fiscalização, isso porque o montante a ser pago do ICMS na operação de venda das mercadorias seria abatido com o montante devido na antecipação tributária, fazendo-se incidir a alíquota do ICMS sobre o resultado da diferença entre o preço de venda e o preço de compra das mercadorias.

Entende que, não tendo adotado essa sistemática, o Fisco impôs um ônus excessivamente grande ao contribuinte, violando a natureza da não cumulatividade do tributo, porque não levou em conta eventual crédito de ICMS, e tal circunstância denota *bis in idem*. Afirma que o montante apurado no presente Auto de Infração, em verdade, constitui-se em crédito de ICMS a ser compensado nas operações subsequentes aos fatos geradores. Caso o Auto de infração seja julgado procedente, mantendo-se os respectivos débitos, deve-se, ao menos, reconhecer ao autuado o direito de se compensar nas futuras operações, por força da não cumulatividade do tributo.

Em relação à multa aplicada, o defendente alega que em nenhuma das infrações agiu com má-fé, e que o STF, em Acórdão recente, já teve a oportunidade de expor o afastamento de multa de 60% sem justificativa para tanto, por ser absolutamente confiscatória. Entende que em relação à multa imposta, deve o Auto de Infração ser julgado improcedente, e não se diga que falece ao órgão fazendário competência para reconhecimento de inconstitucionalidade na aplicação da lei.

Comenta sobre o princípio da legalidade e diz que a jurisprudência do STF é consolidada no sentido da possibilidade de Tribunal Administrativo reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Neste sentido, cita o posicionamento do Ministro do STF Luis Roberto Barroso.

Por fim, cita o § 8º da Lei 7.014/96 e requer sejam julgadas improcedentes as infrações, ou, em assim não entendendo, que seja determinada a anulação do Auto de Infração para que seja efetuado novo lançamento com identificação das infrações efetivamente cometidas, fazendo a correta capitulação e corrigindo-se as alíquotas aplicadas, com a competente dedução dos valores do ICMS recolhido de mercadorias adquiridas de outros Estados, abrindo-se novo prazo para impugnação.

Em nova informação fiscal à fl. 232, o autuante diz que o defendente tenta procrastinar o andamento do PAF, alegando a não ocorrência do fato gerador, o qual se encontra descrito e as provas documentos foram acostadas às fls. 83 a 239.

Informa que o defendente, não apresentou os DAEs para comprovar os pagamentos referentes às infrações 01 e 02, e tais pagamentos também não constam no sistema de recebimento de créditos do ICMS da SEFAZ/BA.

Também informa que o Fisco comprova através de NF-e acostadas ao presente processo, que houve o fato gerador, e também não ficou comprovado o recolhimento do ICMS Normal. Diante dos fatos apresentados, pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada 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.

O defensor alegou que não há uma concreta descrição do fato gerador do tributo, limitando-se o autuante a imputar o não recolhimento do imposto sem discriminá-lo entre elementos mínimos necessários ao conhecimento da autuação e garantir ao contribuinte o direito de defesa. Afirma que, se não é possível ao autuado descontar a ocorrência do fato gerador da ínfima descrição constante no Auto de Infração, tampouco da capitulação dada pelo autuante, não foi assegurado ao contribuinte o seu direito de defesa.

Em relação à descrição dos fatos, observo que embora seja um pouco resumida, há possibilidade de se entender os motivos da autuação e os correspondentes demonstrativos indicam os dados necessários à compreensão do fato apurado e dos cálculos efetuados pelo autuante.

Quanto à capitulação da infração 01, o defensor alegou que o autuante enquadraria a referida infração como incursa no art. 125, II, alínea “b” do RICMS-BA/97. Disse que o mencionado enquadramento indica que o imposto só pode ser exigido do destinatário das mercadorias após restar cabal e formalmente materializada nos autos a impossibilidade de exigência do tributo em relação ao remetente. Também entende que não é possível falar em convalidação do vício no bojo do PAF, na medida em que, de igual modo, não existe no processo o cumprimento do quanto estabelecido na norma em comento.

Conforme estabelece o art. 128 do CTN, a lei pode atribuir a responsabilidade solidária a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, atribuindo ao contribuinte, em caráter supletivo, a responsabilidade pelo cumprimento total ou parcial da obrigação tributária.

Vale salientar, que além do art. 125, II, “b” da Lei 7.014/96, foi indicado no enquadramento legal o art. 371 do RICMS-BA/97, que prevê que em relação às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas na substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Ademais, não implicaria nulidade da autuação se houvesse erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99.

O defensor requereu a anulação do Auto de Infração e que seja efetuado novo lançamento com identificação das infrações efetivamente cometidas, fazendo a correta capitulação e corrigindo-se as alíquotas aplicadas, com a competente dedução dos valores do ICMS recolhido de mercadorias adquiridas de outros Estados, abrindo-se novo prazo para impugnação.

Sobre esta alegação, conforme estabelece o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo”. Quando se constata a existência de erro na apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção, o que foi providenciado no presente PAF.

Sobre a metodologia aplicada na apuração do imposto exigido no presente Auto de Infração, os demonstrativos do autuante são compreensíveis, indicam os dados relativos aos documentos fiscais objeto da autuação e os valores exigidos. O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal.

Constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o primeiro item do presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, sob a acusação de falta de recolhimento do referido imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97, no período de janeiro de 2009 a novembro de 2010.

No demonstrativo elaborado pelo autuante constam os dados relativos ao número de cada nota fiscal, data, valor, imposto creditado, base de cálculo para antecipação, MVA., alíquota, ICMS a recolher, recolhimento, ICMS devido.

Observo que em se tratando de aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, os prazos para recolhimento do imposto são os previstos no art. 125, II, e § 7º, do RICMS/BA, ou seja, na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada, a depender, se o contribuinte estava ou não credenciado.

Como não houve comprovação da entrega ao defendente de cópias das notas fiscais e, em cumprimento à decisão constante no Acórdão CJF Nº 0506-13/13 (fls. 57/59), em que a 3ª Câmara de Julgamento Fiscal, apreciando Recurso Voluntário, decidiu pela nulidade da decisão de primeira instância, por entender que houve prejuízo para o autuado em relação ao seu direito de defesa, esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência solicitando que o autuante:

1. Juntasse as cópias das notas fiscais que lastrearam o presente lançamento.
2. Elaborasse novo demonstrativo da infração 01, indicando o tipo de mercadoria, além dos dados relativos ao número da nota fiscal, base de cálculo, MVA, alíquota, ICMS a recolher, ICMS recolhido, diferença de ICMS a recolher.
3. Quanto à infração 02, juntasse cópia do livro RAICMS correspondente aos meses objeto da autuação.

O autuante informou à fl. 75 que o defendantte foi intimado, em 31/05/2014, mas não entregou as notas fiscais de compras efetuadas. Também informou que requisitou as notas fiscais eletrônicas junto ao Sistema SEFAZ/BA e elaborou novo demonstrativo com os dados solicitados no item 2 do encaminhamento da diligência, conforme fls. 76 a 82 do PAF. Também acostou aos autos os comprovantes do ICMS lançado e não recolhido (infração 01).

Nas razões defensivas apresentadas após reabertura do prazo de defesa, o autuado alegou que em relação à antecipação tributária, não ocorreu o fato gerador do imposto, porque não houve entrada e, por consequência, saída das mercadorias. Afirmou que parte o fisco da presunção de que a existência de notas fiscais em nome do autuado é suficiente o bastante para configurar a ocorrência do fato gerador. Entendeu que as cópias de notas fiscais que acompanharam a intimação não demonstram, nem comprovam que tenham as mercadorias ali indicadas adentrado ao estabelecimento do impugnante, e que é certo que aquelas notas fiscais jamais foram apresentadas ao Fisco pelo impugnante.

Observo que o levantamento fiscal foi efetuado com base em Nota Fiscal Eletrônica, encontrando-se identificada a chave de acesso para necessária consulta. Neste caso, entendo que existem elementos suficientes para confirmar a realização das operações em nome do autuado, ficando caracterizado que houve a realização de operação sujeita à substituição tributária.

A Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF 07/05).

É obrigatório o uso do Documento Auxiliar da NF-e (DANFE), conforme estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF, para acompanhar o trânsito das mercadorias ou facilitar a consulta dos documentos fiscais eletrônicos, e o DANFE somente poderá ser utilizado para transitar com as mercadorias após a concessão da Autorização de Uso.

Quanto ao argumento do autuado de que não adquiriu as mercadorias, constato que o emitente do documento fiscal objeto da autuação pode ser identificado por meio do DANFE e respectiva chave de acesso. Neste caso, se houve utilização indevida de dados cadastrais pelo fornecedor, o destinatário (autuado), visando se ressarcir de danos morais e materiais, pode acionar judicialmente o fornecedor, haja vista que o remetente das mercadorias poderá ser obrigado a ressarcir o dano moral pela utilização indevida da razão social e dados cadastrais do destinatário, além de ser obrigado ao pagamento ao valor exigido no Auto de Infração, ficando caracterizada a prática de crime contra a ordem tributária, sujeitando-se ao devido processo penal a ser movido pelo Estado.

A alegação defensiva não pode ser acolhida no sentido de anular a autuação fiscal, uma vez que ficou caracterizada a infração relativa à entrada neste Estado de mercadorias sem o devido pagamento do imposto, e este CONSEF tem decidido, de forma reiterada, que as notas fiscais referentes a mercadorias destinadas a um contribuinte constituem prova da realização de operações de aquisição pelo destinatário, inexistindo necessidade de a fiscalização acostar aos autos outras provas. A existência das referidas notas fiscais eletrônicas é considerada prova suficiente da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, salvo prova em contrário, as quais devem ser produzidas pelo contribuinte, no sentido de destituir a exigência fiscal. Ou seja, as notas fiscais obtidas pela fiscalização deste Estado indicam que as mercadorias circularam no território baiano.

O defendente também alegou que, admitindo que o fato gerador tenha ocorrido, o tributo em questão seria infinitamente inferior do que aquele apurado pela fiscalização, isso porque o montante a ser pago do ICMS na operação de venda das mercadorias seria abatido com o montante devido na antecipação tributária, fazendo-se incidir a alíquota do ICMS sobre o resultado da diferença entre o preço de venda e o preço de compra das mercadorias. Caso o Auto de infração seja julgado procedente, mantendo-se os respectivos débitos, entende que se deve, ao menos, reconhecer ao autuado o direito de se compensar nas futuras operações, por força da não cumulatividade do tributo.

Não acato a alegação defensiva, considerando que em relação ao cálculo do imposto relativo à antecipação tributária, na apuração do tributo devido são deduzidos os créditos destacados no documento fiscal, ou seja, o imposto a ser antecipado será calculado aplicando-se a alíquota estabelecida para as operações internas sobre a base de cálculo prevista na legislação, e do valor do imposto resultante será deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, destacado na documentação fiscal, bem como, quando for o caso, o imposto destacado no documento fiscal relativo ao serviço de transporte.

Por outro lado, ocorrido o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, ficando vedada a utilização de crédito fiscal. Isso implica dizer que, com o encerramento da fase de tributação, houve a realização efetiva do fato gerador presumido e, salvo exceções expressas na legislação, não há crédito fiscal a ser utilizado, tanto em relação ao ICMS da operação normal como o imposto antecipado.

O defendente deveria apresentar as provas do não cometimento das infrações, nos termos do art. 123 do RPAF/99, e não cabe a este órgão julgador buscar outras comprovações, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

Em relação às notas fiscais que não foram localizadas e não constam no PAF, não deve ser exigido o imposto, haja vista que não há comprovação do fato e da base de cálculo do imposto exigido, constituindo cerceamento do direito de defesa, e de forma correta, não foram incluídas no levantamento do autuante quando efetuou a revisão do lançamento.

Sobre os novos demonstrativos elaborados pelo autuante, constatei que houve redução do valor exigido, haja vista que foram utilizadas apenas as Notas Fiscais Eletrônicas, de acordo com a informação fiscal e o levantamento efetuado às fls. 76 a 82. Foi incluído o débito relativo ao mês de dezembro de 2010 (R\$31.600,80). Entretanto, o referido mês não constou no demonstrativo de débito original, devendo ser mantidos apenas os valores correspondentes aos meses lançados originariamente, considerando que no julgamento é vedado majorar valores originalmente lançados no Auto de Infração.

Neste caso, o débito relativo ao mês 12/2010, somente pode ser exigido mediante novo procedimento fiscal, podendo o contribuinte, antes de nova ação fiscal sanar a irregularidade, eximindo-se de sanções. Dessa forma, o débito apurado ficou reduzido, totalizando R\$343.887,07, conforme quadro abaixo, elaborado com base no levantamento fiscal (fls. 76 a 82).

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
31/01/2009	09/02/2009	16.978,33
28/02/2009	09/03/2009	14.267,41
31/03/2009	09/04/2009	2.943,67
30/04/2009	09/05/2009	6.755,78
31/05/2009	09/06/2009	11.494,37
30/06/2009	09/07/2009	12.844,78
31/07/2009	09/08/2009	20.138,82
31/08/2009	09/09/2009	14.183,62
30/09/2009	09/10/2009	-
31/10/2009	09/11/2009	997,06
30/11/2009	09/12/2009	-
31/12/2009	09/01/2010	9.260,72
31/01/2010	09/02/2010	-
28/02/2010	09/03/2010	32.775,05
31/03/2010	09/04/2010	7.078,62
30/04/2010	09/05/2010	15.860,18
31/05/2010	09/06/2010	31.811,80
30/06/2010	09/07/2010	16.647,43
31/07/2010	09/08/2010	3.648,30
31/10/2010	09/11/2010	72.734,00
30/11/2010	09/12/2010	53.467,13
TOTAL	-	343.887,07

Concluo pela subsistência parcial da infração 01, considerando que em relação às aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas na substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar, e não houve comprovação pelo defendant quanto ao pagamento do imposto apurado.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de agosto a dezembro de 2010.

O autuante esclareceu que em relação ao ICMS lançado e não recolhido, no valor total de R\$93.829,85, os valores exigidos estão devidamente escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS, e o autuado afirmou nas razões de defesa, que no período compreendido entre 31/08/2010 e 31/12/2010, efetuou o lançamento do ICMS devido, embora não o tenha recolhido.

Considerando que não ficou comprovado pelo defendant o pagamento de ICMS lançado no livro RAICMS, concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal.

O defendant também contestou a multa exigida no presente lançamento alegando que a referida multa é confiscatória. Afirmou que em nenhuma das infrações agiu com má-fé, e que o STF, em Acórdão recente, já teve a oportunidade de expor o afastamento de multa de 60% sem justificativa para tanto, por ser absolutamente confiscatória. Cita o § 8º da Lei 7.014/96.

Observo que a multa e acréscimos legais são decorrentes da autuação, e sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso II, alíneas “d” e “f” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE EM PARTE	343.887,07
02	PROCEDENTE	93.829,85
TOTAL	-	437.716,92

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 180597.0006/12-5, lavrado contra **AFC COMERCIAL DE ESTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$437.716,92**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA