

A. I. Nº - 210540.0005/15-6
AUTUADO - LEANDRO CUNHA PEREIRA - ME
AUTUANTE - MAGDA LÚCIA CAMBUI DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ IRECÊ
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29.08.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0121-02/16

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. CONTRIBUINTE OPTANTE PELO SIMPLES NACIONAL. FALTA DE PAGAMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **b)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Alegações defensivas sem as devidas provas não elidem as imputações. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 05/08/2015, para constituir o crédito tributário ao ICMS no valor histórico de R\$378.651,96, em razão de:

01 – 07.21.01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, 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. Valor histórico da infração R\$363.433,75.

02 – 07.21.03 – Deixou de efetuar o 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 Porto – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor histórico da infração R\$15.218,21.

O autuado ao impugnar o lançamento tributário, folhas 924 a 932, mediante advogado habilitado nos autos, argui nulidade por cerceamento de defesa, por afronta aos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa, salientando que no processo administrativo, o auto de infração deve conter a origem e a natureza do crédito tributário, mencionar o dispositivo legal em que se fundamenta e a descrição completa dos fatos que ensejaram a autuação. É imprescindível que o sujeito passivo conheça as acusações que lhe são imputadas para que possa rebatê-las. No caso em tela, o auto de infração não atende ao preceituado na Constituição Federal. Da descrição elaborada pela autuante não se permite ao contribuinte identificar a origem do suposto crédito tributário ora exigido, pois não apresenta os comprovantes (canhotos) de entrega das citadas mercadorias, impossibilitando por completo o exercício do direito ao contraditório e a ampla defesa.

Como segunda causa de nulidade, alega “*Afronta ao Princípio da Moralidade Administrativa*”, sustentado que o agente do fisco não intimou os remetentes das mercadorias a apresentar os canhotos dos DANFE`s com a assinatura de recebimento das mercadorias, pois nada impede que alguém remeta mercadorias usando os dados cadastrais de terceiros, não podendo o preposto fiscal fiar-se apenas nas informações eletrônicas, deve confronta o REAL com o VIRTUAL.

Frisa que não é dado ao fisco, em sua sanha arrecadatória, avançar sobre o patrimônio alheio, irresponsavelmente, invertendo o ônus da prova, que cabe a quem faz alegações ou imputa infrações a outrem.

Como terceira causa de nulidade, aponta “**Afronta ao Devido Processo Legal e da Ilicitude das Provas**”, salientando que o auto de infração foi lavrado com base em documentos coletados junto ao Sistemas Eletrônicos de Notas Fiscais, entendendo que o procedimento de fiscalização é desleal e abusivo. Aduz que os documentos que embasam a presente autuação não são suficientes para servir como meios de prova.

Frisa que não foram acostados aos presentes autos os recibos (canhotos) de entrega das mercadorias à autuada. Portanto, a aquisição das mercadorias não restou provada, não ocorrendo o fato gerador.

Salienta que é previsto de modo expresso a inadmissibilidade das provas ilícitas no texto constitucional: Art. 5º, Inciso LVI - “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

Cita doutrina e tece comentários sobre o tema, concluindo que nos expressos termos da legislação pátria a utilização de provas obtidas por meios ilícitos é vedada sem qualquer ressalva.

Como quarta causa de nulidade alega “**Insegurança Jurídica do Al. Afronta ao RPAF/99**”, por não atender ao determinado pelo art. 18, inc. IV, alíneas “a” e “b”, do Decreto nº 7.629/99 sustentando que o Lançamento Fiscal não traz provas efetivas de que a autuada realmente recebeu as mercadorias supostamente entregues junto com as indigitadas Notas Fiscais relacionadas nos presentes autos, fica patente a INSEGURANÇA JURÍDICA que contamina o auto de infração em lide. Ao mesmo tempo em que se configura a ILEGITIMIDADE PASSIVA fulminada pelo citado dispositivo regulamentar.

Ao tratar do mérito da autuação, no item 3.1 da peça defesa, intitulada de “**Da Ilegitimidade Passiva. Imputação Equivocada**”, reitera que não há nos autos nenhuma prova cabal de que a autuada adquiriu as mercadorias ou efetuou as operações registradas nas Notas Fiscais Eletrônicas elencadas nos autos. Frisa que é público e notório que é corriqueiro, no SERTÃO da Bahia, ocorrer esse tipo de fraude, quando os remetentes de outros estados utilizam dados de terceiros para enviarem mercadorias por meio de documentação fraudulenta, existindo nas delegacias de Polícia Civil da Região milhares de queixas nesse sentido, bem como a Inspetoria Fazendária de Irecê está cansada de saber. No entanto, nada é feito pelas autoridades competentes para PRENDER os autores desses crimes: “ou por desídia ou por puro medo e frouxidão do Inspetor Fazendário da região.”

Reitera que carece o lançamento fiscal de produção de prova da ocorrência dos fatos geradores e das infrações imputadas, aduzindo que:

A ATE que lavrou o ora contestado A.I. agiu com leviandade e fundamentou a ação fiscal em uma simples relação de Notas Fiscais, sem todavia juntar os COMPROVANTES DE ENTREGA das respectivas mercadorias devidamente assinados. O que é exigido pela legislação comercial para provar a existência da relação de Compra e Venda e para a execução dos títulos extrajudiciais, tais como Duplicatas.

Entende que, da mesma forma, para provar a “circulação” de mercadorias sujeitas ao ICMS e apontar o destinatário que efetivamente as recebeu é mister juntar aos autos os citados comprovantes ou canhotos dos respectivos DANFE`s assinados pelos prepostos da autuada. Não existindo prova ou certeza nos autos quanto ao ingresso das mercadorias no estabelecimento, não há como determinar, com segurança, a infração imputada ao sujeito passivo.

Abaixo traz algumas decisões judiciais e administrativas que demonstram a procedência da nossa argumentação acima exposta.

1. CONSEF-BA. ACÓRDÃO JJF Nº 0333-04/10 1

4a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL. ACORDÃO JJF Nº 0333-04/10

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTARIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTARIA. MEDICAMENTOS, FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Considerando que as notas fiscais foram coletadas nos estabelecimentos do emitente, situados em outras unidades da Federação, não existindo prova ou certeza nos autos quanto ao ingresso das mercadorias no território deste Estado,

não há como determinar, com segurança, a infração imputada ao sujeito passivo, mostrando-se eivada do vício de nulidade a autuação, nos termos do art. 18, IV, "a" do RPAF/BA. Auto de Infração NULO. Decisão unânime

2. SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA-RJ. CONSELHO DE CONTRIBUINTES. QUARTA CÂMARA. RECURSO Nº - 504.858 (31.700) ACÓRDÃO Nº 6.729. INSCRIÇÃO ESTADUAL Nº - 81.427.364. RELATOR - CONSELHEIRO ANTONIO DE PÁDUA PESSOA DE MELLO. ICMS - ENTRADA SEM DOCUMENTAÇÃO. CONFRONTO DE DADOS. DADOS DE FONTES EXTERNAS. INDÍCIOS. AUSÊNCIA DE PROVA CONCLUDENTE. NULIDADE. RECURSO DE OFÍCIO. APRECIÇÃO PELO CONSELHO DE CONTRIBUINTES. REFORMA TOTAL OU PARCIAL DA DECISÃO DA INSTÂNCIA INFERIOR. RECURSO VOLUNTÁRIO. *Os dados obtidos em fontes externas servem como indícios de terem ocorrido entradas desacompanhadas de documentação fiscal ou, mesmo, da falta de escrituração destas, tornando-se imprescindível, porém, o apoio em outros elementos probantes, cuja ausência implica em declarar-se nulo o lançamento, com base no art. 48, inc. IV, do Dec. 2473/79. Processo nº E-34/136.559/2006.*

3. CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Acórdão: 17.107/06/2a, Impugnação: 40.010117998-62. NOTA FISCAL — FALTA DE

DESTAQUE DO ICMS. Imputação fiscal de falta de destaque em nota fiscal de venda de mercadoria. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação e Multa Isolada capitulada no artigo 54, inciso VI da Lei 6763/75. Comprovado nos autos que a nota fiscal acobertou a entrega das mercadorias, corretas as exigências fiscais. Razões da defesa insuficientes para desconstituir o feito fiscal. Lançamento

procedente. Decisão unânime. (...) "que efetivamente as mercadorias descritas na citada Nota Fiscal foram recebidas conforme indica o canhoto assinado".

Ao final, argumenta que diante de tudo que acima foi exposto e da ausência de provas e de certeza nos autos de que as mercadorias efetivamente ingressaram no estabelecimento do impugnante, requer que seja julgado o presente feito, preliminarmente, nulo de pleno direito, ou assim preferindo-se, venha a ser julgado improcedente no mérito.

O autuante, em sua informação fiscal, fls. 975 a 976, destaca que a apuração do imposto tomou como base Notas Fiscais de Entradas apresentadas pelo próprio contribuinte mais as Notas Fiscais Eletrônicas (DANF's), que não foram apresentadas pelo contribuinte, mas que foram obtidas do SPED (Sistema Público de Escrituração Fiscal), do a NF-e é componente.

Ressalta que a Resolução CGSN 94/2011 em seu artigo 64-A estabelece que: O ato de emissão ou de recepção de documento fiscal por meio eletrônico estabelecido pelas administrações tributárias, em qualquer modalidade, de entrada, de saída ou de prestação, representa sua própria escrituração fiscal e elemento suficiente para a fundamentação e a constituição do crédito tributário.

Salienta que o Auto de Infração descreve todas as infrações e foram acostadas ao PAF cópias das Notas Fiscais de Entradas, todas emitidas em nome do contribuinte.

Diz que quem tem que provar que recebeu ou não as mercadorias constantes das notas fiscais objeto da autuação é o contribuinte.

Quanto ao argumento defensivo de requisição pro escrito, aduz o autuante que a defesa não prestou atenção nos anexos do Auto de Infração, onde consta um Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, com a ciência do próprio contribuinte.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

O PAF foi submetido à Pauta Suplementar, do dia 30/06/2016, para discussão e definição sobre a necessidade de diligência, tendo essa 2ª Junta de Julgamento Fiscal definido pela não necessidade de realização de diligência.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS decorrente de 02 (quatro) infrações.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade aos percentuais das multas aplicadas, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito. Ademais, as mesmas foram aplicadas com base no artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, uma vez que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que identificou o infrator, descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, inclusive, indicando com precisão a base de cálculo de cada fato gerador, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados nas impugnações, bem como pela narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas.

Além do mais, observo que o autuante na lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, consta a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais, fato que afasta qualquer alegação de afronta aos postulados constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Especificamente em relação a alegação defensiva de falta de apresentação dos comprovantes (canhotos) de entrega das citadas mercadorias, arguida como causa de nulidade, a mesma também não pode ser acolhida, uma vez que as cópias das Notas Fiscais Eletrônicas, com os dados do contribuinte é prova suficiente da operação nela consignada e, portanto, não há a necessidade da investigação sobre a assinatura do “canhoto”, como também não é necessário intimar os remetentes das mercadorias a apresentar os canhotos dos DANFE`s com a assinatura de recebimento das mercadorias, não sendo o procedimento de fiscalização desleal e abusivo, como entende a defesa.

Sendo as Notas Fiscais Eletrônicas emitidas em nome do contribuinte autuado, estando claro seus dados cadastrais, não há que se falar em ilegitimidade passiva.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, a defesa alega “*Ilegitimidade Passiva*”, alegação que já foi afastada no início do voto, cabendo observar que a responsabilidade tributária é objetiva, a qual não é afastada com a alegação de que supostamente seus dados cadastrais foram utilizados por outros contribuintes, uma vez que não foi acostada nenhuma prova do alegado. Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Quanto a responsabilidade de registro de ocorrência policial e até ações judiciais contra quem a defesa entender que usou seus dados indevidamente cabe, exclusivamente, ao contribuinte que se sentir prejudicado, não tendo pertinência querer transferir tal procedimento à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia.

Como já dito acima, as provas são as cópias das Notas Fiscais Eletrônicas acostado aos autos, juntamente com os Demonstrativos das infrações, fls. 09 a 921.

No que tange ao Acórdão *JJF* N° 0333-04/10, considero que ele não se presta como paradigmas para o caso em lide, pois se trata de Notas Fiscais Eletrônicas.

É importante destacar que as decisões administrativas de outros Estado da Federação, citados pelo contribuinte na peça de defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia.

Logo, ficam mantidas às infrações 01 e 02.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n° **210540.0005/15-6**, lavrado contra **LEANDRO CUNHA PEREIRA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$378.651,96**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “d”, da Lei n° 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2016.

JOSEÉ CARLOS BACELA – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR