

A. I. Nº - 269102.3003/16-5  
AUTUADO - ULTRAFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. - EPP  
AUTUANTE - OSVALDO SILVIO GIACHERO  
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI  
PUBLICAÇÃO - INTYERNET – 23.11.2016

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0207-04/16

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fatos demonstrados e comprovados nos autos através de levantamento fiscal apresentado de forma analítica, de pleno conhecimento do autuado. Argumentos defensivos desprovidos de fundamentos fáticos e jurídicos que respaldem seus argumentos. Não acolhidos os argumentos de nulidade. Não foram apresentados argumentos relacionados ao mérito da autuação. Acusação subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 01/06/2016 objetivando reclamar crédito tributário no valor de R\$211.894,57, acrescido de multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, em face da seguinte acusação: *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior”*. Consta a indicação de que o imposto foi exigido com base no demonstrativo de fl. 07.

O autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 12 a 18, onde, após considerações iniciais, passou a arguir a nulidade absoluta do Auto de Infração de acordo com os argumentos que seguem.

Afirma, preliminarmente, que o Auto de Infração está viciado com nulidades absolutas, haja vista, que foi infringido Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, pois não foi efetuada a juntada das notas fiscais e documentos relacionados à autuação, dificultando o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório. Com isso, afirma, é nulo de pleno direito.

Diz que o princípio do contraditório e da ampla defesa é um princípio basilar do direito constitucional tributário, inserto na CF de 1988 no seu Art. 5º, inciso LV, o qual transcreveu, passando em seguida a citar doutrina e discorre acerca dos princípios da razoabilidade e da verdade real.

Adiante diz que *“no caso “in comento”, é pacífico e uníssono que os fatos geradores do ICMS só podem decorrer da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defeso os lançamentos tributários louvados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade”*.

Nesta linha de argumentação, diz “vislumbrar ser cediço que o tributo só pode incidir sobre fatos reais, quando estes se consideram relevantes juridicamente, ressaltando que para a tributação necessário se torna a existência de prova do fato gerador, a qual deve ter o condão de demonstrar

a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis, pois é o que a doutrina denomina de *princípio da verdade material*”.

Desta maneira, argumentou que, *em matéria de fato não basta argumento. É necessária a prova para que sobre ela forme o juiz a sua convicção. Quem nada prova nada tem, diante disso, é de bom alvitre lembrar que as presunções estão inseridas no âmbito processual das provas, objetivando caracterizar ou positivar atos, fatos, situações, que se encaixem às molduras jurídicas, assim, supor que um fato tenha acontecido ou que a materialidade tenha sido efetivada, não é o mesmo que tornar concreta sua existência, de modo a conferir legitimidade à exigência tributária, a presunção nada mais é que o resultado de um processo lógico, mediante o qual do fato conhecido, cuja existência é certa, infere-se o fato desconhecido ou duvidoso, cuja existência é provável.*

Pontua que o ônus da prova incumbe a quem alega (art. 333, inciso I, do CPC), haja vista a Constituição, assim como a Declaração Universal dos Direitos do Homem garantirem a presunção da inocência e tal regra é válida também em relação a questões de natureza tributária, acrescentando que *é cediço que a hipótese em que existe a inversão do ônus da prova no direito tributário se opera quando, por transferência, compete ao sujeito passivo o ônus de provar que não houve o fato infringente, onde urge ressaltar que sempre essa inversão se origina da existência em lei de uma presunção relativa (Juris Tantum), pois, com exceção da existência de uma presunção tipificada em lei, o ônus da prova caberá sempre a quem acusa.*

Diz ao final que *“o simples indício de infração não autoriza a fiscalização a lavrar um auto de infração arrimado apenas na suposição (presunção não contemplada em lei) de que houve o ilícito, sob pena de se estar tentando cobrar um imposto que não se sabe se realmente é devido, pois com exceção da presunção legal, hialinamente tipificada, até a prova material concreta do fato infringente, a qual ratificaria o ilícito praticado e, qualquer fato ocorrido que se fulcra apenas em mera suposição (presunção), que, se não estiver tipificada em lei, não tem valor probante para arrimar qualquer exigência concernente a repercussão tributária relativa à obrigação principal, porquanto como já foi dito, é condição **sine qua non** para a presunção ser legal, que a mesma esteja disciplinada em lei, sob pena de ser considerada apenas uma suposição”.*

Em conclusão requer que se determine em sede preliminar a nulidade total do presente Auto de Infração, restabelecendo assim o direito e a Justiça, protestando, ainda, provar o alegado por todos os meios de provas úteis em direito, mormente, pela junta de novos documentos e aditamento da presente impugnação.

O autuante prestou a informação fiscal, fls. 24 e 25, o mencionado que como são várias as citações da autuada em sua defesa, prestará a informação fiscal pontualmente a cada uma delas.

Assim, sobre o argumento de falta de juntada das notas fiscais e demais documentos pertinentes ao presente diz que *“a defesa faltou com a verdade”*, pois as notas fiscais apuradas na auditoria são exclusivamente de natureza eletrônica, e que na folha 20 deste processo está o CD com o arquivo eletrônico de todas as notas fiscais consideradas, bem como as planilhas de cada infração apontada, e ainda que, na folha 07, consta o recibo de entrega de cópia do mesmo CD à autuada quando de sua ciência, estando cada arquivo criptografado pelos números de série anotados nesta mesma folha e que os demais papéis de trabalho estão apensos ao presente Auto de Infração.

A respeito do segundo argumento defensivo relacionado a descumprimento do Princípio da Razoabilidade, diz que a defesa não aponta a desproporção aplicada que justifique a falta de razoabilidade dita praticada, apenas alega que o autuante é sabedor da legalidade da sua contabilidade e que deveria ter considerados seus registros. Considera absolutamente inverídico este argumento vez que o trabalho da fiscalização é exatamente confrontar a contabilidade e a prática fiscal da autuada com a lei e o que se constatou foi a falta de recolhimento do imposto reclamado, omissões e equívocos que resultaram em multa.

Sobre o terceiro argumento defensivo relacionado ao Princípio da Legalidade e exacerbo a lei, assevera que novamente a defesa não aponta um fato específico além da lavratura do próprio Auto de Infração, sendo que os valores exigidos se fundamentam na documentação exposta no presente Auto de Infração, e que todos os valores possuem lastro nos documentos acostados, estando todos corretos, não existe nenhuma ilegalidade e nenhum exacerbo, ao tempo em que a defesa não foi capaz de apontar nenhuma ilegalidade, se limitou a fazer divagações genéricas.

No tocante a quarta colocação da autuada referente ao Princípio da Verdade Material e inexistência da prova do fato gerador do imposto, diz que *“a defesa anda em círculos pela falta de argumentos concretos, pois a documentação já mencionada faz prova da ocorrência do fato gerador de imposto e das multas, ora cobrados”*.

Ao final diz que a defesa argumenta que o ônus da prova cabe ao autuante e que a presunção de ilícito não está contemplada na lei. A este respeito afirma que não se trata de presunção, e sim de compras interestaduais de medicamentos, devidamente comprovadas pelas notas fiscais eletrônicas contidas no CD anexo, cuja cópia foi entregue à autuada, enquanto que as notas fiscais apresentadas eletronicamente são a prova concreta de aquisição interestadual de medicamento e consequentemente do fato gerador imputado a essas entradas.

## VOTO

O autuado iniciou sua peça defensiva arguindo a nulidade absoluta do Auto de Infração ao argumento de que o autuante haver descumprido as normas previstas pelo Art. 39 do RPAF/BA. Não é o que vejo nestes autos, haja vista que o mencionado artigo dispõe que:

**Art. 39.** O Auto de Infração conterá:

*I - a identificação, o endereço e a qualificação fiscal do autuado;*

*II - o dia, a hora e o local da autuação;*

*III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;*

*IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:*

*a) a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento, se diferente daquela;*

*b) a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, dispensada essa indicação nos casos de imposto lançado mas não recolhido, antecipação tributária e outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma base de cálculo específica, devendo, nesse caso, ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido;*

*c) a alíquota ou, quando for o caso, o percentual de cálculo do tributo;*

*d) o percentual da multa cabível ou a sua determinação em quantidade de Unidades Padrão Fiscal (UPF-BA);*

*e) o valor ou as parcelas do tributo ou dos acréscimos tributários decorrentes de pagamento intempestivo, por período, com indicação precisa do valor histórico e do valor atualizado até a data da autuação;*

*f) o total do débito levantado;*

*V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação:*

*a) em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória;*

*b) tidos como infringidos;*

*c) em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente;*

*VI - outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da*

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

*VIII - a indicação da repartição fazendária onde o processo permanecerá aguardando o pagamento ou defesa;*

*IX - o nome, o cadastro e a assinatura do autuante;*

*X - a assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa.*

**§ 1º** O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

**§ 2º** Na lavratura do Auto de Infração, não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-á o tributo devido no último mês do período fiscalizado.

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

Da análise do supra citado dispositivo regulamentar observo que apesar de sua extensão, o autuado não apontou objetivamente qual ou quais os itens que não foram obedecidos pelo autuante. Limitou-se, apenas, a fazer uma citação genérica, que em nada lhe socorre, pois a autuação, como veremos adiante, atendeu, a contento, todas as regras constantes no referido artigo.

Desta forma, não acolho este argumento defensivo.

No que toca ao outro argumento de que foi atingido o princípio da razoabilidade e que os atos do Fisco deverão estar dentro do que determina a Lei, mais uma vez não se sustenta a tese defensiva, já que o lançamento está amparado rigorosamente na Lei, atendendo a contento o princípio da verdade real e não se pautou a um simples indício de ilegalidade.

Isto porque, o lançamento está consubstanciado no levantamento fiscal efetuado de forma analítica pelo autuante, conforme se espelha no CD de fl. 08, onde se visualiza no demonstrativo de apuração do débito: o número de cada nota fiscal, o mês e a data da emissão, a natureza da operação, o estado de origem, o emitente e seu CNPJ, o item autuado, a redução da base de cálculo, a MVA, a vinculação às listas positiva ou negativa, o produto, a NCM o CFOP e os respectivos cálculos individualizados.

Registre-se, por oportuno, que através de louvável procedimento, o autuante, antes de lavrar o Auto de Infração, em 07/04/2016, entregou ao autuado um termo prévio de autuação fiscal. fl. 05, oportunidade em que lhe concedeu o prazo de 20 (vinte) dias para que fosse por este revisado o levantamento, **com o intuito de elidir futura autuação fiscal**, o que, infelizmente não foi atendido pelo autuado.

Ora, diante de um procedimento desta natureza, não se sustentam os argumentos defensivos de que houve cerceamento ao seu direito de defesa e que a autuação ofendeu ao princípio da verdade real por não incidir sobre fatos reais e que a autuação se deu por mera suposição. Os fatos estão fartamente comprovados nos autos e todos são de pleno conhecimento do autuado, conforme está comprovado nos autos, o qual não se desincumbiu do ônus de desconstituir o lançamento, ao contrário, se limitou, apenas, a arguir nulidades inexistentes.

De maneira que pelo fato da defesa se apresentar desprovida de fundamentos fáticos e jurídicos que respaldem seus argumentos e, considerando ainda, que não foram apresentados argumentos relacionados ao mérito da autuação, é que não acolho todos os argumentos defensivos pertinentes aos aspectos formais da autuação por não vislumbrar quaisquer fatos que iniquem de nulidade o lançamento, julgo Procedente o Auto de Infração em lide.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269102.3003/16-5** lavrado contra **ULTRAFARMA COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA. – EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$211.894,57**, acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 08 de novembro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR