

A. I. Nº - 217366.0048/15-1
AUTUADO - SEMP COMERCIAL LTDA - ME
AUTUANTE - WILSON DE ALBUQUERQUE MELO JUNIOR
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO – INTERNET – 06.12.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0223-04/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. RECOLHIMENTO A MENOS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Infração não elidida. De acordo com o art. 13, §1º, XIII, “g” da Lei Complementar nº 123/2006 é devido o ICMS nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal, com encerramento da tributação. Após saneamento houve diminuição do imposto exigido. Rejeitadas as arguições de nulidades aventadas pelo impugnante. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/12/2015, exige ICMS no valor de R\$243.061,56, pelo recolhimento a menos 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 em fevereiro a agosto de 2015, com multa de 60%.

Consta consignado no corpo do Auto de Infração que o contribuinte realiza operações comerciais com produtos enquadrados no regime da substituição tributária, exclusivamente. Que no curso da ação fiscal foi detectado de que todos os recolhimentos do imposto relativos ao referido regime foram efetuados sem a adição da MVA na sua base de cálculo, o que gerou as divergências no pagamento do imposto devido por antecipação tributária nas operações de aquisições interestaduais das referidas mercadorias.

O contribuinte em sua impugnação (fls. 35/44), através de patrono, após pontuar a tempestividade de sua defesa e descrever a infração, apresenta preliminar de nulidade ao Auto de Infração por falta de sua clareza, prejudicando o princípio do contraditório e da ampla defesa já que nos autos não existe um demonstrativo de como foram obtidos os valores utilizados na determinação da base de cálculo do imposto e que a alíquota indicada no corpo do Auto de Infração resta equivocada.

Que a acusação baseia-se no art. 34, III, da Lei nº 7.014/96 e art. 289, § 1º, II, “b”, do RICMS/12, transcritos. No entanto, ao analisar tais dispositivos legais e os demonstrativos apresentados pelo fisco verificou que a descrição da infração não se coaduna com a penalidade aplicada.

Em seguida, discorre a respeito de atos administrativos, colacionando jurisprudência.

No mérito, apresenta os seguintes argumentos:

1. Não há prova nos autos da ocorrência do fato gerador do imposto, pois não resta comprovado o ingresso das mercadorias “*que não tenham sido submetidos à tributação*”.

2. Que a multa sugerida é confiscatória, com valor nitidamente excessivo e desarrazoado.
3. Encontra-se enquadrado no Simples Nacional, sujeitando-se ao recolhimento da antecipação parcial com base no art. 13, § 1º, XIII, “g” e “h” da Lei Complementar (LC) nº 123/2006. E que o Auto de Infração decorreu de “suposta insuficiência de recolhimento deste tributo, sendo efetuado o lançamento do débito (art. 149, do CTN). Acrescenta que o referido artigo da LC nº 123/2006 é constitucionalmente duvidoso.
4. Como a Constituição Federal dá tratamento diferenciado aos pequenos e micro empresários (descreve), *“é correto afirmar que o lançamento do tributo se subordina à efetiva ocorrência do respectivo fato gerador (ingresso no Estado da Bahia, oriundo de outro Estado), sendo que sem essa prova inequívoca, não se pode exigir a antecipação do ICMS”*. E no caso presente, *“não existe prova robusta de ingresso de mercadorias que não tenham sido submetidos à tributação”*
5. Afirma que a matéria da presente lide perpassa *“pela análise do valor jurídico-probatório dos indícios e das presunções no campo do direito tributário”*, conforme comenta, para afirmar, em seguida que o *“Auto de Infração não aponta qual foi o elemento de prova que utilizou para considerar a existência de mercadorias adquiridas pela contribuinte autuada fora do Estado da Bahia e em razão das quais seria devedora do ICMS sob o regime da antecipação parcial, por que nenhuma das mercadorias que deram ensejo à cobrança de ICMS sob o regime de antecipação efetivamente ingressou no estabelecimento da Recorrente, de sorte que nada é por ela devido a esse título”*.
6. Afora que o preposto fiscal ainda considerou para cobrança do imposto mercadorias destinadas ao uso e consumo (garfos e canecas plásticas), em desconexão ao comando do art. 4º, da LC nº 123/2006.
7. Diante da forma como foi conduzida a fiscalização é ela frágil e insubsistente, o que o leva a concluir que nela existe vício material insanável.

Conclui querendo:

1. Que o Auto de Infração seja considerado totalmente improcedente por flagrante cerceamento do seu direito de defesa e da utilização de *“método incompatível com os elementos técnicos existentes”*, conforme argumentos que expôs.
2. Provar tudo o quanto alegado por todos os meios admissíveis em direito.
3. Protesta pela eventual juntada posterior de documentos, em atendimento ao princípio da verdade material.

O autuante presta sua informação fiscal (fls. 58/60) nos seguintes termos.

1. A respeito da inexistência de demonstrativos relativo a apuração do valor do imposto ora exigido, discorda da afirmativa do defendente pois os mesmos encontram-se apensados às fls. 09/18 dos autos, a empresa os recebeu, conforme recibo de entrega da mídia eletrônica de fl. 30 (devidamente assinado pelo seu contador) onde constam todos os documentos relativos à fiscalização, inclusive as transcrições de NF-es autorizadas. Do mesmo modo, existe nos autos recibo de devolução das notas fiscais de entradas e da DEFIS - Declaração de Informações Sócio-Econômicas e Financeiras.
2. Relativamente a afirmativa da existência de erro na aplicação das alíquotas, as únicas aplicadas foram aquelas do estado de origem e do destino, conforme provam os demonstrativos realizados.
3. Quanto ao mérito, diz que não iria discutir a constitucionalidade da LC nº 123/2006.
4. A respeito da afirmativa do impugnante de que nos autos não existem provas robustas do ingresso das mercadorias no estabelecimento autuado, observa:

- a) Não existe nos autos qualquer afirmativa de que houve entradas de mercadorias originárias de outros estados que não tenham sido tributadas.
 - b) Com o reconhecimento da empresa de que as mercadorias foram, realmente, tributadas e que o imposto foi recolhido aos Cofres Público, restava patente o ingresso das mercadorias no estabelecimento autuado.
5. Que o fulcro da autuação é o fato do contribuinte realizar operações comerciais com produtos enquadrados no regime da substituição tributária, recolheu o imposto sem a adição da MVA na sua base de cálculo, o que gerou as divergências no pagamento do imposto devido.
 6. Que na autuação considerou todos os recolhimentos efetuados com o código de receita 2175 (antecipação parcial), conforme demonstrativos de fls. 15/18 para o cálculo da diferença do ICMS ora exigido.
 7. Concordeu com o defendente a respeito dos produtos colher, garfo, faca e canecas plásticas, os excluindo da autuação.

Pugna pela procedência parcial do Auto de Infração no valor de R\$199.634,84.

Chamado para ciência da informação fiscal (fls. 67/68) o defendente manifesta-se (fls. 70/72) ratificando os termos de sua inicial.

Contesta a afirmativa do autuante de que havia “confessado” o ingresso das mercadorias em seu estabelecimento. Em seguida, apresenta em síntese, os mesmos argumentos já anteriormente expostos: que a autuação encontra-se baseada em mera presunção já que não existe a prova do efetivo ingresso das mercadorias em seu estabelecimento e que recolheu o imposto obedecendo à legislação tributária.

Acrescenta nesta sua argumentação que o fisco não detém o monopólio da verdade. Ao contrário, inúmeras críticas podem ser feitas a sua conduta por ignorar as normas a que está submetido.

Ademais, deixou o autuante de se manifestar sobre o seu argumento quanto ao caráter confiscatório da multa sugerida.

Concordando com a exclusão do imposto realizado pelo autuante quando prestou sua informação fiscal, requer a improcedência do Auto de Infração e protesta por eventual juntada posterior de documentos.

O autuante presta informação a respeito da manifestação da empresa (fls. 75/76).

Primeiramente ratifica a sua anterior informação. Em seguida, discorda do impugnante quanto ao fato da autuação ter se baseado em mera presunção, pois ela encontra-se calcada em NF-es referentes às operações de aquisições de mercadorias existentes no banco de dados desta SEFAZ. Nenhum procedimento foi adotado pela empresa para contestar sequer uma única nota fiscal, de acordo com o procedimento adotado pela Receita Federal.

Traz novamente seu entendimento de que a forma como foi apresentada a defesa, ela não discordou de que as mercadorias ingressaram no estabelecimento autuado.

Pontuando que o impugnante concordou com a exclusão da autuação dos produtos conforme realizou quando de sua informação fiscal e de que o fulcro da autuação diz respeito a substituição tributária, sendo que foram considerados os pagamentos do imposto realizados sob o código de receita 2175.

Pugna pela procedência parcial do Auto de Infração.

Na assentada de julgamento o Presidente desta JJF, Sr. Carlos Fábio Cabral Ferreira, declarou-se impedido de participar do julgamento deste Auto de Infração tendo em vista o grau de

consanguineidade (3º) com a advogada do autuado e com base nas determinações do art. 40, do Regime Interno deste Colegiado que assim dispõe:

Art. 40. O Julgador ou Conselheiro deverá declarar-se impedido de estudo, discussão, votação e presidência do julgamento de processo que lhe interesse pessoalmente, direta ou indiretamente, ou a seu cônjuge ou parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau civil, inclusive, ou a sociedade de que faça ou tenha feito parte como sócio, gerente, membro de diretoria ou de conselho ou como advogado.

Em assim sendo, esta relatora assumiu a presidência da sessão para dar prosseguimento ao julgamento do presente processo.

VOTO

A infração do presente processo exige o ICMS, diante do seu recolhimento por antecipação/substituição tributária, por 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.

O impugnante apresenta as seguintes preliminares a nulidade do presente Auto de Infração.

1. Não existe nos autos um demonstrativo de como foram obtidos os valores utilizados na determinação da base de cálculo do imposto e que a alíquota indicada no corpo do Auto de Infração resta equivocada.
2. Que a acusação baseia-se no art. 34, III, da Lei nº 7.014/96 e art. 289, § 1º, II, “b”, do RICMS/12, No entanto, ao analisar tais dispositivos legais e os demonstrativos apresentados pelo fisco verificou que a descrição da infração não se coaduna com a penalidade aplicada.

A respeito da primeira preliminar, ao contrário do que afirma o impugnante, todos os demonstrativos para apuração do imposto foram elaborados, conforme constam às fls. 09/18 dos autos. Foram eles entregues ao representante da empresa - “Recibo de Arquivos Eletrônicos” constante a fl. 30 dos autos. Não há assim o que se cogitar ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Quanto à alíquota aplicada, embora por deficiência do sistema informatizado desta Secretaria de Fazenda no corpo do Auto de Infração, consta aquela de 7%. No entanto, ao analisar os demonstrativos de débito (parte integrante do Auto de Infração) a alíquota tomada foi a correta, ou seja, aquela de 17% - alíquota interna deste Estado para cálculo do imposto relativo à substituição/antecipação tributária. Quanto as alíquotas interestaduais, foram elas, igualmente, indicadas (7% ou 12%), objetivado conhecer o percentual da MVA a ser aplicada. Inclusive os cabeçalhos destes demonstrativos são expressamente claros ao indicar que a acusação se trata do imposto apurado por antecipação tributária sobre mercadorias enquadradas no regime da antecipação tributária e o seu recolhimento a menos (fls. 09 e 15/18). Mais uma vez, não há motivação para se alegar desobediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Quanto a acusação basear-se no art. 34, III, da Lei nº 7.014/96 e art. 289, § 1º, II, “b”, do RICMS/12, de igual forma, não é motivação para se solicitar a nulidade do lançamento fiscal, conforme disposto no § 2º do art. 18, do RPAF/BA: *Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.*

Afora que ao analisar os dispositivos legais sugeridos pelo autuante constata-se que:

1. A art. 34, III, da Lei nº 7.014/96, embora genérico, é dispositivo pertinente à lide em questão.
2. O art. 289, do RICMS/12 é aquele que a norma regulamentar trata das disposições legais a respeito das mercadorias sujeitas à substituição tributária por antecipação: *Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as*

mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento. Assim, tem total pertinência com a acusação, que foi o seu recolhimento a menor.

3. Quanto ao seu § 1º, II, “b”, de fato, seria dispensado, já que aqui não se está a discutir a forma como os contribuintes atacadistas, revendedores e varejistas deverão tomar objetivando ajustar os estoques de mercadorias por ocasião de inclusões no regime de substituição tributária. No entanto e mais uma vez, deve-se lembrar aqui as determinações do § 2º do art. 18, do RPAF/BA.

No mais, tanto o art. 34, da Lei nº 7014/96 como o art. 289, do RICMS/12, essencialmente este último, indica a infração ora em combate e se coaduna com a penalidade aplicada, que trata da substituição/antecipação tributária.

Finalmente, a descrição da acusação constante do Auto de Infração encontra-se claramente exposta, não havendo dúvidas sobre a mesma, ou seja, que no curso da ação fiscal foi detectado de que todos os recolhimentos do imposto relativo ao referido regime (antecipação tributária) foram efetuados sem a adição da MVA na sua base de cálculo, o que gerou as divergências no pagamento do imposto devido por antecipação tributária nas operações de aquisições interestaduais das referidas mercadorias.

Isto posto, o Auto de Infração foi lavrado com indicação dos elementos constitutivos (sujeito passivo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os arts 38 a 41 do RPAF/BA. O método de fiscalização está perfeitamente descrito no Auto de Infração e nos papéis de trabalho que o autuado recebeu.

As nulidades aventadas são rejeitadas.

O impugnante ao adentrar no mérito da lide, o faz, requerendo a nulidade do Auto de Infração por erro material tendo por base os seguintes argumentos.

1. Sendo enquadrado no Simples Nacional tem tratamento tributário diferenciado.
2. Embora indicando a “duvidosa inconstitucionalidade do art. 13, § 1º, XIII, “g” e “h” da LC nº 123/2006 deve recolher o imposto por antecipação parcial, o que fez.
3. Não existe nos autos prova inequívoca das aquisições das mercadorias que deram base à autuação, ou seja, a prova de que adentraram no estabelecimento autuado. Em assim sendo, resta ela baseada em indícios e presunção. Diante desta argumentação diz categoricamente não ser devedora do ICMS *“sob o regime da antecipação parcial, por que nenhuma das mercadorias que deram ensejo à cobrança do ICMS sob o regime da antecipação efetivamente ingressou no estabelecimento da Recorrente, de sorte que nada é por ela devido a esse título”*.

Para o deslinde da lide, inicialmente é necessário se diferenciar o enquadramento de uma mercadoria no regime da substituição/antecipação e a exigência do pagamento da antecipação parcial, perante a norma tributária vigente.

Ela distingue a antecipação tributária propriamente dita da antecipação por substituição tributária. Na primeira hipótese, determina que o próprio contribuinte antecipe o pagamento do imposto, ou seja, a responsabilidade do seu pagamento é do adquirente da mercadoria. Na segunda hipótese, a lei transfere a responsabilidade pelo pagamento do imposto que seria devido pelo contribuinte à terceiro, que se torna responsável pela sua retenção e pagamento (art. 8º e §§, da Lei nº 7014/96). E, em ambas as hipóteses, a fase de tributação encontra-se encerrada, não podendo nem o Estado, nem o contribuinte exigir complementação ou restituição do imposto, salvo se for constatado erro ou outra circunstância que exija correção (§ 9º, da nominada lei), enquanto que os créditos fiscais constantes dos documentos fiscais são abatidos quando da apuração do imposto devido por antecipação/substituição tributária.

Ao contrário do acima exposto, a antecipação parcial tributária não encerra a fase de tributação e por tal situação, não pode ser aplicada às mercadorias enquadradas no regime da antecipação ou substituição tributária (§ 1º, III, do art. 12-A, da Lei nº 7014/96), não é aplicada qualquer MVA e os seus créditos devem ser apropriados (art. 26, § 6º, da Lei nº 7014/96). Ela *abrange as entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.*

Aqui o que se exige, ao contrário, do que categoricamente prefere o impugnante caminhar e discutir não é a exigência do imposto por antecipação parcial e sim a sua exigência por antecipação tributária total já que calçados (mercadorias autuadas) encontram-se neste regime enquadrados conforme disposto no art. 289, do RICMS/12 (transcrito neste voto) e seu Anexo 1, item 9 - Calçados - NCMs 6401, 6402, 6403, 6404 e 6405.

Em segundo, resalto que não cabe a este Colegiado discorrer sobre matéria de constitucionalidade, ou não, da norma tributária, conforme prevê as determinações contidas no art. 167, I, do RPAF/BA.

O enquadramento de uma micro e mesmo pequena empresa no regime do Simples Nacional é opção do contribuinte, ou seja, ele, mesmo tendo tal porte, não está obrigado a aderir-lo. Tal situação resta expressa no art. 16, da Lei Complementar nº 123/2006 e Resolução CGSN nº 4, de 30/05/2007 que dispõe sobre a opção pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional).

Sendo opcional, cabe a cada um analisar a conveniência, ou não, de realizar tal opção. No entanto, ao fazer esta opção deve, por obrigação, obedecer a todas as regras do regime estabelecidas.

Em assim sendo, determina o art. 13, da Lei Complementar nº 123/2006:

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

....

§ 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:

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;

Portanto, é a própria Lei Complementar, que rege o regime de apuração do imposto a qual se encontra incluído o impugnante que dá lastro legal ao imposto ora exigido.

Com base nestas disposições legais, o RICMS/12 assim dispõe:

Art. 319. O Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional obedecerá ao disposto na Lei Complementar Federal nº 123, de 14/12/2006, às resoluções do Comitê Gestor de Tributação das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte e, no que couber, as normas da legislação do ICMS.

Art. 321. O recolhimento na forma do Simples Nacional não exclui a incidência do ICMS devido:

I - nas operações ou prestações sujeitas ao regime de substituição tributária;

{...}

VII - nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros estados e Distrito Federal:

- a) com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 da Lei Complementar nº 123, de 14/12/2006;

No que toca a falta de prova das aquisições das mercadorias, primeiramente é necessário frisar que o que se exige neste lançamento fiscal é a diferença de imposto recolhido pelo contribuinte, ou seja, ele próprio recolheu o imposto sobre as operações comerciais de aquisições de mercadorias, porém o fez como se elas (“calçados”) não estivessem enquadradas no regime interno da antecipação tributária, portanto não agregando as MVAs determinadas pela norma regulamentar. E este foi o ponto da autuação, ou seja, o imposto ora exigido decorreu do seu correto cálculo com a aplicação das referidas MVAs. O imposto recolhido como se fosse de antecipação parcial de tais mercadorias, em relação a estes documentos fiscais, foram abatidos quando do cálculo do imposto (pagamentos efetuados com código de receita 2175).

Diante deste quadro e prova, soa estranho a afirmativa do impugnante de que não adquiriu as mercadorias consignadas nos referidos documentos fiscais.

No mais, se, acaso, sobre alguma NF-e constante dos levantamentos não houve o recolhimento equivocado do imposto por antecipação parcial, deveria o defendente indicar, com prova de que não adquiriu tal mercadoria, já que aqui se trata de NF-es.

O Ajuste SINIEF 07/05 que instituiu a NF-e em âmbito nacional, na sua Cláusula sétima, § 7º determina que o emitente da NF-e, obrigatoriamente, encaminha ou disponibiliza download do arquivo da NF-e e seu respectivo Protocolo de Autorização de Uso ao destinatário e ao transportador contratado, imediatamente após o recebimento da autorização de uso da NF-e. E na sua Cláusula décima obriga o emitente e o destinatário em manter NF-e em arquivo digital, sob sua guarda e responsabilidade, pelo prazo estabelecido na legislação tributária, mesmo que fora da empresa, devendo ser disponibilizado para a Administração Tributária quando solicitado.

E para controle dos adquirentes das mercadorias constantes nas NF-e, assim determina o Ajuste SINIEF 07/05:

Cláusula décima

§ 1º O destinatário deverá verificar a validade e autenticidade da NF-e e a existência de Autorização de Uso da NF-e.

§ 2º Caso o destinatário não seja contribuinte credenciado para a emissão de NF-e, alternativamente ao disposto no caput, o destinatário deverá manter em arquivo o DANFE relativo a NF-e da operação, devendo ser apresentado à administração tributária, quando solicitado.

E, pergunta-se, como pode o destinatário realizar tal controle?

O mesmo Ajuste SINIEF 07/05 dá a resposta (redação à época dos fatos geradores):

Cláusula décima quinta Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, de que trata a cláusula sétima, a administração tributária da unidade federada do emitente disponibilizará consulta relativa à NF-e.

§ 1º A consulta à NF-e será disponibilizada, em “site” na internet pelo prazo mínimo de 180 (cento e oitenta) dias.

§ 2º Após o prazo previsto no § 1º, a consulta à NF-e poderá ser substituída pela prestação de informações parciais que identifiquem a NF-e (número, data de emissão, CNPJ do emitente e do destinatário, valor e sua situação), que ficarão disponíveis pelo prazo decadencial.

§ 3º A consulta à NF-e, prevista no caput, poderá ser efetuada pelo interessado, mediante informação da “chave de acesso” da NF-e.

§ 4º A consulta prevista no caput poderá ser efetuada também, subsidiariamente, no ambiente nacional disponibilizado pela Receita Federal do Brasil.

E esta consulta pode ser pública, ou seja, qualquer pessoa pode acessá-la. No caso da Bahia, pode se acessar através do endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br ou no Portal Nacional www.nfe.fazenda.gov.br e digitar a chave de acesso constante no DANFE. É possível fazer a consulta completa ou resumida da NF-e.

Ainda existem outras consultas que podem ser realizadas, porém a nível mais restrito, a exemplo das consultas que podem ser feitas pelo emissor dos documentos fiscais, bem como pelos destinatários. Neste ambiente estão todas as NF-es emitidas tanto pelo CNPJ do emitente como pelo destinatário.

A partir de setembro de 2012, foi acrescentado ao Ajuste SINIEF 07/05 a sua Cláusula décima quinta-A (Ajuste SINIEF 05/12) que trata do chamado “Evento da NF-e”, dando maior controle as operações comerciais realizadas e incorporados como obrigatórias pelo RICMS/12 no seu art. 89, § 14 a partir de 15/08/14, para determinado grupo de contribuinte, que ao longo do tempo está sendo ampliado.

Com a alteração nº 28, Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, efeitos a partir de 01/01/15, foi acrescentado o § 16, ao art. 89, do RICMS/12 com a seguinte redação:

§ 16. O contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”;

E embora não afeito ao período da autuação, o RICMS/12 ainda dispõe:

§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado.

(O § 17 foi acrescentado ao art. 89 pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos a partir de 01/01/16).

Conforme apresentado, o contribuinte já possuía meios, à época dos fatos geradores, de controlar as suas operações comerciais.

No mais, fiz todas estas considerações, pois entendo que no caso de uma NF-e, ela desde antes já possuía uma série de controles que poderiam levar com maior facilidade a se provar, por ela própria, a sua completa idoneidade, além de dar ao contribuinte destinatário condições de sua verificação.

Afora tudo ora exposto, as mercadorias autuadas são afetas à atividade comercial do autuado e todas elas estão autorizadas, sem qualquer evento que possa acusar alguma irregularidade, não havendo necessidade de se comprovar, como exemplo, a entrada das mercadorias no estabelecimento autuado através de canhotos ou outros documentos. Elas, por si só, já conferem grau de certeza às aquisições ora em questão.

Em vista de todas estas razões, as colocações feitas pelo impugnante não possuem o condão de desconstituir a infração ora em lide, mesmo que a acusação não tivesse sido o recolhimento a menor do ICMS pela falta de agregação das MVAs do imposto recolhido, que assim foi feito sob o título de “antecipação parcial” em relação à mercadoria enquadrada no regime da antecipação total neste Estado (calçados), situação este em total desacordo com as determinações do art. 12-A, § 1º, da Lei nº 7014/96.

Por tudo ora exposto, os argumentos de nulidade material arguida não podem ser aceitas, por não existir nem flagrante cerceamento do seu direito de defesa e nem utilização de “método incompatível com os elementos técnicos existentes”.

No mais, acolho, como foi acolhido pelo autuante, as razões de defesa em relação as mercadorias prato, garfo, faca e caneca plástica, já que na presente situação não estão elas enquadradas no referido regime da antecipação tributária.

Por fim, no que toca a multa aplicada, o impugnante a entende confiscatória, com valor nitidamente excessivo e desarrazoado.

Sobre tal tema, não cabe a este foro administrativo a discussão, nos termos do art. 167 do RPAF, além do que a multa aplicada obedece ao quanto disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no Art. 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB).

Diante de toda norma tributária ora exposta e não tendo o impugnante trazido aos autos qualquer prova à desconstituir a infração, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do lançamento fiscal no valor de R\$199.634,84, conforme demonstrativo de fl. 61 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **217366.0048/15/1**, lavrado contra **SEMP COMERCIAL LTDA. -ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$199.634,84**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2016

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA / PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR