

PROCESSO - A. I. Nº 269130.0043/15-8
RECORRENTE - OESTE DISTRIBUIDORA E LOGÍSTICA LTDA. (OESTE DISTRIBUIDORA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0046-03/17
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/09/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0293-12/17

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% calculada sobre o valor comercial das mercadorias que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Temos em análise o Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/03/2016 para cobrar ICMS no valor de R\$2.732.381,27, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$41.206,60.

(...)

Infração 03 – 07.15.01: Falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização, nos meses de janeiro de 2012 e dezembro de 2014. Valor do débito: R\$1.897.586,87. Multa de 60%.

Após tramitação regular do presente PAF em Primeira Instância, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0046-03/17, decidiu, por unanimidade, pela Procedência do presente auto, conforme voto transcrito abaixo:

VOTO: “Inicialmente, constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, 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 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.

A Infração 01 se refere à entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$41.206,60.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, nos meses de janeiro de 2012 e dezembro de 2014.

Quanto às mencionada infrações, o defendente alegou que ao verificar inconsistências nos arquivos magnéticos que lhes foram enviados, a autuante não concedeu o prazo de 30 dias para retificação, bem como não forneceu listagem diagnóstico com as inconsistências e nem o relatório detalhado das ausências, para que o contribuinte

pudesse efetuar as devidas correções.

Também alegou que a infração 03 tem como base os dados constantes no arquivo magnético entregue à fiscalização, e que restou comprovado que o mencionado arquivo continha inconsistências. Neste caso, entende que caberia a fiscalização intimar para corrigir as inconsistências.

Quanto aos arquivos da Escrituração Fiscal Digital (EFD), a autuante reproduz o que estabelece a legislação e diz que em relação aos acórdãos apresentados pelo contribuinte, a não escrituração de documentos fiscais não é inconsistência, é erro de escrituração previsto como causa de autuação. Não há que se falar em nulidade da exigência fiscal.

Concordo com o posicionamento da autuante, considerando que em relação à infração 01, a não escrituração de documentos fiscais não é motivo para intimar o contribuinte a retificar os arquivos magnéticos, haja vista que constitui infração à legislação com penalidade específica, conforme previsto no art. 42, incisos IX e XI da Lei 7.014/96.

Sobre a falta de recolhimento da antecipação parcial, mesmo que houvesse atraso ou erro na Escrituração Fiscal Digital – EFD, se o autuado comprovasse o recolhimento do tributo exigido, não seria motivo para o lançamento dos valores constantes na infração 03.

O defendente alegou, ainda, que a autuante não comprova, nem na infração 01 e nem na infração 03, a efetiva entrada das mercadorias e o seu recebimento no estabelecimento autuado, uma vez que não apresenta qualquer documento que prove que a empresa autuada efetivamente adquiriu as mercadorias objeto da autuação fiscal.

Disse que é de suma importância que a autuante apresente as notas fiscais que relacionou, para que o autuado possa exercer seu direito de defesa, uma vez que necessita verificar se a autuante excluiu de seus demonstrativos as mercadorias que tiveram base de cálculo reduzida, mercadorias isentas, com ICMS retido, pago por substituição tributária e até mesmo compras para ativo imobilizado e uso ou consumo.

A autuante esclareceu que a planilha deste item da autuação pode ser encontrada no CD de arquivos magnéticos e não foi impressa devido ao seu tamanho e impraticabilidade de consulta em papel. A fiscalização entende que o contribuinte tinha todos os elementos para uma análise completa. Independente da planilha supracitada o fisco tabelou as chaves das NF-e elemento que permite a visualização das notas no sítio da Receita Federal.

Também informou que em relação à infração 01, há notas fiscais de devolução, de remessa de material promocional, remessa de bonificação, das 448 NF-e não escrituradas em 2012 apenas 154 tem "Vendas" como natureza da operação e as tabelas referentes às notas fiscais não escrituradas 2012 e NF-e_Entrada, encontram-se no CD de arquivos magnéticos que acompanha o processo à página 49 e cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

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.

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).

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. Neste caso, 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 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.

Mantida a exigência fiscal quanto à infração 01, considerando a previsão legal quanto à multa sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, para mercadorias sujeitas a tributação bem como em relação às mercadorias não tributáveis (art. 42, incisos IX e XI, da Lei 7.014/96).

Vale ressaltar que a falta de escrituração ou lançamento de notas fiscais de forma incompleta em livros fiscais impede a realização de auditorias fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS. Ou seja, a falta de escrituração de notas fiscais causa dificuldades para a fiscalização desenvolver procedimentos fiscais, por isso é aplicada a multa correspondente, haja vista que interessa ao Estado manter o controle das operações com mercadorias e prestações realizadas, e a falta de escrituração dos documentos fiscais impede o mencionado controle; a multa é estabelecida em dispositivo de lei, que não condiciona sua aplicação à ocorrência de prejuízo ao erário estadual.

Sobre a infração 03, exigência de ICMS a título de antecipação parcial foi instituída na legislação do Estado da Bahia a partir de 01/03/2004, por meio da Lei 8.967, de 29/12/2003, e consiste na aplicação da alíquota interna sobre valor da operação interestadual constante na Nota Fiscal de aquisição, deduzindo-se o valor do imposto destacado no mencionado documento fiscal. Portanto, não assiste razão ao defendente, haja vista que está obrigado a recolher o ICMS a título de Antecipação Parcial, o contribuinte deste Estado, independente do regime de apuração do imposto, em relação às mercadorias adquiridas para comercialização.

Ao apurar o imposto através do regime da conta corrente fiscal e efetuar pagamento do saldo devedor encontrado, na data prevista na legislação, não anula a obrigação que se originou quando da entrada da mercadoria. Portanto, resta comprovado que é devido o imposto referente à antecipação parcial, na entrada das mercadorias neste Estado. Infração subsistente.

A infração 02 trata da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro de 2012 e dezembro de 2014.

De acordo com as razões de defesa, o autuado não apresentou qualquer contestação quanto a este item do presente lançamento, tendo impugnado apenas as infrações 01 e 03. Dessa forma, considero procedente esta infração 02, haja vista que não há lide a ser decidida.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformada com a decisão de Primeira Instância a Recorrente interpôs Recurso Voluntário às fls. 144/165, e em apertada síntese diz que: a autuante procedeu de forma irregular ao lavrar o presente Auto de Infração, sem observar o devido processo legal, na medida em que ao verificar inconsistências nos arquivos magnéticos que lhes foram enviados, não concedeu o prazo de 30 dias para retificação, bem como não forneceu listagem diagnóstico com as inconsistências e nem o relatório detalhado das ausências, para que o contribuinte pudesse efetuar as devidas correções.

Inicialmente, aduz que: “a decisão de piso encontra-se equivocada posto que viola totalmente o devido processo legal haja vista que as infrações nº 01 e 03 se referem a efetivas inconsistências encontradas nos arquivos magnéticos requeridos pela fiscalização, fato que deveria ter gerado o fornecimento ao contribuinte do prazo legal exposto no artigo 261 § 2º e 4º do RICMS/2012 de 30 dias para retificação, bem como do fornecimento de listagem diagnóstico com as inconsistências e o relatório detalhado das ausências para que o contribuinte pudesse efetuar as devidas correções.”

Nesta toada, “se equivoca no entendimento a ilustre Junta no que pertine a Infração 01 e 03 pois o autuante não trouxe aos autos, prova da manifestação do contribuinte/autuado como destinatário das notas fiscais eletrônicas emitidas em seu nome, não sendo o sistema de nota fiscal eletrônica prova irrefutável da realização da operação, e sim mero indício, que deve ser ratificado com demais provas trazidas pelo Fisco. Não podendo o contribuinte arcar com o ônus de realizar prova negativa de uma operação que desconhece.”

Diz que o Código Tributário Nacional – CTN, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível no art. 112 do CTN quando se usa o princípio “*in dubio pro contribuinte*”.

Daí porque a respeitável Junta, ao decidir sobre lavratura de auto de infração, não deve resolver de plano, sem qualquer aprofundamento quanto a real existência dos aspectos formais.

Afirma que: *Na realidade, ao contrário do entendimento fragilmente esposado pelo autuante e infelizmente aceito pela ilustre Junta não existem dúvidas que a situação presente no auto de infração em epígrafe em questão trata de “INCONSISTÊNCIAS” contidas no arquivo magnético requerido quando da ação fiscal, conforme intimação única juntada na defesa. Prova de tal assertiva, consta inclusive da imputação de infração nº 03 às fls. 02 do Auto de Infração, quando assim descreve a denodada autuante: “ (...)Foi cobrada a diferença entre a antecipação parcial calculada e os eventuais documentos de arrecadação encontrados(;;...)”.*

Sustenta que: *“Fica evidente no auto de infração, bem como na própria manifestação fiscal que o auto foi baseado nos arquivos magnéticos fornecidos e que foram verificadas inconsistências. Assim, deveria a fiscal ter seguido a legislação e fornecido o prazo de 30 dias para correção dos equívocos, bem como fornecido a listagem-diagnóstico com as inconsistências e o relatório detalhado das ausências para que o contribuinte pudesse efetuar as devidas correções.”*

Para sustentar sua tese, transcreve o voto do Conselheiro Carlos Henrique Jorge Gantois da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, acolhido à unanimidade, no julgamento do Recurso de Ofício relativo ao Acórdão nº 0193-12/11, *no qual explicita que a omissão verificada no arquivo magnético é entendida como inconsistência, e como tal se não for concedido o direito ao contribuinte, como determinada à legislação, de correção no prazo de 30 dias com apresentação de listagem de diagnóstico e relatório detalhado das ausências é vício insanável.*

Esclarece *“não se encontra no processo administrativo em comento, qualquer intimação para retificação de arquivo magnético apresentado com omissão de dados. Portanto, em relação ao arquivo magnético, não foi estabelecido na intimação o prazo previsto no art. 708-B do RICMS/BA, haja vista que o RICMS/97 estabelece que em caso de correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deve ser fornecida ao contribuinte, Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades, e o mesmo tem o prazo de trinta dias para corrigir o arquivo magnético, conforme os §§ 3º e 5º do art. 708-B do RICMS/BA, que transcreve.”*

Sustenta que: *“Data vênia, o RICMS/2012 também prevê a necessidade de intimação para correção do arquivo magnético apresentado com inconsistência e fornecimento de Listagem Diagnóstico, conforme art. 261. §§ 2º e 4º, que transcreve.”*

Frisa que neste caso, *“ não foi observada, no procedimento fiscal realizado, a regra estabelecida no dispositivo da legislação tributária acima reproduzido, relativamente à concessão do prazo de trinta dias para correção dos arquivos magnéticos, bem como não foi fornecida listagem diagnóstico indicativa das irregularidades.”*

Entende a recorrente que é nula a exigência fiscal decorrente da intimação efetuada sem requisito estabelecido na legislação, tendo sido efetuado o lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. Assim, tal falha é insanável haja vista que não se trata de incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que comprometeu a sua eficácia, implicando nulidade da autuação.

Grifa que: *“Ciente de que é absolutamente comum que os programas geradores dos referidos arquivos magnéticos possuam incorreções, o legislador previu um segundo prazo para possíveis correções, devendo de logo o Preposto Fiscal informar quais irregularidades deveram ser sanadas.”*

Esclarece que: *“a infração nº 03 foi lavrada com base nos dados constantes do arquivo magnético entregue pelo contribuinte e restou comprovado, inclusive no próprio corpo do auto de infração que o arquivo continha inconsistências. Neste caso, caberia a fiscalização intimar para corrigir as inconsistências dos arquivos magnéticos e aplicar multa se não corrigido.”*

Afirma que: *“o CONSEF já firmou entendimento claro que não foi considerado pelos ilustres Julgadores da 3ª Junta no sentido da nulidade da ação fiscal, quando a intimação do contribuinte se der em desconformidade com o quanto previsto na legislação fiscal estadual, e para tal, transcreve vários acórdãos sobre a matéria.*

Assevera que: “como a eminente autuante não observou os requisitos previstos na legislação pertinente, ou seja, não concedeu a autuada o prazo legal para que fossem retificados os referidos arquivos magnéticos, nem forneceu listagem diagnóstica é absolutamente nula a ação fiscal por inobservância do devido processo legal, nos termos do art. 18, II, do RPAF estadual. Portanto é nulo o procedimento que não atenda o devido processo legal, por implicar em cerceamento de direito de defesa, como vem decidindo este brilhante órgão julgador.”

Afirma que: “Ipso facto”, a autuada argui como PREJUDICIAL DE VALIDADE e EFICÁCIA da peça básica do processo administrativo fiscal instaurado; requerendo, por isso mesmo, com amparo no princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Magna Carta (Art. 5º, LV, CF/88), que a prejudicial seja apreciada e decidida, com fundamentação própria e específica (CF/88, art. 93, IX, e inteligência do art. 5º, II, 37 “caput”, Hely Lopes Meireles, direito administrativo brasileiro, 15º ed. RT SP, 1990 ff. 78/79).

Sustenta que: “Ao contrário do entendimento esposado pela ilustre Junta tanto no que se refere à imputação de infração nº 03, como no que tange a imputação de infração nº 01, não foi comprovada nos autos a efetiva entrada das mercadorias e o seu recebimento no estabelecimento autuado, uma vez que, não apresentou prova da manifestação do contribuinte/autuado como destinatário das notas fiscais eletrônicas emitidas em seu nome, não sendo o sistema de nota fiscal eletrônica prova irrefutável da realização da operação, e sim mero indício, que deve ser ratificado com demais provas trazidas pelo Fisco. Não podendo o contribuinte arcar com o ônus de realizar prova negativa de uma operação que desconhece”.

Argumenta que: “a exigência fiscal em apreço, encontra-se lastreada em prova insuficiente para se atribuir ao contribuinte tal infração. Isto porque os documentos relacionados pelo autuante, resultam do cruzamento do SPED Fiscal dos emitentes com o SPED Fiscal do estabelecimento autuado, não provando nem mesmo que as mercadorias ingressaram no Estado da Bahia”.

Afirma que, “neste sentido, inclusive são as recentes decisões deste órgão, conforme trecho abaixo do voto da relatora Alexandrina Natália Bispo dos Santos no julgamento do Acórdão JFJ Nº 0211-03/15”, que transcreve.

Aduz que, como visto, **tal imputação é desprovida de elementos comprobatórios**, como exige o RPAF, Dec. Nº 7.629/99, em seus artigos 2º, caput, 18, inciso IV, alínea “a” e 41, inciso II.

Frisa que, “é indispensável a apresentação das provas relativas aos fatos argüídos, e a sua falta conduz à nulidade da exigência fiscal. Sem a prova da entrada das mercadorias do estabelecimento autuado, não pode o Fisco estadual impor qualquer penalidade ao contribuinte tendo em vista que, embora a Lei 7.014/96 autorize a cobrança de ICMS por presunção fiscal, há outros dispositivos que devem ser observados ao se utilizar a presunção, já que o Processo Fiscal é regido pela estrita legalidade e pela verdade material ou verdade objetiva, entre outros cuja inobservância cerceia o direito de defesa do contribuinte.

Para consubstanciar seus argumentos transcreve diversos acórdãos do CONSEF sobre a matéria.

Conclui afirmando que: “o nobre autuante, embora possua a liberdade investigatória, esta liberdade não significa um mero atributo discricionário ao apurar este ou aquele imposto, pois todo ato discricionário é exercido como meio capaz e idôneo para o exercício regular da função administrativa (fiscal), representando, em verdade, uma consecutiva prática de atos arbitrários, fazendo inserir na auditoria empregada elementos sem veracidade para apurar as hipóteses de incidência tributária do ICMS.”

Por fim requer o Recorrente que seja dado provimento ao recurso voluntário, especificamente para modificar a decisão de Junta e decretar a nulidade total das infrações nº 01 e 03, por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida por meio do Acórdão 3ª JF nº 0046-03/17, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 23/03/2016 para exigir crédito tributário no montante de R\$2.732.381,21.

O presente recurso abrange as seguintes infrações:

Infração 01 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2012 a dezembro de 2013. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$41.206,60.

Infração 03 – 07.15.01: Falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização, nos meses de janeiro de 2012 e dezembro de 2014. Valor do débito: R\$1.897.586,87. Multa de 60%.

Preliminarmente a Recorrente argúi a nulidade do Auto de Infração, pois a autuante não observou os requisitos previstos na legislação pertinente, ou seja, não concedeu a autuada o prazo legal para que fossem retificados os referidos arquivos magnéticos, nem forneceu listagem diagnóstica é absolutamente nula a ação fiscal por inobservância do devido processo legal, nos termos do art. 18, II, do RPAF estadual. Portanto é nulo o procedimento que não atenda o devido processo legal, por implicar em cerceamento de direito de defesa, como vem decidindo este brilhante órgão julgador.

A Recorrente colaciona aos fólios processuais as fls. 86/87, as intimações 16/01 e 16/02, para apresentação dos Livros Fiscais e Notas de Entradas e de Saídas no período de 2012 a 2014, determinando sua entrega num prazo improrrogável de 05 dias.

A autuante em sua Informação fiscal fl. 95/97, item 22/28, narra os procedimentos a serem adotados na recepção dos arquivos SPED. E define que as inconsistências previstas no RICMS, referem-se à falta de atendimento, como podemos extrair da leitura do parágrafo 16 do artigo 259. Assim trata-se mais de conformidade à forma que discussão de conteúdo.

A Recorrente fls. 110/121 apresenta Manifestação a informação fiscal, onde esclarece que as imputações fiscais estão equivocadas, pois a empresa só estaria obrigada ao uso de EFD a partir de 01/01/2014, e por consequência estava dispensada de entregar os arquivos magnéticos estabelecidos pelo Convenio ICMS 57/95, consoante estabelece o art. 253 do RICMS/BA/12, não havendo motivo para a lavratura do referido auto de infração.

Compulsando os cadernos processuais, pude verificar que a Recorrente, cumpriu o prazo previsto para que o contribuinte apresente os arquivos magnéticos, que é de 05 dias, caput do art. 708-B do RICMS/BA. Desta forma, os arquivos foram entregues a autuante, que encontrou notas fiscais não escrituradas nos mesmos, devido à ausência de registros na escrita fiscal de entrada de mercadorias ou serviços sujeitos a tributação e de antecipação parcial, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

A Recorrente argúi que a autuante não lhe intimou para que ele ajustasse as inconsistências dos arquivos magnéticos através de uma listagem diagnóstica e de relatórios detalhados das ausências, consoante previsão contida nos parágrafos 3º e 5º, do art. 708-B do RICMS/BA.

O próprio autuante informa que não concedeu o prazo de 30 dias ao sujeito passivo, por entender que tal prazo trata-se mais de conformidade à forma que discussão de conteúdo.

Na sentada do Julgamento em pesquisa ao sistema de informações fiscais foi constatado que as diferenças objeto da autuação não se tratam de inconsistências e sim falta de registro de notas fiscais de entrada

Portanto, restou evidenciado que o procedimento fiscal está correto, vez que está em conformidade com os requisitos estabelecidos na ordem tributária, ocorrendo à observância, por parte do autuante, do devido processo legal, e que o contribuinte exerceu de forma plena o princípio basilar do direito à ampla defesa e ao contraditório, já que foi efetuada a devida intimação à luz do que estabelece a legislação aplicável supratranscrita.

Quanto à tese defensiva da Recorrente, de que houve cerceamento do direito de defesa por falta de apresentação de provas, verifico que o argumento do autuado de que não adquiriu as mercadorias, não deve prosperar, pois constato que o emitente do documento fiscal objeto da autuação pode ser identificado por meio do DANFE e respectiva chave de acesso.

A decisão de Piso assim se posiciona em relação à arguição:

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. Neste caso, 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.

Assim, me filio à decisão de primeira instância e entendo que o Recorrente 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 da Recorrente, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

Logo, da análise dos documentos e demais elementos que instruem o presente PAF, em confronto com o quanto decidido no julgamento realizado em Primeira Instância, verifico 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. Assim constato que, de fato, o direito de defesa do contribuinte foi devidamente atendido, no caso vertente, não ensejando a nulidade do presente Auto de Infração.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269130.0043/15-8**, lavrado contra **OESTE DISTRIBUIDOR E LOGÍSTICA LTDA. (OESTE DISTRIBUIDORA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.691.174,61**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$41.206,60**, prevista no inciso IX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS