

PROCESSO - A. I. Nº 232143.0001/14-5
RECORRENTE - GIVALDO DANTAS DE OLIVEIRA (MERCADINHO DANTAS) - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0092-03/15
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/12/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0384-12/17

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias tributáveis não escrituradas. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. 3. 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. Mantidas as exigências fiscais. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração, mantendo a exigência fiscal no valor total de R\$95.769,67.

O Auto de Infração lavrado em 05/02/2014, decorre de três infrações, todas motivadoras do Recurso Voluntário, como segue:

Infração 01 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de maio, julho, outubro a dezembro de 2011; fevereiro e março de 2012; junho, julho, novembro e dezembro de 2013. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$2.634,14.

Infração 02 – 07.01.01: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária, no mês de agosto de 2012. Valor do débito: R\$9.694,99. Multa de 60%.

Infração 03 – 07.21.03: Falta de recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, nos meses de outubro e novembro de 2012; janeiro e dezembro de 2013. Valor do débito: R\$83.440,54. Multa de 60%.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 3ª JJF, decidiu, por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transrito, que é integralmente Procedente o Auto de Infração, como segue:

VOTO

Inicialmente, o autuado suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, alegando que o demonstrativo elaborado autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida. Ressalta que no presente Auto de Infração não se encontram os seguintes requisitos: (i) descrição clara e precisa do fato; (ii) descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária; (iii) exigência a ser cumprida.

Verifico que no demonstrativo elaborado pelo autuante constam os dados relativos aos números das notas fiscais objeto da autuação, data, base de cálculo e o valor da multa, conforme fls. 07 a 11 dos autos, e o defendantee não apresentou nas razões de defesa qualquer dado divergente do levantamento fiscal.

Quanto ao argumento defensivo de que falta clareza na autuação e dispositivos legais infringidos, observo 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 à irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal. Ademais, da leitura da peça defensiva, constata-se que o contribuinte entendeu perfeitamente a natureza de cada infração que lhe foi imputada bem como a base de cálculo do imposto lançado.

Observo que os dispositivos regulamentares constantes no Auto de Infração indicam que a autuação fiscal trata de ICMS, sendo informados os artigos do RICMS/BA considerados infringidos, e isto não significa que o referido Regulamento instituiu a obrigação tributária, salientando-se que nos termos do art. 19 do RPAF/BA, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente. Vale ressaltar que não implica nulidade da autuação caso exista erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficaram evidentes as irregularidades apuradas.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer 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, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e dos documentos acostados aos autos não foi constatada a necessidade de diligência para apreciação do mérito da exigência fiscal. Trata-se de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos.

No mérito, a primeira infração trata da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de maio, julho, outubro a dezembro de 2011; fevereiro e março de 2012; junho, julho, novembro e dezembro de 2013. Exigida multa de 10% sobre o valor das mercadorias.

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, sendo 10% para mercadorias sujeitas a tributação (art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96), e 1% para as mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96).

O defendantee alegou que em 12/06/2013, o representante legal da empresa enviou comunicação à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, informando que "foram efetuadas compras de mercadorias realizadas por terceiros de má fé". Disse que tal conduta, além de demonstrar a boa fé do representante legal da pessoa jurídica requerente, é forte indício de que os negócios jurídicos que deram causa às cobranças em desfavor da microempresa não foram realizados pela mesma. Também informou que o representante legal da empresa, Sr. Genivaldo Dantas de Oliveira, em 17/02/2014, registrou comunicação do fato à Polícia Civil.

A título de exemplo, o defendantee afirmou que a Cerealista Superior Ltda. é uma das empresas que supostamente teriam negociado com a empresa autuada, todavia, encontra-se no rol das empresas que não realizaram negócio jurídico com o impugnante. Indicou outras empresas que supostamente negociaram com o autuado.

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que no presente Auto de infração, foram apuradas três irregularidades, e o autuado registrou no Sistema de Protocolo, algumas Notas Fiscais às folhas (128 a 141) que foram excluídas deste Processo Administrativo Fiscal (PAF). Diz que compõem as infrações apenas as Notas Fiscais não protocoladas pelo contribuinte. Que o autuado recebeu e anexou em sua defesa, cópia do Auto de Infração às folhas (278 a 282) anexou também, o CD-R contendo todos os demonstrativos de débitos e todos os arquivos XML das Notas Fiscais Eletrônicas às folha (143 e 286). Tudo constatado na fiscalização do Simples Nacional conforme Ordem de Serviço sob nº 500413/14 e períodos fiscalizados de 01/01/2011 a 31/12/2013, na Infaz/Juazeiro.

A Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) é um 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.

O DANFE é uma representação gráfica simplificada da Nota Fiscal Eletrônica, em papel comum e em via única. Conterá impressa, em destaque, a chave de acesso para consulta da NF-e na Internet, e um código de barras bi-dimensional que facilitará a captura e a confirmação de informações da NF-e pelas unidades fiscais. A mencionada chave de acesso da NF-e, permite ao detentor desse documento confirmar a efetiva existência da NF-e através do Ambiente Nacional (RFB) ou site da SEFAZ na internet.

Vale salientar que previamente à concessão da Autorização de Uso da NF-e a Secretaria da Fazenda analisará, no mínimo, os seguintes elementos: (i) a regularidade fiscal do emitente; (ii) a autoria da assinatura do arquivo digital; (iii) a integridade do arquivo digital; (iv) a observância aos leiautes dos arquivos estabelecidos na legislação; (v) a numeração do documento. Do resultado da referida análise, a Secretaria da Fazenda cientificará o emitente: quanto à denegação da autorização (indicando os motivos) ou da sua concessão.

Considerando que a autuação foi efetuada com base em Notas Fiscais Eletrônicas, conforme esclarecimentos prestados pelo autuante, encontrando-se identificadas as chaves de acesso para necessária consulta, entendo que existem elementos suficientes para confirmar a realização das operações em nome do autuado, ficando caracterizado o cometimento das infrações.

Quanto ao argumento do autuado de que não adquiriu as mercadorias, e que, possivelmente, teriam utilizado sua inscrição estadual para realizar tais aquisições, os emitentes dos documentos fiscais objeto da autuação podem ser identificados por meio dos DANFEs e respectivas chaves de acesso. Caso tenham utilizado indevida de dados cadastrais pelo fornecedor, o destinatário, visando se ressarcir de danos morais e materiais, pode acionar judicialmente o fornecedor a apresentar as provas de que dispõe. Não o fazendo, será 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, uma vez que ficou caracterizada a infração relativa à aquisição de mercadorias sem o devido registro na escrita do estabelecimento autuado, 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 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, concluindo-se pela subsistência do lançamento.

O defensor também alegou que as multas exponenciadas significam um enriquecimento ilícito do Estado, em offensiva à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de cumprimento da legislação tributária, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, e não é acatada a alegação de que não houve prejuízo ao erário estadual, haja vista que a intenção do agente é irrelevante para a tipificação do ilícito fiscal, ou seja, havendo o resultado previsto na descrição da norma, qualquer que seja a motivação ou ânimo do agente, considera-se por configurado o ilícito. Neste caso, independente da demonstração da não ocorrência de dolo, não há como reduzir ou cancelar a multa aplicada. Mantida a exigência fiscal.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadoria de outra unidade da Federação, enquadrada no regime de substituição tributária, no mês de agosto de 2012. Demonstrativo à fl. 93 e NF-e fls. 94/95.

Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar.

Por outro lado, a lei do ICMS/BA nº 7.014/96 prevê a substituição tributária por antecipação e demais hipóteses de pagamento do imposto por antecipação na Subseção IV da Seção III (arts. 8º ao 12-A). Neste caso, estando previsto em lei estadual o pagamento do imposto por antecipação, inexiste qualquer violação aos princípios constitucionais que norteiam do ICMS.

Verifico que no demonstrativo elaborado pelo autuante, constam os dados relativos ao número de cada nota fiscal objeto da autuação, data, Unidade da Federação, valor das mercadorias, base de cálculo, valor do imposto destacado na nota fiscal, imposto apurado, ICMS pago e ICMS a pagar, e o defensor não apresentou qualquer dado divergente do levantamento fiscal, após intimação regular com a concessão de prazo para

impugnação da autuação.

Concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal, conforme o demonstrativo elaborado pelo autuante haja vista que, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, nos meses de outubro e novembro de 2012; janeiro e dezembro de 2013. Demonstrativos às fls. 96 a 99.

Observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo 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.

Verifico que embora o impugnante não tenha acatado os demonstrativos elaborados pelo autuante, não apresentou elementos para contrapor os cálculos efetuados e comprovar o recolhimento do imposto apurado.

O autuado alegou que a partir do ano de 2012, fora surpreendido com a repentina chegada, em sua sede, de inúmeras notificações, protestos e cobranças referentes a negócios jurídicos jamais realizados pela empresa. Pela natureza do estabelecimento empresarial e pela singela estrutura física deste, afirmou que se mostra inverossímil a suposta alegação de que o defensor teria, de fato, adquirido tais produtos nos valores constantes das notas fiscais, principalmente pelo fato de que realiza seus atos de comércio em sede de varejo e não de atacado.

É correto afirmar que a existência nos autos das notas fiscais constantes no Sistema da SEFAZ e obtidas junto a terceiros comprovam, de forma inequívoca, que as mercadorias foram destinadas ao defensor, de acordo com os seus dados cadastrais, e informações do transportador, inclusive placa do veículo, que devem constar no documento fiscal, evidenciando a realização das operações mercantis. A existência das referidas notas fiscais 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. Dessa forma, considerando que não foi comprovado o recolhimento tempestivo do imposto, concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal.

Observo que às multas decorrentes das infrações 02 e 03, 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, alínea “d” da Lei 7.014/96, e 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.

Por fim, o autuado requer que as intimações alusivas ao feito sejam encaminhadas ao seu patrono. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte. Ademais, o representante do autuado poderá cadastrar seu endereço eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

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

Devidamente intimado, a Recorrente interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionado às fls. 326/331.

Em sua peça recursal, inconformada com o desfecho dado pelo julgamento de 1^a Instância, inicia seu arrazoado dizendo da nulidade da notificação do Auto de Infração. Sobre tal ponto, afirma que o vício que aponta está no fato de que o Autuante deixou de relacionar todas as notas fiscais que compõem o Auto, de que não há descrição clara e precisa do fato, e que não há a descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária e que não resta definida a exigência a ser cumprida, desatendida, portanto, a norma de regência da matéria cuja repercussão é a impossibilidade do exercício do contraditório e da ampla defesa. Cita jurisprudência.

Avançando, diz que no mérito, “... as notificações não têm esteio tributário e ainda, que as multas exponenciadas significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensiva à igualdade

das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira”.

Afirma que no seu entender, as suas razões expostas em sede de defesa, não foram corretamente interpretadas, sobretudo em vista do que determina o art. 151 do CTN, referente à suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Nessa senda, diz que cuidou de informar, ainda na peça de impugnação, que é microempresa (mercearia), e que a partir do ano de 2012, foi surpreendida com a repentina chegada, em sua sede, de inúmeras notificações, protestos e cobranças referentes a negócios jurídicos que jamais realizou.

Referentemente a tais transações, também informa que as cobranças diziam respeito a negócios jurídicos extremamente vultosos para uma microempresa, fugiam gritantemente da descrição de sua atividade econômica principal, que é de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios- minimercados, mercearias, armazéns.

Registra que em razão dos acontecimentos, em 12/06/2013, cuidou de comunicar à SEFAZ, na pessoa do Inspetor Ernani Ribeiro Paes Landim, que “*foram efetuadas compras de mercadorias realizadas por terceiros de má fé*”, o que além de demonstrar a sua boa fé, também é forte indício de que os ditos negócios não teriam sido realizados pela ora recorrente. Na mesma linha, registra que em 17/02/2014, foi feito registro policial sob nº 2173/2013.

A título de exemplo, informa que apesar de a empresa Cerealista Superior Ltda. constar como uma das empresas que supostamente teriam negociado com a ora recorrente, tal empresa, dentre outras, não realizou qualquer negócio jurídico. Elenco varias outras empresas (NUTRIGRAOS DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA., RICEX IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., MSCPLAST INDUSTRIAL DE EMBALAGENS PLASTICAS LTDA., RODEO GARLIC IMP E EXP LTDA., COMERCIAL DE ESTIVAS SEIS IRMÃOS LTDA., COMERCIAL E IMPORTADORA LOURO LTDA., TEMPERA COMERCIO DE CERAIS LTDA., LCR MARTINS COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., ARTE EM GRÃO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., LETHA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA; JA ALHOS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., NOVA SAFRA IMP. E DIST. LTDA., CEREALISTA SUPERIOR LTDA., SAFRA NOVA COMERCIO DE CERAISLTDA; CISNEROS LIMA INDUSTRIA E COMERCIO DE EMBALAGENS PLASTICAS e JULIO CESAR LONGEN), consignando que contra todas as empresas relacionadas tramita ação judicial na Vara Cível da Comarca de Senhor do Bonfim-BA, com o fito de desconstituir os débitos correspondentes.

Reiterando a natureza do seu estabelecimento e singeleza do seu negócio e da sua estrutura física, registra que da análise das Declarações de Imposto de Renda dos exercícios de 2011 e 2012, bem como de seus livros contábeis “*Registro de Entradas*”, se mostra inverossímil a suposta alegação de que a defendant teria, de fato, adquirido tais produtos nos valores constantes das notas fiscais, sobretudo porque comercializa seus produtos no varejo e não de atacado.

Pelo que expos, diz restar claro que é vítima de ação de terceiros, não tendo em momento algum agido de forma culposo ou mesmo dolosa, registrado que não praticou qualquer fato gerador dos tributos cobrados em seu desfavor.

Por derradeiro, entendendo demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, requer que seja acolhido o seu recurso a fim de que seja cancelando o débito fiscal reclamado.

Alternativamente, requer a suspensão do procedimento fiscal até o deslinde das ações judiciais que tramitam na 1ª e 2ª Varas Cíveis da Comarca de Senhor do Bonfim-BA (Processos nº 0300650-18.2014.8.050244; 0300649-33.2014.8.05.0244; 0300648-48.2014.8.05.0244; 0300647-63.2014.8.05.0244; 0300646-78.2014.8.05.0244; 0300645-93.2014.8.05.0244; 0300644-11.2014.8.05.0244; 0300643-26.2014.8.05.0244; 0300642-41.2014.8.05.0244; 0300641-56.2014.8.05.0244; 0300640-71.2014.8.05.0244; 0300639-86.2014.8.05.0244; 0300638-04.2014.8.05.0244; 0300637-19.2014.8.05.0244; 0300636-34.2014.8.05.0244; 0300635-49.2014.8.05.0244; 0300634-64.2014.8.05.0244; 0300633-79.2014.8.05.0244 e 0300632-94.2014.8.05.0244).

O Dr. Elder dos Santos Verçosa, Procurador da PGE/PROFIS, exara parecer às fls. 340/347, no qual conclui que as razões recursais não têm o condão de fazer modificar a decisão recorrida.

Quanto à preliminar suscitada, diz que a Recorrente limitou-se a reiterar os argumentos de defesa, registrando que a Junta de Julgamento Fiscal cuidou de analisar todos os fatos refutando as razões de defesa de maneira clara, restando preservado o direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa.

No mérito, após transcrever excertos do voto condutor da decisão recorrida, consigna que a Recorrente anexou à sua defesa cópias das primeiras páginas das petições iniciais de ações declaratórias de inexistência de débito e relação jurídica c/c danos morais.

Registra que num primeiro olhar, tais medidas judiciais seriam indícios de que os dados cadastrais do Autuado teriam sido indevidamente utilizados por terceiros, embora por si só não tenham força probante. Entretanto, da consulta ao andamento de alguns dos processos, escolhidos aleatoriamente para fins de amostragem, constata-se que houve pedido de desistência de três deles e, em ao menos um caso, tal pleito já foi acolhido, fato que também se revelaria forte indício de que tais medidas foram meros simulacros, motivo pelo qual faz recomendação à INFIP.

Avançando, pondera que “... ainda que as ações judiciais em tela não sejam um mero ardil, a sua propositura é a medida correta quando os dados cadastrais são indevidamente utilizados por terceiros, pois se trata de risco do negócio, o qual não pode ser transferido para terceiro, especialmente a Fazenda Pública”.

Sobre as infrações 2 e 3, registra que sendo corolários da infração 1, a partir do momento em que se reconhece a entrada de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, torna-se imperioso admitir que é devido o ICMS tanto por antecipação, quanto por antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação.

Diz que conforme se depreende dos Autos, o Sujeito Passivo não logrou demonstrar qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito/dever de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário, restando claro que, nos termos do art. 143 do RPAF, não há como acolher os argumentos recursais.

Por fim, quanto às multas, entende que são desnecessárias maiores considerações a respeito em razão da previsão legal, frisando, entretanto, o princípio constitucional que veda a criação de tributo com efeito confiscatório não alcança as multas, visto que as mesmas possuem natureza jurídica diversa da hipótese de incidência tributária, também sublinhando que a análise proposta pela Recorrente esbarra na intransponível força cogente do art. 167 do RPAF.

Opina pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

Na sessão de pauta suplementar do dia 28/04/2016, resolveram os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal por converter o feito em diligência à PGE/PROFIS, fls. 354, para:

1. *Consultar todas as ações judiciais indicadas pelo Sujeito Passivo, de maneira a que se verifique se há correspondência com a matéria dos autos, também verificando se há decisão, mesmo que interlocatória, determinando a suspensão do procedimento fiscal, do julgamento administrativo ou mesmo da exigibilidade do crédito.*
2. *Trazer aos autos o andamento do processo administrativo inaugurado pela informação do contribuinte à SEFAZ dando conta da fraude apontada pelo contribuinte.*
3. *Trazer aos autos a posição/andamento de eventual inquérito policial instaurado para apurar a fraude suscitada.*

Após manifestação da PGE/PROFIS, fls. 357/358, na qual há recomendação para intimação do Sujeito Passivo para apresentar os supostos fatos impeditivos do lançamento, mais uma vez decidiram os membros da 2^a CJF por converter o feito em diligência à INFIP Juazeiro para que fosse intimado o Contribuinte para apresentar cópias das ações por ele impetradas sobre as alegadas fraudes, bem assim cópias dos comunicados à SEFAZ, além de posição/andamento de eventuais inquéritos policiais.

Intimado em duas ocasiões, o Sujeito Passivo não se manifestou nem apresentou qualquer documento.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interpuesto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 3^a Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do

imposto exigido no presente Auto de Infração.

De plano, repetindo o quanto trazido em sede de defesa, diz da nulidade do lançamento, aduzindo que o vínculo está no fato de que o Autuante teria deixado de relacionar todas as notas fiscais que compõem o Auto, de que não há descrição clara e precisa do fato, de que não há a descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária e que não resta definida a exigência a ser cumprida, o que lhe impediria o exercício do contraditório e da ampla defesa.

Para este ponto do Recurso, entendo que não há que se emprestar razão ao Sujeito Passivo.

Por primeiro, analisando o lançamento, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, vê-se que não há qualquer vínculo que imponha mácula ao lançamento, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração. Observa-se também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação.

Voltando o olhar às etapas processuais, vejo que todos os passos foram rigorosamente seguidos, sobretudo aqueles atinentes às intimações feitas ao Recorrente e à possibilidade de manifestação, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna.

Ou seja, nada há no processo que dê substância às alegações recursais, certo também que a Junta de Julgamento Fiscal cuidou de analisar todos os fatos aduzidos em sede de defesa de maneira pontual e absolutamente clara, o que ao fim e ao cabo determinou a preservação do direito que tem o Sujeito Passivo ao contraditório e à ampla defesa.

No mérito, em relação à infração 1, que aplica multa de 10% sobre o valor das mercadorias sujeitas a tributação, que deram entrada no estabelecimento autuado, sem o devido registro na escrita fiscal, verifico que, em suas razões recursais, o Recorrente limita-se a aduzir a existência de ações declaratórias de inexistência de débito e de danos morais que a Recorrente teria interposto contra as Empresas emitentes das notas fiscais, cujas mercadorias o Contribuinte alega não ter sido recebidas. O que, a seu ver, teriam o condão de sugerir que os seus dados cadastrais teriam sido indevidamente utilizados por terceiros.

Na busca da verdade material, o feito foi convertido em diligência para que o Contribuinte trouxesse aos autos, de forma completa, os elementos de que dispusesse e que comprovassem de forma efetiva a existência e posição de cada Ação que havia interposto, bem como as notícias dadas à SEFAZ e andamento de eventuais inquéritos policiais. Contudo, em relação à matéria, da parte do Sujeito Passivo nada foi dito nem juntado aos autos, o que afasta a possibilidade de acolhimento da tese recursal, pois, sem tais elementos não é possível saber se esses fatos teriam o condão de obstar o lançamento tributário.

Assim, como o Autuado, mesmo depois da diligência fiscal, não logrou provar que as notas fiscais eletrônicas relacionadas no demonstrativo fiscal, não lhe foram, de fato destinadas, procede a incidência de multa pelo descumprimento da obrigação tributária acessória prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96.

Todavia, julgo, de Ofício, que deva ser aplicada a recente alteração à Lei nº 7.014/96, promovida pela Lei nº 13.461/15, que reduziu o percentual dessa penalidade de 10% para 1%, conforme abaixo transcrita:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

IX - 01% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;”

É cediço que, quando a penalidade da Lei mais nova substitui a mais grave da anterior, a pena

menos severa a substitui.

Assim, a multa por descumprimento de obrigação acessória, em face do presente Auto de Infração, resta caracterizada, mas deve ser reduzida para o valor de R\$263,41.

Sobre as infrações 2, que trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadoria de outra unidade da Federação, enquadrada no regime de substituição tributária, o Recorrente apenas alega que se trata de imputações ligadas à infração 1. Mas, mesmo considerando esse liame, como a Infração 1 fica mantida, esta claro que uma vez verificado que houve entrada de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, torna-se indiscutível o fato de que é devido o ICMS por antecipação, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação.

Da mesma forma, em relação à infração 3, que aponta falta de recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devidos pelas microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, nos meses de outubro e novembro de 2012, e janeiro e dezembro de 2013, mais uma vez o Contribuinte, limita-se a considerá-la decorrente da infração 1 e não apresentou elementos fáticos para contrapor os cálculos efetuados e comprovar o recolhimento do imposto apurado.

Portanto mantenho a Decisão *a quo*, que a julgou Procedente.

Isso posto, diante do fato de que o Contribuinte não se desincumbiu de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito/dever, resta absolutamente possível a constituição do crédito tributário.

Por fim, quanto às multas relativas às Infrações 2 e 3, incabíveis as razões recursais, haja vista que para as ditas penalidades há previsão legal.

Por tudo isso, e presentes os requisitos à lavratura do Auto de Infração que deu origem a este PAF, com fundamento na Lei do ICMS do Estado da Bahia – Lei nº 7.014/96, no RICMS/BA e no RPAF/99, acompanhando o parecer da PGE/PROFIS, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao apelo recursal, mantendo a Decisão recorrida na sua inteireza.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, reduzir a multa de 10% para 1%, homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 232143.0001/14-5, lavrado contra GIVALDO DANTAS DE OLIVEIRA (MERCADINHO DANTAS) - ME, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor de R\$93.135,53, acrescido das multas de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.017/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$263,41, prevista no art. 42, IX, da mesma lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de outubro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS