

PROCESSO - A. I. Nº 206880.0106/15-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e PROVEDAS DISTR. DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - PROVEDAS DISTR. DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTARIO - Acórdão 2ª JJF nº 0057-02/17
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01/11/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0231-11/18

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. É incontestável que todas as notas são de mercadorias da substituição tributária emitidas por contribuintes que não possuem inscrição como substitutos tributários, e portanto, sendo de responsabilidade o pagamento pelo destinatário. As provas examinadas no Recurso não elidem a acusação da infração 1, e assim, mantenho a procedência parcial, conforme decisão de piso Infração parcialmente procedente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 1%. b) MERCADORIA TRIBUTÁVEL. MULTA DE 10%. O Fisco produziu as provas necessárias e suficientes ao lançamento, que é a emissão das notas fiscais com os respectivos dados, mediante simples consulta com a chave eletrônica fornecida nos autos, e cabe ao Recorrente, carrear provas das suas afirmações quanto aos fatos impeditivos extintivos ou modificativos. Se em momento futuro, a investigação apontar a existência de fraude, o Recorrente poderá apresentar provas, seja no controle de legalidade da PROCURADORIA FISCAL, seja até mesmo em instância judicial. Assim posto, mantenho a Decisão recorrida das infrações 2 e 3 que foram provadas parcialmente procedentes. Não foram encontradas nos demonstrativos, após a correção do autuante, notas fiscais da empresa MAXIMUS, que o Recorrente alega ter praticado fraudes. Infrações 2 e 3 parcialmente procedentes. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Quanto à infração 4, o Recorrente não apresentou nada de novo que pudesse elidir o lançamento. Infração 4 procedente em parte. Afastada arguição de nulidade e o pedido de diligência. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo administrativo fiscal, de Recursos de ofício e Voluntário, decorrente de julgamento Parcialmente Procedente na primeira instância deste Conselho de Fazenda, lavrado

em 30/06/2015, originalmente com o valor total de R\$579.697,40, e reduzido após julgamento para R\$254.344,46 em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 – 07.01.02 – recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos anos de 2011 a 2014. Valor histórico autuado R\$442.538,32, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea "d" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1%. Valor histórico autuado R\$38.934,48.

INFRAÇÃO 03 -16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10%. Valor histórico autuado R\$52.619,60.

INFRAÇÃO 04 – 06.01.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor histórico autuado R\$45.875,00, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte apresentou defesa (fls. 180/200), e o autuante apresentou informação fiscal (fls. 477/481), havendo diligência à fl. 484, nova manifestação à fl. 609/612, e por fim, nova informação fiscal de fls. 640/43, quando o autuante pede que julgue o auto parcialmente procedente, de acordo com as correções apontadas na primeira informação fiscal. O auto foi instruído para julgamento pela 2ª JF, que assim decidiu:

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de 04 infrações, todas impugnadas pelo sujeito passivo.

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

Sobre a alegação de que em muitos meses do período fiscalizado o autuante não considerou a data efetiva da entrada dos produtos no estabelecimento e sim a data da emissão da NOTA FISCAL, não é causa de nulidade, trata-se de questão envolvendo o mérito da autuação, a qual será trada no momento próprio, ou seja, após exame das preliminares.

Também não é causa de nulidade as alegações de que o autuante não separou em seus DEMONSTRATIVOS as notas fiscais com ICMS retido pelos contribuintes substitutos das notas fiscais que vem com os devidos pagamentos por TERMO DE ACORDO DA UNIDADE FEDERADA e das outras notas fiscais que a responsabilidade é direta do próprio contribuinte de fazer a ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA quando da entrada das mercadorias no estabelecimento, que nesse caso, os pagamentos foram efetuados até o dia 25 do mês subsequente a essas entradas, pois igualmente se referem ao mérito da autuação, o qual será analisado após exame das preliminares.

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

Na infração 01 é imputado ao autuado ter efetuado recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos anos de 2011 a 2014. Valor histórico autuado R\$442.538,32.

Quanto as alegações de que em muitos meses do período fiscalizado o autuante não considerou a data efetiva da entrada dos produtos no estabelecimento e sim a data da emissão da NOTA FISCAL; erro no percentual da M.V.A.; erro no percentual da alíquota aplicadas e falta de consideração de alguns recolhimentos e retenções, entendo que cabe ser acolhido parcialmente os referidos argumentos defensivos, inclusive o próprio autuante revisou o levantamento fiscal fazendo as adequações nas datas, nas alíquotas e nos percentuais de M.V.A.

Quanto aos argumentos acima, devo ressaltar que nos novos levantamentos acostados aos autos, folhas 448 a 587, após a revisão fiscal, o autuante fez constar na última coluna da planilha para diversas Notas Fiscais as seguintes observações:

“Alterado Período Lançamento”;
“Confir. Recolhi. Parcialmente”;
“Confirmado Recolhimento”;
“Alterado Alíquota”;
“Não confirmado Recolhimento”;
“Alterado M.V.A.”;
“M.V.A. Correto Veja Redução da BC”;

O sujeito passivo recebeu cópias dos novos levantamentos, conforme recibo firmado à folha 587 dos autos. Apesar de ter recebido as novas planilhas, nas quais constam todos os dados para uma perfeita e exata identificação das operações objeto do levantamento, constando todos os detalhes acima reproduzidos, a defesa, em sua segunda manifestação, ou seja, após receber cópia da revisão fiscal, apenas continuou questionando, de forma genérica, a existência no levantamento fiscal de documentos fora da data, quando deveria apontar, objetivamente, quais seriam esses documentos fiscais, ou seja, simplesmente continuou com a mesma alegação apresentada antes da revisão fiscal.

De igual modo, a defesa não apresentou nenhum documento para comprovar sua alegação de que possuía autorização para dilação de prazo para o recolhimento da Antecipação Tributária. Ademais, analisando o Sistema INC – Informações do Contribuinte, na fase de instrução e durante a sessão de julgamento, constam 2 pedidos de dilação de prazo que foram indeferidos em 2014, tendo como data de ciência 29/05/2014 e 28/07/2014, e outro de 2006 que consta como REVOGADO.

Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Assim, entendo que o procedimento realizado na revisão fiscal foi o correto em relação ao citado argumento defensivo.

Outro argumento defensivo que também não cabe acolhimento é o relativo às NOTAS FISCAIS do fornecedor MÁXIMUS ATACADISTAS, CNPJ 08.691.096/0001-93, uma vez que a cópia do BOLETIM DE OCORRÊNCIA acostado pela defesa, fls. 630 e 631, não atende ao que determina o § 16, do art. 89, do RICMS/12, que trata especificamente da questão, in verbis:

Art. 89 ...

...

§ 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” Grifei.

Portanto, somente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública poderia possibilitar a exclusão das referidas notas fiscais da autuação.

Assim, entendo que à infração restou parcialmente caracterizada no R\$201.682,86, conforme demonstrativo revisado acostado às folhas 488 a 587.

Nas infrações 02 e 03 foram imputados ao autuado ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, sendo a infração 02 relativa as mercadorias não tributáveis, com aplicação multa de 1% e sendo a infração 03 relativa a mercadorias sujeitas a tributação, com aplicação multa de 10%.

A defesa do sujeito passivo foi genérica, reproduzindo a alegação de que não foi considerada a data de entrada no estabelecimento, para ambas as imputações. Entendo que o argumento defensivo elide parcialmente os valores autuados, uma vez que na revisão fiscal foi comprovado os lançamentos de várias notas fiscais, inclusive o próprio autuante revisou o levantamento fiscal fazendo as adequações nas datas.

Devo ressaltar que nos novos levantamentos acostados aos autos, folhas 588 a 603, após a revisão fiscal, o autuante fez constar na última coluna da planilha para diversas Notas Fiscais as seguintes observações:

“Comprovado Lançamento”;
“Não Comprovado Lançamento”;
“Entrada Devolução”
“Emissão de entrada-Bonificação”
“Veja DANF”
“N.F. Cliente operação de devolução de compra”

O sujeito passivo recebeu cópias dos novos levantamentos, conforme recibo firmado às folhas 601 e 603 dos autos. Apesar de ter recebido as novas planilhas, nas quais constam todos os dados para uma perfeita e exata identificação das operações objeto do levantamento, constando todos os detalhes acima reproduzidos, a defesa, em sua segunda manifestação, ou seja, após receber cópia da revisão fiscal, apenas continuou questionando, de forma genérica, a existência no levantamento fiscal de documentos foram da data, quando deveria apontar, objetivamente, quais seriam esses documentos fiscais, ou seja, simplesmente continuou com a mesma alegação apresentada antes da revisão fiscal.

Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

No tocante ao alegado pela defesa de suposta utilização indevida dos dados cadastrais da empresa, asseverando que "NOTA FISCAL DESCONHECIDA PELA EMPRESA", reitero que a defesa não atendeu o que determina o § 16, do art. 89, do RICMS/12, logo não pode ser acolhido tal alegação. Quanto aos argumentos defensivos constantes da planilha acostada pela defesa, fls. 447 a 463, na tentativa de justificativa a não escrituração das notas fiscais, sob alegação de "NOTA EMITIDA PARA BAIXA DE PRODUTOS"; "NOTAS FISCAIS CONTABILIZADAS DIRETO COMO DESPESAS"; "NOTA NÃO PERTENCE AO CONTRIBUINTE"; "NOTAS FISCAIS CONTABILIZADAS DIRETO COMO ATIVO", tais argumentos não elidem a imputação, uma vez que não existe previsão de dispensas de lançamentos de notas fiscais para essas operações. Assim, os respectivos documentos fiscais ficam mantidos na autuação.

Portanto, entendo que o procedimento realizado na revisão fiscal foi o correto em relação aos citados argumentos defensivos. Logo, à infração 02 restou parcial caracterizada, no valor R\$12.752,74, conforme o novo demonstrativo da infração, acostado às folhas 589 a 601.

Entretanto, em relação à infração 03, apesar de restar caracterizada parcialmente à infração em tela, cumpre observar de ofício que o percentual da multa utilizada para o cálculo do débito, constante no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, foi modificado para o percentual de 1%, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito a partir de 11 de dezembro de 2015. Desta forma, o percentual da multa aplicada para o cálculo do débito do item em comento, cabe, com base no artigo 106, inciso II, alínea "c", do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica. Logo, a mesma restou parcialmente caracterizada, conforme abaixo:

DATA OCORRÊNCIA	BASE CÁLCULO	MULTA (%)	VALOR HISTÓRICO DEVIDO
30/04/2011	2.087,97	1	20,88
30/06/2011	7.897,92	1	78,98
31/07/2011	2.386,80	1	23,87
30/09/2011	6.825,50	1	68,25
31/03/2012	11.061,60	1	110,62
30/04/2012	950,44	1	9,50
31/07/2012	13.674,65	1	136,74
30/11/2012	18.500,00	1	185,00
TOTAL			633,84

Na infração 04 é imputado ao autuado ter deixado de recolher do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor histórico autuado R\$45.875,00.

Entendo que a defesa, ao apresentar a cópia do livro "Registro de Apuração do ICMS", relativo ao mês de dezembro de 2011, comprovou a existência do lançamento "A débito", a título de Outros Débito -Diferencial de Alíquota - Ativo Imobilizado, das Notas Fiscais nºs 203.598 e 669, fato acatado pelo autuante em sua informação, tendo refeito o levantamento e acostado novo levantamento à folha 608, o qual foi entregue ao contribuinte, que embora tenha se manifestado, nada apresentou, de forma objetiva, sobre essa infração.

Logo, à infração 04 restou parcialmente caracterizada, no valor R\$39.275,00, conforme novo demonstrativo acostado à folha 604.

No que tange aos Acórdãos citados pela defesa, considero que eles não se prestam como paradigmas, pois não tratam das mesmas situações observadas no caso em lide.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
1	PROCEDENTE EM PARTE	201.682,86
2	PROCEDENTE EM PARTE	12.752,76
3	PROCEDENTE EM PARTE	633,84

4	PROCEDENTE EM PARTE	39.275,00
TOTAL		254.344,46

A JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11 e Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 184/88.

Alega que com relação à decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão JJF Nº 0057-02/17, não concordamos e entendemos que as falhas do processo continuam, sem a comprovação clara das omissões de pagamentos que foram apontadas pelo Autuante.

Que o Autuante não considerou as GNRE's em nome dos emitentes das Notas Fiscais e por isso há divergências entre os valores calculados e os valores recolhidos. Por isso mesmo, sempre contestamos a forma de levantamento dos cálculos pelo autuante, onde o correto seria separar o que é retido pelo emitente da NOTA FISCAL, o que é obrigatória vir anexo da NOTA FISCAL e o que o contribuinte deveria recolher posteriormente. Assim os cálculos coincidiriam com os valores efetivamente pagos.

Também, que da forma como o Autuante o faz gera uma grande confusão, pois são diferentes da apuração do contribuinte, que faz tudo de acordo com a legislação. Essa forma de apuração é totalmente equivocada e os valores encontrados sempre divergem dos valores recolhidos em função de utilizar informações diferentes. “DOIS PESOS E DUAS MEDIDAS”. Para comprovar nossas alegações estamos enviando várias cópias de NOTAS FISCAIS com os valores creditados que não foram consideradas de acordo com a escrituração, demonstrando que os valores encontrados são improcedentes, pois mês a mês, os pagamentos superam os valores encontrados pelo Autuante. Dessa forma não há o que se falar em imposto devido, já que o AUTUANTE é que fez toda a confusão, tornando o auto além de nulo, IMPROCEDENTE.

Que na INFRAÇÃO 01 no DEMONSTRATIVO INICIAL do AUTUANTE, demonstra através da planilha (antecipação tributária contribuinte 2011- 2014 RETIFICADA, que não há tributos devidos e sim forma equivocada de calcular os impostos. Porém, essa planilha não foi aceita pela JUNTA DE JULGAMENTO e por isso solicita desse conselho que a mesma seja averiguada com zelo para que o contribuinte não seja penalizado indevidamente. Além disso, demonstramos abaixo mês a mês as situações encontradas que comprova nossas alegações. A seguir, explicação sobre o recolhimento e o lançamento em alguns meses que constam no Recurso:

1. Na apuração da Substituição Tributária exigida no mês 01/2011, os créditos DESTACADOS NAS NOTAS FISCAIS como ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, somados aos pagamentos efetuados, TOTALIZAM R\$14.549,59, e o valor do CRÉDITO considerado pelo AUTUANTE somados ao valor exigido como INFRAÇÃO, totalizam R\$14.188,16, (conforme planilha do próprio AUTUANTE), ou seja, na TOTALIZAÇÃO GERAL recolhemos a maior R\$361,43, tornando a infração TOTALMENTE IMPROCEDENTE.
2. Na apuração da Substituição Tributária exigida no mês 03/2011, os créditos DESTACADOS NAS NOTAS FISCAIS como ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, somados aos pagamentos efetuados, TOTALIZAM R\$24.137,72, e o valor do CRÉDITO considerado pelo AUTUANTE somados ao valor exigido como INFRAÇÃO, totalizam R\$24.223,37, (conforme planilha do próprio AUTUANTE), ou seja, na TOTALIZAÇÃO GERAL recolhemos a menor R\$85,65, tornando a infração bem menor que a exigida pelo Autuante.
3. Na apuração da Substituição Tributária exigida no mês 04/2011, os créditos DESTACADOS NAS NOTAS FISCAIS como ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, somados aos pagamentos efetuados, TOTALIZAM R\$15.511,72, e o valor do CRÉDITO considerado pelo AUTUANTE somados ao valor exigido como INFRAÇÃO, totalizam R\$11.753,25, (conforme planilha do próprio AUTUANTE), ou seja, na TOTALIZAÇÃO GERAL recolhemos a maior R\$3.758,47, tornando a infração TOTALMENTE IMPROCEDENTE.

O Recorrente apresenta longa lista com os mesmos argumentos e que ainda, na apuração da

Substituição Tributária exigida no mês 07/2013, os créditos DESTACADOS NAS NOTAS FISCAIS como ICMS SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, somados aos pagamentos efetuados, TOTALIZAM R\$90.329,75, e o valor do CRÉITO considerado pelo AUTUANTE somados ao valor exigido como INFRAÇÃO, totalizam R\$91.524,88, (conforme planilha do próprio AUTUANTE), ou seja, na TOTALIZAÇÃO GERAL recolhemos a menor R\$1.195,13, tornando a infração bem menor que a exigida pelo Autuante.

Contesta o fato que se considerou as seguintes NOTAS FISCAIS N^{OS} (511239, 512876, 514474, 516085, 516086, 517115, 517119, 518695, 518696, 519460, 519461, 519470, 519471, 519475, 526879 e 526889) como emitidas para o CONTRIBUINTE, o que não é verdade, pois conforme a DENÚNCIA ANEXA ao MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, as mesmas foram emitidas utilizando indevidamente os dados cadastrais do CONTRIBUINTE para praticar FRAUDES, o que ocasionou a cobrança INDEVIDA do imposto. Por isso as mesmas devem ser desconsideradas no cálculo efetivo do TRIBUTO;

Apresenta também resumo ANUAL com DEMONSTRATIVO, onde demonstra mês a mês, que os valores recolhidos por ano são sempre maiores que o APURADO PELO AUTUANTE, comprovando que o contribuinte recolheu todos os tributos devidos. Apresenta ainda um PLANILHA EM CD (antecipação tributária contribuinte 2011- 2014 RETIFICADA) demonstrando que se o AUTUANTE tivesse efetuado as mudanças solicitadas o AUTO DE INFRAÇÃO descamba para a IMPROCEDÊNCIA.

Já com relação às outras INFRAÇÕES constantes no Auto de Infração, além das confirmações de IMPROCEDÊNCIAS já retiradas das mesmas da inicial do Auto, e por isso, confirmadas no JULGAMENTO DA 2ª JUNTA, PARCIALMENTE, informa que a AUTUAÇÃO dessas INFRAÇÕES contém vícios insanáveis, que as inquinam de NULIDADES.

As provas da acusação tributária não se encontram assentadas no PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL – PAF, conforme os princípios que orientam o devido processo legal. O auditor não logrou juntar aos autos, nem sob forma de papel ou em mídia eletrônica, no formato PDF ou planilha EXCEL, discriminadamente, as mercadorias constantes nas NOTAS FISCAIS que comprovam se as mesmas são ou não tributadas do ICMS, que tenham entradas no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal, fulcro da presente autuação.

Que não se sabe quais mercadorias deixaram de ser registradas pelo contribuinte apenado, tornando assim todas essas infrações (INFRAÇÃO 02 – 16.01.02; INFRAÇÃO 03 – 16.01.01; e INFRAÇÃO 04 – 06.01.01) TOTALMENTE NULAS, que é o que requeremos, conforme determina o Art. 18, incisos II e IV, “a”, do RPAF – BA. (DECRETO N° 7.629/99).

Que existe inclusive, diversos ACÓRDÃOS anulando Autos de Infrações por esse motivo, um exemplo é o ACÓRDÃO JJF N° 0053-01/17 julgado pela 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL desse CONSELHO. Conforme Auditoria do Ativo – Demonstrativo da Falta de Recolhimento do ICMS Decorrente Entre Alíquotas Internas e Interestaduais na Aquisições de Mercadorias Oriundas de Unidades da Federação destinadas ao Ativo Fixo do Estabelecimento.

Com relação às NOTAS FISCAIS do fornecedor MÁXIMUS ATACADISTAS, CNPJ 08.691.096/0001-93, que foram emitidas em 2013, 34 (trinta e quatro) notas fiscais (conforme relação anexa) indevidamente para o contribuinte autuado, sendo que esses produtos não foram comprados pelo mesmo, caracterizando uso indevido dos dados cadastrais da empresa e fraude na arrecadação dos tributos.

Que para esse caso está providenciando o BOLETIM DE OCORRÊNCIA POLICIAL, bem como solicitou do fornecedor em questão os comprovantes de entrega dos produtos e de pagamentos dessas aquisições para encaminharmos ao Estado da Bahia para que sejam tomadas as devidas providências. Lembramos ainda que não informamos à SEFAZ o desconhecimento dessas notas fiscais por que quando tivemos conhecimento da informação do uso de nossos dados cadastrais, já havia passado o prazo legal para inserir a INFORMAÇÃO NO PORTAL ELETRÔNICO, conforme determina a legislação. No julgamento não foi aceita as considerações e nem o BOLETIM DE

OCORRÊNCIA anexo, alegando o que diz o Parágrafo 16 do Artigo 89, do RICMS 2012.

Com isso efetuamos a DENÚNCIA DE REPRESENTAÇÃO AO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL (conforme cópia PROTOCOLO ANEXO) solicitando o devido processo legal, para que o mesmo INSTAURE O INQUÉRITO para a devida apuração das infrações demonstradas e que nos envie o BOLETIM DE OCORRÊNCIA emitido pela DELEGACIA DE CRIMES ECONÔMICOS E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, o mais breve possível, conforme determina a legislação aqui citada.

Que na cidade e em todo o INTERIOR da Bahia não existe a DELEGACIA DE CRIMES ECONÔMICOS E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, e por isso foi nos orientados pela SEFAZ para fazer esse procedimento direto ao MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, com isso Senhores Julgadores, solicitamos que essas NOTAS FISCAIS do FORNECEDOR MAXIMUS sejam anuladas desse AUTO DE INFRAÇÃO e a cobrança dos TRIBUTOS referentes às mesmas sejam excluídos das bases de cálculos utilizadas pelo AUTUANTE para finalização desse processo, declarando por fim a TOTAL IMPROCEDÊNCIA DOS TRIBUTOS aqui cobrados.

Solicita ao Conselho de Fazenda, que para evitar demandas JUDICIAIS sobre o caso em questão, que o mesmo solicite uma PERÍCIA ao AUTO DE INFRAÇÃO para assim determinar com certeza qual o imposto realmente devido, se for o caso, para não penalizar o contribuinte indevidamente, pois assim deve fazer o Estado antes de IMPUTAR qualquer infração à qualquer contribuinte e não foi isso que aconteceu, pelo contrário o auto foi lavrado de forma equivocada e sem nenhuma preocupação com a VERDADE MATERIAL dos fatos.

Solicita que esse Conselho possa solicitar a emissão da lista de pagamentos efetuados pelos emitentes das NOTAS FISCAIS para o contribuinte, anexe ao PROCESSO e nos apresente um RELATÓRIO com todos os PAGAMENTOS DAS GNRE'S efetuadas diretamente pelas empresas fornecedoras, onde demonstra todos os recolhimentos efetuados pelos mesmos no período fiscalizado, referentes às compras efetuadas pelo contribuinte autuado. Com essa informação, se verificará que não existe nenhum imposto que não foi recolhido. Para tanto, anexamos várias cópias das GNRE'S dessas empresas onde constam os CNPJ's das mesmas, para que assim seja confirmada a nossa tese que não existe imposto devido e sim erros na forma de calcular os mesmos pelo ilustre Autuante.

Vê-se, que a sistemática adotada pela autuada atende regularmente a legislação fiscal, calculando seus impostos conforme determina a Lei, referente, ao ICMS, tendo recolhido devidamente todos os tributos, inerentes aos períodos questionados. Requer, caso este Conselho de Julgamento Fiscal entenda não serem suficientes os documentos aqui juntados, seja solicitada a apresentação de novos documentos. Ora, Senhores Julgadores é comprovado e demonstrado que o Ilustre Autuante fez seu trabalho com diversas falhas e essas falhas levam o Auto de Infração para a sua total NULIDADE, que é o que requeremos.

Diante de todo o exposto e comprovado, a autuada vem requerer que seja a presente autuação fiscal julgada NULA, com o cancelamento total do Auto de Infração. Ultrapassados os argumentos de NULIDADE, seja então o presente Auto de Infração julgado IMPROCECENTE.

VOTO

O Recorrente inicialmente pede pela nulidade, e também por diligência para correção dos valores lançados no Auto de Infração, contudo não apresenta objetivamente argumento consistente quanto à nulidade, pedindo de forma genérica, apenas demonstrando inconformismo com o lançamento. Por outro lado, não apresentou quaisquer justificativas que pudessem provocar a diligência solicitada, uma vez que os alegados erros, uma vez analisados, mostraram-se insubsistentes, conforme veremos nos fundamentos adiante expostos, razão pela qual denego o pedido.

Apresentou no Recurso, o que alegou serem erros materiais no cálculo do imposto ou desconsideração pelo autuante, de valores que alega já estarem recolhidos, além de boletim de

ocorrência policial quanto aos itens 2, 3 e 4, decorrentes segundo alega, de supostas fraudes.

Observo que as infrações estão devidamente caracterizadas, e inclusive foi reconhecida parte da impugnação pelo autuante, e está sendo oferecida a mais ampla defesa, e respeitado o devido processo legal, de forma que todas as 4 infrações foram julgadas Parcialmente Procedentes em julgamento de primeira instância.

Iniciando pelo Recurso de Ofício, verifica-se que decorre da procedência parcial de todas as infrações. No caso da primeira, encontra-se à fl. 488 e seguintes, a nova planilha, em que o autuante reconheceu erros apontados no cálculo do imposto, com mercadorias como vinho, medicamentos, macarrão instantâneo, etc., com as correções devidas, tendo como exemplo, a alíquota de vinho em 27% em vez da alíquota correta de 13%, de MVA aplicadas de 43,07% para álcool em vez de 38,89. Após correções, a infração foi reduzida do valor inicial de R\$442.538,32 para R\$201.682,86.

No caso das infrações 2 e 3, foi apontado na mídia eletrônica da impugnação, o efetivo registro para diversas notas fiscais, tendo o autuante elaborado novo demonstrativo de débito para as infrações, sendo também que a infração 3 foi reduzida de 10% para 1%, a partir da alteração do artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, retroagindo benignamente conforme o ordenamento jurídico, e respaldado também pelo art. 106, inciso II, alínea "c", do CTN.

Na infração 4, houve apresentação de cópia do livro "Registro de Apuração do ICMS", relativo ao mês de dezembro de 2011, e há lançamento a débito do Diferencial de Alíquota das Notas Fiscais nºs 203.598 e 669, acatado pelo autuante em sua informação, tendo refeito o levantamento e acostado novo levantamento à folha 608.

Assim posto, mantenho a Decisão recorrida e NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

No mérito, na infração 1 o Recorrente alega que os valores foram até recolhidos a maior, e apresenta mês a mês uma série de notas fiscais com algumas guias de recolhimento. Analisando os demonstrativos apresentados, e tomando como exemplo o de fl. 690, mês janeiro de 2011, a Nota Fiscal nº 31110 cuja cópia está à fl. 691, foi apresentada uma GNRE correspondente paga pela AMAZONAS PRODUTOS ALIMENTÍCIOS, no valor de R\$2.146,61. Contudo, a prova não se aplica ao caso concreto, pois não existe esta nota fiscal relacionada no demonstrativo.

O mesmo foi feito com relação a outras notas fiscais e a respectiva GNRE apresentadas, sem êxito. As demais notas fiscais que permanecem no auto, são de emitentes que não possuem inscrição estadual na Bahia, como por exemplo a nota fiscal apresentada pelo Recorrente à fl. 693, de THEODORO SOBRAL E CIA, do PIAUI, que vendeu o medicamento DIPIRONA SÓDICA, e que está no regime de substituição tributária total.

É incontestável que todas as notas são de mercadorias da antecipação emitidas por contribuinte que não possuem inscrição como substituto tributário, e portanto, sendo de responsabilidade o pagamento pelo destinatário. As provas examinadas no Recurso não elidem a acusação da infração 1, e assim, mantenho a Procedência Parcial, conforme decisão de piso.

Quanto às infrações 2, 3 e 4, o Recorrente nega a compra das mercadorias, e inclusive traz boletim de ocorrências acerca de fraude de um dos emitentes das notas fiscais. Analisando o demonstrativo da mídia conforme mídia à fl. 605, não sendo encontrada qualquer nota fiscal emitida pela MAXIMUS ATACADISTA, empresa que o Recorrente alega ter enviado fraudulentamente mercadorias, que resultaram na infração 2, de mercadorias isentas ou não tributáveis, inclusive tendo apresentado boletim de ocorrência policial, no Recurso Voluntário, e assim percebo que não há qualquer relação da infração 2 com a empresa que supostamente praticou fraudes, e inclusive várias notas fiscais são de transferências de estabelecimento do próprio Recorrente. Infração 2 Procedente em Parte. Mantida a Decisão recorrida.

Na infração 3, de mercadorias tributadas, que foram reduzidas das multas aplicadas, de 10% para 1%, o mesmo se observa entre as fls. 589/600, pois também não se encontra nenhuma nota fiscal

da empresa MAXIMUS e da mesma forma como na infração 2, muitas notas fiscais são de transferências de outras filiais do estabelecimento autuado.

Assim, uma vez que a existência das notas fiscais eletrônicas são fatos incontroversos, se o destinatário nega o recebimento, obviamente estaríamos diante de operações fraudulentas, em que um contribuinte utilizou a inscrição de outro para compra de mercadorias. Numa análise mais acurada do funcionamento da nota fiscal eletrônica e de seus mecanismos de segurança, já que o contribuinte ao consultar o ambiente das notas fiscais a ele destinadas, pode detectar e negar o recebimento com bastante antecedência.

É certo que cabe ao impugnante desconstituir a operação tida como inidônea com alguma justificativa que supere os mecanismos existentes quanto à segurança do ambiente da NF-e (verificação da sua existência e recusa), ou à sua capacidade investigativa e probatória, o que não é o caso.

Assim, o Fisco produziu as provas necessárias e suficientes ao lançamento, que é a emissão das notas fiscais com os respectivos dados, mediante simples consulta com a chave eletrônica fornecida nos autos, e cabe ao Recorrente, carrear provas das suas afirmações quanto aos fatos impeditivos extintivos ou modificativos.

Se em momento futuro, a investigação apontar a existência de fraude, o Recorrente poderá apresentar provas, seja no controle de legalidade da PROCURADORIA FISCAL, seja até mesmo em instância judicial. Assim posto, mantenho a Decisão recorrida das infrações 2 e 3 que foram provadas Parcialmente Procedentes.

Quanto à infração 4, o Recorrente não apresentou nada de novo que pudesse elidir o lançamento, pois conforme demonstrativo já corrigido de fl. 608 são caminhões e carrocerias adquiridas sem pagar o diferencial de alíquota. Infração 4 Procedente em Parte.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206880.0106/15-6**, lavrado contra **PROVENDAS DISTRIBUIÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$240.957,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$13.386,60**, prevista nos incisos IX, XI, do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS