

A. I. N° - 019358.0006/17-0
AUTUADO - CENTRAL DE COMPRAS MUCURI LTDA.
AUTUANTE - JOSE CARLOS PEREIRA DE VASCONCELOS
ORIGEM - IFMT SUL

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0083-04/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O autuado não traz aos autos prova capaz de elidir a acusação fiscal. Fatos demonstrados nos autos. Auto de Infração Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2017 exige ICMS no valor de R\$169.926,81, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação na primeira repartição fazendária da fronteira ou do percurso, por contribuinte com a inscrição suspensa, cancelada, em processo de baixa, baixada ou anulada, referentes aos meses de novembro e dezembro de 2016, janeiro a abril de 2017.

A Autuada, através de advogado legalmente habilitado apresenta suas razões defensivas, às fl.45 a 56, dizendo que: *não consta nos autos provas do ingresso das mercadorias constantes das notas fiscais objeto da imputação, ou seja, não consta uma prova sequer que o autuado tenha adquirido as mercadorias constantes do demonstrativo elaborado pelo autuante..*

Acrescenta que também *não consta sequer uma nota fiscal das centenas das relacionadas pela fiscalização para que o autuado pudesse verificar se a mercadoria que está sendo exigido o pagamento do ICMS por antecipação, se trata ou não de mercadorias que já tiveram o ICMS, com base de cálculo reduzida, sobre mercadorias da cesta básica, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre mercadorias isentas, para uso/consumo, ativo imobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas.*

Entende que falta prova do ingresso da mercadoria no estabelecimento autuado, como também falta prova de que cabe a exigência do pagamento da antecipação ao adquirente da mercadoria, pois como é cediço, tal responsabilidade pelo pagamento do ICMS devido por substituição tributária, recai na figura do remetente. Ou seja, o destinatário das mercadorias é parte ilegítima para figurar no polo passivo da obrigação tributária quando se trata de substituição tributária, desde que haja convênio ou protocolo atribuindo ao remetente tal responsabilidade.

Acrescenta que para imputar as supramencionadas infrações foi utilizado o Sistema SINTEGRA para elaborar uma relação de notas fiscais de mercadorias que, supostamente, teria entrado no estabelecimento da empresa, sem contudo apresentar quaisquer provas do efetivo ingresso de tais mercadorias no estabelecimento assim como também não apresenta a própria nota fiscal que relacionou no demonstrativo que fundamenta a imputação.

Pede a nulidade da ação fiscal, ou, se assim não for este o entendimento requer seja julgada improcedente, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor:

Após transcrever o disposto no art. 2º do RPAF diz que tal enunciado remete aos princípios de direito e invoca necessariamente a Constituição Cidadã, marco histórico da nova era democrática que nos coloca no mesmo cenário político daqueles que vivenciam o ESTADO DE DIREITO. Sendo assim, não há como olvidar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna.

Acrescenta que o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, 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 como forma de proteger o contribuinte. Evidencia-se tal afirmativa principalmente no artigo 112 do CTN quando usa-se o princípio do *in dubio pro contribuinte*. Portanto, ao decidir sobre lavratura de auto de infração, nunca deverá resolver de plano, sem qualquer aprofundamento quanto a real existência do fato gerador.

Entende ter havido cerceamento de direito por falta de provas e transcreve ensinamentos do Professor Paulo de Barros Carvalho, concluindo que o suporte fático da imputação do auto de infração em apreço deve ser transparente e cristalino, corroborado com todos os meios de prova admitidos em direito, para que o ato possa prevalecer, trazendo os efeitos pretendidos, a fim de constituir o vínculo obrigacional entre o particular e o Fisco, no que tange a cobrança do tributo.

Destaca e transcreve a posição da Professora Suzy Gomes Hoffmann em sua obra “Teoria da Prova no Direito Tributário”, sobre o tema.

Ressalta que à luz do Direito Tributário, é nulo o Auto de Infração baseado em PRESUNÇÃO fiscal sem a devida fundamentação, vez que se converte em FICÇÃO, ferindo o princípio do Ato regrado ou Vinculado à Lei (CTN, art. 97, I e II, 114, 116, I, 141, 142, 144; CF/88, arts. 5º II; 37 “caput”, 150, I). Com efeito, a referida 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, cujo teor transcreve.

Solicita que sejam excluídas do Demonstrativo das Aquisições de Mercadorias, mediante diligência fiscal, as notas fiscais, indicadas na relação apresentada pelo autuante e que não estão devidamente carregadas nos autos, razão pela qual requer a nulidade ou a improcedência da infração em destaque.

Assevera *que* muitas das notas fiscais apontadas pelo autuante nos seus demonstrativos, não tiveram a efetiva entrada no estabelecimento da autuada, porque em verdade, há uma presunção de que a autuada adquiriu as mercadorias contidas nas notas fiscais colhidas no SINTEGRA/CFAMT, conforme amplamente demonstrado o contrário, pois a real comprovação só seria possível através do pedido de fornecimento, o canhoto das Notas Fiscais referidas com a assinatura da Autuada; o comprovante de pagamento dos fretes referentes a ditas notas fiscais; comprovante de pagamento das referidas compras junto aos fornecedores ou ainda a diferença no estoque que possa confirmar a presunção hipoteticamente admitida.

Aduz que deveria o autuante ratificar a ação fiscal com o comprovante de pagamento das referidas compras junto aos fornecedores, ou acostar cópias das prováveis duplicatas mercantis tão comuns nas vendas a prazo em operações desta natureza, ou, ainda comprovar suas alegações, demonstrando que a receita auferida em cada operação refletiu na conta caixa/bancos ou na conta fornecedores, seja a aquisição à vista ou a prazo.

Ressalta que a infração tributária deverá sempre ser provada. Sem prova não há que se falar em lançamento fiscal. Neste sentido transcreve ensinamento do professor Clélio Berti em sua obra “O Processo Fiscal” e Teoria e Prática, Ed. Ícone.

Requer, 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.

Reafirma que o autuante cerceia o seu direito de defesa, quando não apresenta as notas fiscais que relaciona no Demonstrativo das Aquisições de Mercadorias (04), fato que impede que o

autuado demonstre que muitas notas fiscais relacionadas pelo eminente preposto fiscal se referem a mercadorias que já sofreram retenção na fonte, em razão da existência do Convênio 14/06 e do Protocolo nº11/91 que atribuem responsabilidade pelo recolhimento do ICMS por substituição tributária ao remetente das mercadorias, como assim já decidiu este CONSEF, transcrevendo Ementas da 1ª e 4ª JJF.

Argui ilegitimidade passiva por não ser responsável pela suposta obrigação tributária, diante do equívoco na atribuição da responsabilidade pelo recolhimento do imposto, vez que o autuante atribui responsabilidade por substituição tributária ao substituído e não ao substituto tributário.

Transcreve decisões deste Conselho sobre a questão e pede a nulidade por ilegitimidade passiva do contribuinte, respaldado no art. 18, IV, “b”, do RPAF/BA.

Finaliza requerendo a total NULIDADE do Auto de Infração pela inobservância do devido processo legal e/ou pela falta de provas e/ou por ilegitimidade passiva do autuado, e se assim não entender, no MÉRITO, decida pela sua IMPROCEDÊNCIA .

Na Informação Fiscal às fls.74 a 75, o autuante diz que em relação a alegação defensiva de que não foram apresentadas provas do ingresso das mercadorias, assim como provas de aquisição das mesmas que a autuada foi intimada por duas vezes , em 25/04 e 26/06/2017, em atendimento a mandato do COE - Central de Operações Estaduais, operação da SAT/SEFAZ-BA, para comprovação de recolhimento do ICMS relativo a operações de compras de mercadorias tributáveis, em outras Unidades da federação concernentes às notas fiscais nº 20095,0234665 de março de 2017e 328730 de abril de 2017. Não havendo atendimento às intimações e estando na condição de descredenciado houve determinações para uma operação mais abrangente.

Esclarece que a constituição do processo fiscal foi efetuada através dos arquivos eletrônicos disponibilizados pela SAT da SEFAZ, sendo de pleno empresários e contabilistas que o sistema de emissão de documento eletrônico é eficaz e de imediato conhecimento dos vendedores e compradores das mercadorias. Portanto, os DANFES relacionados na lista do COE, registrados ou não na escrita fiscal são legais.

Quanto ao argumento de que não foram anexadas as notas fiscais para que fosse possível realizar os cálculos dos débitos reclamados afirma que como informado no tópico anterior todas as notas fiscais foram relacionadas a partir dos demonstrativos anexados e fornecidos ao autuado e seu setor contábil.

No que diz respeito ao pedido de nulidade ou improcedência do Auto de Infração assevera que a autuada teve prazo de 60 dias para pagamento ou interpor a defesa. E está claramente perceptível que os DANFES têm como origem diversas firmas localizadas em outras unidades da federação e foram anexados elementos para esclarecer detalhes, ou seja, comprovantes de pagamento de 02 notificações, fls, 68 a 71 e relação do COE, fls. 31 a 33 dos DANFES das firmas fornecedoras, fl. 67, esclarecendo o inter-relacionamento das mesmas. Consequentemente, constata-se falta de recolhimento do ICMS no período fiscalizado.

Acrescenta que na defesa não foram apresentados qualquer comprovante de pagamento.

Conclui que as outras alegações se confundem com as anteriormente comentadas e pede a Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente, argúi o sujeito passivo a nulidade da autuação, alegando cerceamento de defesa, considerando que o Fiscal deixou de apresentar as provas da realização das operações. Reclama que a exigência foi embasada em notas fiscais colhidas no SINTEGRA /CFAMT. Portanto, aplicada uma presunção já que a real comprovação somente seria possível através da apresentação de canhotos de Notas fiscais com a assinatura da empresa, comprovante de pagamento das referidas compras, etc.

Inicialmente constato que diferentemente do afirmado pelo autuado as notas fiscais não foram coletadas através do SINTEGRA/CFAMT pois se tratam de notas fiscais eletrônicas. O arquivo das mesmas encontra-se armazenado eletronicamente, e estão disponíveis para consulta no repositório Nacional da Receita Federal. Neste caso caberia ao mesmo cumprir o determinado no § 17 do art. 89 do RICMS/12 que assim dispõe: “*Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado*”.

Assim, não cabe ao Fisco anexar comprovantes da realização das operações como arguido pelo Sujeito Passivo. Por outro lado na constituição do crédito tributário, a base de cálculo de cada item foi apurada consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, razão pela qual afasto esta preliminar de nulidade.

Argui, também, o impugnante, a nulidade do Auto de Infração sob o fundamento de que não foram apresentadas as notas fiscais autuadas fato que o impediu de demonstrar que muitas delas referem-se a mercadorias que já sofreram retenção na fonte, em razão da existência do Convênio 14/06 e do Protocolo nº 11/91 que atribuem a responsabilidade pelo recolhimento do ICMS por substituição tributária ao remetente das mercadorias.

Não acolho este argumento pois grande parte das notas fiscais objeto da acusação fiscal encontram-se escrituradas em seu livro Registro de Entradas, conforme se verifica nas fotocópias do mencionado livro, anexadas ao PAF. Quanto às demais operações constato que se tratam de aquisições dos mesmos produtos e mesmos fornecedores, tendo portanto, o contribuinte, pleno conhecimento das mercadorias. No mais, sendo notas fiscais eletrônicas quem as possui é o próprio contribuinte que as recebe, via sistema, do seu fornecedor.

Dessa forma, rejeito às preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa, haja vista 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, 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.

Quanto ao pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo este fica indeferido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento ICMS devido por antecipação total em operações de aquisições interestadual.

Na defesa o autuado não apontou nenhum equívoco nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, que serviu de base para a exigência fiscal.

Por outro lado observo que os demonstrativos de apuração elaborados pela autuante, fls.34 a 38, identificam para cada nota fiscal eletrônica, em colunas específicas todos os elementos indispensáveis à compreensão, ou seja, descrição das mercadorias e “passo a passo” para se obter o correspondente “ICMS a Pagar”, onde foi inclusive concedido o crédito do ICMS destacado nas notas fiscais de aquisição, cuja totalização por período de apuração, resulta na exigência da infração, objeto da autuação.

Assim, como não foram apresentadas quaisquer provas capazes de desconstituir os lançamentos atinentes à infração sob análise, acolho os demonstrativos de apuração de débito elaborados pelo autuante, nas folhas acima indicadas, e concluo pela subsistência da autuação.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **019358.0006/17-0**, lavrado contra **CENTRAL DE COMPRAS MUCURI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$169.926,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR