

A. I. N° - 120208.0020/17-2
AUTUADO - RC GROUP COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA - ME
AUTUANTE - IVAN DIAS DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20/12/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0160-03/18

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Infração devidamente comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/11/2017, exige ICMS no valor histórico de R\$106.158,90, mais multa de 100%, imputando ao autuado o cometimento da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 02.01.02. Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, nos meses de julho a outubro de 2015.

Descrição dos Fatos: “Em data e local acima indicados, encerramos a fiscalização da empresa supracitada, em cumprimento à O.S. acima discriminada, tendo sido apurada(s) as seguinte(s) irregularidade(s): Exercício de 2015: omissão de saída de mercadorias tributadas através da venda de mercadorias sem pagamento do ICMS. O contribuinte recebeu a Intimação mas não entregou nenhum dos documentos e Livros fiscais solicitados. É importante informar que a fiscalização deste contribuinte foi solicitada pela Inspetoria de Investigação e Pesquisa – INFIP após a elaboração do Boletim de Inteligência Fiscal n° 1239/2016 – em anexo, que indicou que o verdadeiro responsável pelo débito tributário é RAFAEL PRADO CARDOSO – CPF 895.287.865-53.”

Enquadramento Legal: art. 2º, I e art. 32, da Lei n° 7.014/96 C/C art. 332, I e §6º, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto n° 13.780/2012. Multa Aplicada: art. 42, III, da Lei n° 7.014/96.

O autuado apresenta defesa, fls. 48 a 56, inicialmente fazendo uma síntese dos fatos que ensejaram a autuação, inclusive com a tipificação legal da infração imputada.

Em preliminar, entende que a autuação fiscal é nula de pleno direito, dizendo que o Auto de Infração não especifica em qual artigo infringido se enquadra o contribuinte, vez que seu fundamento legal é o “art. 332, inciso I; § 6º, do RICMS/BA”, publicado pelo Decreto n° 13.780/2012.

Alega que o inciso I do artigo 332 não possui parágrafos, somente alíneas, e que o §6º existe apenas no artigo e não no inciso.

Observa ainda que inciso I possui alíneas, a qual não foi especificada no Auto de Infração, considerando-se impossibilitado de defender-se corretamente da notificação.

Aduz que a lei determina que o contribuinte deva ter claras informações sobre o que pesa em sua conduta, não podendo se defender genericamente de algo que o poder público lhe imponha. Entende que o Auto de Infração lastreia-se em um artigo inexistente, o que inviabiliza sua legalidade, consequentemente, a cobrança.

Acrescenta que o parágrafo 6º possui dois incisos, o qual não foi claramente especificado no A.I., igualmente inviabilizando a defesa.

Cita os artigos 15 e 39, do RPAF/BA, alegando que no Auto de Infração não consta a localidade e a denominação ou sigla da repartição, e que o artigo infringido não está contemplado na autuação.

Acrescenta que na descrição dos fatos são colocadas informações alheias à empresa autuada, isto porque na sua constituição não consta o Sr. RAFAEL PRADO CARDOSO como sócio ou gerente.

Pergunta se o verdadeiro responsável pelo débito tributário é RAFAEL PRADO CARDOSO, porque a RC GROUP foi notificada? Quem deve responder ao auto de infração?

Expõe que a empresa não tendo vínculo com o citado não poderá responder por ele, considera que seria imputação de responsabilidade que não pode ser vinculada ao contribuinte.

Invoca o art. 18, IV, do RPAF/BA, arguindo a nulidade da autuação, alegando confusão sobre a responsabilidade para exigência em tela, ou seja, quem, de fato, deve responder pelo débito tributário.

Expõe que o Auto de Infração noticia que o verdadeiro responsável pelo débito tributário é Rafael Prado Cardoso, mas, no entanto, lança em nome da empresa RC Group. Entende que a autuação é nula por ter sido inviabilizada a determinação exata do real infrator.

Considera que o Fisco impossibilita por completo o exercício do direito ao contraditório e a ampla defesa, com informações desordenadas, deixando dúvidas de quem efetivamente está sendo cobrada a dívida tributária ou o responsável pelo seu pagamento.

Transcreve o caput e o parágrafo único do art. 142, do CTN, além de decisão de outro tribunal, visando robustecer sua argumentação de que os lançamentos devem contar com a devida clareza.

Aduz ser primordial a declaração de nulidade da autuação, e que caso esse não seja o entendimento dos julgadores, que sejam efetuadas as diligências necessárias para a constatação dos reais valores devidos.

No mérito, inicialmente assevera que a empresa deixou de funcionar pelo fato de que em todos os certames licitatórios que pretendia ingressar e realizar negócios, era desabilitada, o que impedia que o desfecho fosse realmente a conclusão da venda e seu consequente pagamento.

No tocante às Notas Fiscais emitidas, alega que houve erro na emissão das mesmas, e que tal fato é facilmente verificável.

Observa que as Notas Fiscais nºs 6 e 7 são idênticas, ambas possuem o Município de Feira de Santana como destinatário, operação interna, mas que nenhuma das duas tiveram sua efetiva concretização, pois foram canceladas pelas partes contratantes, por desabilitação no certame.

Acrescenta que do mesmo modo, as Notas Fiscais nºs 1, 2, 3, 5 e 13 igualmente não se concretizaram. Reclama da burocracia, dizendo que as mesmas não puderam ser efetivamente canceladas no período determinado por lei, mas que se pode observar no destino final que não foram pagas pelo destinatário ou a ele entregues, tampouco compradas pelo contribuinte.

Argumenta que nem sempre é possível cancelar a Nota Fiscal emitida no prazo determinado, implicando, por sua vez, na ocorrência de erro perante o FISCO. Entende que embora intempestiva, o fato gerador não ocorreu para nenhuma das NF-e emitidas e relacionadas no Auto de Infração.

Quanto à informação de que intimado não entregou nenhum dos documentos ou Livros Fiscais, salienta que a empresa teve todos os seus livros e documentos apreendidos pela Polícia e Ministério Público, o que impossibilitou a entrega dos mesmos. Acrescenta que ainda que houvesse o efetivo cancelamento das NFs-e questionadas, não poderiam ser escrituradas, sem valores monetários, de acordo com a legislação tributária vigente.

Cita os artigos 195 e 197, ressaltando que a atuação do fiscal encontra-se limitada pelos princípios gerais de direito, mais notadamente os de ordem constitucional, de modo que durante o exercício de suas atribuições não lhe é dada a faculdade de utilizar-se de todo e qualquer meio.

Expõe que a empresa foi invadida pela Polícia e Ministério Público, os quais reviraram gavetas e apropriaram-se de documentos referentes ao controle interno da Autuada, o que impossibilitou a entrega de Livros Fiscais e documentos, bem como inviabilizou o próprio funcionamento da empresa.

Assevera que a Constituição Brasileira fundamenta-se na cidadania, dignidade da pessoa, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Reclama da multa de 100% imposta e pede sua redução, além do expurgo da capitalização e dos demais acréscimos.

Volta a afirmar que não houve o fato gerador que sustenta a autuação, pois as NFs-e emitidas além de conterem erro de duplicidade, foram relativas a vendas que não se concretizaram. Diz que uma simples verificação com os destinatários é possível constatar que nem o valor fora repassado, tampouco as mercadorias foram entregues.

Enfatiza que a exigibilidade do tributo questionado pela notificação restará suspenso, até que seja julgado, visto o disciplinado, quer pela legislação Estadual, quer pelo Art. 151 do CTN.

Ao prestar a informação fiscal, fl. 94, o autuante explica que o Auto de Infração trata da falta de pagamento do ICMS, conforme apuração simples e direta feita na emissão de NF-e (fl.7), não havendo comprovação de pagamento.

Quanto à arguição de nulidade, entende que os argumentos apresentados pelo autuado são genéricos e pouco precisos em relação à questão legal tratada no Auto de Infração.

No mérito assevera que o contribuinte nada prova que existem notas emitidas em duplicidade ou que as mesmas não se concretizaram, ou foram canceladas.

Ao final mantém o Auto de Infração na sua integralidade.

VOTO

Inicialmente, constato que a descrição do fato, a fundamentação legal e a planilha demonstrativa do valor devido constante no Auto de Infração, não deixam qualquer dúvida sobre a motivação da autuação.

A tipificação legal mencionada permite a perfeita indicação da matéria questionada, e mesmo que houvesse alguma falha, conforme dispõe o art. 19 do RPAF/BA, “a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”.

Apesar da informação na “Descrição dos Fatos” no corpo do Auto de Infração de que o verdadeiro responsável pelo débito tributário, apurado pela Inspetoria de Investigação e Pesquisa – INFIP, após a elaboração do Boletim de Inteligência Fiscal nº 1239/2016 (fls. 34 a 41) seja RAFAEL PRADO CARDOSO, as Notas Fiscais que ensejaram a cobrança em lide foram emitidas pelo autuado, não havendo do que se falar em erro na determinação do sujeito passivo.

O autuante produziu os competentes demonstrativos, devidamente entregues ao contribuinte autuado, o qual compareceu em sede de defesa abordando com clareza e precisão todos os aspectos do lançamento realizado, demonstrando ter plena ciência dos motivos da autuação, não se podendo falar da presença de cerceamento de defesa, sendo devidamente cumprido o disposto no artigo 39 do RPAF/99.

A autoridade administrativa constituiu o crédito tributário verificando e registrando a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade cabível, tudo em absoluta consonância com o art. 142 do CTN.

No presente caso, não foi identificada qualquer 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. Não verifico dessa forma, qualquer dos pressupostos de nulidade elencados no art. 18 do RPAF/99.

Também não acolho o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, haja vista que os elementos acostados aos autos se apresentam suficientes para formação do meu convencimento e decisão da lide, de acordo com o que prevê o art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito, o presente Auto de Infração exige ICMS, tendo em vista a falta de recolhimento no prazo regulamentar, do imposto referente operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.

A imputação trata da omissão de saída de mercadorias tributadas através da venda de mercadorias sem pagamento do ICMS, conforme demonstrativo à fl. 6 e documentos de arrecadação e notas fiscais às fls. 8 a 33.

Em sua defesa, o autuado alega que das notas fiscais elencadas, as de nºs 6 e 7 se referem “a mesma venda”, que foram canceladas, e que as vendas não se concretizaram.

Em relação às notas fiscais 1, 2, 3, 5 e 13, argumenta que não houve tempo hábil para efetuar os seus cancelamentos.

De pronto, ressalto que o cancelamento extemporâneo de nota fiscal eletrônica pode ser feito nos moldes previstos na legislação tributária estadual, qual seja nos termos dos §§1º e 2º, do art. 92 do RICMS-BA/12, cujo teor transcrevo a seguir:

Art. 92. Após a concessão de Autorização de Uso da NF-e, o emitente poderá cancelar o respectivo documento eletrônico em prazo não superior a 24 (vinte e quatro) horas, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria.

§ 1º Após o prazo máximo referido no caput e desde que não tenha ocorrido a circulação da mercadoria, fica admitida a emissão de Nota Fiscal de entrada ou saída para regularização do quantitativo da mercadoria em estoque, com destaque do imposto, se for o caso.

§ 2º A NF-e referida no § 1º deve conter, no campo “Chave de acesso da NF-e referenciada”, a chave de acesso da NF-e que foi cancelada por incorreção, bem como o motivo da incorreção no campo “Informações complementares”.

Todavia, o autuado não apresentou nenhuma comprovação de que tenha feito o cancelamento das notas fiscais em exame, mesmo que de forma extemporânea. Isto também se aplica às notas fiscais nºs 6 e 7 (fls. 25 a 30), não havendo também nenhuma comprovação de que se tratam da mesma venda (emissão em duplicidade).

Pelo que dispõe o art. 142 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

O artigo 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 supra citado regulamento.

Ademais, não havendo pedido de cancelamento das notas fiscais, esses documentos refletem operações de circulação de mercadorias tributáveis e, tendo em vista que essas notas não foram lançadas nos livros fiscais próprios, foi correto o posicionamento do autuante e são devidos os valores exigidos na autuação, de acordo com a planilha à fl. 6.

Cabe ainda destacar, que as notas que foram canceladas conforme demonstrativo à fl.7, não fizeram parte da exigência do presente Auto de Infração.

Por fim, em relação ao pedido de redução da multa aplicada, acrescento que esta Instância Administrativa não tem competência para este feito. A mesma está tipificada na Lei nº 7.014/96, não cabendo, ainda, à apreciação do argumento de confisco, nem de seu caráter abusivo, uma vez que acorde o art. 167, I do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), a inconstitucionalidade de lei infraconstitucional, não pode ser apreciado nesta seara administrativa.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **120208.0020/17-2**, lavrado contra **RC GROUP COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$106.158,90**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, incisos III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR