

A. I. N° - 207150.3001/16-3
AUTUADO - DIBEC DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS CRISTAL LIMITADA
AUTUANTE - JOSE ANTONIO RODRIGUES PEREIRA
ORIGEM - INFAC JACOBINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11.12.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0190-02/18

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. MERCADORIAS SUJEITAS A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** IMPOSTO POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **b)** IMPOSTO DE RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. Alegações e documentos apresentados não elidem as acusações fiscais. Infrações subsistentes. 2. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES EM OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Alegações e documentos apresentados pelo Impugnante elidem a acusação fiscal. Infração elidida. **b)** MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. Item reconhecido. Infração não impugnada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Alegações e documentos apresentados pelo Impugnante elidem a acusação fiscal. Infração elidida. 3. MULTA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL NA ESCRITA FISCAL. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Alegações e documentos apresentados pelo Impugnante elidem parcialmente as infrações. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2016, para reclamar crédito tributário no valor total de R\$122.669,99, acusando cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - 04.05.08: Falta de recolhimento do ICMS na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, conforme anexos 08 e 09. Valor: R\$ 36.172,85. Período: Exercícios 2012 e 2013. Enquadramento legal: Art. 6º; IV; art. 23, I, da Lei 7.014/96 c/c art. 217 do RICMS-BA/2012 e art. 10, I, “a”, da Port. 445/98. Multa: Art. 42, III, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - 04.05.09: Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal,

decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, conforme anexos 08 e 09. Valor: R\$41.578,13. Período: Exercícios 2012 e 2013. Enquadramento legal: Art. 6º; IV; art. 23, II, da Lei 7.014/96 c/c art. 217 do RICMS-BA/2012 e art. 10, I, “b”, da Port. 445/98. Multa: Art. 42, II, “f”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - 06.01.01: Deixou de recolher ICMS no valor de R\$17.646,75, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, conforme anexo 06. Valor: R\$17.320,00. Período: Maio e Agosto 2013. Enquadramento legal: Art. 4º; XV, da Lei 7.014/96 c/c art. 305, § 4, III, “a”, do RICMS-BA/2012.

INFRAÇÃO 4 - 06.02.01: Deixou de recolher ICMS no valor de R\$3.954,44, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, conforme anexo 05. Valor: R\$ 4.400,55. Período: Fevereiro 2012. Enquadramento legal: Arts. 1º, § 2º; IV; art. 5º, I; arts. 36, § 2º, XIV, 69, 72, 111, III, “a” e art. 132 do RICMS-BA/97. Multa: Art. 42, II, “f”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 5 – 07.01.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e ou do exterior, conforme anexo 07. Valor: R\$9.977,02. Período: Fevereiro e Agosto 2013. Enquadramento legal: art. 8º, inc. II e § 3º do art. 23 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa: Art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 6 – 16.01.01: Deu entrada de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme Anexos 01 e 02. Valor: R\$9.962,72. Período: Janeiro a Dezembro 2012, Fevereiro a Dezembro 2013. Enquadramento legal: art. 322, incisos e parágrafos do RICMS-BA/97; Arts. 217 e 247 do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, IX, da Lei 7.014/96, reduzida retroativamente em obediência à Lei 13.461/2015 c/c a alínea “c”, do inciso II, do art. 106, do CTN.

INFRAÇÃO 7 – 16.01.02: Deu entrada de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço (s) não tributável (is) sem o devido registro na escrita fiscal, conforme Anexos 03 e 04. Valor: R\$3.258,73. Período: Janeiro 2012 a Dezembro 2013. Enquadramento legal: art. 322, incisos e parágrafos do RICMS-BA/97; Arts. 217 e 247 do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, XI, da E dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05 nº 7.014/96.

O sujeito passivo apresenta impugnação, fls. 108/115, com arrimo no art. 123, do RPAF, aprovado Decreto nº 7.629/99, aduzindo as razões que passo a expor:

III DOS FUNDAMENTOS DE DEFESA

Destaca que contesta parcialmente as infrações 01, 02, 06 e 07 e totalmente as infrações 03 e 05.

Infrações 01 e 02

Diz que os cálculos devem ser reavaliados considerando novos dados, de conformidade com a relação de NFs canceladas e emitidas equivocadamente em seu nome, conforme relação de fls. 116-117.

Infração 03

Diz haver equívoco na autuação, haja vista que no item 01, a NF-e 000.264.946, de 31/05/2013 foi anulada pela NF-e 000.017.608, de 31/07/2013, consoante fls. 118-121 dos autos.

Aduz que no item 02, o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais foi recolhido, conforme processo de denúncia espontânea 600000.1157/14-3 e parcelamento 0012583146 (fls. 122-129).

Infração 05

Diz que deve ser julgada improcedente, posto que as NFs 50948, 50967, 51284 e 57730 foram canceladas, conforme documentos de fls. 130-134.

Infração 06

Diz que o Fisco também se equivocou ao considerar válidas as NFs 15685, 2910, 119272, 42995, 121661, 122468, 122471, 50948, 50967, 51284, 153355, 57730 e 948, por também terem sido canceladas, conforme documentos de fls. 135-148.

Com relação às NFs 2787, 2942, 5694, 6188, 8090, 8925, 9471, 9942, 10982, 11982, 12536, 790, 13037, 45850039, 45850040 e 45850041, diz que foram emitidas por fornecedores para consumidores desconhecidos, com dados que lhe são estranhos, usando apenas seu CNPJ, fato que tomou conhecimento somente neste procedimento fiscal. Diante disso, diz que denunciou o fato criminoso à Delegacia Especializada, conforme se verifica nos documentos de fls. 149-168, inclusive, Boletim de Ocorrência.

Alega que nas NFs não constam informação de ingresso na Bahia porque não há registro de passagem em Posto Fiscal.

Aduz que faz o possível para demonstrar a não aquisição das mercadorias veiculadas nas citadas NFs e que vem sistematicamente acessando o sistema eletrônico para desconhecer operações, bem como pedido de instauração de inquérito policial para apurar a prática de crime contra a ordem tributária.

Assim, dado ao fato de terceiro como causa excludente do nexo de causalidade não comportar maiores discussões, pede que se analise, exclusivamente, se, de acordo com cada espécie de responsabilidade instituída, é ou não possível eximir o acusado da responsabilidade em razão da desconstituição do liame causal.

Afirma que na responsabilidade decorrente das relações de consumo, por exemplo, admite-se, de modo expresso, a exclusão da responsabilidade do fornecedor por defeito de serviço ou produto, acaso reste comprovada a culpa exclusiva de terceiro (arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, II, do CDC).

Diz que a doutrina ensina que a responsabilidade civil pode ser transferida para terceiro, ainda que não tenha praticado o ato lesivo; enquanto a sanção de natureza não-civil deve se restringir a quem comete o ilícito, sendo defeso à lei, sob pena de incorrer em manifesta constitucionalidade, dispor em contrário.

Desse modo, entende ser imperioso admitir que a Impugnação se fundamenta em fato praticado por terceiro e que tal conclusão não decorre de interpretação extensiva do dispositivo regulamentar, visto que parte da doutrina prega que a força maior é “a própria atuação humana manifestada em fato de terceiro ou do credor”. Logo, diz aqui ficar caracterizado o fato de terceiro que, apesar de ser inidôneo à alteração da responsabilidade tributária, é circunstância suficiente para julgar improcedente a autuação, especialmente quanto às NFs 2787, 2942, 5694, 6188, 8090, 8925, 9471, 9942, 10982, 11982, 12536, 790, 13037, 45850039, 45850040 e 45850041, posto que emitidas por terceiros fraudadores em nome da autuada.

Destaca, por fim, que as NFs 145267, 145272, 103222, 125183 e 126206, foram emitidas em duplicidade pela AMBEV, consoante se depreende da análise dos documentos de fls. 172-182 e 302-372.

Infração 07

O mesmo argumento dado à infração anterior leva para esta infração com relação às NFs 15685, 16135, 16880, 17007, 2910, 1065, 19711, 19823, 19990, 42995, 132, 21274, 23372, 95, 100, 14, 85, 500, 27463, 27920, 28557, 61493, 22980, 28803, 29506, 29573, 194, 135320, 30423, 30535, 213, 30966, 31005, 31117, 31147, 31148, 228, 31485, 32525, 32646, 4933, 32809, 33212, 34248, 34347, 35261, 629, 10989, 10990, 39948, 41607, 54143, 54145, 42832, 948, 43380 e 45272, canceladas, conforme documentos de fls. 183-242 e 129-133.

Destaca que as NFs 2487, 2942, 6620, 5694, 7223, 7608, 8925, 27719, 9942, 10982, 7744, 7981, 11982, 12536, 8244, 8365, 8465, 34224, 8571, 8833, 8949, 39265, 9365, 9575, 9686, 9833, 9946, 45669, 10181, 49299, 10378, 10528, 52262, 10680, 10766, 10945, 11051, 56557, 11123, 11229, 11410, também foram emitidas por terceiros em fraude contra a autuada, conforme documentos de fls. 243-289, razão pela qual a autuação deve ser julgada improcedente, neste particular.

Por derradeiro, alega que as NFS 1711, 221, 1162, 81320, 651, 81543, 167, 1789, 45370 e 20631, embora emitidas no final de 2013, só foram recebidas pela autuada no inicio de 2014, estando lançadas em janeiro de 2014, conforme arquivo EFD ICMS/IPI transmitidos ao repositório nacional do SPED, LRE, fls. 175-186.

DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA

Aduz que, não obstante tudo o que acima se expôs, a multa aplicada pelo autuante está a merecer relevação, pois, de acordo com a Constituição Federal as exigências feitas pelos Entes da Federação não devem ser confiscatórias.

Diz que, por confisco, doutrina e jurisprudência já assentaram que deve ser entendida toda e qualquer exigência que prive a pessoa de parte substancial do seu patrimônio. No mesmo sentido, destaca que é a jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal. Diz que é orientação desse E. Tribunal de que multas de caráter confiscatório devem ser canceladas ou adequadas a patamares que resguardem o direito constitucional de propriedade e do não-confisco. Destaca ementa de acórdão exarado pelo C. Pleno do E. Supremo Tribunal Federal a respeito do tema ora em discussão.

Desta forma, aduz que é evidente que a penalidade aplicada à Impugnante, ainda que prevista na legislação, é excessiva, na medida em que corresponde a 60% do valor do principal. Nessa perspectiva, em homenagem ao princípio do não-confisco, pede para relevar a penalidade imposta, especialmente pelo fato de não ter havido qualquer dolo e/ou má fé de parte da Impugnante, sob pena de estar se transformando a multa em nova fonte de custeio do erário.

Por todo o que foi exposto, aplicando-se o feito suspensivo (art. 19 da LC n. 115/2005), requer-se seja a presente impugnação conhecida e regularmente processada, suspendendo-se nos termos do artigo 151, inciso III do CTN, a exigibilidade do crédito tributário, dando-se a esta impugnação o completo provimento, anulando-se a Notificação Fiscal que se guerreia nos pontos elencados.

Em caráter estritamente subsidiário, destaca que, caso este ilustre julgador entenda pela subsistência do auto de infração, que sejam considerados os documentos apresentados pela Impugnante, e assim, requer sejam relevadas ou reduzidas as multas aplicadas em patamar condizente com a realidade dos fatos e com a condição econômica da Impugnante, tudo, em razão da ausência de qualquer intenção de fraude ou dolo por parte da Impugnante, e em observância aos princípios do não-confisco, da capacidade contributiva e da proporcionalidade.

Devido ao volume de informações relativamente aos períodos abrangidos pelo auto de infração em questão, protesta-se, desde já, pela juntada posterior de novos documentos/elementos, de modo a subsidiar o escorreito julgamento do presente feito, vale dizer, em busca da verdade material.

O Auditor Fiscal apresenta Informação Fiscal, às fls. 375-379, assim contestando a Impugnação:
Infrações 01 e 02

Informa que da relação de NFS constante da fl. 116, apenas as de nºs 10989 e 10990 foram incluídas para o levantamento quantitativo de estoques e que elas não foram canceladas, constando como regularmente autorizadas.

Das NFS relacionadas na fl. 117, foram consideradas no levantamento quantitativo de estoques as NFS 9942, 10982, 12536 e 13037, indicadas com a situação “errada”, sem, no entanto, esclarecer o estaria errado e que verificando no Portal da NF-e viu que foram regularmente autorizadas, não havendo, por isso, motivo para desconsiderar tais documentos fiscais, razões pelas quais, mantém as infrações na íntegra.

Infração 03

Acolheu o argumento defensivo relativo às NFS 264.946 e 276.065, as excluindo da infração e, por isso, a infração fica elidida.

Infração 04

Não foi impugnada.

Infração 05

Diz que confirmou no Portal da NF-e a pertinência dos documentos fiscais apresentados pelo Impugnante e a infração fica elidida.

Infração 06

Certifica a veracidade das alegações defensivas bem como dos documentos de prova apresentados e conforme novo demonstrativo de débito que elabora na fl. 377, ajusta o valor da exação fiscal para R\$8.342,04.

Infração 07

Procede do mesmo modo para as alegações defensivas e documentos de prova apresentados pelo Impugnante e conforme novo demonstrativo de débito que elabora na fl. 378, ajusta o valor da exação para R\$2.111,87.

Com relação às NFs de aquisição emitidas em dezembro/2013 e registradas em janeiro/2014, posto que relativas a compras efetuadas em Jacobina e Feira de Santana, apenas excluiu da infração a NF 20631emitida em 31/12/2013.

Ajustando o valor do AI de R\$122.669,99 para R\$ 92.605,44, sendo R\$82.151,53 de imposto e R\$10.453,91 relativos a multa por descumprimento de obrigação acessória, pugna pela procedência parcial do AI.

Devidamente intimado da Informação Fiscal com entrega de cópia dos novos documentos elaborados (fl. 388), o contribuinte não mais se manifesta e às fls. 391-395, consta extratos de parcelamento de débito relacionado com o AI.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$ 122.669,99.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 05, 08 e 102, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, e 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF); c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 10-92, 380-383 e CDs de fls. 104 e 389); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Estando o PAF revestido das formalidades legais constato que o sujeito passivo exerceu o seu direito de ampla defesa nos termos do art. 123 do RPAF, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

Como relatado em detalhes, exceto com relação à Infração 04 em que não há contestação, o sujeito passivo esquematizou Impugnação arguindo puramente razões de fato que se projetam nas infrações da seguinte forma: a) Impugnou parcialmente as infrações 01, 02, 06 e 07; b) Impugnou integralmente as infrações 03 e 05.

Toda impugnação se sustenta nas seguintes razões:

Infrações 01 e 02

Pede exclusão de NFs canceladas incluídas no levantamento fiscal, bem como de NFs que, conforme Boletim de Ocorrência da 1ª DT JACOBINA-BO-16-02580 (fls. 167-168) foram emitidas por fornecedores para operações que desconhece, tendo-lhe como destinatário, mas como objeto de infração criminosa, conforme relação de fls. 116-117.

Por sua vez, mantendo a exação fiscal, na Informação Fiscal a Autoridade Fiscal autuante registra que: a) das NFs relacionadas na fl. 116, apenas as de nºs 10989 e 10990 foram incluídas para o levantamento quantitativo de estoques e que elas não foram canceladas, constando como regularmente autorizadas; b) das NFs relacionadas na fl. 117, foram consideradas no levantamento quantitativo de estoques as NFs 9942, 10982, 12536 e 13037, indicadas com a situação “errada”, sem, no entanto, esclarecer o estaria errado e que verificando no Portal da NF-e viu que foram regularmente autorizadas, não havendo, por isso, motivo para desconsiderar tais documentos fiscais.

O sujeito passivo foi regularmente intimado e apôs ciência dessa Informação Fiscal na fl. 388 dos autos e, podendo, não se manifestou a respeito. É o caso, portanto, de aplicação da disposição prevista no art. 140 do RPAF aqui reproduzido:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Infrações subsistentes.

Infração 03

O Impugnante diz haver equívoco na autuação, haja vista que a NF-e 000.264.946, de 31/05/2013 foi anulada pela NF-e 000.017.608, de 31/07/2013, consoante fls. 118-121 dos autos e que com relação à NF 276.065, o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais foi recolhido, conforme processo de denúncia espontânea 600000.1157/14-3 e parcelamento 0012583146 (fls. 122-129).

Tais argumentos foram analisados pelo autor do feito que na Informação Fiscal afirmava a assertiva das alegações defensivas se pronunciou pela improcedência da infração.

Assim, considerando elidida a acusação fiscal, tenho a infração como insubsistente.

Infração 05

Esta infração tem suporte no demonstrativo de fl. 57 relacionando as NFs 50948, 50967 e 512284. A alegação defensiva é de que tendo em vista o cancelamento dessas NFs, conforme documentos de fls. 130-134.

Considerando que o autor do feito por ocasião da Informação Fiscal confirmou a veracidade da alegação defensiva no Portal da Nota Fiscal Eletrônica atestando, assim, a impertinência da exação fiscal, considero elidida a acusação fiscal e também tenho essa infração como insubsistente.

Infração 06

Esta infração trata de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, qual seja a falta de registro de NFs de entradas de mercadorias tributáveis na escrita fiscal. Tem suporte nos demonstrativos Anexos 01 e 02 (fls. 10-25).

Como detalhado no relatório deste julgamento, o Impugnante pediu a exclusão de diversas NFs por terem sido canceladas e de outras que embora figure como destinatário, foram objeto de ilícito tributário, conforme o Boletim de Ocorrência já citado para as infrações 01 e 02.

Na Informação Fiscal, confirmando a veracidade das informações prestadas pelo Impugnante procedeu a exclusão pedida e ajustou o levantamento fiscal reduzindo o valor da exação de R\$ 9.962,72 para R\$ 8.242,04, conforme novo demonstrativo de débito constante da fl. 377 dos autos.

Considerando que o sujeito passivo foi regularmente intimado com entrega de cópias dos papéis de trabalho elaborado, apondo ciência dessa Informação Fiscal na fl. 388 dos autos e, podendo, não se manifestou a respeito, com fundamento nos artigos 140, 141 e 142 do RPAF abaixo reproduzidos, acolho o ajuste efetuado para declarar a exação fiscal parcialmente subsistente.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. 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.

Infração 07

Como a anterior, esta infração também trata de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, qual seja a falta de registro de NFs de entradas de mercadorias não tributável na escrita fiscal. Tem suporte nos demonstrativos Anexos 03 e 04 (fls. 27-47).

Também como detalhado no relatório deste julgamento, o Impugnante pediu a exclusão de diversas NFs por terem sido canceladas e de outras que embora figure como destinatário, foram objeto de ilícito tributário, conforme o Boletim de Ocorrência já citado para as infrações 01 e 02.

Além disso, alegou que as NFs 1711, 221, 1162, 81320, 651, 81543, 167, 1789, 45370 e 20631 são documentos fiscais que embora emitidos em dezembro 2013 só foram recebidas e lançadas em janeiro de 2014, de conformidade com o arquivo da EFD ICMS/IPI transmitidos ao repositório nacional do SPED, livro Registro de Entradas (fls. 175-186).

Exceto para as NFs emitidas em dezembro 2013, mas só registradas em janeiro de 2014, por ocasião da Informação Fiscal o autuante procedeu do mesmo modo que para a infração 06, ajustando o levantamento fiscal reduzindo o valor da exação de R\$3.258,73 para R\$2.111,87, conforme novo demonstrativo de débito constante da fl. 378 dos autos.

Para as NFs emitidas em dezembro 2013 e registradas em janeiro 2014, sob o argumento de por se tratar de compras em Jacobina, cidade na qual situa o contribuinte autuado, e Feira de Santana, cidade próxima à do estabelecimento autuado, apenas excluiu a NF 20631 que foi emitida em 31/12/2013.

Sem embargo, bem não agiu a Autoridade autuante neste ponto, pois não há base legal para a exação que, no caso, é 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenha sido utilizado sem o devido registro na escrita fiscal (Art. 42, IX, da Lei 7.014/96), o que não ocorreu, de modo que, a ocorrência de 31/12/2013, no valor de R\$ 68,83, relativa às demais NFs emitidas em dezembro 2013, mas registradas em janeiro 2014, não se aplica. Assim, em face dessa exclusão o valor da exação fiscal dessa infração passa para R\$2.043,04.

Considerando que o sujeito passivo foi regularmente intimado com entrega de cópias dos papéis de trabalho elaborado, apondo ciência dessa Informação Fiscal na fl. 378 dos autos e, podendo, não se manifestou a respeito, com fundamento nos artigos 140, 141 e 142 do RPAF abaixo reproduzidos, excluindo a ocorrência de 31/12/2013 do demonstrativo de débito de fl. 378, acolho o ajuste efetuado para declarar a exação fiscal parcialmente subsistente no valor de R\$2.043,04.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. 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.

Diz que o Fisco também se equivocou ao considerar válidas as NFs 15685, 2910, 119272, 42995, 121661, 122468, 122471, 50948, 50967, 51284, 153355, 57730 e 948, por também terem sido canceladas, conforme documentos de fls. 135-148.

Com relação às NFs 2787, 2942, 5694, 6188, 8090, 8925, 9471, 9942, 10982, 11982, 12536, 790, 13037, 45850039, 45850040 e 45850041, diz que foram emitidas por fornecedores para consumidores desconhecidos, com dados que lhe são estranhos, usando apenas seu CNPJ, fato que tomou conhecimento somente neste procedimento fiscal. Diante disso, diz que denunciou o fato criminoso à Delegacia Especializada, conforme se verifica nos documentos de fls. 149-168, inclusive, Boletim de Ocorrência.

Alega que nas NFs não constam informação de ingresso na Bahia porque não há registro de passagem em Posto Fiscal.

Aduz que faz o possível para demonstrar a não aquisição das mercadorias veiculadas nas citadas NFs e que vem sistematicamente acessando o sistema eletrônico para desconhecer operações, bem como pedido de instauração de inquérito policial para apurar a prática de crime contra a ordem tributária.

Assim, dado ao fato de terceiro como causa excludente do nexo de causalidade não comportar maiores discussões, pede que se analise, exclusivamente, se, de acordo com cada espécie de responsabilidade instituída, é ou não possível eximir o acusado da responsabilidade em razão da desconstituição do liame causal.

Afirma que na responsabilidade decorrente das relações de consumo, por exemplo, admite-se, de modo expresso, a exclusão da responsabilidade do fornecedor por defeito de serviço ou produto, acaso reste comprovada a culpa exclusiva de terceiro (arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, II, do CDC).

Diz que a doutrina ensina que a responsabilidade civil pode ser transferida para terceiro, ainda que não tenha praticado o ato lesivo; enquanto a sanção de natureza não-civil deve se restringir a quem comete o ilícito, sendo defeso à lei, sob pena de incorrer em manifesta constitucionalidade, dispor em contrário.

Desse modo, entende ser imperioso admitir que a Impugnação se fundamenta em fato praticado por terceiro e que tal conclusão não decorre de interpretação extensiva do dispositivo regulamentar, visto que parte da doutrina prega que a força maior é “a própria atuação humana manifestada em fato de terceiro ou do credor”. Logo, diz aqui ficar caracterizado o fato de terceiro que, apesar de ser inidôneo à alteração da responsabilidade tributária, é circunstância suficiente para julgar improcedente a autuação, especialmente quanto às NFs 2787, 2942, 5694, 6188, 8090, 8925, 9471, 9942, 10982, 11982, 12536, 790, 13037, 45850039, 45850040 e 45850041, posto que emitidas por terceiros fraudadores em nome da autuada.

Destaca, por fim, que as NFs 145267, 145272, 103222, 125183 e 126206, foram emitidas em duplicidade pela AMBEV, consoante se depreende da análise dos documentos de fls. 172-182 e 302-372.

Pelo exposto, mantendo-se inalterado o demonstrativo de débito original para as infrações 01, 02 e 04, considerando elididas as infrações 03 e 05, acolhendo o demonstrativo de débito ajustado pelo autuante para a Infração 06 (fl. 377), bem como o demonstrativo de débito ajustado para a Infração 07 (fl. 378, excluindo-se a ocorrência de 31/12/2013, no valor de R\$ 68,83), voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207150.3001/16-3, lavrado contra **DIBEC DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS CRISTAL LIMITADA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento no valor **R\$82.151,53** de imposto, acrescido das multas de 100% sobre R\$36.172,85, e de 60% sobre R\$45.978,68, previstas no art. 42, II, "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\$10.453,91**, prevista no art. 42, IX, da citada lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido através do parcelamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS - JULGADOR