

PROCESSO - A. I. N° 232892.0007/17-1
RECORRENTE - MERCADINHO CERQUEIRABARROS LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3^a JJF n° 0010-03/18
ORIGEM - INFAS FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 03/06/2019

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0108-12/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Contribuinte não logra êxito em elidir a acusação fiscal. A mera alegação de que não adquiriu as mercadorias constantes dos DANFEs que constam seus dados cadastrais como destinatário, arrolados no levantamento fiscal e o boletim de ocorrência policial solicitado após o início da ação fiscal, não têm o condão de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Indeferido o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 06/02/2017, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 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 exterior, nos meses de fevereiro a dezembro de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$149.313,74, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.

A 3^a JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0010-03/18 (fls. 253 a 255), com base no voto do Relator, a seguir transscrito:

“Inicialmente, consigno que, depois de compulsar os elementos integrantes dos presentes autos constato que se encontram presentes todos os requisitos exigidos pela legislação de regência para a formalização do PAF, precípuamente no RPAF-BA/99. Afiguram-se, claramente explicitados, a base de cálculo, o crédito fiscal exigido, e a multa aplicada evidenciados de acordo com demonstrativo detalhado do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos e a tipificação da multa aplicada. Verifico também que não estão presentes nos autos quaisquer dos motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, eis que, inexiste óbice algum que possa inquiná-lo de nulidade.

No que tange ao pedido do impugnante para realização de perícia para comprovação de suas razões de defesa, não vislumbro qualquer necessidade de informações ou de conhecimentos técnicos especializados para o deslinde da matéria, ora em questão, uma vez que os elementos já coligidos nos autos, são suficientes para se firmar o juízo e convicção, indispensáveis para a Decisão da lide. Assim, indefiro o pedido de realização e perícia, ou mesmo de diligência, com base no art. 147, incisos I e II, alíneas “a” e “b” do PAF-BA/99.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao Autuado a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, conforme demonstrativo acostado às fls. 13 a 16.

Em sede de defesa, o Autuado pugnou pela improcedência da autuação sob o argumento de que desconhece as operações relativas aos Danfes arrolados no levantamento fiscal, uma vez que afirma não efetuado as aquisições, observando que no período fiscalizado não possui fornecedor do Estado de Pernambuco onde se localiza o estabelecimento remetente das mercadorias.

O Impugnante apresentou também cópia de Boletim de Ocorrência obtido junto a Secretaria de Segurança Pública, cuja queixa de utilização irregular de seu CNPJ foi prestada em 20/02/2017, portanto, depois da lavratura do presente Auto de Infração.

Esta 3^a JJF, constatando a inexistência no demonstrativo de apuração a indicação do código de acesso às notas fiscais eletrônicas converteu os autos em diligência para que fossem entregues ao Autuado e reaberto o prazo

de defesa.

Do exame das peças que compõem os Autos, verifico que a defesa apresentada pelo sujeito passivo, somente nega o cometimento da infração que lhe fora imputada alegando desconhecer as operações arroladas no levantamento fiscal.

Tratando-se de Notas Fiscais eletrônicas cabe ao contribuinte verificar se adquiriu ao não a mercadoria acessando o site <http://www.sefaz.ba.gov.br>. Em caso de não ter adquirido cumpre-lhe adotar as medidas policiais e judiciais cabíveis, em face de utilização indevida do nome da empresa pelo emitente das Notas Fiscais eletrônicas, inclusive, no intuito de elidir a autuação. Importante consignar que o art. 89, §§ 16 e 17, do RICMS/BA/12, Dec. nº 13.780/12, expressamente determina que é obrigação do contribuinte realizar essa averiguação para salvaguardar o uso indevido dos dados cadastrais em relação à emissão de notas fiscais eletrônicas, in verbis:

O art. 89, do RICMS-BA/12 estabelece em seu §17, claramente os procedimentos que devem ser adotados pelo emitente de Nota Fiscal Eletrônica:

§ 17. 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.

Portanto resta patente a obrigação do contribuinte era averiguar se as Notas Fiscais eletrônicas lhe foram efetivamente destinadas e, se fosse o caso, adotar as providências cabíveis, em caso de não reconhecimento do negócio com os emitentes das referidas Notas Fiscais.

É certo que a simples negativa do cometimento da infração não pode elidir a autuação.

No tocante à aplicação da multa de 60%, verifico que corresponde à tipificação prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei 7.014/96.

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

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 265 a 270), nos termos do Art. 169, I, “b”, do RPAF/99, no qual alegou que não adquiriu nenhuma das notas fiscais relacionadas no Auto de Infração, as quais são provenientes do Estado de Pernambuco, onde não possui fornecedores ativos.

Afirmou que seguiu todos os trâmites previstos no Art. 89, §16, do RICMS/BA, registrando boletim de ocorrência (fls. 277 e 278), mas que o mesmo não foi aceito como prova pela Decisão de piso por ter sido feito após o início da ação fiscal, exigência inexistente no referido dispositivo.

Ressaltou que existe precedente na Notificação Fiscal nº 217452.1012/16-4, quando, em caso idêntico, o boletim de ocorrência foi acatado para exclusão da cobrança (fls. 280 e 282).

Asseverou que houve equívoco no valor imputado, já que não observou a falta de consentimento das notas fiscais, não havendo imposto devido quando são levadas em consideração somente as mercadorias que disse realmente ter adquirido.

Requeru a improcedência da autuação ou a determinação de prévia perícia fisco-contábil ao DICO devidamente acompanhada por seu representante.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração, lavrado para exigir imposto e multa pela falta de recolhimento do ICMS relativo à antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Indefiro, com base no Art. 147, II, do RPAF/99, a solicitação de perícia fisco-contábil ao DICO, devidamente acompanhada por seu representante, já que a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista das provas produzidas, pois os fatos estão claros nos autos: foram emitidas notas fiscais destinadas ao Autuado, o qual alega desconhecer as operações, tendo registrado boletim de ocorrência após a lavratura do Auto de

Infração. Além disso, é impraticável a verificação pelo DICO, pois este setor foi extinto há cerca de 20 anos.

Assim, quanto ao mérito da autuação, resta avaliar se o registro do boletim de ocorrência é suficiente para elidir a acusação e, em caso positivo, se este tem valor probante quando efetuado após o início da ação fiscal, como decidido no julgamento da Notificação Fiscal nº 217452.1012/16-4.

Embora o Autuado tenha afirmado que não possui fornecedores no Estado de Pernambuco, origem das notas fiscais de que trata este Auto de Infração, verifico que o Autuado declarou em sua DMA entradas de mercadorias oriundas daquele Estado em todos os meses do exercício de 2016, assim como possui entradas também nos exercícios de 2015 e 2014.

A legislação aplicável aos procedimentos que devem ser seguidos nos casos de alegação de desconhecimento das operações está disposta nos §§16 e 17 do Art. 89 do RICMS/12, transcritos abaixo:

“§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”;

§17. 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.”

Da leitura dos referidos dispositivos, depreendemos que é obrigação do contribuinte que for destinatário em operações destinadas ao seu estabelecimento que porventura desconheça: registrar o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota fiscal ou, após o referido prazo, apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública.

Logo, o boletim de ocorrência pode ser um instrumento hábil para elidir a presunção, estando sujeito o contribuinte que agir desta forma à penalidade prevista no Art. 42, X-A, da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

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

...
X-A - 1% (um por cento) do valor da operação ao contribuinte que, obrigado a informar os eventos da NF-e denominados “confirmação da operação”, “operação não realizada” ou “desconhecimento da operação”, não o faça no prazo previsto em regulamento;
...”

Entretanto, tal instrumento só é válido quando utilizado antes do início da ação fiscal, a teor do parágrafo único do Art. 138 do CTN e dos Arts. 95 e 98 do RPAF/99, transcritos a seguir:

“Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.”

“Art. 95. No caso de o contribuinte, antes do início de qualquer procedimento fiscal, procurar espontaneamente a repartição fazendária de sua circunscrição para comunicar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria, observar-se-á o seguinte:

I - a repartição fazendária orientará o sujeito passivo no preenchimento do instrumento de denúncia espontânea, que será devidamente protocolizado;

II - a denúncia espontânea será instruída, quando for o caso, com:

a) a discriminação do débito;

- b) o comprovante do recolhimento do tributo, acrescido da atualização monetária e dos acréscimos moratórios cabíveis;
- c) o requerimento de parcelamento com os elementos exigidos pela legislação, se o débito for parcelado; ou
- d) a prova do cumprimento da obrigação acessória a que se referir.

Parágrafo único. A denúncia espontânea não se aplica em relação à falta de entrega no prazo regulamentar de declaração de obrigação tributária pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação, bem como à falta de recolhimento do tributo nele informado.

...

Art. 98. A denúncia espontânea exclui a aplicação de multa por infração a obrigação tributária principal ou acessória a que corresponda a falta confessada, desde que acompanhada, se for o caso:

I - do pagamento do débito e seus acréscimos; ou

II - do depósito administrativo da importância fixada provisoriamente pela autoridade fazendária local, com base nos elementos descritos pelo sujeito passivo na comunicação de que cuida o artigo anterior, quando o montante do débito depender de apuração.”

Ressalto que este é o entendimento predominante neste CONSEF, conforme as decisões exaradas nos Acórdãos CJF nº 0301-12/15 e 0377-11/17.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232892.0007/17-1**, lavrado contra **MERCADINHO CERQUEIRABARROS LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$149.313,74**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDEI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS