

PROCESSO - A. I. N° 232127.0008/17-1
RECORRENTE - MILITAR COLDRES LTDA. – ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1^a JJF n° 0076-01/18
ORIGEM - INFRAZ CENTRO NORTE (FEIRA DE SANTANA)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/08/2019

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0215-12/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. SIMPLES NACIONAL. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas das mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária, independente do regime de apuração adotado. O autuado alega que não efetuou as aquisições das mercadorias, sem adotar, contudo, as providências fiscal e criminal, previstas na legislação do imposto, ao figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão da Decisão do Acórdão n° 0076-01/18 ter julgado Procedente o Auto de Infração lavrado em 20/06/2017 para exigir crédito tributário na ordem de R\$1.891.923,67, em face de uma única acusação.

Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas mercadorias provenientes de fora do Estado". Períodos: janeiro, agosto/setembro e dezembro de 2013; janeiro/dezembro 2014; janeiro/dezembro de 2015 e janeiro/dezembro de 2016. Valor total R\$1.891.923,67, acrescido de multa de 60%.

A 1^a JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transscrito, julgando, por unanimidade, procedente o presente Auto de Infração.

VOTO

O presente auto de infração exige o imposto no valor de R\$1.891.923,67, apuração da irregularidade narrada na inicial dos autos, em face à falta de recolhimento de ICMS antecipação parcial devido por empresas na condição de Simples Nacional.

O autuado, preliminarmente, pede que o Auto de Infração seja julgado nulo, nos termos do art. 18, IV, "a" do RPAF BA. Argumenta que não constam nos autos provas do ingresso das mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas no demonstrativo fiscal; que tenha adquirido as mercadorias constantes do demonstrativo fiscal; não consta do PAF, sequer uma nota fiscal, entre as centenas relacionadas no demonstrativo, que o oportunizasse verificar se a operação está, de fato, sujeita à antecipação parcial, se beneficiada com alguma redução, etc.

Verifico, em contrário, que o Auto de Infração em tela foi formalmente lavrado em obediência ao devido processo legal e na forma do art. 39, do RPAF BA (Decreto n° 7.629/99).

Não houve no presente processo administrativo fiscal – PAF, lesão aos direitos do contribuinte, agressão aos princípios da segurança jurídica, da ampla defesa ou do contraditório. Foram elaborados os demonstrativos que dão suporte à exigência, sendo entregues ao autuado as peças geradas do PAF e necessárias à sua defesa, que a exerceu amplamente, contraditando da forma que melhor lhe aprovou. Não há falar nulidade dos autos.

A ausência de documentos ou elementos que lhe teriam impossibilitado de verificar a operação efetivamente exigida não se confirma, uma vez que foram juntadas aos autos cópias dos DANFEs relacionados às Notas Fiscais Eletrônicas, onde estão descritas as mercadorias, objeto da autuação, com a chave de acesso, que lhe permite conhecer todos os itens dos respectivos documentos fiscais.

No mérito, o autuado é acusado da falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

Observo que o sujeito passivo é uma sociedade empresária, inscrito no Cadastro de Contribuinte desse Estado, explorando, entre outras, a atividade econômica principal de “comércio varejista de armas e munições” - CNAE FISCAL 4789/00-9, na condição de microempresa, e forma de pagamento “conta corrente fiscal”, a partir de janeiro de 2017. No período da autuação, deveria pagar o ICMS na forma do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, conforme consignado na inicial dos autos.

Alcançado pela fiscalização na falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na aquisição de mercadorias provenientes de fora do Estado, o imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte, consoante estabelece o art. 332, § 5º do RICMS/12, na entrada no território deste Estado, salvo se o contribuinte for credenciado para o pagamento posterior, no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Vimos que no período autuado, o sujeito passivo ostentava a condição de optante pelo pagamento do imposto na forma do Simples Nacional, o que não modifica a exigência, uma vez que o requisito básico para a incidência do ICMS antecipação parcial é a operação de aquisição, em outros Estados e Distrito Federal, de bens ou mercadorias destinadas à comercialização não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto com encerramento da tributação, independentemente do regime de apuração adotado. É o que estabelece a Lei nº 7.014/96, art. 12-A, a seguir transcrito:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

O argumento defensivo de que não pode verificar a espécie de mercadoria que está sendo exigido o pagamento do ICMS por antecipação parcial, impedindo de conferir possíveis benefícios em sua tributação, não é razoável, uma vez que a exigência recai apenas sobre a aquisição de munições e armas, que não demandam maiores questionamentos acerca da natureza tributária dos produtos e porque, tais mercadorias é o objeto da exploração econômica do autuado.

A alegação do autuado de que o Fisco não apresentou provas da efetiva entrada das mercadorias em seu estabelecimento; que fundamentou a autuação numa relação de notas fiscais extraída do sistema SINTEGRA, que não verificou registro da nota fiscal no CFAMT, comprovantes de pagamento das compras; ou que existe apenas uma presunção de que adquiriu as mercadorias, não encontra respaldo no direito.

Num primeiro momento, porque a lavratura de Auto de Infração baseado nas notas fiscais capturadas no SINTEGRA, constitui ato administrativo legítimo, em face do seu atributo presuntivo. Não compete, assim, ao autuado, um comportamento passivo. Não basta uma simples declaração, no caso em concreto, de que não adquiriu mercadorias, para eximi-lo do pagamento do imposto.

Entendimento ainda mais reforçado pelo NCPC - Lei nº 13.105/15, que deixou para trás a distribuição estática do ônus de provar, na medida em que o §1º, artigo 373 do mesmo diploma, abre a possibilidade de aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, até porque está em debate a legalidade da tributação e a verdade fática fiscal. Mitigação ao consagrado entendimento de que apresentar provas constitui “fato negativo”, ou “prova diabólica”, não estando obrigado a fazê-lo.

O autuado tem o dever de apresentar todo e qualquer documento que esteja em seu poder, garantindo que a atuação das partes neste momento processual, se dê de forma conjunta e equilibrada, valorizando o contraditório, assim como na medida do possível, buscando a efetividade e a celeridade processual. Sobretudo no caso em tela, em que tais provas, caso dispusesse e apresentasse, o contribuinte autuado poderia manejá-las em favor das suas teses.

Depois porque no caso em concreto, os documentos fiscais que instruem a exigência não foram obtidos nos relatórios SINTEGRA ou CFAMT, provas consideradas indiciárias, que devem ser sopesadas juntamente com outros elementos que indiquem ou não um juízo de procedência.

A presente autuação está amparada nas notas fiscais eletrônicas, cujas cópias dos respectivos DANFEs se encontram acostadas aos autos.

A NF-e é um documento fiscal eletrônico (emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital), instituído pelo Ajuste SINIEF 07/05, cuja validade jurídica é assegurada pela assinatura digital do emitente.

Assim, o sistema da Nota Fiscal Eletrônica - NFE permitiu uma série de vantagens, entre tais, a facilidade de acesso ao documento fiscal eletrônico, a rapidez na troca de informações entre os interessados (remetentes, destinatários, administrações tributárias e outros órgãos públicos) e o seu armazenamento descomplicado e sem custos, justamente para evitar situações como essa, aduzida pelo contribuinte autuado.

A partir da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, foi criada a Infra Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, que validou a NFE-e, estabelecendo-se uma presunção de veracidade para todas as declarações constantes dos documentos em formato eletrônico, desde que produzidos com a utilização de certificação disponibilizada pela ICP - Brasil. Essa nova realidade digital exige novos conhecimentos e novas posturas do intérprete do direito positivo

No caso concreto, a aquisição das mercadorias, objeto da presente autuação, consta das notas fiscais eletrônicas discriminadas no demonstrativo fiscal de fls. 09/68. Para tais documentos, a legislação do imposto desse Estado estabelece que o autuado deve verificar as notas fiscais eletrônicas emitidas com destino aos seus estabelecimentos (art. 89, § 17, RICMS BA), conforme abaixo consignado:

“§ 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”.

Criminalmente, o autuado deve levar ao conhecimento da autoridade policial acerca de prática delituosa contra o seu estabelecimento, protocolando “notitia criminis” na DECECAP (art. 89, § 16, RICMS BA), conforme abaixo consignado:

“§ 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””

Dessa forma, a exigência tributária se encontra materializada nos documentos que serviram de base para a autuação, não tendo o autuado logrado provar a não aquisição das mercadorias destinadas para a comercialização incidindo o ICMS por antecipação parcial.

Diante do exposto, o presente Auto de Infração é **PROCEDENTE**, no valor de R\$1.891.923,67.

O Recorrente inconformado com a decisão posta, impetrou Recurso Voluntário (fls. 561/566) pertinente, conforme normatizado pelos Artigos 169 “b” e 171, ambos do RPAF, como segue:

Conforme já demonstrado em defesa anterior não consta nos autos do processo administrativo fiscal em comento prova da existência do fato gerador, tanto do imposto , quanto da multa.

Alega que cabe a parte autora comprovar o alegado e, não consta uma prova sequer que o autuado tenha adquirido as mercadorias constantes das notas fiscais que colacionou ao demonstrativo em que funda a imputação ou que houve o efetivo ingresso destas no estabelecimento. Caracterizando, assim, o cerceamento ao direito de defesa por falta de prova.

Diz ainda que, qualquer pessoa que tivesse acesso aos dados cadastrais da empresa e tivesse interesse em fraudar o Fisco, poderia se utilizar dos dados para adquirir mercadorias em nome da autuada, o que de fato ocorreu. Diz que não existe o menor motivo para a autuante, com base em mera relação de notas fiscais do SINTEGRA, presumir que houve omissão de entrada de mercadoria tributável.

Em que pese o Sistema SINTEGRA ter emitido notas fiscais atribuindo à responsabilidade à autuada pelo recolhimento do imposto, este entendimento não pode prevalecer em detrimento do Princípio da Verdade Material que rege o PAF, tendo em vista que o fato gerador da obrigação tributária ocorre com a efetiva entrada de mercadorias no estabelecimento. Fato que nunca ocorreu.

Afirma que o Fisco não só tem o poder como o dever de fiscalizar assim, antes de imputar infração ao contribuinte, deveria observar se de fato foi feito pedido das mercadorias pela autuada; se existe o carimbo na nota fiscal de entrada no posto de fronteira da Bahia; se tem o destaque do canhoto da nota fiscal; se tem o registro da nota fiscal no sistema CFAMT, onde ficam registradas todas as compras da empresa; se consta via da nota fiscal no dossiê da empresa na SEFAZ ou qualquer outra prova que traga a certeza da entrada de mercadoria na empresa autuada.

Diz que poderia ainda o Fisco verificar os comprovantes de pagamento das compras efetuadas, seja através de duplicata a pagar, depósitos bancários, cheques, entre outras formas.

Diz ainda que antes de lhe imputar a falta, deve o Fisco, diante do poder fiscalizatório do Estado, outorgado pela CF, analisar diversos documentos que podem comprovar que as mercadorias não entraram no estabelecimento autuado, este é os princípios constitucionais de proteção ao contribuinte, em especial o *“in dúvida pro contribuinte”*.

Ademais, quanto ao cerceamento de defesa, não consta a nota fiscal das mercadorias autuadas, o que impediu o recorrente de verificar se as mercadorias das quais está sendo exigido o pagamento do ICMS por antecipação parcial, se trata ou não de mercadorias que já tiveram ICMS com base de cálculo reduzida, referente a cesta básica que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, que são isentas, para uso/consumo, ativo imobilizado, mercadorias não tributadas, como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc.

Finaliza que, para a existência de qualquer imposição tributária, deverá haver um “FATO”. Não se pode, arbitrariamente, modificar um ato distinto do que aquele qualificado pela lei, deve-se tributar “ALGO”, um “FATO GERADOR”, que no caso em epígrafe, nunca ocorreu, pois a documentação existente não comprova a entrada da mercadoria no estabelecimento da recorrente.

Reclama, pois, ante a injustiça ocorrida, para pleitear ao Sr. Julgador que acolha as razões expostas, impugnando o auto de infração.

VOTO

O presente Recurso Voluntário visa combater a infração 1, reiterando as mesmas razões trazidas em sede de impugnação.

Afasto a alegação de cerceamento de defesa, pois o Auto de Infração foi lavrado em 20/06/2017, e o Recorrente tomou conhecimento da intimação da lavratura do Auto em 24/07/2017, consta no PAF, um Demonstrativo da Apuração da Antecipação não recolhida no período de 2013 a 2016 (fls. 09 a 68), constam também as cópias de todas as Notas Fiscais que deram base para a infração (fls. 69 a 476), bem como, a Relação de todas as Notas Fiscais por exercício de 2013 a 2016 (fls. 477 a 494) e o CD com todas as informações para auxiliar o Recorrente avaliar e apurar provas em seu favor, coisa que não o fez na fase inicial e tampouco trouxe nesta fase nenhuma prova concreta.

No tocante a falta de provas do fato gerador do imposto e da multa, saliento que o presente Auto de Infração, decorre da falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.014/96, e Multa Artigo 42, II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

A presente autuação está amparada nas notas fiscais eletrônicas, cujas cópias dos respectivos DANFES se encontram acostadas aos autos (fls. 69 a 476).

No período autuado, o Recorrente estava na condição de optante pelo Simples Nacional.

O ICMS devido por antecipação parcial, na aquisição de mercadorias provenientes de fora do Estado, o imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte, consoante estabelece o art. 332, § 5º do RICMS/12, na entrada no território deste Estado, salvo se o contribuinte for credenciado para o pagamento posterior, no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento. Deste modo, afasto a questão requerida.

Alega ainda que qualquer pessoa que tivesse acesso aos dados cadastrais da empresa e tivesse interesse em fraudar o Fisco, poderia se utilizar dos dados para adquirir mercadorias em nome da Recorrente.

No caso concreto, a aquisição das mercadorias, objeto da presente autuação, consta das notas fiscais eletrônicas discriminadas no demonstrativo fiscal de fls. 09/68. Para tais documentos, a legislação do imposto desse Estado estabelece que o autuado deve verificar as notas fiscais eletrônicas emitidas com destino aos seus estabelecimentos (art. 89, § 17, RICMS BA), conforme abaixo consignado:

“§ 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”.

Criminalmente, o Recorrente deve levar ao conhecimento da autoridade policial acerca de prática delituosa contra o seu estabelecimento, protocolando “notitia criminis” na DECECAP (art. 89, § 16, RICMS BA), conforme abaixo consignado:

“§ 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””

Tratando-se de operação declarada ao Fisco pelo remetente através de documento fiscal eletrônico, presume-se a entrada da mercadoria no estabelecimento do destinatário caso este não se manifeste, na forma e no prazo regulamentar, informando que a mercadoria descrita no documento fiscal eletrônico não foi por ele solicitada ou recebida, conforme previsto no Art. 4 - § 7º, da Lei nº 7014/96.

Dessa forma, não prospera a alegação do Recorrente, e conforme já relatado pela decisão de piso, não há, nas alegações recursais, quaisquer provas que elidam a presente infração, motivo pelo qual, voto em NÃO PROVER o 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 232127.0008/17-1 lavrado contra **MILITAR COLDRES LTDA. - ME.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.891.923,67, 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, 11 de julho de 2019

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SHINYASHIKI FILHO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS