

PROCESSO - A. I. 281332.3017/16-2
AUTUADA - HJ DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MÔNICA CAVALCANTI SILVA ARAÚJO
ORIGEM - DAT/METRO INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28.03.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0051-02/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS E/OU BAIXADOS OU INAPTOS NO CAD/ICMS. Frente ao fato de o destinatário das mercadorias afirmar não as ter adquirido, e a falta de comprovação do vendedor quanto a efetiva realização das operações em tela, a infração é subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 26 de dezembro de 2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$21.322,01, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **07.04.03.** Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta a informação de que a empresa autuada realizou “*venda para contribuinte inapto. Trata-se de denúncia fiscal feita através do processo n.º 134089/2016-4*”. Os fatos ocorreram entre maio a dezembro de 2011, janeiro a dezembro de 2012, janeiro a abril e outubro de 2013.

Tempestivamente, a autuada, por seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 22 a 26, onde, inicialmente, firma não reconhecer a infração e não concordar com a autuação, pois possivelmente também foi vítima de fraude.

Registra que o Estado da Bahia não desconhece a possibilidade de utilização de cadastro de empresas por terceiros criminosos, e essa prática acabou, inclusive, importando na edição da Lei 13.199/2014, que inseriu o § 7º ao artigo 4º da Lei 7.014/96, devidamente transcrito.

Salienta que tal dispositivo só entrou em vigor na data de 29/11/2014, significando dizer que a presunção da ocorrência da operação passou a existir apenas quando o destinatário da mercadoria não tenha se manifestado tempestivamente negando a aquisição. Ou seja, é certo que, antes disso, tal presunção não existia, cabendo ao Fisco o dever de provar a ocorrência da operação, significando dizer que o Remetente, antes disso, também não tinha como ter a certeza se o pedido partia realmente daquele que apresentava seu cadastro no momento da compra, que normalmente era presencial, em seu próprio estabelecimento.

Menciona que todas as operações são anteriores a 29/11/2014, e que a autuante não reuniu outros elementos para formar o “conjunto probatório” das supostas inexistências de entradas das mercadorias junto ao denunciante, de forma a atestar que as mercadorias, de fato, não foram por ele recebidas, como se alega.

Informa que está reunindo todas as operações listadas, de forma a comprovar que tanto o pedido como a entrega das mercadorias ocorreu, e se alguém utilizou o cadastro do denunciante, essa culpa não pode lhe ser atribuída, especialmente pela inexistência, à época, de maior controle por parte dos próprios sistemas de informação disponibilizados pela SEFAZ, e esse ainda continua sendo o entendimento deste Conselho, conforme extrato de texto do Acórdão CJF 0022-12/14, transcrito.

Conclui que à vista de todo o exposto, considerando a fragilidade da manutenção do lançamento sem a efetiva comprovação de recusa do recebimento das mercadorias por parte do denunciante,

requer seja julgado nulo ou improcedente o lançamento, haja vista que pode ter sido vítima de fraude, já que promoveu a venda presencial e para quem lhe exibiu o cadastro.

Informação fiscal prestada pela autuante às fls. 37 e 38 aponta em relação ao argumento de que caberia ao Fisco o dever de provar a ocorrência da operação, bem como não se tinha como ter a certeza se o pedido partia realmente daquele que apresentava seu cadastro no momento da compra, que normalmente era presencial, em seu próprio estabelecimento, que qualquer nota fiscal escriturada pelo emitente em livro próprio, tem e sempre teve a presunção de venda efetivamente ocorrida.

Fala em equívoco do autuado ao afirmar que antes de 29/11/2014, *“tal presunção não existia”* e que o parágrafo 7º do artigo 4º da Lei 7014/96, alterou qualquer definição nesse sentido, todavia, ocorre que essa presunção pode ser questionada pelo destinatário da nota fiscal, quando o mesmo, antecipando-se à fiscalização e faz à SEFAZ uma denúncia formal, como foi o caso. O mencionado diploma legal vem impor a esse contribuinte um prazo para a sua denúncia, e apenas isso.

Indica que intimado, conforme documento de fl. 07, para apresentar a documentação comprobatória da venda ao denunciante, o contribuinte nada apresentou ao fisco, nem o fez na presente defesa, apesar do prazo generoso de defesa estabelecido pela legislação, e ao invés disso acena com a promessa de que *“está reunindo todas as operações listadas, de forma a comprovar que tanto o pedido como a entrega das mercadorias ocorreu.”*

Ante a assertiva de que não teria reunido outros elementos para formar o “conjunto probatório” das supostas inexistências de entradas das mercadorias junto ao denunciante”, tenta transferir para o Fisco o ônus da prova, coisa completamente sem sentido ao seu ver.

Aponta que a documentação necessária para descaracterizar a denúncia em questão, não está em poder do Fisco mas do próprio autuado. Ou seja, são documentos que compõem a operação de venda, mas não são documentos fiscais, quais sejam: comprovante de entrega da mercadoria, comprovante de recebimento do pagamento das mesmas, etc.

Pontua que o autuado parece ignorar a responsabilidade que lhe é imputada pelo artigo 8º, inciso I da mesma Lei que prevê a sua responsabilidade pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados, na forma reproduzida.

Diante do exposto mantém integralmente o lançamento.

Tendo sido distribuído para julgamento, em 19 de setembro de 2017, o feito foi convertido em diligência, com o fito de que fosse verificado se as notas fiscais constantes da relação de fls. 08 a 10 haviam sido denegadas pela SEFAZ, bem como fossem indicadas as formas de pagamento, além de que se identificasse através de outros elementos como estes ocorreram, e fossem anexados aos autos os termos da denúncia efetuada pelo destinatário das mercadorias, diligências realizadas, e conclusões da Inspeção, cientificando o autuado, e reabrindo o prazo de defesa em sessenta dias (fl. 44).

Em atendimento a tal solicitação, foram apensadas cópias do processo 134089/16-4 (fls. 49 a 74), contendo exposição do contribuinte Rogério Cerqueira Torres ME localizado no município de Cachoeira, Bahia, declarando não ter adquirido as mercadorias junto à autuada (fls. 50 a 52), ocorrência policial registrada na Delegacia Territorial de Polícia de Cachoeira, em 19 de julho de 2016, relativa às compras a ele atribuídas e não realizadas (fls. 53 a 56), dentre outros elementos.

Consta de igual forma, documento subscrito pela autuante nos seguintes termos (fl. 73): *“Concluída auditoria sumária para apuração de denúncia junto à Sefaz (Ba), feita pela empresa Rogério Cerqueira Torres – ME CNPJ 06.200.481/0001-65 através do presente processo contra a empresa HJ Distribuidora de Alimentos Ltda. IE 63.788.642 por não reconhecer um grupo de notas fiscais emitidas pela mesma.*

Quando da visita à empresa para intimação, verifiquei que a mesma encontra-se quase sem mercadoria para venda, com as prateleiras praticamente vazias. Apenas um ECF permanece funcionando. Fui informada pelo contador que há alguns meses não recebe material para elaboração dos demonstrativos.

Intimada a apresentar documentação comprobatória da venda ao denunciado, a HJ não atendeu à intimação. Foi então lavrado o Auto de Infração nº 2813323017/16-2, anexo às páginas 20 a 24 desse processo para a cobrança do ICMS Retenção na venda para contribuinte inapto relativo às mercadorias listadas nas notas fiscais apresentadas no mesmo pelo denunciante”.

As providências adotadas pela Inspetoria do Atacado se encontram no documento de fl. 74.

Em 08 de novembro de 2017, através do DTE foi postada a mensagem 50.070 relativa a intimação dirigida à autuada, para apresentação dos documentos solicitados na diligência, relativos aos pagamentos efetuados pelo adquirente das mercadorias, com data de ciência em 24 de novembro de 2017, na forma do documento de fl. 75.

À fl. 79, em resposta à diligência, a autuante indica que as notas fiscais não foram denegadas, os termos da denúncia foram anexados, e os documentos fiscais emitidos não fazem referência à forma de pagamento, não tendo o contribuinte autuado apresentado qualquer elemento no sentido de esclarecer tal aspecto, apesar de intimado.

Tendo em vista o afastamento do relator originário, por força de aposentadoria, foi o feito redistribuído.

Em 15 de maio de 2018 o feito foi convertido em nova diligência, tendo em vista a constatação de que, a diligência de fl. 44, ainda requerida pelo então relator, não foi atendida em sua integralidade, o que motivou a solicitação para que a empresa autuada, bem como seus advogados fossem intimados do inteiro teor da diligência anteriormente solicitada, sendo entregue aos mesmos, cópia da solicitação, das informações trazidas ao processo pela diligente, com reabertura de prazo de defesa em sessenta dias (fls. 86 e 87).

Em atenção ao quanto solicitado, a inspetoria de origem, diante da constatação da situação de inaptidão cadastral da empresa, na forma da informação de fls. 91 e 91verso, procedeu a intimação dos advogados (fls. 92 e 93), bem como dos sócios da empresa (fls. 99 e 100, 107 e 108), através de Aviso de Recebimento dos Correios. Em petição datada de 24 de julho de 2018, os advogados comunicam a renúncia ao patrocínio da defesa da empresa, bem como dos demais processos a ela referentes, sugerindo que, para se evitar prejuízo, fossem intimados os seus sócios, ou os novos advogados, para tomarem ciência da intimação.

Diante da não localização dos sócios, pelo retorno dos Avisos de Recebimento, por desconhecimento dos mesmos no endereço indicado, ou após três tentativas dos Correios, foi feita intimação por edital, publicado no Diário Oficial de 05 de outubro de 2018.

Decorrido o prazo estipulado no mencionado Edital, não houve qualquer manifestação por parte da empresa autuada.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente aqueles contidos no artigo 142 do CTN e 39 do RPAF/99.

Observe que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

A base na qual se estriba a tese defensiva é a de que a autuação se deu por presunção, e que estaria provando através da apresentação posterior de documentos que o signatário da denúncia de que não havia adquirido as mercadorias objeto da autuação as tinha recebido.

Inicialmente, esclareço que a autuação se deu em função do fato de o destinatário de diversas notas fiscais contra si emitidas, Rogério Cerqueira Torres ME localizado no município de Cachoeira, Bahia, declarar não ter adquirido as mercadorias junto à autuada (fls. 50 a 52), tendo formalizado ocorrência policial junto à Delegacia Territorial de Polícia de Cachoeira, em 19 de julho de 2016, relativa às compras a ele atribuídas e não realizadas (fls. 53 a 56), dentre outros elementos.

A legislação estabelece na Lei 7.014/96, artigo 8º, inciso I estabelece que *“são responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito ou desabilitado no Cadastro, desde que as tenha recebido sem a cobrança antecipada do imposto”*.

O destinatário das mercadorias arroladas na autuação, não se encontrava na condição cadastral de inapto (desabilitado do cadastro), ou não inscrito, ao contrário, a sua situação cadastral era regular, tanto que as notas fiscais não tiveram a sua emissão denegada, bem como recebeu correspondência da SEFAZ acerca de tais documentos, que teriam sido a ele destinadas e alegando não ter recebido nem os documentos nem as mercadorias, sequer realizado tais compras indicadas, protocolou petição junto ao órgão fazendário, bem como apresentou queixa policial acerca do ocorrido, negando qualquer aquisição junto a autuada.

Ou seja: não sendo as mercadorias destinadas ao estabelecimento indicado nas notas fiscais, foram efetivamente destinadas a adquirente incerto, o que enseja a substituição tributária.

Nesta situação, a legislação prevê a substituição do imposto pelo remetente, de forma a garantir o ICMS que seria recolhido pelo adquirente das mercadorias.

O sujeito passivo, embora assim o promettesse em sede de defesa, e após, ao ser intimada para cumprimento de diligência solicitada, não trouxe aos autos qualquer elemento de prova que firmasse no julgador o convencimento de ter, efetivamente, realizado as operações em tela com o mencionado estabelecimento denunciante, que seria a prova de entrega das mercadorias e de pagamento das compras realizadas, quer através de extrato bancário, acaso o pagamento fosse por duplicata ou transferência, quer através de apresentação de duplicata ou fatura, ou outro documento hábil a fazer tal comprovação.

O RPAF/99, em seu artigo 123, assim estabelece:

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

(...) § 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior”.

Assim não procedeu a empresa autuada, nada trazendo aos autos no sentido de elidir a acusação fiscal, ainda que o fosse solicitado em sede de diligência.

Da mesma maneira não atendeu ao comando dos artigos 142 e 143 do retro citado dispositivo normativo:

“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.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Logo, embora houvesse um esforço dos julgadores para a resolução da questão, e a busca da verdade material, a qual dependeria apenas e tão somente da empresa autuada, a qual não agiu de forma colaborativa, falta a essencial prova que ampare os argumentos defensivos.

E não se trata aqui da confirmação da operação, como pretende a defesa, mas sim, da busca desta verdade material, razão maior do processo administrativo fiscal.

Pelos expostos motivos, julgo o lançamento procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281332.3017/16-2** lavrado contra **HJ DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no montante de **R\$21.322,01**, acrescido da multa de 60% prevista no artigo 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 13 de março de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR