

A. I. Nº - 299131.0010/18-9
AUTUADO - 4K DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA.
AUTUANTE - LUÍS MORAES DE ALMEIDA JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15.07.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0107-02/19

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Impugnação apenas quanto ao correto enquadramento legal das irregularidades. Infração subsistente. **b) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS.** Impugnação se limita a dizer, sem demonstrar, que as mercadorias objeto da autuação estariam elencadas no rol das sujeitas ao Regime Tributário por Substituição. Infração subsistente. **2. RECOLHIMENTO A MENOS. a) ALIQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS.** Impugnação se limita a dizer, sem demonstrar, que as mercadorias objeto da autuação estariam elencadas no rol das sujeitas ao Regime Tributário por Substituição. Infração subsistente. **b) SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.** Infração reconhecida. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA POR FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS NOS LIVROS PRÓPRIOS.** Impugnação se limita ao desconhecimento das NF-es. Infração não elidida nos termos do art. 89, §§ 16 e 17, c/c art. 143 e art. 373, II do NCPC. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/12/2018, exige ICMS no valor histórico de R\$114.558,18 em razão das seguintes infrações:

01 - 02.01.02 – Deixou de recolher no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Valor: R\$ 2.628,88. Período: Agosto, Outubro e Dezembro 2014. Enquadramento legal: Art. 2º, I e art. 32, da Lei 7.014/96 C/C art. 332, I, § 6º, do RICMS-BA/2012. Multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei 7014/96.

02 - 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor: R\$ 5.035,42. Período: Janeiro a Julho, Setembro a Dezembro 2014, Janeiro a Dezembro 2015. Enquadramento legal: Art. 2º, I e art. 32, da Lei 7.014/96 C/C art. 332, I, § 6º, do RICMS-BA/2012. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei 7014/96.

03 - 03.02.02 – Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$ 31.721,04. Período: Janeiro 2014 a Dezembro 2015. Enquadramento legal: Arts. 15, 16 e 16-A, da Lei 7.014/96. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei 7014/96.

04 - 07.01.02 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior. Valor: R\$ 420,55. Período: Março 2014. Enquadramento legal: Art. 8º, II e § 3º, art. 23, da Lei 7.014/96 C/C art. 289, I, § 6º, do RICMS-BA/2012. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei 7014/96.

05 - 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: R\$1.115,32. Período: Janeiro 2014 a Novembro 2015. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247, do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, IX, da Lei 7014/96.

O autuado impugna o AI às fls. 31 a 34 dos autos. Descrevendo as infrações, diz o seguinte:

Infração 01

Que segundo equivocada interpretação, o Auditor enquadrando a empresa por tais “irregularidades” no art. 2º e 32 da Lei 7014/96 c/c o art. 290 do RICMS/2012, com multa tipificada no art. 42, II, “a”, da citada lei.

Infração 02

Que no período autuado, as mercadorias eram regidas pela substituição tributária.

Infração 03

Que no período autuado, as mercadorias eram regidas pela substituição tributária. Por isso, a diferença dos valores pagos.

Infração 04

Reconhece o débito.

Infração 05

Não reconhece o débito nem as compras e pede apresentação do canhoto da entrega. Requer a improcedência das infrações que impugna.

Na informação fiscal (fls. 49/52), assim se contesta a autuação:

Infração 01

Diz não haver contestação para essa infração e que equivocadamente o Impugnante disse que ela foi enquadrada no art. 290 do RICMS-BA/2012, já que a enquadrando no art. 332, I, §6º, do RICMS-BA/2012.

Infração 02

Expressa lhe parecer que o autuado não olhou a lista de produtos nas relações de 2014 contendo 60 páginas e 2015 contendo 10 páginas, ambas anexadas ao AI (CD de fl. 29).

Confirma que através das respectivas NCMs, todas mercadorias não estão na base das elencadas na substituição tributária. Portanto, a infração procede.

Infração 03

Fala que certamente o autuado não olhou a lista das mercadorias relacionadas para 2014 que tem 82 páginas e para 2015 que tem 45 páginas, ambas anexadas ao AI (CD de fl. 29).

Também confirma que através das respectivas NCMs, todas mercadorias não estão na base das elencadas na substituição tributária. Portanto, a infração procede.

Infração 04

O autuado reconhece a infração.

Infração 05

Diz que seria até engraçado pedir apresentação dos canhotos de entrega das mercadorias e que houve clara desobediência à legislação do ICMS com a falta de registro das NFs, conforme lista de NF-es nos demonstrativos da infração.

Frisa que nas relações comerciais cabe às partes (comprador e vendedor) certificarem-se da idoneidade um do outro. Para isso existem instrumentos de consulta on-line e que desde junho 2012, o SPED, através do portal NF-e, lançou a confirmação de eventos através da “Manifestação do Destinatário”, forma das empresas se manifestarem a respeito das NF-e emitidas com seu CNPJ, informando ao fisco o grau de envolvimento na operação.

Diz que a informação se compõe de quatro eventos (1. Ciência da Emissão; 2. Confirmação da Operação; 3. Registro de Operação não Realizada; 4. Desconhecimento da Operação) e que o 4º evento serve para o destinatário se manifestar sobre utilização indevida de sua Inscrição Estadual, visando evitar fraudes em operações comerciais, de modo a proteger o destinatário quanto a passivos tributários.

Aduz não competir ao fisco monitorar fisicamente o dia a dia dos contribuintes nas compras/vendas para confirmar as operações, mas, dentro do prazo “prescricional”, auditá-los para verificar se as operações comerciais estão corretas e dentro da legalidade.

Pede a procedência do AI.

VOTO

Como relatado, o Auto de Infração acusa o cometimento de 05 (cinco) infrações, sendo que a Infração 04 não integra esta lide administrativa em face do expresso reconhecimento de seu cometimento pelo Impugnante.

Não havendo questões preliminares suscitadas na Impugnação, a contestação ao AI se resume a:

- a) Infração 01: equivocada interpretação para enquadramento das “irregularidades” nos arts. 2º e 32 da Lei 7014/96 c/c art. 290, do RICMS-BA;
- b) Infrações 02 e 03: equívoco do autuante, tendo em vista que no período compreendido pela fiscalização as mercadorias objeto da autuação integravam o Regime de Substituição Tributária;
- c) Infração 05: desconhecimento das operações objeto da autuação.

Pois bem. Antes de adentrar-me na apreciação de mérito do lançamento em revisão neste órgão administrativo judicante, compulsando os autos, verifico: a) conforme documentos de fls. 05, 09, 13, 15, 17, 19, 21, 23, 25, 27 e 28, 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, 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, determinadas com segurança, bem como identificado o infrator; e) têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 06-27 e CD de fl. 29), constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Superada a análise preliminar, passo a apreciar o mérito do lançamento tributário de ofício em sede de revisão neste CONSEF.

De logo, ressalto tratar-se de 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).

Infração 01

Exige ICMS incidente sobre NF-es de saídas emitidas e não escrituradas pelo autuado. Tem suporte nos demonstrativos de fls. 21-22 (parte impressa do demonstrativo completo encontrado no CD de fl. 29) onde se vê relacionadas em detalhes as NF-es objeto da autuação, tais como: data de emissão, número, série, chave de acesso, CNPJ do destinatário, UF, valor, base de cálculo e valor do ICMS, itens que o Impugnante não objeta, uma vez que, escrevendo sobre as irregularidades encontradas apenas faz uma equivocada referência do seu enquadramento no art. 290 do RICMS-BA/2012 c/c com os arts. 2º e 32 da Lei 7014/96, quando, em verdade, vê-se que, de

modo correto, a Autoridade Fiscal autuante enquadrando tais irregularidades nos arts. 2º, I e 32, da Lei 7014/96 c/c art. 332, I, § 6º do RICMS-BA/2012.

Portanto, o Impugnante não objetando a emissão e não escrituração das NFs nos livros fiscais próprios, não provou a correta apuração do saldo periódico do ICMS nos meses da autuação, fato que, inclusive, revela-se retificado pelo próprio Impugnante, uma vez que mesmo recebendo cópia dos demonstrativos sintético e analítico que suportam a infração e estando de posse dos documentos fiscais que emitiu e não registrou tempestivamente, nada falou a respeito. É o caso de incidência das disposições dos artigos 140 e 142 do RPAF:

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. 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.

Sendo, portanto, mera questão de fato que se vê comprovada nos autos, com apoio nas disposições dos artigos 140 e 142, do RPAF, tenho a infração como subsistente.

Infração 02 e 03

Cuidam de falta de recolhimento e recolhimento a menos de ICMS, respectivamente, sendo que a Infração 02 em razão da prática de operações tributáveis como não tributáveis e a Infração 03 por aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação para as saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

A Infração 02 tem suporte nos demonstrativos de fls. 17-20 (parte impressa dos demonstrativos completos encontrados no CD de fl. 29) onde se vê relacionadas em detalhes as NF-es objeto da autuação, tais como: CNPJ do emitente, data de emissão, CFOP, número, NCM, Código e descrição da mercadoria, valor, valor base cálculo do ICMS Inf., aliqInf, vlrICMSInf, valor base cálculo Aud., aliqAud, vlr ICMS Aud., Diferença ICMS exigida.

A Infração 03 tem suporte nos demonstrativos de fls. 13-16 (Erro na aplicação da alíquota – CFOP vs UF – Resumo do débito e Lista de notas fiscais/itens, parte impressa dos demonstrativos completos encontrados no CD de fl. 29) onde se vê relacionadas em detalhes as NF-es objeto da autuação, tais como: CNPJ do emitente, data de emissão, CFOP, número, NCM, Código e descrição da mercadoria, valor, valor do desconto, valor da base de cálculo, alíquota, valor base cálculo do ICMS Inf., aliqInf, vlrICMSInf, valor base cálculo Aud., Redução da base de cálculo, aliqAud, vlr ICMS Aud., Diferença ICMS exigida.

Para essas infrações a alegação defensiva é de que no período da atuação, as mercadorias objeto da exação fiscal eram “regidas pela substituição tributária”.

Ocorre que, instruindo o exercício da Impugnação, ao que interessa ao caso, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF dispõe:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

§ 2º A defesa poderá referir-se apenas a parte da exigência fiscal, assegurando-se ao sujeito passivo, quanto à parte não impugnada, o direito de recolher o crédito tributário com as reduções de penalidades previstas em lei.

...

§ 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;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Ora, pelo exposto, logo se vê que, embora tendo e dispondo de todos os elementos para tanto, o Impugnante exerceu o direito à defesa em desconformidade com a normativa acima reproduzida. Além das disposições acima reproduzidas, o art. 8º, IV do RPAF reza que:

Art. 8º As petições deverão conter:

...

IV - os meios de prova com que o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações;

Assim, tendo em vista que o contribuinte autuando conhecendo o inteiro teor das acusações fiscais, inclusive os demonstrativos que detalham as operações objeto das exações, embora alegando a seu favor não demonstrou a verdade de suas alegações, qual seja a de que efetivamente cumpriu com suas obrigações tributárias. Então, é de incidir sobre o caso as disposições dos artigos 141 e 142 do RPAF:

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.

Infrações subsistentes.

Infração 05

Acusa que o contribuinte deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Tem suporte nos demonstrativos de fls. 23-26 (Multa – Nota fiscal de entrada não lançada – Resumo do débito e Demonstrativo analítico, parte impressa dos demonstrativos completos encontrados no CD de fl. 29) onde se vê relacionadas em detalhes as NF-es objeto da autuação, tais como: data de emissão, número, chave de acesso ao banco de dados do SPED, CNPJ do emitente, UF, CFOP, NCM, Código, valor, % da multa e seu valor.

Para essa infração o Impugnante nega seu cometimento com o simples desconhecimento das NF-es o que, dado às disposições contidas no art. 89, §§ 16 e 17, do RICMS-BA/2012 - que especificam as providências a serem tomadas no caso de desconhecimento de NF-e autorizadas nos termos do artigo 88 -, c/c o art. 143, do RPAF, bem como com o disposto no art. 373, II do Código de Processo Civil que subsidiariamente serve ao Processo Administrativo Fiscal, de modo categórico o Impugnante não elide o cometimento da infração detectada a partir da análise da Escrituração Fiscal Digital – EFD frente às informações acerca das NF-es autorizadas tendo o contribuinte como parte das operações. Eis as redações dos dispositivos legais citados:

RICMS-BA/2012

Art. 89. Do resultado da análise referida no art. 88, a Secretaria da Fazenda cientificará o emitente:

...

§ 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. (grifo meu).

RPAF

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

NCPC

Art. 373. O ônus da prova incube:

...

II – ao réu, quando à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (grifo nosso)

Atentando para o fato de este CONSEF ter firmes decisões nesse sentido, a exemplo do Acórdão CJF nº 0292-12/17, tenho a infração como subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA TOTAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299131.0010/18-9**, lavrado contra **4K DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$39.805,89**, acrescido das multas de 60% sobre R\$37.177,01 e de 100% sobre R\$2.628,88 previstas no art. 42, II, “a”, “d” e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa, por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$74.752,29**, prevista no art. 42, IX do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS - JULGADOR