

PROCESSO	- A. I. Nº 206989.0010/18-6
RECORRENTE	- L MELO DOS SANTOS MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0200-03/18
ORIGEM	- INFRAZ ITABUNA (COSTA DO CACAU)
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 04/09/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0175-12/20

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. O sujeito passivo não logrou êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 30/05/2018, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$38.301,82, acrescido da multa de 60%, em decorrência da “*falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuição - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a março e julho de 2017*”. Infração 01 - **07.22.03**. Demonstrativo às fls. 06 e 07 e cópias dos DANFES, fls. 10 a 18.

Após o autuado apresentar impugnação às fls. 24 a 33, o Autuante prestar informação fiscal às fls. 50 a 57, a Junta julgadora decidiu pela Procedência do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Depois de compulsar os elementos que compõem os autos, constato que o presente Auto de Infração está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e a natureza das infrações imputadas. Constatou que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Quanto ao pedido para suspensão da exigibilidade suscitada pela Defesa, consigno que está prevista no inciso III, do art. 151, do CTN, portanto resta assegurada. Verifico também que não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, o Auto de infração cuida da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuição - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a março e julho de 2017.

As hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

Em sede de defesa, o Impugnante refutou o cometimento da infração aduzindo que desconhece as operações arroladas no levantamento fiscal asseverando que não adquiriu as mercadorias discriminadas nas notas fiscais e que fora vítima de estelionatário.

Sustentou que em 24/07/2017 fora surpreendido por funcionário da SEFAZ para cobrar-lhe impostos de diversas compras que totalizam o valor de R\$322.406,70, realizadas no ano de 2017 pela empresa BENETIL MÓVEIS LTDA. do Estado de Minas Gerais, e que tais compras realizadas pelo CNPJ de sua Empresa, foram pagas à vista e retiradas na própria empresa. Informou ainda que prestou queixa à polícia e carreou aos autos

Certidão Boletim de Ocorrência emitida pela Delegacia de Furto e Roubos de Itabuna da Secretaria de Segurança Pública, datado de 24/07/2017.

Explicou também que entrou em contato com o remetente das mercadorias e fora informado de que o adquirente das mercadorias objeto da autuação pagou a vista e as transportou em carro próprio. No entanto não carreou aos autos qualquer comprovação desse contato.

Assim, conforme expedido, resta evidenciado que as providências do Impugnante, mesmo diante da gravidade da situação, somente foram adotadas depois de ser informado por preposto desta SEFAZ das operações. Ademais, por se constituírem de meras narrativas e declarações desprovidas de materialidade fática não conseguem de forma efetiva elidir a acusação fiscal.

Ao compulsar os elementos que emergiram do contraditório instalado nos presentes autos, constato que o procedimento fiscal afigura-se correto, eis que foi observado o direito à ampla defesa, e os esclarecimentos prestados pelo Impugnante foram insuficientemente esclarecedoras e convincentes sob a ótica da legalidade. Todas as notas fiscais foram emitidas com destino ao estabelecimento autuado, que fica obrigado, quando for o caso, a registrar o evento “desconhecimento da operação”, no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota fiscal, consoante legislação de regência.

No que concerne ao argumento do Autuado de que não adquiriu as mercadorias, resta evidenciado nos autos que o emitente do documento fiscal objeto da autuação pode ser identificado por meio do DANFE e respectiva chave de acesso. Neste caso, se houve utilização indevida de dados cadastrais pelo fornecedor, o destinatário (autuado), visando se ressarcir de danos morais e materiais, pode acionar judicialmente o fornecedor, haja vista que o remetente das mercadorias poderá ser obrigado a ressarcir o dano moral pela utilização indevida da razão social e dados cadastrais do destinatário, além de ser obrigado ao pagamento ao valor exigido no Auto de Infração, ficando caracterizada a prática de crime contra a ordem tributária, sujeitando-se ao devido processo penal a ser movido pelo Estado.

A alegação defensiva não pode ser acolhida no sentido de anular a autuação fiscal, uma vez que ficou caracterizada a infração relativa à entrada neste Estado de mercadorias sem o devido pagamento do imposto, e este CONSEF tem decidido, de forma reiterada, que as notas fiscais referentes a mercadorias destinadas a um contribuinte constituem prova da realização de operações de aquisição pelo destinatário, inexistindo necessidade de a fiscalização acostar aos autos outras provas. A existência das referidas notas fiscais eletrônicas é considerada prova suficiente da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, salvo prova em contrário, as quais devem ser produzidas de forma inequívoca pelo contribuinte, no sentido de destituir a exigência fiscal. Ou seja, as notas fiscais obtidas pela fiscalização deste Estado indicam que as mercadorias circularam no território baiano.

Convém salientar, que a partir de 2014, em se tratando 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, é o que se depreende da inteligência do §17, do art. 89, do RICMS-BA/12, in verbis:

§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.

Considerando que o Autuado consta como destinatário das mercadorias, estando comprovada a sua circulação, conforme estabelecido na legislação, as alegações defensivas não podem ser acolhidas, uma vez que ficou caracterizada a infração relativa à aquisição de mercadorias sem o devido registro na escrita do estabelecimento autuado, não cabendo ao Fisco obter outras provas.

Verifico que resta evidenciado nos autos o cometimento da acusação fiscal conforme atesta o demonstrativo elaborado pelo autuante, no qual constam os dados relativos ao número de cada nota fiscal, objeto da autuação, como se observa nas colunas correspondentes à data, mercadoria, origem, valor da mercadoria, base de cálculo, alíquota, ICMS devido, ICMS pago e ICMS a pagar, bem como, constam dos autos as cópias das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, fls. 10 a 18.

Nos termos expendidos, em suma, constato que o Impugnante não trouxe aos autos elementos inequívocos de prova necessários e suficientes, com o condão de elidir a acusação fiscal.

Assim, acato o demonstrativo elaborado pelos Autuantes, fls. 06 e 07, e concluo pela declarando subsistência da autuação.

Em relação à multa, sugerida no percentual de 60% do imposto, a arguição de confiscação e os pedidos de aplicação dos princípios da capacidade contributiva, proporcionalidade e razoabilidade, não podem ser acolhidos, visto que a imposição fiscal decorre de expressa previsão, na alínea “d”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

A multa aplicada está em consonância com a disposição contida na Lei nº 7.014/96, e não cabe a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade, bem como a negativa de aplicação de ato normativo vigente, ao

teor do art. 167, incisos I e III, do RPAF-BA/99. No tocante ao pedido ao pedido de redução do percentual da multa aplicada, esclareço que, por se tratar de sanção por descumprimento de obrigação acessória, falece competência e essa Junta de Julgamento Fiscal.

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

O inconformismo do contribuinte com a Decisão de piso, fez interpor peça recursal às fls. 80 a 84, sendo que inicialmente, fez um breve relato histórico do fato. Disse que foi autuado no valor de R\$322.406,70 referente à recolhimento de ICMS por antecipação parcial, sendo optante do SIMPLES NACIONAL referente à aquisições de mercadorias de fora do Estado, realizada em 2017 pela empresa BENETIL MÓVEIS LTDA do Estado de Minas Gerais, pois tais compras realizadas pelo CNPJ da Empresa da Requerente, foram pagas à vista e retiradas na própria empresa, conforme documentos em anexo.

Esclarece que só teve conhecimento da compra das mercadorias realizadas por terceiros desconhecidos em sua inscrição estadual de forma indevida e sem sua autorização, após a fiscalização da inspetoria que a procurou para efetuar o pagamento do imposto supostamente devido.

Afirma que apresentou uma Queixa-Crime, conforme Certidão de Boletim de Ocorrência sob nº DRFR ITABUNA - BO-17-03326, da Delegacia de Furtos e Roubos – 6ª COORPIN- ITABUNA/BA. Refuta que propôs defesa administrativa em 25/07/2018, sob o Protocolo nº 84683245, no qual teve decisão do CONSEF foi pela Procedência do Auto de Infração.

Sustenta ser inverídica a autuação, pois ao tomar conhecimento do ocorrido imediatamente prestou queixa conforme acima narrado, para que as medidas criminais fossem tomadas pela parte competente, no qual não concorda com o feito decisório desta autuação.

Pontua que desconhece as compras objeta do Auto de Infração, tanto que ao tomar conhecimento das compras em nome da sua empresa, tomou as medidas necessárias, buscando a resolução do problema.

Afirma que apresentou uma Queixa-Crime, conforme Certidão de Boletim de Ocorrência sob nº DRFR ITABUNA - BO-17-03326, da Delegacia de Furtos e Roubos – 6ª COORPIN-ITABUNA/BA.

Chama atenção que essa compras foram realizadas no Estado de Minas Gerais, pagas á vista, sendo que a empresa recorrente funciona no estado da Bahia, nunca tendo referidas mercadorias adentrados ao Estado da Bahia, muito menos adquirida pela Recorrente, paga para pagamento de imposto.

Salienta que na decisão da JJF, entendeu que ficou caracterizada a infração relativa a entrada neste estado de mercadorias sem o devido pagamento do imposto, bem como, a existência das notas fiscais eletrônicas é considerada prova suficiente da realizações das operações e de suas aquisições pelo destinatários.

Explica que a existência de notas fiscais emitidas por estabelecimento localizado em outra Unidade da Federação comprova a aquisição das respectivas mercadorias pelo destinatário nelas consignado, não prevalecendo a simples alegação do recorrido de que não efetuou essa aquisição.

Acrescenta que jamais teve qualquer relação comercial com a empresa que expediu as notas fiscais, além disso, não recebeu nenhuma das mercadorias mencionadas nelas.

Os atos administrativos, neste caso de caráter fiscal, por força de disposição legal, gozam de presunção de veracidade, e o crédito tributário ainda da presunção de certeza e liquidez, esta consoante o que se extrai do artigo 204 do Código Tributário Nacional-CTN. Contudo, trata-se apenas de presunção relativa, de modo que pode ser elidida por prova inequívoca em contrário.

Reitera que, em se tratando de anulatória de débito fiscal, impõe se ao autor o ônus da prova no tocante à desconstituição do crédito tributário. No caso, em verdade, não se trata de análise de provas produzidas nos autos, mas sim da análise da própria conduta do fisco, que valeu-se de documentos de terceiro contra a parte recorrente. Assim, sustenta que não há como o recorrente produzir prova de que não comprou mercadorias, já que a prova de fato negativo, não raro, é impossível. Inclusive no momento que a recorrente tomou conhecimento, imediatamente prestou queixa-crime do ilícito.

Aponta vícios no lançamento efetuado em seu desfavor é verossímil, e deveria ser combatida com prova em sentido contrário, de modo que, nesse caso, deve levar à procedência do pedido inicial. Assevera que não consta nas notas fiscais nenhum aceite ou carimbo de entrada no Estado Bahia, basta, para isso, analisar os documentos anexados aos autos de infração.

Postula que o Estado, mesmo assim, preferiu valer-se de presunção rasteira para lançar imposto contra a recorrente, pois a alegação de nulidade dos lançamentos por ausência de registro de entrada de mercadorias, tem-se que, de fato, a mera presunção de que as mercadorias entraram no estoque, não pode ser tomada como absoluto.

Assinala que a emissão de nota fiscal de saída, feita pelo fornecedor, não depende da anuência do destinatário, bastando, para tanto, que o fornecedor tenha os dados do suposto destinatário, porém, nada impede que a mercadoria seja entregue para pessoa diversa da constante da nota-fiscal, como aconteceu no caso em tela.

Repisa que ao tomar conhecimento da compra que nunca foi realizada, e com o intuito de tomar as providências necessárias cabíveis, apresentou uma Queixa-Crime, conforme Certidão de Boletim de Ocorrência sob nº DRFR ITABUNA - BO-17-03326, da Delegacia de Furtos e Roubos - 6^a COORPIN-ITABUNA/BA, que até a presente data não teve uma conclusão.

Reafirma que a ausência de elementos mínimos para demonstrar a entrada de mercadorias no estabelecimento comercial da parte autora, tem-se que os Autos de Infração devem ser declarados nulos, não devendo assim prevalecer a decisão exarada por uma das Juntas de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF).

Requer que seja acolhido o presente recurso para fins de ser revogada a decisão proferida pela JJF, devendo ser anulado o Auto de Infração em epígrafe.

VOTO

O objeto do presente Recurso de Ofício é uma única infração, que foi julgada pela Primeira Instância Procedente, onde foi lavrado em 30/05/2018 um Auto de Infração para exigir crédito tributário por falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, no valor de R\$38.301,82, acrescido da multa de 60%, em decorrência da “*falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuição - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a março e julho de 2017*”. Infração 01 - **07.22.03.**, adquiridas com fins de comercialização objeto da apreciação nas linhas seguintes.

Não vislumbro na autuação qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, haja vista que a infração fora fundamentada em demonstrativos analíticos , documentos fiscais e DANFES disponibilizados pelo próprio autuado, inexistindo, portanto quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF-BA/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício. Não acolho, portanto, a nulidade arguida.

Quanto ao mérito a fundamentação, foi correta o posicionamento da primeira instância, trazendo o dispositivo legal expresso no **art. 12-A e inciso III, do art. 23 da Lei nº 7014/96**, que trata o regramento pela falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, *na condição de microempresa, não optante do Regime Especial - Simples Nacional*.

Em sede recursal, o autuado não rebate objetivamente qualquer item do Auto de Infração, deixando de trazer ao processo novas provas capazes de elidir as irregularidades apuradas, limitando-se a arguir a nulidade do lançamento fiscal, pelo fato de não reconhecer as compras realizadas por terceiros desconhecidos em sua inscrição estadual, arroladas no levantamento fiscal, limitando apenas a rebater o caráter confiscatório da multa imposta no respectivo auto de infração.

A Recorrente, mais uma vez, deixou de anexar e demonstrar outros elementos, para elidir a acusação fiscal, ou modificar o teor da autuação. Ocorre que o art. 373, II do NCPC preleciona que:

“Art. 373. O ônus da prova incumbe:

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

Deste modo, é inconteste ser ônus do Recorrente provar a existência de fato extintivo da cobrança do tributo que lhe está sendo imputado neste auto de infração até porque todas as notas fiscais eletrônicas foram emitidas com destino ao estabelecimento autuado.

É um dever do contribuinte está a par das transações efetuadas em seu estabelecimento; 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, é o que se depreende da inteligência do §17, do art. 89 do RICMS-BA/12, *in verbis*

§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.

Dito isto, com fundamento no art. 4º, §7º da Lei nº 7.014/96 assim como a previsão legal constante do Decreto nº 7.629/99 –RPAFF/Ba, sobretudo o art. 39, vê-se que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, nem há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à caputulação da infração.

Reitero que a multa aplicada está consoante com a Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão colegiado opinar em princípios constitucionais, bem como reavaliar a aplicação de ato normativo vigente, ao teor do art. 167, incisos I e III do RPAF-BA/99.

Ou seja, nada há no processo que dê substância às alegações recursais, certo também que a Junta de Julgamento Fiscal cuidou de analisar todos os fatos aduzidos em sede de defesa de maneira pontual e absolutamente clara, o que ao fim e ao cabo determinou a preservação do direito que tem o Sujeito Passivo ao contraditório e à ampla defesa.

Portanto não vejo como acatar sua insurgência, tendo em vista a previsão legal para cobrança da **Antecipação parcial Tributária** objeto da exigência fiscal em comento, considerando que as mercadorias foram consideradas como adquiridas para comercialização.

Assim, pelas razões acima dispostas, entendo que nada existe a ser modificado, por isto ratifico integralmente o julgamento efetuado pela junta de julgamento de primeira instância votando no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao apelo recursal, por julgar PROCEDENTE o Auto de Infração em lide.

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 **206989.0010/18-6**, lavrado contra **L MELO DOS SANTOS MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.301,82**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS