

PROCESSO	- A. I. N° 298945.0010/17-1
RECORRENTE	- MEDIMPLANT COMERCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0050-02/19
ORIGEM	- INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 22/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0269-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL EM VENDAS A NÃO CONTRIBUINTES SITUADOS FORA DA BAHIA. Apresentação de NFs emitidas para complementar o imposto devido elidiu parcialmente a acusação fiscal. Infração parcialmente subsistente. 2. DIFAL. **a)** AQUISIÇÕES PARA ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. **b)** AQUISIÇÕES PARA USO/CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NO LRE. A simples negativa do cometimento das infrações não desonera o sujeito passivo de elidi-las. Infrações subsistentes. Indeferido pedido de perícia fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/12/2017, no valor de R\$42.795,67, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 03.02.07 – Recolheu a menor ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, nos meses de março, maio a agosto e outubro de 2014 e janeiro a março de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.462,29, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto do Recurso Voluntário.

Infração 02 - 06.01.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro e julho de 2013 e janeiro, fevereiro e julho de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$832,42, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.

Consta que se refere a operações escrituradas nos livros fiscais.

Infração 03 - 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de maio, novembro e dezembro de 2013, fevereiro, abril, maio e agosto de 2014 e fevereiro e março de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.497,13, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.

Consta que se refere a operações escrituradas nos livros fiscais.

Infração 04 - 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a agosto e novembro de 2013, fevereiro, setembro e dezembro de 2014 e fevereiro e março de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$23.873,86, acrescido de multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.

Consta que se refere a operações não escrituradas nos livros fiscais.

Infração 05 - 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços, sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, janeiro, fevereiro, abril a junho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2014 e janeiro a março de 2015, sendo aplicada multa no

valor de R\$12.129,97, correspondente a 1% do valor das mercadorias não escrituradas, prevista no Art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.

A 2ª JJF julgou o Auto de Infração Parcialmente Procedente, em decisão unânime, mediante o Acórdão JJF nº 0050-02/19 (fls. 188 a 194), com base no voto a seguir transcrito:

“Como acima relatado, contendo 05 (cinco) infrações, o Auto de Infração em juízo de revisão neste CONSEF exige o valor de R\$ 42.795,67.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibos de fls. 03, 08, 15, 18, 20, 21, 24, 26, 27, 29, e 86, 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 e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 10-86 e CD de fl. 85); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise. Sem sustento legal, pois, a nulidade suscitada.

Trata-se de exação fiscal relacionada a 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).

Ainda que com melhor detalhamento fundamental se verá na apreciação de mérito do Auto de Infração, com fundamento no artigo 147, II, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, indefiro o pedido de perícia fiscal, pois, além da prova das infrações não depender do conhecimento especial de técnicos, ela é desnecessária em vistas das provas autuadas.

Tendo em vista que no lançamento em juízo de revisão administrativa não há exação fiscal para ocorrências anteriores a 07/12/2012, sem fundamento lógico e legal a prejudicial de decadência suscitada pelo Impugnante.

Superadas as preliminares, passo a apreciar, pontualmente, o mérito do Auto de Infração.

Infração 01

Diz respeito a recolhimento de ICMS a menos em razão de venda de mercadorias a não contribuintes situados fora da Bahia, utilizando alíquota interestadual e tem suporte de prova nos demonstrativos sintético (fl. 15) e analítico (fls. 16-18), em que constam detalhadamente relacionados os documentos fiscais da acusação fiscal (Anexo I).

Defendendo-se, sem questionar quanto à inadequação do imposto destacados nas NFs objeto da infração, o Impugnante elaborou tabela em que relaciona algumas das NFs autuadas (3251, 3284, 2211, 3294, 3327, 3361, 2426 e 2535); identifica outras posteriormente emitidas para complementar o ICMS corretamente devido nas operações (3334, 3333, 2345, 3414, 3413, 3415, 2562 e 2624) e diz que a perícia requerida demonstrará que os demais valores cobrados são indevidos.

Por ocasião da Informação Fiscal, as Autoridades fiscais autoras do feito, atestaram valor da prova apresentada para as NFs 2211, 2426, 2535, 3251, 3284, 3294, 3327 e 3361 e, na oportunidade, ajustaram o valor da exação fiscal, as excluindo, conforme o novo demonstrativo suporte da infração que consta de modo impresso e em meio magnético nos autos (fls. 158 e 159, respectivamente).

O ajuste efetuado foi dado a conhecer ao Impugnante com entrega de cópia dos papéis de trabalho (fls. 162-163), ele pediu prorrogação de mais 22 (vinte e dois) dias de prazo para se manifestar a respeito. O prazo lhe foi concedido e como visto na manifestação de fls. 177-178, o Impugnante se limitou: a) reiterar os pedidos elencados na Impugnação, especialmente o pedido de perícia fiscal, já apreciado e afastado preliminarmente; b) solicitar prazo para juntada dos livros e documentos fiscais, o que no caso é despicando em face da unicidade da escrituração fiscal e contábil digital pelo Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, único com valor legal e cuja cópia transmitida pelo autuado ao fisco é a fonte dos dados da autuação.

Vê-se do exposto, que, conforme abaixo, o caso se constitui nas situações previstas nos artigos 140, 141, 142 e 143 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – 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. 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.

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

Acolho, portanto, o ajuste efetuado na infração, cujo valor passa de R\$4.462,29 para **R\$3.179,05**, conforme o novo demonstrativo suporte de fl. 158 e seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	D. Venceto	B. de Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor Historico
Infração 01					
31/05/14	09/06/14	294,12	17	60	50,00
30/06/14	09/07/14	2.338,24	17	60	397,50
31/07/14	09/08/14	294,12	17	60	50,00
31/08/14	09/09/14	5.567,94	17	60	946,55
31/10/14	09/11/14	1.617,65	17	60	275,00
31/01/15	09/02/14	8.588,24	17	60	1.460,00
Total da infração					3.179,05

Infração parcialmente subsistente.

Infrações 02, 03 e 04

Essas infrações dizem respeito à cobrança de ICMS por diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, sendo que a 02 se relaciona aquisições destinadas ao ativo fixo do estabelecimento com NFs escrituradas nos livros próprios. As Infrações 03 e 04 são relativas a aquisições destinadas a uso/consumo do estabelecimento, sendo que a 03 com NFs escrituradas nos livros próprios e a 04 com NF-es destinadas ao contribuinte autuado, mas que não constam registradas na EFD do autuado.

Tais infrações possuem suporte probatório nos demonstrativos (sintéticos e analíticos) de fls. 19-24 (Infração 02), 25-29 (Infração 03) e 30-77 (Infração 04), nos quais estão detalhadamente relacionadas as NFs.

A impugnação para essas infrações é bastante lacônica, pois, em desconformidade com as disposições do art. 123 do RPAF, sem apresentar as necessárias e indispensáveis provas requeridas do que afirma, resume-se a dizer que a cobrança é indevida, que o ICMS DIFAL foi recolhido conforme guias que diz anexar, mas não constam dos autos (para a Infração 03) e que a perícia fiscal requerida demonstrará que a cobrança é indevida (para as três infrações).

Pois bem. No processo administrativo fiscal o ônus probatório é perfeitamente distribuído entre as partes. Ao fisco cabe demonstrar o cometimento da infração à legislação tributária – e isto, como retro indicado, consta dos autos – e, ao Impugnante, subsidiando as alegações defensivas, especialmente quanto às questões de fato, como nesse caso - já que não há qualquer contestação relacionada ao Direito envolvido nas infrações -, cabe documentar a insubsistência da acusação fiscal (RPAF: Art. 123, §6º), o que aqui não se vê.

Assim, de fato, apesar de todos os pedidos de prorrogação de prazo terem sido concedidos para contra-arrazoar sob pretexto de dificuldades que se revelaram inexistentes em face dos lacônicos arrazoados aportados aos autos, indicam mero interesse protelatório para a solução desta lide administrativa. Portanto, também para as infrações 02, 03 e 04, cabe as disposições dos artigos 140 a 143, já transcritos, em especial as dos artigos 141 e 143, pois, além de não comprovar a inocorrência das acusações fiscais com documentos que, caso houvesse, estariam em sua posse, a simples negativa do cometimento das infrações não o desonera de elidir os fatos narrados e provados nos autos.

Infrações subsistentes.

Infração 05

Refere-se a multa percentual de 1% sobre o valor das mercadorias, bens ou serviços entrados no estabelecimento sem registro na escrita fiscal. Tem suporte legal nos artigos 217 e 247 do RICMS-BA e fático nos demonstrativos de fls. 79-83 que relaciona e detalha os documentos fiscais não registrados na EFD que o sujeito passivo, cumprindo obrigação acessória, repassou ao fisco espelhando sua movimentação empresarial com repercussão tributária, única escrituração fiscal a produzir efeitos jurídicos e capaz de provar a favor e contra o contribuinte.

Defendendo-se da acusação fiscal, a exemplo do que fez para a Infração 01, na peça defensiva apresentada, o

Impugnante produziu quadro demonstrativo indicando que das 164 (cento e sessenta e quatro) NFs relacionadas no demonstrativo da infração, 10 (dez) foram escrituradas no LRE. Contudo, ao contrário do que fez para a Infração 01 em que aportou aos autos cópias das NFs que emitiu para complementar o ICMS devido nas operações objeto da infração, para a Infração 05 não trouxe aos autos provas de registros das NFs em Livro Registro de Entrada constante em EFD que posteriormente tenha transmitido ao fisco para eventual correção à que serviu de base de dados para a ação fiscal e que apenas pode ser modificada sob determinadas condições e atendendo preceitos legais a respeito.

Portanto, também nesse caso, ainda que parcial, a alegação defensiva não elide a acusação fiscal e, a exemplo do visto para as infrações 02, 03 e 04, constitui-se em mera negativa do seu cometimento.

Infração subsistente.

As intimações ao sujeito passivo devem ser feitas na forma regulamentada (RPAF: Art. 108). Contudo, nada impede que o pedido do procurador legal seja atendido, enviando-lhe cópia das mesmas.

Face ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que em face do ajuste efetuado no valor da Infração 01 acima exposto, passa de R\$42.795,67 para R\$ 41.512,43".

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 205 a 208), nos termos do Art. 169, I, "b" do RPAF/99, no qual reiterou o pedido de realização de perícia fiscal, necessária para confrontar as informações contidas em todas as infrações com as informações apresentadas em sua Defesa, onde também foram indicados o assistente técnico e os quesitos.

Disse que foi correta a exclusão da Infração 01 das Notas Fiscais nºs 2211, 2426, 2535, 3251, 3284, 3294, 3327 e 3361, mas que a perícia requerida demonstraria que os demais valores também são indevidos, assim como os valores das demais Infrações 02 a 05.

Requeru que o Auto de Infração seja julgado improcedente diretamente, ou após a realização de perícia fiscal, e protestou pela produção de todos os demais meios de prova em Direito admitidos e a juntada de documentos mesmo após a data da Impugnação, objetivando chegar à adequada elucidação do feito.

Por derradeiro, informou que as intimações e demais atos deste processo ocorrerão em nome do seu patrono, no endereço que indicou, sob pena de nulidade processual.

Registro a presença na sessão de julgamento do patrono do Autuado que efetuou a sustentação oral, Dr. César Augusto Machado - OAB/BA nº 14.763.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela procedência do Auto de Infração, lavrado para exigir imposto e multa em razão de 5 infrações, motivadas pela falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo (Infração 02) e a consumo (Infrações 03 e 04) do estabelecimento e do seu recolhimento a menor em virtude da venda de mercadorias a não contribuintes do imposto, localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual (Infração 01), bem como a aplicação de multa em razão da falta de registro na escrita fiscal da entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços, sujeitos à tributação (Infração 05).

Constatou que o presente processo está revestido das formalidades legais, não havendo motivos para se determinar a nulidade do presente lançamento, inclusive os relacionados nos incisos I a IV, do Art. 18 do RPAF/99.

O Recurso Voluntário apenas reiterou as alegações apresentadas na Defesa de que a Perícia Fiscal, caso determinada, iria demonstrar que os valores exigidos são indevidos, mas não apresentou nenhuma prova, nem por amostragem, para embasar a necessidade da solicitada Perícia Fiscal.

Vejamos os quesitos que o Autuado quer que sejam respondidos pela Perícia Fiscal:

"a) São verdadeiras ou não as informações contidas nas 5 (cinco) infrações referidas no Auto de Infração lavrado?

b) São adequadas as informações apresentadas pela Impugnante nas justificativas às 5 (cinco) infrações referidas no Auto de Infração lavrado?

c) É correto afirmar que não pode haver constituição de crédito tributário em relação às operações havidas antes de 07/dezembro/2012, bem como exigir o cumprimento de obrigações acessórias no mesmo período, pelo fato de ter ocorrido o fenômeno jurídico da decadência?"

Observo que as duas primeiras questões são totalmente genéricas e a terceira se refere a período não abrangido no Auto de Infração.

Não há no Recurso Voluntário nenhuma informação a respeito das exigências mantidas na autuação após o julgamento de piso. Na Defesa, exceto pelas exclusões perpetradas na Infração 01, são feitas algumas alegações em relação às Infrações 03 (que os valores foram recolhidos) e 05 (que as 11 notas fiscais relacionadas foram escrituradas em sua EFD), mas não apresentou nenhuma prova, a exemplo de cópias das folhas da EFD e o comprovante de recolhimento do imposto.

Portanto, nos termos do Art. 147, II, "a" do RPAF/99, indefiro o pedido de realização de Perícia Fiscal em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos.

No mérito, o Autuado não apresentou nenhuma alegação consistente de que as exigências são descabidas, se concentrando apenas no retro citado pedido de realização de Perícia Fiscal. Diante disso, devem ser observadas as disposições dos Arts. 140 a 143 do RPAF/99, transcritos abaixo:

"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. 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 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."

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 EM PARTE o Auto de Infração nº 298945.0010/17-1, lavrado contra MEDIMPLANT COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$29.382,46, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, alíneas "a" e "f" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória de R\$12.129,97, prevista no inciso IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDE E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS