

A. I. N° - 206951.0005/13-4
AUTUADO - CILASI ALIMENTOS S/A
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 22.09.2015

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0171-05/15

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração reconhecida pelo contribuinte. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Excluídas da exigência fiscal, após diligência, as operações em que ficou demonstrado o efetivo cancelamento das notas fiscais, com a juntada de todas as vias do documento emitido pelo sujeito. Não acolhidos os argumentos relacionados ao pagamento do imposto em nome dos clientes/destinatários. Inexistência de provas inequívocas nos autos de que parte do tributo lançado já se encontrava recolhido antes da ação fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 09/12/2013 para exigir ICMS no valor total de R\$ 131.097,88, contendo as seguintes imputações:

Infração 01 – Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89. Conforme demonstrativo de cálculo, anexo I, fls. 14 a 19 do PAF e Notas Fiscais; DAEs, cópias anexas, todas registradas no livro de Entradas, cópias também anexas. Valor exigido: R\$ 7.473,69, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas a contribuintes localizados neste Estado. Conforme demonstrativos, anexo II, fls. 20 a 248 do PAF; notas fiscais - NFs (amostragem) e NFs eletrônicas (em mídia); DAEs e livros registros de saídas nºs 02 e 03, cópias anexas. Valor exigido: R\$ 123.624,19, acrescido de multa de 150%, prevista no art. 42, inc. V, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Intimado pessoalmente acerca do lançamento, em 12/12/13, o contribuinte ingressou com defesa administrativa, em 13/01/14 (doc. fls. 905 a 940), através petição subscrita por seu contador, o sr. Dagmar Pedro Silva, habilitado a atuar no processo por meio da procura juntada à fl. 942.

Na peça defensiva o sujeito passivo se insurgiu tão somente quanto à parte da infração nº 02. Acatou integralmente a infração 01 e as parcelas referentes à infração 02, concernentes aos fatos geradores ocorridos em 31/01/09, no valor de R\$ 1.188,24; 28/02/10, no valor de R\$ 5.306,41; 31/03/2010, no valor de R\$ 313,00; e, parcialmente, o valor correspondente ao fato gerador ocorrido em 31/01/2010, no montante de R\$ 2.138,47. Impugnou, por sua vez, todas as demais parcelas lançadas na infração 02.

Quanto aos valores contestados do A.I., a empresa juntou na peça defensiva cópias dos documentos de arrecadação estadual (DAEs – fls. 945 a 1.265), para fins de comprovar que o

pagamento do imposto foi efetuado em nome dos destinatários/clientes, visto que a empresa foi descredenciada para proceder ao recolhimento do ICMS-ST nos prazos fixados na legislação.

Reproduziu na peça impugnatória diversas tabelas vinculando as notas fiscais emitidas aos correspondentes DAEs (fls. 909 a 938).

Ainda nas razões defensivas a autuada apontou que a exigência fiscal abrangeu operações que foram canceladas, conforme documentos listados nas tabelas inseridas às fls. 916, 926, 933, 937 e 938, integrantes da peça impugnatória. Discorreu que houve também operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime da ST para unidades federadas não signatárias de acordo interestadual, situação em que não seria exigível a realização de pagamento do ICMS de forma antecipada.

Finalizou a peça de defesa solicitando que o PAF seja remetido em procedimento de diligência para análise, nos sistemas internos da SEFAZ, dos pagamentos efetuados em nome dos seus clientes e também visando a exclusão das operações canceladas e não passíveis de recolhimento antecipado do imposto.

Prestada a informação fiscal (doc. fls. 1268/1270), a autuante ressaltou inicialmente não ser procedente a afirmativa da defesa de que fora solicitado prazo para fazer prova dos pagamentos de ICMS a título de substituição tributária. Disse que durante todo o quarto trimestre de 2013 a empresa foi intimada várias vezes, conforme documentos de fls. 05 a 13 do PAF e que, naquelas ocasiões, fora concedido todos os prazos regulamentares para cumprimento das mesmas. Frisou em seguida que a autuada, no curso da ação fiscal, até apresentou uma parte de Notas fiscais (não eletrônicas) de 2009, e alguns DAEs (documentos de arrecadação), emitidos em nome dos adquirentes das mercadorias, os quais foram considerados, já que foram vinculados os documentos fiscais correspondentes. Destacou que a exigência fiscal em lide se restringiu ao ICMS que a impugnante não apresentou prova do recolhimento.

Em relação aos vários DAEs anexados na impugnação declarou que a defesa não procedeu à concomitante juntada das correspondentes NFs, visando comprovar que realmente o pagamento se referia àquela específica operação. Que essa omissão tornou impossível verificar a veracidade dos fatos alegados na impugnação, já que a empresa só começou a emitir Nota Fiscal Eletrônica em 03/09/2009.

Enfatizou ainda que o procedimento adotado pelo autuado de efetuar o pagamento em nome de terceiros é totalmente equivocado e que legalmente não pode ser aceito pela auditoria. Que o correto seria a empresa proceder ao recolhimento do imposto por substituição tributária, em seu nome, conforme determina a legislação de regência, e, através do meio processual próprio, requerer o ressarcimento do valor pago indevidamente.

Quanto às notas fiscais canceladas, destacou que todo o trabalho de auditoria foi feito com base nos Arquivos Magnéticos e com os arquivos das Notas Fiscais Eletrônicas da empresa. Estando incorretas as informações a responsabilidade não seria da autuante. Ressaltou que a impugnação é que tem que apontar com precisão os equívocos, conforme determina o art. 123 do RPAF/99, porém, na peça impugnatória, não foi juntado nenhum documento que comprovasse as alegações empresariais.

No tocante ao argumento de inclusão no levantamento fiscal de notas fiscais de vendas para outras unidades da federação, consignou que houve apenas a inserção de operações destinadas ao Estado de Sergipe, por ser este Estado signatário de Acordo Interestadual com a Bahia, através do Protocolo ICMS nº 50/2005, que regula a substituição tributária de produtos derivados de farinha de trigo (massas, macarrão instantâneo, pães, biscoitos, bolachas etc).

Ao concluir a peça informativa, a autuante formulou pedido para que o Auto de Infração seja julgado totalmente PROCEDENTE.

Distribuído o PAF a esta 5^a Junta de Julgamento, foi determinada, em pauta suplementar, realizada no dia 29/05/14, a remessa dos autos em diligência à ASTEC/CONSEF, conforme termo lavrado às fls. 1.276/1.277 dos autos, formulada nos seguintes termos:

- a) *Deverá a ASTEC intimar o contribuinte a apresentar as notas fiscais e documentos de arrecadação estadual, no original, que atestem o pagamento do ICMS por substituição tributária do período autuado;*
- b) *Em seguida, deverá o contribuinte fazer as vinculações entre as notas fiscais e os correspondentes pagamentos, considerando a identidade de valor do imposto recolhido e a data de emissão dos documentos fiscais;*
- c) *Intimar o contribuinte a comprovar o cancelamento das notas fiscais listadas na peça defensiva, com a juntada da correspondente prova nos autos;*
- d) *O diligente deverá verificar também se as remessas listadas na peça de defesa se referem a operações interestaduais para unidade federada não signatária de acordo interestadual para a realização da substituição tributária;*
- e) *Identificadas as circunstâncias modificativas do lançamento apontadas acima, elaborar novo demonstrativo de débito, por período mensal, com a exclusão das parcelas indevidamente cobradas ou cujo imposto tenha sido efetivamente recolhido pelo regime da ST.*

A ASTEC/CONSEF, no Parecer 101/2014, datado de 30/09/2014, (fls. 1.279 a 1.282), concluiu pela impossibilidade da realização da diligência requerida em razão do contribuinte ter sido sucessivamente intimado, em 06/08/2014 e 12/09/2014, não tendo atendido a solicitação de entrega da documentação solicitada pelo revisor.

O contribuinte, em nova manifestação, acostada à fls. 1291 a 1295 e subscrita pelo contador da empresa, juntou ao PAF (fls. 1298 a 1820) vias de notas fiscais que indicam operações canceladas. Disse ainda que nos sistemas informatizados da SEFAZ-BA, consta dados relacionados aos pagamento do ICMS efetuados por seus clientes, em coincidência de datas e valores das tabelas constantes da peça defensiva (fls. 909 a 938). Foram também juntados DAE's (documentos de arrecadação), com a indicação das notas fiscais supostamente emitidas pela autuada (fls. 945 a 265), porém com a menção nos referidos comprovantes do nome dos clientes da empresa autuada.

Em razão da juntada de novos documentos no PAF e considerando que o Procedimento Administrativo Fiscal é regido pelos princípios da verdade material, contraditório e ampla defesa, foi determinado pelo colegiado da 5^a JJF, a remessa dos autos em retorno à ASTEC/CONSEF para que fossem adotadas as medidas saneadoras abaixo transcritas, conforme Termo inserido às fls. 1823/1824:

- a) *re-intimar o contribuinte as apresentar os originais as notas fiscais e documentos de arrecadação que atestem o pagamento do ICMS por substituição tributária no período autuado;*
- b) *em seguida, verificar a possibilidade de vinculação, no sistema de arrecadação da SEFAZ, dos ingressos dos valores nos cofres públicos, quanto à coincidência de valores e datas das notas fiscais, ainda que o pagamento esteja relacionado a outro contribuinte (importante certificar se a nota fiscal mencionada no DAE foi a emitida pela empresa autuada).*
- c) *checkar as notas canceladas, juntadas após o último Parecer da ASTEC e verificar se há documentos nessa circunstância que devem ser excluídas da exigência fiscal contida no item 2 do A.I.*
- d) *identificada as circunstâncias modificativas no lançamento apontadas acima, elaborar novo demonstrativo de débito, por período mensal, no mesmo formato do Auto de Infração, com a exclusão das parcelas indevidamente cobradas ou que o imposto já tenha sido recolhido pelo regime da ST.*

A ASTEC, através do Parecer nº 025, de 12/05/15 (doc. fls. 1.825/1828), informou que o contribuinte não atendeu a intimação de entrega dos documentos (NFs e DAEs), no original, ao argumento de que os mesmos já se encontravam anexados ao processo, conforme manifestação juntada às fls.

1830/1834 do PAF. Declarou que diante dessa circunstância não foi possível vincular, nos sistemas de arrecadação da SEFAZ, os ingressos dos valores nos cofres do Estado. Em seguida, o diligente afirmou ter efetuado a verificação das notas fiscais canceladas, juntadas pelo contribuinte às fls. 1298/1820, procedendo às exclusões dos documentos em que restou efetivamente demonstrada a não realização das operações. Observou o diligente que em relação a algumas notas fiscais declaradas como canceladas, o contribuinte não apresentou o conjunto completo, ou seja, todas as vias, a exemplo do que se verificou nos documentos anexados às fls. 1467 a 1544 e fls. 1676 a 1690, em que só foram apresentadas as 5^{as} vias, bem como as notas fiscais constantes das fls. 1691 a 1820, em que só foram apresentadas as 2^{as} vias, mesmo assim sem a indicação de que teriam sido canceladas. Declarou que esses documentos foram mantidos na exigência fiscal, não sendo processadas as exclusões solicitadas pela defesa. Ao final foi elaborado novo demonstrativo de débito, no mesmo formato do A.I, reproduzido no CD anexado à fl. 1836, com o detalhamento das operações excluídas, de forma que a infração 02 foi reduzida de R\$ 123.624,19 para R\$ 104.421,21.

Notificado do inteiro teor do Parecer da ASTEC, o contribuinte atravessou nova petição no processo (fls. 1850 a 1854), desta vez subscrita por advogado. Informou que os documentos não foram apresentados ao auditor responsável pela diligência por não se encontrarem em poder do contribuinte. Isto porque, segundo a defesa, os DAEs referidos na impugnação foram emitidos pelo contribuinte, porém, em nome de seus clientes, tendo sido remetidos a estes, em razão de tal fato. Disse pertencer à ASTEC o ônus de verificar nos sistemas informatizados de arrecadação, a existência e quitação dos DAEs pelos contribuintes mencionados nas tabelas inseridas na peça de defesa, em coincidência com os valores e datas apresentadas. Quanto à realização da vinculação entre as notas fiscais e os correspondentes pagamentos, aduziu que essa já foi realizada pela própria impugnante, no bojo das tabelas apresentadas nos autos, com a indicação do número da respectiva nota, data de emissão, nome e inscrição estadual do cliente responsável pelo recolhimento, data e valor do pagamento.

Declarou, por fim, que se não houver “boa vontade” da ASTEC para acessar o sistema SIGAT relativo às inscrições dos contribuintes, para identificar os alegados pagamentos, não se “chegará à verdade”, postergando-se o feito para uma ação judicial, quando perderá o Estado sucumbente e o jurisdicionado pelos transtornos.

Ao finalizar a manifestação, o contribuinte reiterou todos os termos da sua impugnação, pedindo que seja deferida nova diligência, no sentido de que sejam verificados nos sistemas informatizados da SEFAZ os pagamentos listados em nome de seus clientes. Requeru também o funcionamento no presente processo da Procuradoria Fiscal, como “*custus legis*”, fiscalizando o perfeito cumprimento da legislação tributária. Por fim, requereu a juntada posterior de instrumento de mandato, para legitimar a intervenção do advogado, conforme permissivo constante do art. 37 do CPC, aplicável subsidiariamente do processo administrativo fiscal, nos termos do disposto no art. 180 do RPAF/99.

VOTO

Inicialmente passaremos a enfrentar o novo pedido de diligência formulado pela defesa, após a última intervenção da ASTEC neste processo, ocorrido em 12 de maio de 2015, através do Parecer Técnico nº 0025/15.

Não vislumbro razões para que o PAF seja novamente encaminhado em procedimento revisional. Isto porque, após duas sucessivas diligências, o contribuinte persiste em afirmar não dispor dos documentos de arrecadação do ICMS devido a título de substituição tributária para fazer as vinculações dos eventuais pagamentos com as notas fiscais emitidas em nome de seus clientes.

Sequer foram entregues ao revisor os documentos fiscais (notas fiscais) que lastrearam a elaboração das tabelas inseridas na peça impugnatória, fls. 909 a 938 do PAF, para que fossem feitas as vinculações entre aqueles documentos e os alegados pagamentos. O argumento utilizado

pela defesa foi que a própria impugnante fez as citadas vinculações, no bojo das tabelas apresentadas nos autos, com a indicação do número da respectiva nota, data de emissão, nome e inscrição estadual do cliente responsável pelo recolhimento, data e valor do pagamento. Essas vinculações feitas pela empresa teriam que ser revisadas na diligência fiscal determinada por esta Junta de Julgamento, mas restou frustrada essa conferência exatamente porque a empresa não entregou ao diligente os documentos fiscais, mesmo após ser sucessivamente intimada.

Acrescente-se ainda que as notas fiscais emitidas pelo autuado não foram nem mesmo disponibilizadas no processo em cópia reprográfica, de forma que se tornou impossível estabelecer qualquer relação de pertinência entre os documentos fiscais gerados pela empresa e eventuais pagamentos, mesmo que efetuados em nome de terceiros.

Imprescindível ainda seria a apresentação dos DAEs originais (documentos de arrecadação), com a indicação das notas fiscais a eles vinculados, para que fosse exequível a conferência dos valores quanto à base de cálculo da operação de venda e a base presumida (com a adição da MVA) relativamente à substituição tributária que a empresa afirma já ter sido recolhida aos cofres públicos.

A alegação de que os DAEs foram emitidos pela autuada em nome dos seus clientes e posteriormente entregues aos mesmos não é justificativa a eximir ou excluir a responsabilidade do contribuinte em fazer a prova da quitação do imposto. Na condição de substituto tributário a sua obrigação legal era efetuar o pagamento do ICMS em seu nome, repassando, nas Notas Fiscais o encargo do tributo antecipado para o seu cliente, no preço da mercadoria. Na medida em que adotou procedimento diverso do previsto na legislação, é seu o ônus de provar que o tributo foi devidamente quitado. Não há possibilidade de inversão do ônus da prova neste caso. A prova da quitação é do devedor do tributo e não do credor, especialmente, se aquele primeiro adotou os procedimentos diversos dos previstos na legislação de regência que envolveria a retenção do ICMS-ST nas notas fiscais de saídas, emissão dos documentos de arrecadação, e, posterior repasse do imposto ao Estado, através de pagamento via sistema bancário.

Visando exatamente possibilitar ao contribuinte exercer o seu direito de provar o pagamento do ICMS devido a título de substituição tributária, ainda de forma diversa daquela estabelecida na lei, foi determinada a realização de duas diligências. Mas as provas inequívocas do pagamento do tributo, conforme destacado linhas acima, não foram trazidas aos autos.

Aplica-se ao caso as disposições do art. 147, inc. I, letra “b”, do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99, que determina o indeferimento de diligências quando o procedimento revisional se destinar a verificar fatos vinculados à escrituração comercial ou fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido juntada aos autos.

No mérito, o contribuinte reconheceu integralmente a infração 01 e as parcelas referentes à infração 02, concernentes aos fatos geradores ocorridos em 31/01/09, no valor de R\$ 1.188,24; 28/02/10, no valor de R\$ 5.306,41; 31/03/2010, no valor de R\$ 313,00; e, parcialmente, o valor correspondente ao fato gerador ocorrido em 31/01/2010, no montante de R\$ 2.138,47.

No segundo procedimento revisional da ASTEC, que resultou no Parecer nº 025, de 12/05/15 (doc. fls. 1.825/1828), foi informado pelo diligente a verificação das notas fiscais canceladas, juntadas pelo contribuinte às fls. 1298/1820, procedendo às exclusões dos documentos em que restou efetivamente demonstrada a não realização das operações. Observou o diligente que em relação a algumas notas fiscais declaradas como canceladas, o contribuinte não apresentou o conjunto completo, ou seja, todas as vias, a exemplo do que se verificou nos documentos anexados às fls. 1467 a 1544 e fls. 1676 a 1690, em que só foram apresentadas as 5^{as} vias, bem como as notas fiscais constantes das fls. 1691 a 1820, em que só foram apresentadas as 2^{as} vias, mesmo assim sem a indicação de que teriam sido canceladas. Informou que esses documentos foram mantidos na exigência fiscal, não sendo processadas as exclusões solicitadas pela defesa. Ao final foi

elaborado novo demonstrativo de débito, no mesmo formato do A.I, reproduzido no CD anexado à fl. 1836, com o detalhamento das operações excluídas, de forma que a infração 02 foi reduzida.

Dessa forma, considerando as parcelas reconhecidas pelo contribuinte e aquelas que foram revisadas pela ASTEC, o Demonstrativo de Débito da Infração 2 passa a ter a seguinte composição:

DATA DA OCORRÊNCIA	DATA DO VENCIMENTO	ICMS
31/01/2009	09/02/2009	1.188,24
28/02/2009	09/03/2009	8.469,98
30/06/2009	09/07/2009	6.103,74
31/07/2009	09/08/2009	30.726,15
31/08/2009	09/09/2009	10.661,19
30/09/2009	09/10/2009	11.096,49
31/10/2009	09/11/2009	7.492,48
30/11/2009	09/12/2009	8.447,10
31/12/2009	09/01/2010	5.947,64
31/01/2010	09/02/2010	10.650,03
28/02/2010	09/03/2010	5.306,41
31/03/2010	09/04/2010	313,00
TOTAL		106.402,45

No tocante ao argumento defensivo de que houve a inclusão no levantamento fiscal de notas de vendas para outras unidades da Federação, ficou demonstrado nos autos que na quantificação do débito foram computadas tão somente algumas operações destinadas ao Estado de Sergipe, por ser esta unidade federada signatária de Acordo Interestadual com a Bahia, através do Protocolo ICMS nº 50/2005, que regula a substituição tributária de produtos derivados de farinha de trigo (massas, macarrão instantâneo, pães, biscoitos, bolachas etc).

Adoto, no mérito, portanto, a solução apresentada na diligência da ASTEC, conjuntamente com os valores reconhecidos pelo contribuinte no tocante à totalidade da infração 1 e às parcelas da infração 2 acima discriminadas.

No que se refere ao pedido de intervenção no PAF da Procuradoria Estadual como "*custus legis*" a legislação processual administrativa prevê a obrigatoriedade dessa intervenção tão somente nos processos submetidos a julgamento nas Câmaras do CONSEF (art. 118, inc. II, do RPAF/99).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, com a exclusão tão somente das operações em que restou demonstrado o efetivo cancelamento das notas fiscais de saídas, revelando assim que não houve a realização do fato gerador do tributo, conclusão que tem por lastro a última revisão fiscal efetuada pela ASTEC/CONSEF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206951.0005/13-4**, lavrado contra **CILASI ALIMENTOS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$113.876,14**, acrescido das multas de 60% sobre R\$7.473,69 e de 150% sobre R\$106.402,45, previstas no art. 42, inc. II, "d" e VII, "a" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, em 8 de setembro de 2015.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR