

PROCESSO	- A. I. N° 206951.0005/13-4
RECORRENTE	- CILASI ALIMENTOS S/A. (BELA VISTA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0171-05/15
ORIGEM	- INFAS VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 10/06/2016

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0090-11/16

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Excluídas da exigência fiscal, no julgamento de primeira instância, após diligência, as notas fiscais canceladas, com a juntada de todas as vias documentais. Indeferido o pedido de realização de nova diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão 5ª JJF nº 0171-05/15, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 09/12/2013 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 131.097,88, sob a acusação do cometimento de duas irregularidades, das quais apenas a segunda ainda está em lide.

Infração 02 – Falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado. R\$ 123.624,19 e multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a contenda no dia 08/09/2015 e decidiu pela Procedência Parcial do lançamento de ofício por unanimidade (fls. 1.858 a 1.862).

“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 pelo autuado 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: [planilha de fl. 1.863].

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".

Com respaldo no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (RPAF-BA/1999), a sociedade empresaria interpõe Recurso Voluntário às fls. 1.874 a 1.878 (verso), no qual inicia aduzindo a tempestividade da peça e sintetizando os fatos.

Alega ter demonstrado, na instância de base, que algumas notas fiscais foram canceladas e que recolheu parte substancial do imposto lançado. Segundo afirma, cometeu o equívoco de emitir os documentos de arrecadação estadual do ICMS-ST em nome dos clientes (destinatários), e não em

seu nome.

A fim de comprovar o que entende serem pagamentos, trouxe à colação, na defesa, planilha contendo números de documentos, datas, destinatários, valores etc., tendo solicitado à JJF, sem sucesso, que a ASTEC efetuasse o cotejo nos sistemas informatizados de arrecadação desta Secretaria.

Reitera o pleito, pois entende que o Fisco tem a obrigação de investigar os referidos pagamentos, sob pena de exigência em duplicidade e enriquecimento sem causa.

Encerra requerendo que a PGE/PROFIS atue como fiscal da lei e que o apelo seja provido.

À fl. 1.887, ingressa com petição de juntada de cópias de notas fiscais, com vistas a instruir o Recurso.

A Procuradoria do Estado, no Parecer de fls. 2.173/2.174, da lavra do Dr. José Augusto Martins Júnior, opina pelo Improvimento, tendo em vista que não foram trazidas aos autos provas do recolhimento do ICMS ora exigido.

VOTO

Relativamente às operações canceladas, após a segunda diligência, solicitada pela JJF, restaram excluídas do levantamento todas as notas cujos conjuntos completos foram apresentados à ASTEC (Assessoria Técnica do Conselho), de acordo com o trecho do Acórdão recorrido que transcrevo a seguir.

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.

Com supedâneo no art. 147, I, “a” do RPAF-BA/1999, indefiro o pedido de nova diligência, uma vez que os elementos necessários e suficientes para formar o convencimento dos membros deste colegiado estão presentes nos autos.

Ainda que um auditor ou uma auditora da ASTEC efetuasse a pesquisa pretendida pelo recorrente, os recolhimentos, conforme informado na própria peça recursal, sob o prisma jurídico, foram efetuados por terceiros, que têm direito ao indébito. Na hipótese de comprovação dos pagamentos, o lançamento em análise não poderia ser julgado improcedente, porquanto não efetuados pelo contribuinte de direito.

Caso o fiscalizado, ao longo da instrução procedural e processual, houvesse apresentado os originais dos documentos de arrecadação estadual com as indicações dos números das notas correlatas, poder-se-ia cogitar o envio dos mesmos à Diretoria de Arrecadação da Sefaz para que fosse alterada a titularidade dos recolhimentos.

Se forem verdadeiras as suas alegações, cabe fazê-lo, caso possa e queira, em sede de controle de legalidade, junto à PGE/PROFIS.

Conforme previsto no art. 118 do RPAF-BA/1999, a Procuradoria do Estado atua como fiscal da lei em sede de Recurso Voluntário, do que resultam o Parecer jurídico acima referido (no Relatório) e a participação de um dos seus membros nesta sessão de julgamento.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206951.0005/13-4, lavrado contra **CILASI ALIMENTOS S/A. (BELA VISTA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$113.876,14**, acrescido das multas de 60% sobre R\$7.473,69 e 150% sobre R\$106.402,45, previstas no art. 42, incisos II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

MARIA JOSÉ RAOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SE – REPR. DA PGE/PROFIS