

A. I. Nº - 206880.3003/16-1
AUTUADO - SLC AGRÍCOLA S.A. (FAZENDA PANORAMA)
AUTUANTE - EDIMAR NOVAES BORGES
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/03/2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0029-05/17

EMENTA: ICMS. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. MULTA. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS Á TRIBUTAÇÃO. Acolhida a preliminar de decadência relativa ao período de janeiro a maio de 2011, conforme dispõe o art. 150, § 4º do CTN. As notas fiscais eletrônicas endereçadas ao contribuinte não foram rechaçadas quando de sua emissão, no prazo legal. Infração procedente em parte. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 29/06/2016, para exigir multa por descumprimento de obrigação acessória, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 198.958,92. Referente aos exercícios de 2011 a 2015.

O autuado ingressa com defesa, fls. 85 a 100, e inicialmente aponta os dispositivos legais apontados como infringidos neste Auto de Infração, os quais são descritos. No mérito, em preliminar, invoca a decadência posto que constam três lançamentos relativos à 01/2011 a 08/2011, cujos valores não são mais passíveis de constituição de cobrança, nos termos do art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional.

Justifica que a empresa não escriturou as entradas autuadas porque não era necessário ou possível, uma vez que não recebeu as mercadorias ou não recebeu a nota fiscal do emitente. Aduz que não lhe é possível a produção de provas negativas e que a autoridade fiscal deveria ter diligenciado junto aos fornecedores para comprovar as aquisições. Deve ser fundamentada em provas concretas a conduta do fisco. Isto porque há muito tempo está superada a idéia de que o ônus da prova caberia integralmente ao contribuinte, como ensina Paulo Celso B. Bonilha, cujos ensinamentos reproduz. Assim, sustenta que a presunção relativa de validade do ato administrativo não implica na desnecessidade de que o Fisco prove os fatos que está alegando, tampouco pode gerar a falsa idéia de que toda dúvida, porventura existente, tenha que ser resolvida favoravelmente à Fazenda Pública, ou mesmo de que o ônus de provar sempre recai ao contribuinte, exigindo-se prova negativa. Reitera que esse é o entendimento unânime da melhor doutrina em matéria tributária, conforme lição de Hugo de Brito Machado que transcreve.

Traz o Recurso Extraordinário sobre a Renovação de Licença de Funcionamento, para amparar sua tese, de que não é possível ao contribuinte a produção de prova negativa, pois caberia ao fisco comprovar que o Autuado exercia a atividade ensejadora do recolhimento da taxa em questão.

Assim, aduz que o ônus de provar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária é naturalmente do fisco, sobretudo em casos como o dos autos, em que não é possível à impugnante provar que não recebeu as mercadorias ou notas fiscais envolvidas nas operações dadas como não escrituradas.

Afinal questiona como alguém pode provar que não recebeu alguma coisa. Na presente autuação a prova da entrega deve ser feita por aquele que diz ter entregado, na medida em que esse, sim, tem o meio de produzir a prova.

Afirma que a autuação é fruto do cruzamento de dados do Sistema Público de Escrituração Digital –SPED, criado para otimizar a fiscalização. Ocorre que as informações ali constantes são de responsabilidade dos contribuintes, assim, diante de inconsistências deverá a Administração Pública diligenciar para obter a comprovação do que foi escriturado pelos contribuintes.

Afirma que caracterizado o cerceamento de defesa e, mais ainda, a inexistência de elementos suficientes para determinar a ocorrência da infração, evidente está a nulidade do presente Auto de Infração, nos termos do art. 18, inciso II e IV, “a” do RPAF/BA. Descreve Acordãos do CONSEF/BA, os quais foram julgados nulos, tais como Acórdão N° 0399-04/10; 0368-04/10.

Entende ser necessária a realização de diligência para que o agente fiscal busque informações junto aos contribuintes que lançaram na sua escrita fiscal de tais operações, sob pena de nulidade do Presente Auto de Infração, face a impossibilidade de produção de provas negativas, o que implica em flagrante cerceamento de defesa. Assevera a boa-fé da empresa no fato de que ela não tomou crédito de ICMS de nenhuma das operações tidas como não escrituradas, somado ao fato de que as supostas omissões não geraram nenhum prejuízo ao erário.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 115 a 118, e faz uma diferença entre os institutos da decadência e da prescrição. Cita o art. 173 do CTN, e entende caracterizado, de modo explícito, o direito de a Fazenda Pública em constituir o crédito tributário através do lançamento, para o período objeto deste questionamento.

No mérito, salienta que a auditoria tomou como base as informações prestadas pelos contribuintes através da emissão de notas fiscais eletrônicas destinadas a empresa autuada. Confrontou-as com as informações obtidas no SPED Fiscal, especificamente na EFD – Escrituração Fiscal Digital do autuado. Salienta que observou os procedimentos fiscais, a exemplo da confecção dos levantamentos e demonstrações da infração, enquadrando a infração, tipificou a multa aplicada, e colocou todas as informações ao conhecimento da sociedade empresária.

Informa que nos demonstrativos apresentados ao autuado e constante neste processo administrativo fiscal, entre outras informações, constam o número da nota fiscal, CNPJ, data, valores, descrição das mercadorias e a chave da nota fiscal eletrônica, onde a empresa, se desejar, pode verificar a veracidade da mesma. Entende que a autuada não apresentou informações esclarecedoras e convincentes sob a ótica da legalidade.

No que tange à negativa do recebimento das mercadorias, a comprovação das notas fiscais pode ser acessada no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, onde constam todas as notas fiscais emitidas com destino ao seu estabelecimento. Também fica obrigado, quando for o caso, a registrar o evento “desconhecimento da operação”, no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico (art. 89, § 17 do RICMS/BA).

Caso haja fraude na emissão de documentos fiscais, a parte prejudicada deve proceder nos termos do art. 89, § 16, do RICMS, qual seja: *“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 havido efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”.*

Também sustenta que a fiscalização demonstrou em todo o procedimento fiscal, a entrada das mercadorias, como pode ser constatado nos demonstrativos apresentados, elaborados através de cruzamento das notas fiscais eletrônicas, destinadas a empresa autuada, com as informações obtidas no Sped Fiscal, especificamente na EFD – Escrituração Fiscal Digital.

Opina pela Procedência da infração.

VOTO

Denego o pedido de diligência formulado pelo defendente, a teor do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, posto que esta presta-se a esclarecer dúvida porventura existente, o que não é o caso desta autuação. Ademais, o pedido do contribuinte para a realização de diligência teve como justificativa a necessidade de trazer mais provas a seu favor, mormente quando há que se levar em conta o que prevê o artigo 123 do RPAF/99 acerca de que a defesa do contribuinte, dentro do prazo de trinta dias a contar da intimação da lavratura do Auto de Infração, deverá ser acompanhada das provas que o mesmo tiver. Assim, entendo ser desnecessária a realização de diligência, razão pela qual a indefiro, posto que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação de juízo de valor acerca da infração.

Em preliminar a sociedade empresária invoca o instituto da decadência, que teria atingido os fatos geradores no período de janeiro a agosto de 2011, por conta da previsão do art. 150 § 4º do CTN, (Lei nº 5.172/66), haja vista que o Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2016.

A PGE – Procuradoria Geral do Estado, por meio da Procuradoria Fiscal manifestou entendimento no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, de que *“Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis, apura o monte do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas)”*.

Assim, assiste razão ao contribuinte quanto ao prazo decadencial, no que diz respeito às datas de ocorrência de 31/01/2011 a 31/05/2011, que estão atingidos pela decadência, e neste caso, o fisco perdeu o direito de promover o lançamento tributário. Logo, deve ser abatido da infração o valor de R\$ 12.472,09, relativo à multa dos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2011.

Trata o presente Auto de Infração de multa de 1% do valor comercial das mercadorias, pela falta de escrituração de notas fiscais no livro Registro de Entradas de mercadoria do autuado.

Preliminarmente, verifico que estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99. Os artigos do regulamento do RICMS/BA/97 que foram infringidos constam do Auto de Infração, bem como os dispositivos legais que prevêem a multa aplicada.

O demonstrativo analítico está acostado aos autos, fls.7 a 77, e traz a data, a chave do documento fiscal, CNPJ, e valor de cada documento fiscal, qual seja a Nota Fiscal de entrada não lançada no registro fiscal.

No mérito, o contribuinte afirma que não recebeu as mercadorias, e portanto a multa que lhe está sendo imposta não teria cabimento. Contudo, por tratar-se de Nota Fiscal eletrônica, a legislação é específica quanto ao tratamento a ser dispensado pelo contribuinte, em caso de não recebimento das mercadorias. Fica assim o sujeito passivo obrigado, quando for o caso, a registrar o evento “desconhecimento da operação”, no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico (art. 89, § 17 do RICMS/BA).

Caso haja fraude na emissão de documentos fiscais, a parte prejudicada deve proceder nos termos do art. 89, § 16, do RICMS, qual seja: *“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 havido efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”*.

Toda essa orientação sobre o procedimento a ser adotado pelo destinatário da mercadoria, em

caso de uso indevido de seu CNPJ, pode ser acessado pelo contribuinte no site da SEFAZ, no item “Perguntas e Respostas”, sobre DOCUMENTOS FISCAIS / ESCRITURAÇÃO que trata especificamente dessa questão:

Questão 26: O que o contribuinte deve fazer quando constatar o uso do seu CNPJ como destinatário de NF-e, em uma operação que não realizou? O contribuinte deve verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos. Constatada a irregularidade do uso do seu CNPJ, deve prestar queixa na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, e apresentar o boletim de ocorrência quando solicitado pela fiscalização; concomitantemente, deve registrar o evento "Desconhecimento da Operação", através da funcionalidade de Manifestação do Destinatário, disponível no Portal Nacional da NF-e (www.nfe.fazenda.gov.br), ou através de sistema aplicativo que disponha desta função, como o programa gratuito Manifestador de NF-e, 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 § 14º deste artigo, cujo prazo será o estipulado no § 15º; ambos os deveres estão em conformidade com o artigo 89, §§ 16º, 17º, do RICMS/BA, respectivamente, aprovado pelo Decreto Estadual n.º 13.780/12.

Nada disso foi feito, sendo que o defendente, de forma genérica nega o recebimento das mercadorias mas não traz sequer uma medida efetiva que teria tomado para coibir a prática de emissão de notas fiscais por parte de terceiros, com a utilização de seus dados cadastrais como destinatário das mercadorias. Ressalto que nos termos do art. 143 do RPAF/99, “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Em contrário, o fisco promoveu a exibição da prova do recebimento das mercadorias ao apresentar ao sujeito passivo a planilha com os dados específicos de cada nota fiscal eletrônica tendo-o como destinatário. (fls. 7 a 77).

Pelo exposto não os Acórdãos do CONSEF trazidos pelo defendente, para referendar o pedido de nulidade da autuação, por suposta falta de prova do recebimento das mercadorias, não servem de paradigma haja vista que naquelas decisões os levantamentos foram efetuados com base em cópia de notas fiscais, obtidas diretamente junto aos emitentes localizados em outros Estados da Federação, sem a comprovação de que as mercadorias efetivamente ingressaram neste Estado. Não é o caso das Notas Fiscais Eletrônicas, cuja sistemática de emissão possui regras próprias mais controladas pelo fisco, e chave de acesso específica para cada emissão.

Portanto, há elementos suficientes para determinar a ocorrência da infração, sem que haja qualquer violação ao direito de defesa do contribuinte, bem como ao exercício do contraditório. Não há violação que possa levar à nulidade da presente autuação.

Voto pela PROCEDENCIA EM PARTE do Auto de Infração.

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 **206880.3003/16-1**, lavrado contra **SLC AGRÍCOLA S.A. (FAZENDA PANORAMA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$186.486,84**, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR