

PROCESSO - A. I. Nº 269101.3009/16-0
RECORRENTE - TRANSPORTADORA ASSOCIADA DE GÁS S.A. - TAG
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0012-03/18
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 18/04/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0071-12/19

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS PARA O ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao ativo permanente do estabelecimento. Após apresentação recursal, a recorrente fez juntada de documentação que comprova a improcedência da autuação em relação às Notas Fiscais nºs 47.974 e 7.905, sendo comprovado o registro de uma e o recolhimento da outra. Infração caracterizada em parte. Rejeitada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 19/12/2016, para exigir o imposto no valor de R\$117.093,08, acrescido da multa de 60%, por falta de recolhimento de 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, julho, outubro e dezembro de 2013, fevereiro e outubro de 2014, e março de 2015. Infração - 06.01.01.

A 3ª JF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, por unanimidade, com base no voto do Relator de primeiro grau, a seguir transcrito:

VOTO

Inicialmente, consigno que, depois de compulsar os elementos integrantes dos autos constato que se encontram presentes todos os requisitos exigidos pela legislação de regência para a formalização do PAF, precipuamente no RPAF-BA/99. Afiguram-se, claramente explicitados, a base de cálculo, o crédito fiscal exigido, e a multa aplicada evidenciados de acordo com demonstrativo detalhado do débito e com indicação da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos e a tipificação da multa aplicada. Verifico também que não estão presentes nos autos quaisquer dos motivos elencados na legislação tributária, precipuamente nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, eis que, inexistente óbice algum que possa inquiná-lo de nulidade.

No que tange ao pedido do Impugnante para realização de diligência para comprovação de sua razão de defesa, ou seja, de que não tomou conhecimento das Notas Fiscais de nº 10346, 10348 e 31017 destinadas ao seu estabelecimento, não vislumbro qualquer necessidade de informação adicional para o deslinde da matéria, ora em questão, uma vez que os elementos já coligidos nos autos são suficientes para se firmar o juízo e convicção, indispensáveis para a Decisão da lide. Por isso, indefiro o pedido de realização de diligência, com base no art. 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99.

No mérito, o Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo do próprio estabelecimento, consoante demonstrativo acostado às fls. 07 a 09.

Observe que a ocorrência do fato gerador para fins de pagamento da diferença de alíquotas, conforme previsão do inciso IV, art. 4º, da Lei 7.014/96, corresponde à entrada do bem no estabelecimento do destinatário, in verbis:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

XV - da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subseqüentes alcançadas pela incidência do imposto.”

O Impugnante, em sede de defesa, inicialmente, reconheceu parcialmente a acusação fiscal identificando as notas fiscais elencadas no levantamento fiscal para as quais afirmou não ter localizado os comprovantes de pagamento que totaliza o montante de R\$58.504,62, fl. 36 - verso.

Contestou a autuação em relação às Notas Fiscais de nºs 10346, 10348 e 31017, arroladas no levantamento fiscal, sob a mera alegação de que não tomou conhecimento da emissão dessas notas fiscais eletrônicas, aduzindo, sem qualquer suporte fático, de pode ter ocorrido erro material cometido pelos emitentes.

Saliento, depois de constatar que nas referidas notas fiscais eletrônicas constam expressamente todos os dados cadastrais do autuado como destinatário das mercadorias, que nestes casos e que o autuado não apresenta razão plausível alguma que, de forma inequívoca, justifique a não ocorrência da operação, este CONSEF em reiteradas decisões de suas Câmaras de Julgamento Fiscal tem mantido a autuação, ou seja, a jurisprudência do CONSEF considera que as notas fiscais eletrônicas servem como elemento de prova das aludidas operações correspondentes. Ademais, essa posição reiterada resta atualmente cristalizada na legislação com a inserção dos §§ 16 e 17, no art. 89, do RICMS-BA/12, in verbis:

§ 16. 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 efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”;

§ 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.

Nestes termos, são devidas as exigências atinentes às Notas Fiscais de nºs 10346, 10348 e 31017.

Ao compulsar as peças dos autos bem como o sistema público de Notas Fiscais Eletrônicas, constato que não deve prosperar a alegação defensiva de que o Status da Nota Fiscal de nº 47974 é de “Não Autorizada”, haja vista que é indubitosa a autorização de uso constante no próprio Danfe acostado à fl. 22.

No tocante à Nota Fiscal de nº 7905, entendo que é devida a exigência indicada no levantamento fiscal, uma vez que o Autuado reconhece expressamente que registrou a operação na escrita de sua filial. Portanto, resta patente a ocorrência da irregularidade no estabelecimento autuado. Não há como corrigir o erro cometido pelo Impugnante nos presentes autos, tendo em vista que, no âmbito do ICMS, os estabelecimentos de uma empresa são independentes e autônomos, conforme preceitua o §2º, do art. 14, da Lei 7.014/96. Cabendo ao Autuado, em se confirmando inequivocamente a escrituração da operação em estabelecimento distinto do destinatário constante do documento fiscal, requerer na Repartição Fazendária de sua circunscrição a repetição do indébito.

Verifico que assiste razão ao Autuado em relação à Nota Fiscal de nº 152, referente à aquisição oriunda do Estado do Espírito Santos no mês de dezembro de 2013, cujo diferencial de alíquota apurado no levantamento fiscal foi de 10%, em vez de 5%. O próprio Autuante ao proceder à informação fiscal reconheceu o equívoco e corrigiu o valor da exigência de R\$8.051,04, para R\$4.035,52, resultando na diminuição do valor total do débito no mês de dezembro de 2013, de R\$47.492,26, para R\$43.466,75, consoante explicitado no novo demonstrativo acostado aos autos por ocasião da informação fiscal, fl. 53.

Assim, nos termos supra expendidos, acolho o novo demonstrativo de débito elaborado pelo Autuante e concluo pela manutenção parcial da autuação no valor de R\$113.067,57.

Consta às fls. 56 e 57, extrato do Sistema de Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT de pagamento efetuado pelo sujeito passivo de parte da exigência originalmente lançada de ofício.

Ante o exposto, voto pela procedência em parte do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores pagos.

Inconformado, o autuado apresentou tempestivamente Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª JF nas fls. 124 a 134.

Inicialmente a Recorrente requer a nulidade da decisão recorrida por violação à ampla defesa, tendo em vista que o julgador de Primeira Instância indeferiu o pedido de produção de provas efetuado pelo contribuinte, com base em uma suposta deficiência probatória, conduta há muito vedada pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme jurisprudência que cita.

Alega que seu pedido de diligência encontra amparo no art. 7º, § 2º do Decreto nº 7.629/99 e que a conduta do julgador fere o princípio da verdade material, regente do processo tributário.

No mérito, alega não reconhecer parte das Notas Fiscais exigidas no Auto de Infração combatido (Notas Fiscais nºs 10348, 10346 e 31017), e tampouco possui meios para a comprovação da “não existência” do fato gerador, uma vez que exigir tal comprovação inviabilizaria qualquer defesa por parte da Recorrente, pois se trata de prova negativa.

Conforme já aduzido anteriormente, muito embora as notas fiscais em questão possam estar emitidas no sistema de notas fiscais eletrônicas, elas não poderiam ter sido escrituradas pela Contribuinte, que sequer tomou conhecimento delas.

Tanto é assim que, ao contrário do que usualmente ocorre em sua escrituração fiscal, para estas notas sequer existe registro fiscal na Recorrente e nem mesmo se tem notícia de pagamento, conforme se pode verificar das cópias do livro de registro de entradas da Contribuinte.

Assim, não pode prevalecer a autuação quanto ao ponto, devendo ser cancelado o auto de infração.

Conforme mencionado anteriormente, ao imputar no sistema a Nota Fiscal nº 47974, a Recorrente obteve como resposta da própria SEFAZ-BA o status de “não autorizada”. Em razão disso, a Recorrente não prosseguiu com a operação e sequer deu entrada no estabelecimento com a mercadoria a qual se referia a Nota.

Ainda que seja possível uma futura alteração do status da Nota Fiscal pela SEFAZ-BA, a Recorrente não deu entrada com a mercadoria, motivo pelo qual não cabe exigir ICMS-DIFAL sobre mercadoria não circulada.

Portanto, a Nota Fiscal nº 47974 não é passível de ser cobrada, motivo pelo qual não pode servir de embasamento para o Auto de Infração em voga.

Com referência à exigência do valor de ICMS-DIFAL referente à Nota Fiscal nº 7905, afirma que já foi devidamente recolhido aos cofres do Estado da Bahia por outro estabelecimento da própria Recorrente e, conforme norma estabelecida no art. 156, I, do CTN, o crédito tributário resta extinto pelo pagamento, mesmo que efetuado por terceiros.

Por todo o exposto, a Recorrente postula que o presente Recurso Voluntário seja conhecido para declarar a nulidade da decisão recorrida, determinando que outra seja proferida em seu lugar, com a realização da diligência requerida; e, no mérito, caso alcançado, seja julgado procedente, para reformar a decisão de 1ª instância e cancelar o Auto de Infração combatido.

Requer, por fim, a homologação dos valores já recolhidos pela Recorrente.

Após apresentação do Recurso Voluntário a Recorrente fez juntada de documentação (fls. 168 a 183) para comprovar que registrou no sistema da nota fiscal eletrônica a não realização da operação referente à Nota Fiscal nº 47.974 (Anexo I – fls. 170 a 174) e com referência à Nota Fiscal nº 7.905, apesar da mesma ter sido registrada no LRE da filial com CNPJ 06.248.349/0013-67 e não na filial com CNPJ 06.248.349/0015-67 (Anexo II e III – fls. 175 a 180), o ICMS/DIFAL foi corretamente recolhido para o Estado da Bahia em 11/05/2015, conforme comprovante de fls. 181.

Referente às Notas Fiscais de nºs 10346, 10348 e 31017, informa que efetuou o pagamento no programa de anistia do Estado da Bahia, conforme comprovantes (Anexos V e VI – fls. 182 e 183).

Na assentada do julgamento o Conselheiro Luiz Alberto Amaral de Oliveira pediu e obteve vistas do processo, reservando seu pronunciamento para nova assentada de julgamento, onde, após consultar o sistema da SEFAZ, apresentou as seguintes conclusões:

- 1- A filial lançou a Nota Fiscal nº 7905 em sua escrita no dia 22/04/15, valor R\$ 709.242,02 (CFOP 2551)
- 2- A filial pagou o ICMS-DIFAL sobre essa NF (única com CFOP 2551) no montante de R\$ 34.040,78.

VOTO

Inicialmente, a Recorrente requer a nulidade da decisão recorrida por violação à ampla defesa, tendo em vista que o julgador de primeira instância indeferiu o pedido de produção de provas efetuado pelo contribuinte.

Observo que a negativa para realização da diligência solicitada está devidamente justificada e fundamentada no voto do relator de piso, conforme trecho destacado a seguir:

“No que tange ao pedido do Impugnante para realização de diligência para comprovação de sua razão de defesa, ou seja, de que não tomou conhecimento das Notas Fiscais de nº 10346, 10348 e 31017 destinadas ao seu estabelecimento, não vislumbro qualquer necessidade de informação adicional para o deslinde da matéria, ora em questão, uma vez que os elementos já coligidos nos autos são suficientes para se firmar o juízo e convicção, indispensáveis para a Decisão da lide. Por isso, indefiro o pedido de realização de diligência, com base no art. 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA/99.”

Reproduzo o citado dispositivo:

Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;

Desta forma, não acolho a preliminar de nulidade do julgamento de piso suscitada pela Recorrente.

No mérito, a Recorrente alega não reconhecer parte das Notas Fiscais exigidas no Auto de Infração combatido (Notas Fiscais nºs 10348, 10346 e 31017), e que tampouco possui meios para a comprovação da “não existência” do fato gerador, uma vez que exigir tal comprovação inviabilizaria qualquer defesa por parte da Recorrente, pois se trata de prova negativa.

O artigo 89, §§ 16 e 17 do RICMS/12 estabelece os procedimentos que deverão ser adotados pelo Contribuinte em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, bem como a obrigação de verificar regularmente todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação”.

§ 16. 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 efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”;

§ 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.

Portanto, não tendo o Contribuinte adotado os procedimentos previstos na legislação para o caso em tela, é devida a cobrança referente às Notas Fiscais de nºs 10346, 10348 e 31017, fato reconhecido pela Recorrida, que efetuou o recolhimento do débito no programa de anistia do Estado da Bahia (Anexos V e VI – fls. 182 e 183).

Com referência à Nota Fiscal nº 47974, a Recorrente alegou que obteve como resposta da própria SEFAZ-BA o status de “não autorizada”. Em razão disso, a Recorrente não prosseguiu com a operação e sequer deu entrada no estabelecimento com a mercadoria a qual se referia a Nota, motivo pelo qual não cabe exigir ICMS-DIFAL sobre mercadoria não circulada.

Após apresentação do Recurso, a recorrente fez juntada de documentação que comprova a improcedência da autuação em relação às Notas Fiscais nºs 47.974 e 7.905, conforme segue:

A recorrente comprovou que registrou no sistema da nota fiscal eletrônica a não realização da operação referente à Nota Fiscal nº 47.974 (Anexo I – fls. 170 a 174), nos termos do artigo 89, § 17 do RICMS/12. Assim, descabe a exigência em relação a esta Nota Fiscal.

Com referência à Nota Fiscal nº 7.905, apesar da mesma ter sido registrada no LRE da filial com CNPJ 06.248.349/0013-67 e não na filial com CNPJ 06.248.349/0015-67 (Anexo II e III – fls. 175 a 180), o ICMS/DIFAL foi corretamente recolhido para o Estado da Bahia em 11/05/2015, conforme comprovante de fls. 181 e, desta forma, extinguindo o crédito tributário.

Saliento que, apesar das provas acostadas aos autos com referência as Notas Fiscais nºs 47.974 e 7.905, o colegiado na sessão de julgamento consultou o Portal de Nota Fiscal Eletrônica da SEFAZ, comprovando tanto o registro da “denegação” da Nota Fiscal nº 47.974, como também o pagamento referente à Nota Fiscal nº 7.905.

Assim, o auto de infração é parcialmente procedente para exigir os valores conforme demonstrativo:

| Data Ocorr. | Data Venc. | B. Cálculo | Alíq. | Valor (R\$) Histórico | Valor (R\$) Julgado JFJ | Valor (R\$) Julgado Câmara |
|-------------|------------|-------------------|-------|--------------------------|----------------------------|-------------------------------|
| 31/01/2013 | 09/02/2013 | 96.466,40 | 10% | 9.646,64 | 9.646,64 | 9.646,64 |
| 31/07/2013 | 09/08/2013 | 80.048,62 | 13% | 10.406,32 | 10.406,32 | 10.406,32 |
| 31/10/2013 | 09/11/2013 | 10.259,60 | 5% | 512,98 | 512,98 | 512,98 |
| 31/12/2013 | 09/01/2014 | 949.845,20 | 5% | 47.492,26 | 43.466,75 | 43.466,75 |
| 28/02/2014 | 09/03/2014 | 94.167,50 | 10% | 9.416,75 | 9.416,75 | 9.416,75 |
| 31/10/2014 | 09/11/2014 | 55.745,10 | 10% | 5.574,51 | 5.574,51 | 0,00 – Improc. |
| 31/03/2015 | 09/04/2015 | 680.872,40 | 5% | <u>34.043,62</u> | <u>34.043,62</u> | <u>0,00 – Improc.</u> |
| | | Total da Infração | | R\$ 117.093,08 | R\$ 113.067,57 | R\$ 73.449,44 |

Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL o Recurso Voluntário apresentado para alterar o valor exigido, reduzindo de R\$113.067,57 para R\$73.449,44, devendo ser homologado os valores já recolhidos pela Recorrente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269101.3009/16-0** lavrado contra **TRANSPORTADORA ASSOCIADA DE GÁS S. A. - TAG**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$73.449,44**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM SILVA- RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS