

PROCESSO - A. I. Nº 108529.1203/08-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e JM INDÚSTRIA COMÉRCIO E LOGÍSTICA LTDA.
RECORRIDOS - JM INDÚSTRIA COMÉRCIO E LOGÍSTICA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0162-02/16
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/03/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0339-11/19

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CERVEJA). SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE ESTABELECIDO EM OUTRA UNIDADE DA FEDERAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. A mercadoria objeto da autuação está enquadrada no regime de substituição tributária, e o Protocolo ICMS nº 11/91 prevê a faculdade de o Estado de destino atribuir a obrigação pela retenção do imposto ao remetente da mercadoria nas operações interestaduais. A legislação baiana, com base no referido acordo, prevê a retenção do imposto pelo remetente. Comprovada, nos autos, a não dedução, no levantamento fiscal, de recolhimentos efetuados pelo autuado, ensejando solicitações de diligências que resultaram na diminuição do débito. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO** e Recurso Voluntário **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício interpostos pela autuada e pela 2ª JJF, respectivamente em razão do Acórdão 2ª JJF Nº 0162-02/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 108529.1203/08-0, lavrado em 29/12/2008, para exigir ICMS no valor histórico de R\$2.197.973,95, relativos a uma única infração, a seguir especificada.

01 - 08.07.01 – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, nos meses de abril a dezembro de 2003, janeiro de 2004, março a abril, junho a setembro de 2005, agosto a dezembro de 2006, janeiro a novembro de 2007, conforme demonstrativos e cópias de notas fiscais às fls.12 a 116. Em complemento consta: “A empresa deixou de efetuar o recolhimento do ICMS retido por substituição tributária e o Fundo de Pobreza conforme discriminação do Relatório de Notas Fiscais, em anexo, nas vendas efetuadas para este Estado”.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 21/09/2016 (fls. 1586 a 1602) e decidiu pela Procedência em Parte, em decisão unânime, nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

Inicialmente não acolho o pedido de nulidade suscitado pelo sujeito passivo, alinhado em sua peça defensiva, visto que, ao contrário do que alegou, foram observados no presente processo administrativo tributário, os princípios da ampla defesa e do contraditório, da verdade material, e da legalidade. Ressalto que o fato gerador está devidamente identificado e caracterizado, enquanto que a infração imputada, tem previsão objetiva na Lei nº 7.014/96, que dá fundamentação legal ao ICMS, e no Protocolo ICMS 11/91. Saliento que os papéis de trabalho elaborados pela fiscalização contém os elementos suficientes para se determinar, com precisão, a infração e o infrator, e o valor do crédito tributário retido e não recolhido, tendo em vista que foram baseados

em notas fiscais emitidas pelo próprio autuado (fls.33 a 116) e obtidas através das informações SINTEGRA.

Por outro lado, o levantamento fiscal às fls.12 a 31, por conter a especificação de todos os documentos fiscais que embasam o lançamento fiscal, permite ao sujeito passivo exercer a ampla defesa e o contraditório, apontando eventuais erros na sua elaboração, como aliás o autuado fez em suas peças de defesas. Inclusive vale consignar, que o processo foi objeto de várias diligências que foram realizadas pelos próprios autuantes a pedido do órgão julgador, para atender questões suscitadas pelo próprio sujeito passivo. Quanto às arguições relativas às provas, deixo para apreciar por ocasião do exame do mérito.

Desta forma, a arguição de nulidade do autuado não encontra amparo em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99, pelo que a rejeito.

Quanto a preliminar de decadência dos fatos geradores ocorrido de 01/01/2003 a 31/12/2003, observo que não assiste razão ao defendente, pelos motivos que passo a expor.

O entendimento doutrinário e jurisprudencial, acerca dos lançamentos tributários sujeitos à homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, como no caso do ICMS, quando do pagamento antecipado, o ente tributante dispõe de cinco anos para realizar o lançamento ou homologação, nos termos do artigo 150 do CTN - Código Tributário Nacional.

Observo que o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, nos termos do artigo acima citado, extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento. Havendo pagamento integral do tributo devido, não havendo outro prazo previsto em lei para homologação, este será de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador, expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Para aplicação da referida norma legal, é necessário que sejam atendidos alguns requisitos, entre eles, que o tributo tenha sido apurado e recolhido de acordo com a lei, ou seja, o pagamento integralmente do valor devido pelo sujeito passivo; que não exista lei que fixe outro prazo e por fim, que não tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação, requisitos não existentes na lide em questão.

Na presente lide, o sujeito passivo, contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, omitiu-se em prestar as informações ao fisco, artigo 149 do CTN, sendo necessária a apuração do imposto devido mediante procedimento administrativo tributário, resultando na lavratura do Auto de Infração em tela, por ter o sujeito passivo omitido informações na apuração do ICMS e realizado o conseqüente recolhimento em valor inferior ao devido.

Portanto, não se pode falar na aplicação da regra do § 4º do artigo 150 do CTN, pois, mediante ação fiscal, restou comprovada a omissão de pagamentos do tributo estadual, não havendo pagamento antecipado não se pode falar em homologação, pois não se pode homologar um pagamento que não foi realizado pelo sujeito passivo.

Também não pode ser argüida a aplicação do § 4º do artigo 150 do CTN, pois o Código Tributário do Estado da Bahia, Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981, aplicado aos contribuintes baianos, em seu artigo 107-A, fixou prazo para homologação, exercendo a faculdade prevista no próprio § 4º do artigo 150 do CTN.

O prazo para homologação tácita do lançamento e extinção do crédito tributário, fixado no Código Tributário do Estado da Bahia, no § 5º do artigo 107-B, é de 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, desde que não seja comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação, pois, comprovada essa situação, o tributo poderá ser reclamado pelo sujeito ativo, ente tributante, a qualquer época.

Portanto, no caso em tela, o prazo para contagem da decadência deve ser observado o previsto no § 5º do artigo 107-A do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do CTN.

Assim, a legislação acima comentada, estabelece que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, no caso em lide, por se tratar de fatos geradores ocorridos no exercício de 2003, a contagem do prazo se iniciou em 01/01/2004, e o fisco teria até o dia 31/12/2009, para constituir o lançamento tributário. Como o Auto de Infração foi lavrado em 29/12/2008, não se configurou a decadência.

No tocante ao pedido do autuado para a realização de diligência para que fossem fornecidas cópias das notas fiscais identificadas nas planilhas e cópias das GNREs e nos DAEs, com base no art. 147, inciso I, alínea "b", do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além do mais, o trabalho fiscal encontra-se explicitado com a

indicação das notas fiscais, do que se depreende que as mesmas foram identificadas na própria empresa, com base nas informações do autuado no SINTEGRA. Por outro lado, o autuado apresentou comprovantes de recolhimentos de diversas notas fiscais, os quais, foram acolhidos e deduzidos da exigência fiscal, por ocasião da informação fiscal, porém, o autuado não apresentou provas de suas alegações, nem justificou impossibilidade de trazer ao processo a comprovação do recolhimento que alegou ter efetuado, ou seja, caberia a ele ter formulado pedido nesse sentido junto ao órgão competente da SEFAZ/BA.

No mérito, o auto de infração acusa o contribuinte supra, localizado em outra Unidade da Federação, e não inscrito neste Estado, na condição de sujeito passivo por substituição, a falta de recolhimento do ICMS retido por substituição tributária e o Fundo de Pobreza, conforme discriminação no Relatório de Notas fiscais, fls. 12 a 31, nas vendas efetuadas para contribuintes localizados neste Estado.

O lançamento está fundamentado na Cláusula Primeira do Protocolo ICMS 11/91, que dispõe sobre a substituição tributária nas operações com cerveja, refrigerantes, água mineral ou potável e gelo, cujo sujeito passivo não discute sua obrigação tributária em tais operações, qual seja a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS nas operações objeto da lide.

O levantamento fiscal intitulado Relatório de Notas fiscais, às fls.12 a 31, identifica, mês a mês, cada documento fiscal, especificando o número, modelo, data de emissão, inscrição estadual e CNPJ do destinatário, a unidade da Federação (BA), valor da operação, base de cálculo do ICMS/ST e o imposto, mais o valor do Fundo de Pobreza, totalizando o débito devido em cada operação.

Para elidir a acusação fiscal, o sujeito passivo, em sua peça defensiva, juntou farta documentação relativa a comprovação de recolhimentos efetuados, e que não haviam sido considerados no trabalho fiscal, representado por:

- a) reprodução das planilhas elaboradas pelos autuantes, nas quais, foram incluídas colunas identificando as datas e valores recolhidos e notas, planilhas essas, referentes aos exercícios de 2003 a 2007 (docs.fls.4 a 8);*
- b) relatórios emitidos pelo SIGAT, nos quais, foram colocados, manuscritamente, as informações sobre o número da nota a que se refere cada GNRE (doc.9);*
- c) cópias de todos os documentos de arrecadação referentes aos exercícios fiscalizados, tanto através de GNRE como de DAEs, referentes ao recolhimento do Adicional para o Fundo de Pobreza, como os auditores identificaram o débito (doc.fl.10);*
- d) pela alegação de que houve lançamentos em duplicidade no levantamento fiscal e de erros em valores considerados como recolhidos;*
- e) pela informação de que, após os ajustes que efetuou, ficaram identificadas nas planilhas algumas notas fiscais que não pôde informar o pagamento porque não identificou como de sua emissão e, como não recebeu cópia, diz não poder sobre elas se manifestar, pelo que, pediu cópias das mesmas;*
- f) pela alegação de que quando não possui cópia do comprovante de recolhimento, ficou impossibilitado de pedir informação ao fisco baiano porque, enquanto as GNREs eram recolhidas identificando o CNPJ do seu estabelecimento, motivo de ter solicitado à GEARC, e os DAEs foram recolhidos identificando os estabelecimentos destinatários, razão pela qual, não pode solicitar a comprovação de pagamento junto à SEFAZ;*
- g) pela solicitação de cópias de comprovantes de arrecadação referentes aos contribuintes com IE 51.752686, 57251774, 64537116 e 62857529.*

Em relação às alegações constantes nos itens “a” a “f” acima, os autuantes admitem que nas planilhas elaboradas que serviram de base à autuação, houve duplicidade de algumas notas fiscais e de inclusão de algumas notas fiscais cujas operações não eram tributáveis, notas essas, que foram excluídas do levantamento fiscal nesta oportunidade, bem como, os recolhimentos comprovados na defesa através das GNREs e DAEs, tendo elaborado o Relatório de Notas Fiscais acrescentando uma nova coluna “Val. Excluído – Pagamento folha n°”, apurando o novo valor do imposto devido, no total de R\$ 552.584,52, conforme demonstrativos anexados às fls.948 a 1.000.

O sujeito passivo manifestando-se sobre a informação fiscal, apresentou novos comprovantes de pagamento do tributo exigido, conforme documentos às fls.1.006 a 1.013.

Considerando a apresentação de novos comprovantes de recolhimentos na última manifestação defensiva, bem assim, que os autuantes não justificaram o não atendimento á sua solicitação (item “g” acima) para a apresentação de cópias das notas fiscais e documentos que ficaram identificados nas planilhas como de sua emissão o processo foi baixado em diligência. Apesar das diligências para obtenção de cópias de notas fiscais dos contribuintes de IE 51.752686, 57251774, 64537116 e 62857529, entendo que não haveria necessidade da juntada de cópias das notas fiscais, porquanto foi o autuado quem informou tais documentos fiscais à SEFAZ conforme consulta feita pelos autuantes no Sistema SEFAZ/NET – SINTEGRA. Contudo, por conclusão deste

Colegiado em sessão de julgamento, o processo foi novamente convertido em diligência à IFEP COMÉRCIO, conforme despacho de diligência de fls.1.023 a 1.024, afim de que fossem atendidos os pedidos formulados pelo autuado.

A diligência foi realizada pelos autuantes, fls. 1.027 a 1.030, informando que em relação aos DAE's e GNRE's apresentados na defesa de fls.120 a 913, e que foram apresentados na última manifestação, quando cabível, foram excluídos no levantamento fiscal, e apresentaram um novo Relatório de notas fiscais, abatendo os novos comprovantes fornecidos pelo autuado, resultando nas planilhas às fls.1.031 a 1.050, com a redução do débito para o valor de R\$540.905,92.

Conforme foi relatado, visando cientificar o sujeito passivo da manifestação dos autuantes e a entrega de cópias dos novos elementos acostados pelos autuantes ao processo, a INFIP – Inspetoria de fiscalização de Grandes empresas expediu intimação em 10/06/2010, para o estabelecimento localizado na Rodovia Washington Luis, 696 – Duque de Caxias, Rio de Janeiro, porém, a correspondência não foi entregue pelos Correios que declarou que a empresa mudou-se do citado endereço (docs.fls.1.075 a 1.076). Em 28/07/2011 e 09/09/2011, foram expedidas novas intimações para o endereço Rua Professora Célia Lourdes Vercelino, 990, Boituva, São Paulo, também não sendo as mesmas entregues por motivo de mudança de endereço, conforme comprovantes às fls.1.078 e 1.080. Em 21/11/2011, fls.1.082 e 1.083, foi expedida intimação para o patrono do autuado Dr. Marcos Luciano Lage, no endereço Avenida Tiradentes, 451, Conjuntos 41, 43 e 44, Edifício Nova Center, Bairro Altos de Vila Nova, no município de Ituí/SP, sendo desta feita recebida a intimação, sem manifestação por parte do sujeito passivo. Diante disso, foi publicado o Edital de Intimação nº 60/2011, fl.1.084, dando ciência ao autuado da conclusão da diligência fiscal, com a reabertura do prazo de 30 (trinta) dias, também sem manifestação do autuado.

Mais uma vez, o órgão julgador converteu o processo em diligência para que fossem atendidas as solicitações constantes no despacho de fls.1.087 e 1.088, para a juntada de cópias das notas fiscais dos contribuintes acima especificados, sendo informado que relativamente às notas fiscais emitidas para os contribuintes com IE 51.752686, 57251774, 64537116 e 62857529, as mesmas encontram-se relacionadas às fls.33 a 116, e ainda, que apenas o contribuinte com IE nº 62.857.529 – Comercial CED Bebidas Inteligentes Ltda, foi localizado e entregues cópias das notas fiscais que foram juntadas ao processo. Os demais contribuintes não foram localizadas inclusive que foram baixadas de ofício do cadastro fazendário.

Considerando a comprovações obtidas na diligência, fls.1.563 a 1.566, apresentarem um espelho, mês a mês, dos novos valores do ICMS devido resultante do Relatório de Notas Fiscais após intimações aos contribuintes acima, no que resultou na diminuição do débito para o valor de R\$421.832,58.

Visando cientificar o sujeito passivo e seus representantes legais, da diligência acima citada, a repartição fazendária acostou ao processo os seguintes documentos:

- Fl.1.571 – intimação endereçada ao sócio administrador Sidney Donizeti Gonçalves Leite na Rua das Camélias, 74 - casa - Parque Santo Antônio – CEP 12.309-560 – Jacarei – SP, sendo devidamente recebida conforme AR dos Correios à fl.1.572.*
- Fl. 1.573 – intimação endereçada para Marcus Luciano Lage – Av. Tiradentes, 451, Cj.41, 43 e 44 – Ed. Nova Center – Bairro Alto de Vila Nova – CEP 13.309-320, Ituí/SP e AR, fl.1.574, devolvido por não ter sido localizado no citado endereço, com observação “mudou-se”.*
- Fl.1.578 – intimação endereçada para Marilza Sartin Marques – Rua Artur Azevedo Machado, 334 – AP.102, Bairro Costa Azul – Salvador/Ba – CEP 41.760-000 e AR fl.1.579, devolvido por não ter sido localizado no citado endereço (mudou-se).*
- Fl.1.579 – envelope contendo uma intimação, cópia da informação fiscal de fls.1.563 a 1.566, cópia do despacho de fls.1.087 a 1.088, e um CD e Recibo de Arquivos Eletrônicos.*

O sócio que recebeu a intimação de fl.1.571, não se manifestou no prazo estipulado.

Quanto aos endereços em que não foram localizados a empresa e representantes legais, ressalto que reza o artigo 9º do RPAF/99, que: “Ocorrendo mudança de endereço do requerente no curso do processo, o interessado deverá comunica-la à repartição do seu domicílio, sob pena de serem consideradas válidas as intimações feitas com base na indicação constante nos autos.”

Desta forma, não tendo o autuado comunicado sua mudança de endereço, de seus representantes, inclusive o advogado, deve arcar com as consequências tributárias advindas da ação fiscal de que cuida o presente processo.

Portanto, considerando que o sujeito passivo, na pessoa do sócio administrador, foi cientificado do último levantamento fiscal alterado, bem como da informação fiscal às fls.1.563 a 1.566, e não se manifestou, considero este silêncio como uma aceitação tácita do novo valor apurado pela fiscalização, pois o fato alegado por uma das partes quando a outra não contestar, será considerado como verídico (art.140, do RPAF/99).

Por último, quanto a alegação defensiva de que a apresentação de comprovação de pagamento via extratos bancários segue a mesma linha de pensamento externada como válida, a Procuradoria Fiscal do Estado da Bahia, foi vislumbrada como meio de prova na assentada de julgamento nos autos do PAF nº 108529.1204/08-7, envolvendo as mesmas partes e infração, constato que esta alegação não merece prosperar visto que conforme Acórdão CJF nº 0215-12/15, não foi acolhida a Representação da PGE/PROFIS ao CONSEF, quando no exercício do controle de legalidade, para reduzir o valor do Ato de Infração, cujo referido voto transcrevo abaixo:

“VOTO

Exige-se do sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.

Com supedâneo no art. 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), combinado com o art. 113, § 5º, I, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a PGE/PROFIS representa ao CONSEF para reduzir o ICMS exigido para R\$ 47.428,58, com base no demonstrativo elaborado pelo autuante às fls. 1.419/1.420.

Ocorre que o citado demonstrativo foi elaborado em atendimento a diligência requerida pela PGE/PROFIS, que solicitou a exclusão dos valores das notas fiscais em que se verificasse coincidência absoluta entre valores e datas no levantamento fiscal e extratos bancários do sujeito passivo. Apesar da diligência ter sido cumprida o fiscal autuante ressaltou que coincidência de datas e valores entre as informações contidas no levantamento fiscal e os pagamentos constantes nos extratos bancários da autuada configuram apenas indícios de pagamento do ICMS e não comprovação de pagamento do ICMS de determinada nota fiscal em razão da existência de diversas notas fiscais com valores idênticos.

Da análise dos autos, verifico que efetivamente a coincidência entre valores e datas no levantamento fiscal e extratos bancários do sujeito passivo não comprovam o pagamento das notas fiscais em questão pois além de não terem sido apresentados os respectivos documentos de arrecadação (DAES ou GNERs), trata-se de empresa localizada em outro estado da federação, e não ficou comprovado que as vendas realizadas no período fiscalizado forem efetuadas exclusivamente para contribuintes localizados neste Estado. Consequentemente, não se pode afirmar se os valores lançados a débito no extrato bancário do contribuinte adentraram nos cofres do Estado da Bahia.

Ademais, verifico que todos os valores cujos comprovantes de arrecadação foram apresentados à fiscalização, já foram objeto de exclusão no julgamento de 1ª Instância, que reduziu o valor original do débito de R\$1.063.602,44 para R\$476.239,31, o que foi mantido pela Câmara de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda.

Assim, caso o contribuinte tivesse trazidos aos autos provas suficientes para comprovar a entrada dos recursos nos cofres estaduais, haveria possibilidade de uma análise sobre a existência de ilegalidade flagrante no lançamento do crédito tributário, conforme previsto no art. 113, § 5º, I, do RPAF, o que não ocorreu.

Do exposto, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação da PGE/PROFIS ao CONSEF, no exercício do controle de legalidade, para reduzir o valor do Auto de Infração.”

Nestas circunstâncias, tendo em vista que os autuantes, acolheram as provas apresentadas na defesa, tendo feito o levantamento fiscal com a exclusão dos valores efetivamente comprovados como recolhidos, conforme documentos às fls.1.563 a 1.566, e considerando que os demais argumentos defensivos não foram capazes para elidir totalmente a legitimidade do lançamento tributário, concluo pela subsistência parcial do presente lançamento tributário.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$421.832,57, conforme demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocor.	Data Vencdo.	B. Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
30/04/2003	09/05/2003	73.828,35	17,00	150	12.550,82
31/05/2003	09/06/2003	149.974,35	17,00	150	25.495,64
30/06/2003	09/07/2003	490.215,35	17,00	150	83.336,61
31/07/2003	09/08/2003	155.752,41	17,00	150	26.477,91
30/09/2003	09/10/2003	414.031,76	17,00	150	70.385,40
31/10/2003	09/11/2003	336.032,47	17,00	150	57.125,52
30/11/2003	09/12/2003	291.951,35	17,00	150	49.631,73
31/12/2003	09/01/2004	90.652,65	17,00	150	15.410,95
30/04/2005	09/05/2005	-	17,00	150	0,00
30/06/2005	09/07/2005	70.882,65	17,00	150	12.050,05
31/07/2005	09/08/2005	236.041,18	17,00	150	40.127,00

31/08/2005	09/09/2005	66.888,29	17,00	150	11.371,01
30/09/2005	09/10/2005	-	17,00	150	0,00
31/08/2006	09/09/2006	23.797,00	17,00	150	4.045,49
30/09/2006	09/10/2006	-	17,00	150	0,00
31/10/2006	09/11/2006	23.815,82	17,00	150	4.048,69
30/11/2006	09/12/2006	2.909,12	17,00	150	494,55
31/12/2006	09/01/2007	-	17,00	150	0
31/01/2007	09/02/2007	-	17,00	150	0
31/03/2007	09/04/2007	-	17,00	150	0,00
30/04/2007	09/05/2007	-	17,00	150	0,00
31/05/2007	09/06/2007	-	17,00	150	0,00
30/06/2007	09/07/2007	21.647,06	17,00	150	3.680,00
31/07/2007	09/08/2007	4.797,76	17,00	150	815,62
31/08/2007	09/09/2007	-	17,00	150	0,00
30/09/2007	09/10/2007	-	17,00	150	0,00
31/10/2007	09/11/2007	-	17,00	150	0,00
30/11/2007	09/12/2007	28.150,47	17,00	150	4.785,58
TOTAL					421.832,57

A 2ª JFJ interpôs Recurso de Ofício de sua decisão.

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 1615 a 1620, mediante o qual aduz as seguintes alegações.

Alega que as imputações fiscais não têm suporte na legislação nem na realidade dos fatos. Explica que, durante os anos em que este processo se arrasta e que documentos vêm sendo encontrados e acatados em diligência e julgamento, o valor foi inicialmente reduzido para R\$540.905,92 para, em seguida, como nova diligência, decorrente da anexação de novos documentos, ser reduzido para R\$421.832,58.

Informa que apresentou extratos bancários com a identificação de pagamentos havidos com coincidência de data e valor, com as notas fiscais que são listadas pelo Fisco e acatadas pelo CONSEF, que compõem o saldo devedor remanescente, o que prova, segundo a Recorrente, que os pagamentos foram realizados e que não foram aceitos porque impossível referenciar o número do documento a que se referem.

Argumenta, contudo, que não consegue entender a decisão, pois foram apresentados os documentos referentes às notas excluídas do processo e, para as remanescentes, existem lançamentos bancários que comprovam pagamentos feitos ao Fisco baiano. Defende que, mesmo que não se consiga vincular uma NF ao pagamento constante do extrato bancário, é certo que o valor ingressou nos cofres estaduais, devendo ser abatido do total lançado.

Conclui, assim, que, de tudo o que foi demonstrado, há incerteza no lançamento fiscal e dificuldade para a demonstração das provas, pelo motivos que lista à folha 1618. Por isso, entende que a defesa só será plena se o órgão julgador determinar a realização de diligência no sentido de que sejam coletados, junto à SEFAZ/BA, cópias dos DAEs e GNRES que estão em seu poder, para que possam ser comprovados os pagamentos dos valores remanescentes, cuja certeza do recolhimento pode ser demonstrada nos lançamentos havidos nos extratos bancários. Explicita, à folha 1619, as folhas nas quais se encontram os comprovantes não considerados pela diligência.

Arremata a sua peça recursal, alegando que, por tudo o que foi dito, é que contesta a decisão da 2ª JFJ, com base nas seguintes premissas: a) o julgamento foi feito com aceitação de uma diligência repleta de equívocos; b) o julgador acatou os números apresentados pelos autuantes, sem efetuar a crítica dos mesmos; e c) o resultado do julgamento não reflete a verdade material.

Requer seja decretada improcedência do lançamento.

Às folhas 1627/1628, o Sujeito Passivo volta a se manifestar, mediante a interposição de petição, na qual expõe o seguinte.

Tendo o Auto de Infração sendo lavrado para exigir ICMS não retido por ST e por contribuição

para o fundo estadual de combate à pobreza e o Contribuinte apresentou parte da documentação de suporte (o que resultou na diminuição do valor lançado), o saldo remanescente do lançamento refere-se à dificuldade de vinculação entre o pagamento listado no extrato bancário e os documentos fiscais (GNRES) que foram emitidos em nome dos destinatários, apesar de o tributo ter sido recolhido pela empresa autuada.

Afirma que, apesar do esforço do Contribuinte em coletar essas guias junto às empresas destinatárias das mercadorias vendidas, até mesmo pelo decurso do tempo, muitas dessas empresas mudaram de endereço, foram desativadas ou não mais existem.

Assegura, todavia, que todas as GNRE's e DAE's relativos ao tributo incidente nessas operações se encontram em poder do Fisco, que tem a condição de apresentá-los nos autos e, com isso, fazer justiça no caso concreto, não permitindo que a empresa pague em duplicidade o tributo já recolhido.

Acosta, às folhas 1629/1645, planilha com, a relação das notas fiscais e dos correspondentes pagamentos, com a solicitação enviada à SEFAZ/BA, visando a conciliação dos pagamentos realizados.

Às folhas 1647/1649, consta CD com a resposta da DPF, listando os pagamentos efetuados no período.

Às folhas 1651/1652, a 2ª CJF deliberou por converter o feito em diligência, à INFAZ de origem, com vistas a que o autuante adotasse as seguintes providências: a) Examinar a cópia do CD gravado pela DPF, com vistas a avaliar a comprovação, ou não, do imposto exigido no presente lançamento; b) Avaliar as inconsistências apontadas pela Recorrente, às folhas 1617/1620, com vistas a corrigir, ou não, o demonstrativo de débito remanescente; c) Caso haja novas comprovações de recolhimentos, refazer o demonstrativo de débito, excluindo os valores recolhidos e mantendo, se for o caso, o ICMS sobre as operações ainda não comprovadas.

Às folhas 1664/1688, o autuante cumpriu a diligência solicitada, informando que, após examinar o demonstrativo anexado ao CD, à folha 1661, gravado pela DPF, bem como avaliar as inconsistências apontadas pela empresa, às folhas 1617/1620, retificou o demonstrativo de débito, excluindo os valores das notas fiscais que tiveram o pagamento comprovado e corrigindo as inconsistências apontadas.

Apresenta, a seguir, um demonstrativo mensal com os novos valores apurados, reduzindo o valor lançado para R\$34.663,30.

Cientificado do teor da diligência, à folha 1693, o Sujeito Passivo não se manifestou.

VOTO

No pertinente ao Recurso de Ofício, observo que a decisão da 2ª JJF (Acórdão JJF Nº 0162-02/16) desonerou parcialmente o sujeito passivo, reduzindo o débito lançado de R\$2.197.973,95 para o montante de R\$421.832,57, em valores históricos, o que resultou na remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, a conduta autuada foi descrita como *“Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações interestaduais realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia, ...”*.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que efetuou o pagamento do imposto lançado, oportunidade que solicitou que o feito fosse convertido em diligência para comprovação do quanto alegado.

Baixado o feito em diligência, à inspetoria de origem, por três vezes, e após o refazimento do demonstrativo de débito, por parte dos autuantes, o valor lançado foi reduzido para R\$421.832,57 (folhas 1563/1566).

A 2ª JJF acolheu o opinativo fiscal e julgou o feito Procedente em Parte, no montante acima citado.

Examinando os autos, noto que a decisão de piso foi precedida de uma intensa atividade probatória, por parte do Sujeito Passivo, que exerceu amplamente as prerrogativas processuais, apresentando provas, por diversas vezes, do recolhimento do imposto lançado, o que deu ensejo à reabertura da instrução do processo e a redução do valor lançado como reflexo da constatação dos recolhimentos respectivos.

Não há, portanto, reparo a ser feito à decisão de piso, pois estribou-se no exame das provas, efetivado pelos autuantes, após a renovada apresentação de GNRES e DAES de pagamentos.

Do exposto, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, o Sujeito Passivo ataca a decisão de piso, alegando que se deixou de apreciar parte das provas produzidas, fato atribuído, pela Recorrente, à falta de uma análise criteriosa do resultado da diligência fiscal realizada pelos autuantes.

Solicitou a realização de diligência, pedido que foi atendido mediante a remessa do feito aos autuantes, por duas oportunidades.

Baixado o feito em diligência, com vistas a possibilitar o exame, por parte dos autuantes, dos novos documentos acostados ao processo, avaliando se possuem o condão de comprovar os recolhimentos alegados pelo Sujeito Passivo, um dos autuantes acolheu as provas apresentadas e, finalmente, reduziu o valor lançado para R\$34.663,30, em conformidade com o demonstrativo de débito acostado à folha 1665, com o detalhamento às folhas seguintes (fls. 1667/1687).

Cientificado do resultado da diligência, o Sujeito Passivo manteve-se silente, concordando tacitamente com os novos valores apurados.

Assim, considerando que o Sujeito Passivo logrou êxito em comprovar parte dos pagamentos realizados, tendo sido possível estabelecer as vinculações com as notas fiscais de aquisição no período, acolho o resultado da última diligência realizada e reduzo o valor lançado para R\$34.663,30, em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.

MÊS	ICMS
abr/03	R\$ -
mai/03	R\$ -
jun/03	R\$ -
jul/03	R\$ 2.287,29
ago/03	R\$ -
set/03	R\$ 8.008,63
out/03	R\$ 4.623,32
nov/03	R\$ 3.305,35
dez/03	R\$ 2.215,90
jan/04	R\$ -
mar/05	R\$ -
abr/05	R\$ -
jun/05	R\$ 448,30
jul/05	R\$ 2.394,23
ago/05	R\$ 1.158,11
set/05	R\$ -
ago/06	R\$ 4.942,04
set/06	R\$ -
out/06	R\$ -
nov/06	R\$ 494,55
dez/06	R\$ -
jan/07	R\$ -
fev/07	R\$ -
mar/07	R\$ -

abr/07	R\$	-
mai/07	R\$	-
jun/07	R\$	-
jul/07	R\$	-
ago/07	R\$	-
set/07	R\$	-
out/07	R\$	-
nov/07	R\$	4.785,58
TOTAL	R\$	34.663,30

Ex-positis, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108529.1203/08-0**, lavrado contra **JM INDÚSTRIA COMÉRCIO E LOGÍSTICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$34.663,30**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, VI, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos com o benefício da Lei de anistia, conforme comprovante à folha 1581.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2019.

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS