

PROCESSO	- A. I. N° 210763.0003/18-6
RECORRENTE	- SANTOS NASCIMENTO TRANSPORTE E CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0052-06/18
ORIGEM	- INFRAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 02/03/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0345-11/19

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. O Sujeito Passivo se desincumbiu, a contento, do seu ônus processual, tendo logrado êxito em evidenciar que foi vítima de uma fraude, cuja autoria está sendo objeto de investigação pelas autoridades responsáveis, conforme evidenciam os autos. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto De Infração **Improcedente**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam, os presentes autos, de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 6ª JJF N° 0052-06/18, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 18/06/2018, para exigir ICMS no valor histórico de R\$94.001,13, em razão de uma única infração, descrita a seguir.

Infração 01 - código 07.21.03 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro a agosto, novembro e dezembro de 2015. Trata-se de aquisições de gêneros alimentícios, fora do estado da Bahia.

A 6ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 14/12/2018 (fls. 37 a 40) e decidiu pela Procedência, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Verifico, inicialmente, que constam no presente processo os requisitos de validade e eficácia previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF). Estão presentes a identificação do sujeito passivo, a descrição da infração, os dispositivos da legislação tributária infringidos, a tipificação da multa, a base de cálculo do imposto, alíquota e valor do ICMS exigido, encontrando-se o AI devidamente instruído, com todos os elementos que permitem ao impugnante o pleno exercício do seu direito de defesa.

No tocante ao pedido da defesa de suspensão do julgamento do processo até conclusão do inquérito policial em curso, instaurado em função de ocorrência registrada em 05/06/2018, sob nº 18-00288, junto a Secretaria da Segurança Pública - Polícia Civil da Bahia - Delegacia Territorial de Ibicarai, consigno que não pode ser acolhido, pois além da ocorrência ter sido feita após o início da ação fiscal, a denúncia não foi registrada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública (DECECAP), conforme preceito insculpido no §16, do art. 89 do Regulamento do ICMS:

Art. 89 (...)

§ 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;

No mérito, o autuado foi acusado de deixar de efetuar o recolhimento do ICMS substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme demonstrativos e planilhas de cálculo do imposto devido no exercício fiscalizado.

O contribuinte foi cientificado de todas as fases, conforme cópia do comprovante de Aviso de Recebimento (AR) anexados à fl. 03, e comprovante de AR à fl. 14. Verifico que o mesmo teve acesso à mídia encaminhada via AR, posto que, no requerimento acrescentado ao BO, fl. 23, no penúltimo parágrafo, está descrito pelo requerente que “nunca teve qualquer contato e não conhece as empresas emitentes das notas fiscais”, pontuando cada uma delas. Tal assertiva só seria possível mediante acesso à relação das notas fiscais discriminadas no CD disponibilizado pela fiscalização.

Em sua impugnação, o autuado afirma que a empresa está inativa, que não praticou nenhum ato mercantil e que a empresa foi vítima de golpe, onde terceiros adquiriram mercadorias utilizando indevidamente o CNPJ e Inscrição Estadual da empresa e, salienta, que registrou um Boletim de Ocorrência para comunicar o ocorrido.

Na informação fiscal, o autuado não acata a alegação do sujeito passivo, e aduz que as afirmações de que “não adquiriu mercadorias” e “não realizou atividades mercantis”, não fazem jus à realidade dos fatos detectados pela SEFAZ com cruzamento de dados em tempo real promovido pelo Centro de Monitoramento On-line (CMO).

Da análise dos fatos descritos, constato que, efetivamente, não assiste razão a autuada em sua tese de defesa. A legislação tributária estabelece que os contribuintes deverão verificar regularmente todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, com finalidade de registrar tempestivamente o evento “desconhecimento da operação” no prazo de setenta dias, contado da emissão da NF-e, ou prestar queixa na DECECAP, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente.

No caso concreto, a autuada relata que apesar de inativa, não providenciou baixa ou mesmo suspensão das atividades. Entendo que ao assumir que a empresa se mantivesse ativa no CAD-ICMS, também se obrigou a observar e cumprir a legislação. Assim, deveria a contestante, mantendo a empresa ativa, observar, acessando regularmente o Sistema da SEFAZ, se existiam notas fiscais sendo emitidas com destino ao seu estabelecimento e, ao não reconhecer a operação, registrar o evento “desconhecimento da operação” no prazo tempestivo, ou registrar queixa na delegacia pertinente.

Não procedendo na forma regulamentar, a alegação de que foi vítima de fraude não tem o condão de elidir a acusação fiscal. A simples cópia de certidão do Boletim de Ocorrência, fl. 23 e 24, de sua comunicação à Secretaria de Segurança Pública de que seu CNPJ foi utilizado indevidamente, prestada depois de iniciada a ação fiscal, não constitui comprovação de que as operações não se efetivaram.

É mister salientar, que a legislação vigente garante validade jurídica às notas fiscais eletrônicas. Ademais, a jurisprudência deste CONSEF considera que as notas fiscais eletrônicas servem como elemento de prova das aludidas operações.

Registro que o deficiente, via mídia à fl. 26, apresenta cópia de documentos que não se prestam para desconstrução do feito fiscal, e a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143 do RPAF.

Considerando que o deficiente não apresentou comprovação inequívoca, apta a elidir a presente acusação, mantenho a autuação.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

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. 49 a 52, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Afirma que o Auto de Infração deve ser julgado improcedente, pois as notas fiscais emitidas decorreram do fato de que terceiros, de má-fé, utilizaram a inscrição estadual e o CNPJ da autuada para a aquisição de mercadorias a outras unidades da Federação, sem conhecimento da empresa.

Explica que não poderia ter registrado o evento “desconhecimento da operação”, pois a empresa estava com suas atividades paralisadas, sem sequer abrir suas portas, registrando que o profissional de contabilidade responsável pela sua escrita, estava envolvido com as fraudes perpetradas, fato que está sendo objeto de inquérito policial para apurar as responsabilidades.

Destaca, portanto, que não tomou conhecimento dessas aquisições fraudulentas, tendo encaminhado o inquérito, instaurado pela Delegacia de Ibicaraí, para registro na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública (DECECAP). Apresentou boletim de registro da ocorrência para provar que não solicitou qualquer mercadoria, não tendo responsabilidade pelo tributo devido.

Cita o art. 89 do RICMS/12 para fundamentar o argumento de que não possui responsabilidade pelo imposto devido.

Alega inexistir, no PAF, qualquer prova de que tenha recebido tais mercadorias, o que ficará demonstrado com a conclusão das investigações policiais, junto às empresas emitentes, que relaciona às folhas 52/53. Pede a suspensão do processo até a conclusão do inquérito.

Acosta cópia de decisão, em mandado de segurança, suspendendo o protesto do débito do ICMS, relativo a dois outros autos de infração.

Conclui a sua peça recursal, requerendo a total improcedência do lançamento.

Em sessão de julgamento, no dia 28/11/19, o representante da empresa, presente à sessão, acostou cópia de despachos do Delegado de Polícia da Polinter/BA, mediante os quais a autoridade policial encaminha Cartas Precatórias/Ofícios nºs 725/2019, 726/2019 e 727/2019, expedidas para Polinter/RJ, com vistas à coleta dos depoimentos dos sócios anteriores da empresa Santos Nascimento.

Em seu parecer, em mesa, o representante da PGE/PROFIS opina pelo provimento do Recurso Voluntário, à luz do conjunto probatório acostado ao processo.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em face de conduta assim, descrita “*deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, ...*”. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, alegando que não adquiriu nem solicitou as mercadorias descritas nas notas fiscais emitidas pelos fornecedores indicados no lançamento, atribuindo o fato a terceiros que agiram de má-fé.

O Exame dos autos revela que o início da ação fiscal se deu no dia 25/05/2018, data em que o Sujeito Passivo foi cientificado, mediante AR (folha 05), da intimação expedida (folha 04), contendo solicitação de livros e documentos fiscais necessários para o regular desenvolvimento da fiscalização.

Em 05/06/2018, a empresa registro Boletim de Ocorrência (BO) nº 6ª CRPN – IBICARAÍ, na Delegacia Territorial de Polícia de Ibicaraí, conforme cópia de certidão, acostada às folhas 24/25. Ressalte-se que tal registro resultou na instauração de Inquérito Policial nº 069/2018, conforme certidão expedida em 22/08/2018 (folha 22), investigação essa que se encontra em tramitação, conforme certidão à folha 74, expedida pela 6ª COORPIN / ITABUNA.

Às folhas 69/70, consta cópia de decisão liminar, expedida no bojo do Mandado de Segurança nº 8001099-39.2019.8.05.0113, impetrado pela empresa Santos Nascimento transporte e Construção Ltda., mediante a qual o juízo concede a ordem, em caráter liminar, para suspender o protesto do débito de ICMS, objeto dos PAFs 206989.0011/18-2 e 206989.0012/18-9. Nesta decisão, a magistrada reconheceu a plausibilidade do direito pleiteado, conforme trecho, à folha 70), que reproduzo abaixo.

“A documentação carreada aos autos com a inicial evidencia o ‘fumus boni iuris’ (grifo acrescido). Constatase o protesto realizado em razão do não pagamento do débito de ICMS (ID 30336954), bem como a existência de procedimento administrativo fiscal pendente de julgamento referente ao suposto débito (ID 30336982, 30336996, 30337011, 30337048, 30337052), além da instauração de inquérito policial para apurar suposta utilização indevida do CNPJ da autora por estelionatários (ID 30336969).”

Às folhas 72/73, consta cópia do Ofício nº 726/2019, datado de 09/07/2019, expedido pelo Setor de Cartas Precatórias da Polícia Civil do Estado da Bahia, dirigido à 8ª Delegacia Regional de Ibatiba – ES, contendo Carta Precatória, solicitando que sejam colhido depoimento do responsável pela Empresa BR Distribuidora Ltda., CNPJ 17.315.257/0001-35, com vistas a subsidiar o I.P. nº 069/2018.

Às folhas 89/92, consta, ainda, cópia dos despechos de encaminhamento das Cartas Precatórias Ofícios nº 725/2019, 726/2019 e 727/2019, expedidas para as Polinter do RJ, SP e ES, com vistas à coleta dos depoimentos dos fornecedores das operações fraudulentas alegadas pela empresa Santos Nascimento.

Assim, o exame do conjunto probatório revela que, embora o Sujeito Passivo não tenha denegado, à época dos fatos, as notas fiscais contra si emitidas, no período da autuação, tal omissão não representa óbice intransponível ao afastamento da presente exigência fiscal. De fato, a ausência da denegação da operação, no SPED, antes do início da ação fiscal, tem como efeito gerar uma presunção de legitimidade da exigência fiscal em desfavor da autuada, deslocando o ônus probatório para o Sujeito Passivo que se vê, assim, obrigado a carrear provas que indiquem tratar-se de operações fraudulentas, algo que seria despiciendo se houvesse registrado o evento no momento próprio. Nada impede, todavia, que a empresa lesada venha, ao processo, com os elementos capazes de revelar a fraude perpetrada.

Pois bem, o exame dos autos revela que a empresa autuada desenvolveu ampla atividade probatória, tendo acostado ao feito vários documentos que evidenciam o interesse na identificação dos verdadeiros responsáveis pela fraude, mas também, e sobretudo, evidenciam que a fraude foi, efetivamente, reconhecida pelo delegado de Polícia responsável pela instauração da investigação policial.

Os documentos revelam, também, que o juízo competente admitiu a plausibilidade do direito alegado, o que resultou na concessão da liminar requerida para suspensão do protesto judicial do débito de ICMS, exigido em outros processo, decorrente de situação similar.

Some-se a isso o fato de que a empresa autuada se encontra inscrita no cadastro do Estado da Bahia sob o código de atividade de Construção, elemento que, na ausência de qualquer informação adicional, pode nos levar à conclusão de que suas aquisições interestaduais deveriam ter sido tributadas com alíquota interna do Estado de Origem, situação que, uma vez comprovada, afastaria a presente exigência fiscal.

Assim, entendo que o Sujeito Passivo se desincumbiu, a contento, do seu ônus processual, tendo logrado êxito em evidenciar que foi vítima de uma fraude, cuja autoria está sendo objeto de investigação pelas autoridades responsáveis, conforme evidenciam os autos.

Entendo, por conseguinte, que merece reforma a decisão de piso, devendo ser reconhecida a ilegitimidade passiva da empresa Santos Nascimento Transporte e Construção Ltda.

Ante ao exposto, dou PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210763.0003/18-6**, lavrado contra **SANTOS NASCIMENTO TRANSPORTE E CONSTRUÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS