

PROCESSO	- A. I. Nº 120018.0007/19-8
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MINERAÇÃO ÁGUA BRANCA LTDA.
RECORRIDOS	- MINERAÇÃO ÁGUA BRANCA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0199-01/19
ORIGEM	- IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 28/07/2020

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0088-12/20-VD**

**EMENTA:** ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. VENDAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS NESTE ESTADO. O Portal da NFe registra as notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal como “Autorizadas”, produzindo os efeitos jurídicos, legais e fiscais de circulação das mercadorias objeto da autuação. Infração subsistente. Mantida a redução do percentual da multa. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF, em razão da desoneração de parte dos valores exigidos na Decisão proferida, através do Acórdão nº 0199-01/19, conforme disposto no art. 169, I, “a” do RPAF/BA, e de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/BA, com vistas ao reexame da Decisão proferida, que julgou procedente o Auto de Infração lavrado em 29/03/19, em decorrência de ter deixado de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes nas vendas realizadas para contribuinte localizado neste Estado (2015, 2017 e 2018) - R\$1.908.721,51 acrescido da multa de 150%.

Consta na descrição dos fatos que a exigência fiscal recai sobre a *“Falta de recolhimento relativo a valores declarados e apurados e a notas fiscais válidas lançadas como canceladas e denegadas”*.

A 1ª JJF na decisão proferida preliminarmente rejeito a nulidade suscitada sob alegação de que os demonstrativos apresentados pelo autuante era insuficiente para caracterizar a infração, fundamentando que os demonstrativos e planilhas juntado aos autos permitiam a necessária compreensão da exigência, inclusive com base na DMA e EFD elaboradas pelo próprio autuado.

Apreciou que os demonstrativos esclarecem a autuação, demonstra o imposto exigido, possibilitando o exercício do direito de defesa, conforme disposto no art. 39 do RPAF/BA.

Indeferiu o pedido de realização de diligência fiscal, considerando que dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, I, “a” do RPAF/99, segundo o qual, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos.

No mérito apreciou que:

*Inclusive, não tem amparo seu requerimento no sentido de que o fisco deva confirmar ou não o registro das notas fiscais na escrita fiscal dos destinatários dos documentos em lide, pois conforme prevê o art. 141 do RPAF/99: “Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação”..*

*Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como segue.*

*Conforme já mencionado no relatório, o Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em função de o contribuinte ter deixado de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. A falta de recolhimento, segundo a autuante, refere-se a valores declarados e apurados e a notas fiscais válidas lançadas como canceladas e denegadas,*

*Em sua defesa o autuado alegou que não houve a circulação das mercadorias, objeto das notas fiscais questionadas, que a DMA não traduz com segurança a base de cálculo para exigência do ICMS reclamado, e que deve ter ocorrido algum tipo de erro de informação entre os sistemas de autorização de emissão de nota fiscal eletrônica da Secretaria da Fazenda e a comunicação com o SPED da Defendente.*

*Todavia, como bem frisou a autuante em sua informação fiscal, a consulta ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica acusa que as notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal (fls. 08 a 12), estão com o status de “Autorizadas”, ou seja, o imposto nelas destacado, decorrentes de suas operações, deve ser escriturado e recolhido.*

*A nota fiscal eletrônica Autorizada goza de todas as prerrogativas legais para surtir os efeitos jurídicos e fiscais concernentes a emissão de qualquer documento fiscal, já que o mesmo é de emissão obrigatória.*

*A nota fiscal eletrônica pode ser denegada em razão de irregularidade fiscal do emitente, irregularidade fiscal do destinatário ou quando o destinatário não estiver habilitado a operar na unidade da Federação.*

*No caso em discussão, fica evidenciado, inclusive na consulta das notas fiscais eletrônicas no Portal da Nota Fiscal Eletrônica (<http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/principal.aspx>), conforme já acima exposto, que os documentos não foram cancelados, estando assim válidos para surtir todos os efeitos jurídicos, legais e fiscais.*

*Ressalto que o demonstrativo constante à fl. 07 contém o resumo do débito relativo ao ICMS Retido e não Recolhido, onde os dados foram totalizados por mês, baseados no Livro Registro de Saídas da Escrituração Fiscal Digital do autuado, tendo sido considerados os valores relativos aos créditos decorrentes das notas fiscais válidas.*

*Apenas para o mês de maio de 2015, como o autuado não tinha escriturado a EFD, o valor cobrado foi colhido pela autuante no Registro impresso do RAICMS, fornecido pelo contribuinte.*

*Descreve, portanto, a alegação defensiva de que em vários casos houve emissão da nota fiscal correta na sequência, regularizando o erro. O fato é que as notas fiscais que foram objeto da apuração do débito, não estavam canceladas ou denegadas.*

*O sujeito passivo deveria ter observado o que dispõe o § 17, do Art. 89 do RICMS/2012, “in verbis”:*

*§ 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](http://www.nfe.fazenda.gov.br), salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado.*

*Vale ainda frisar, que a arguição defensiva de que os cancelamentos dos documentos podem não ter sido concretizados em função de “ter ocorrido algum tipo de erro de informação entre os sistemas de autorização de emissão de nota fiscal eletrônica” não tem amparo, pois não cabe ao fisco provar tal ocorrência. Destaco o que estabelece o RICMS/2012, no seu art. 87:*

*Art. 87. A transmissão do arquivo digital da NF-e deverá ser efetuada via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia, com utilização de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte.*

*Ou seja, a transmissão é de inteira responsabilidade do emitente dos documentos fiscais, inclusive utilizando ferramenta de informática desenvolvida ou adquirida pelo próprio contribuinte.*

*Sabendo da validade das notas fiscais eletrônicas, que diz ter procedido ao cancelamento, fato não demonstrado nos arquivos do Portal da Nota Fiscal Eletrônica, deveria ter adotado todos os procedimentos previstos na legislação.*

*Por fim, o autuado não apontou nenhum equívoco nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, que serviu de base para a exigência fiscal. No entanto, destaco, de ofício, que o enquadramento da multa de 150% indicada no início dos autos, foi alterada para 100%, sendo que o enquadramento da referida multa indicada no Auto de Infração está em conformidade com os arts. 353, inciso II, 126, inciso I do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que foi vencida em 31/03/2012. Já a nova multa, no qual fora alterada para 100%, teve seu início a partir 01/04/2012 com enquadramento destacado na folha inicial do PAF e transscrito inicialmente neste relatório (art. 8º, II da Lei nº 7.014/96 C/C art. 289, do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012).*

*Diante do exposto, resta subsistente o lançamento fiscal, pelo que voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

A 1ª JJF recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/BA.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 54 a 56), o recorrente inicialmente discorre sobre a infração e afirma que os argumentos apresentados na defesa retratam os fatos que levaram ao cancelamento das operações objeto da autuação e requer a realização de diligência fiscal para

confirmar o cancelamento das operações a partir dos “*registros fiscais de terceiros, envolvidos nas operações*”.

No mérito, alega que embora a Junta de Julgamento tenha indeferido a realização de diligência fiscal fundamentando que caberia a ele apresentar os documentos de provas, por “não ter acesso à escrituração fiscal dos seus clientes” que geralmente são empresas optantes pelo Simples Nacional.

Acrescenta que no curso da defesa administrativa realizou tentativas infrutíferas, talvez por os clientes revenderem mercadorias de outros concorrentes e quisessem resguardarem quanto aos preços praticados pelos seus concorrentes em negociações futuras.

Argumenta que o Fisco tem o poder de império para perquirir estas comprovações, mesmo que por amostragem, visto que “*antes, o cancelamento de Notas Fiscais era de fácil comprovação*”, bastando apresentar todas as vias dos documentos fiscais, o que não é possível atualmente com o advento da Nota Fiscal Eletrônica (NFe).

Ressalta que basta ocorrer uma contingência na transmissão para gerar mal entendidos.

Por fim, requer a determinação de diligência fiscal no sentido de confirmar junto aos destinatários, “*a não escrituração dos documentos fiscais aos quais é exigido o ICMS Substituição Tributária*”.

E que uma vez confirmado que de fato as notas fiscais foram canceladas, sem que as mercadorias tenham chegado ao destino, que o auto de infração seja julgado improcedente.

## VOTO

Quanto ao Recurso de Ofício interposto pela 1ª JJF, constato que decorre da redução, de ofício, do porcentual de 150%, para o porcentual de 100%. Constatou que a redação atual do inciso V, do caput do art. 42 da Lei nº 7.014/96, foi alterada pela Lei nº 14.183/2019, com efeitos a partir de 13/12/19. Portanto, em se tratando de processo ainda não julgado e o porcentual reduzido de 150%, para 100%, ser mais benéfico para o contribuinte, considero correta a fundamentação contida na decisão.

Recurso de Ofício NÃO PROVIDO.

Quanto ao Recurso Voluntário, cabe apreciar o pedido de realização de diligência fiscal, no sentido de confirmar o cancelamento das operações que foram objeto da autuação a partir dos registros fiscais de terceiros. Observo que de acordo com o art. 150, I do RPAF/BA, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente, para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, sem requerer conhecimento técnico específico.

Na situação presente, a fiscalização coletou dados na Escrituração Fiscal Digital (EFD) e livro RAICMS apresentado pelo autuado. Portanto, diante da acusação do não recolhimento do ICMS retido consignado nos documentos fiscais emitidos pela empresa, e sendo os mesmos de sua posse, cabe a ela produzir provas capazes de elidir a acusação. Por isso, indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, “b” do mencionado diploma legal, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal, ou a documentos que são de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não ocorreu.

No mérito, o recorrente reapresentou os argumentos defensivos quanto à realização de diligência fiscal que foi negada pela 1ª JJF, que caberia à fiscalização apresentar as provas e que tentou obter provas mas não teve acesso à escrituração fiscal dos seus clientes, e ressaltou a dificuldade de comprovar o cancelamento de NFe.

Constatou que estes argumentos foram apreciados na decisão ora recorrida.

Quanto ao argumento de que caberia à fiscalização apresentar provas da acusação, observo que o demonstrativo de fls. 8 a 12 relaciona as NFes emitidas pelo estabelecimento autuado, e a chave do documento fiscal escriturado no Portal da NFe, com indicação dos valores do ICMS-ST consignados em cada nota fiscal. Também, no demonstrativo de fl. 7, conforme esclarecido pela fiscalização, foi indicado o valor do ICMS-ST apurado pelo sujeito passivo e escriturado no livro RAICMS, a exemplo do mês de maio/2015, com valor de R\$82.830,53. Portanto, os elementos contidos no processo, constituem prova suficiente da acusação de retenção e não recolhimento do ICMS, na qualidade de contribuinte substituto, relativo às operações subsequentes.

No que se refere ao argumento de que não teve acesso à escrituração dos seus clientes para provar que houve cancelamento das NFes, a vista do demonstrativo de fl. 7, os valores exigidos relativos aos meses maio a julho de 2015, janeiro a dezembro de 2017 e janeiro a dezembro de 2018 foram apurados e escriturados no livro RAICMS pelo próprio estabelecimento autuado. Logo, sendo detentor das provas, não as apresentou.

Com relação aos valores do ICMS-ST consignados em NFe, conforme esclarecido pela autuante, as NFes relacionadas no levantamento fiscal (fls. 08 a 12), estão autorizadas, com imposto destacado, logo, produziu os efeitos legais relativos à comercialização das mercadorias sujeitas à incidência do ICMS-ST, ocorrendo o fato gerador e obrigação tributária correspondente.

Também, conforme fundamentado na decisão recorrida, caso a NFe fosse denegada, em razão de irregularidade fiscal do emitente ou do destinatário, porém, conforme apreciado na decisão ora recorrida na “*consulta ao Portal da NFE (<http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/principal.aspx>), ..., que os documentos não foram cancelados, estando assim válidos para surtir todos os efeitos jurídicos, legais e fiscais*”.

Pelo exposto, conforme apreciado pela 1<sup>a</sup> JJF na decisão ora recorrida, “*O fato é que as notas fiscais que foram objeto da apuração do débito, não estavam canceladas ou denegadas*”, remete para o cumprimento do disposto no § 17, do Art. 89 do RICMS/2012, estabelecendo que “*os contribuintes deverão verificar regularmente no site <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”*”.

Por tudo que foi exposto, constato que o recorrente não apresentou documentos fiscais necessários junto com o recurso interposto, capazes de elidir a acusação, o que constitui mera negativa de cometimento da infração, o que, à luz do art. 143 do RPAF/BA, não desonera o recorrente da responsabilidade pelo pagamento do imposto exigido.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 120018.0007/19-8, lavrado contra MINERAÇÃO ÁGUA BRANCA LTDA., devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$1.908.721,51, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de maio de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS