

PROCESSO - A. I. Nº 269094.0603/13-0
RECORRENTE - FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0083-03/15
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ (CENTRO SUL)
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/02/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0278-11/20-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário, efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Mantida a exigência fiscal. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização. Em diligência realizada, o autuante verificou que os itens MERLUZA CONGELADA, SALMÃO CONGELADO e BACALHAU CONGELADO possuíam redução da base de cálculo, conforme disposto no art. 87, XXVIII e XXXVI do RICMS/12. Infrações comprovadas em parte. Rejeitada a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, contra a Decisão de piso que julgou Procedente, por unanimidade, o Auto de Infração nº 269094.0603/13-0, lavrado em 26/12/2013, refere-se à exigência de R\$15.716.566,63 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 07.01.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária, Anexo 88 do RICMS-BA/97, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$13.380.225,61.

Infração 02 – 07.15.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$2.220.484,12.

Infração 03 – 07.15.01: Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, nos meses de junho e setembro de 2012. Valor do débito: R\$115.856,90.

Com a Impugnação apresentada pelo Contribuinte e Manifestação Fiscal do Auditor Fiscal, após

extensa instrução processual após, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência, nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração. A descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado requereu a realização de diligência para que o próprio autuante examinasse os pontos levantados nas razões de defesa, e pudesse revisar o lançamento realizado, excluindo da autuação todos os valores que não estivessem vinculados às Notas Fiscais reconhecidas pelo defendente.

Observe que após a apresentação de defesa, o art. 127 do RPAF/BA estabelece que o autuante deve prestar informação fiscal, que deverá abranger todos os aspectos da defesa, podendo ser refeitos os cálculos em razão das provas acostadas aos autos pelo contribuinte. No presente caso, o autuante, ao prestar informação fiscal, reiterou os termos da autuação fiscal e juntou aos autos cópias de documentos fiscais para comprovar a efetividade das operações que foram objeto da autuação.

Esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem, solicitando que fosse expedida intimação ao defendente, com a entrega de cópias das fls. 120 a 594, mediante recibo, e ser concedido o prazo de dez dias para o defendente se manifestar. O defendente foi intimado, conforme intimação e respectivo Aviso de Recebimento às fls. 602/603.

Assim, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi apresentada pelo defendente qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, e por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, a primeira infração trata de recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária, Anexo 88 do RICMS-BA/97, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2012.

Observe que nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar.

Verifico que no demonstrativo elaborado pelo autuante, constam os dados relativos a cada nota fiscal objeto da autuação, conforme se pode observar nas colunas valor da mercadoria, base de cálculo da antecipação, crédito de ICMS, imposto devido, ICMS recolhido e o valor a pagar. O defendente não apresentou qualquer contestação aos dados numéricos do referido levantamento fiscal.

Infração 02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da federação, para fins de comercialização, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2012.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, nos meses de junho e setembro de 2012.

As hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no art. 12-A da Lei 7.014/96, sendo devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização.

Sobre os itens do presente lançamento, o defendente alegou que os demonstrativos e os valores levantados pelo autuante tiveram como base unicamente cópias de DANFes, onde consta o seu nome como destinatário, afirma que não adquiriu mercadorias no montante acusado no Auto de Infração e que o autuante não apresentou provas irrefutáveis de que as mercadorias tenham sido efetivamente entregues ao autuado. Entende que a simples emissão de uma nota fiscal eletrônica em nome de determinado contribuinte não constitui prova inequívoca de que o contribuinte tenha de fato pedido e recebido os produtos a ela correspondentes, nem sequer prova que as mercadorias tenham circulado e adentrado o território do destinatário descrito na nota fiscal.

Na informação fiscal, o autuante disse que a maior parte dos fornecedores são empresas com sólida reputação no mercado nacional, muitas delas constituídas como sociedades anônimas. Ressalta que essas empresas são fornecedoras habituais do autuado e estranha o fato de que, em momento algum o autuado tenha ingressado com qualquer espécie de representação judicial contra essas mesmas empresas que emitiram Nota Fiscal Eletrônica – NF-e em quantidade e valores significativos tendo o autuado como destinatário das mercadorias que, conforme alegado, não recebeu e/ou não solicitou.

Também informa que um simples exame dos documentos enviados pelos fornecedores que atenderam à circularização efetuada pela SEFAZ/BA, comprova que o autuado não falou a verdade. São extratos e relatórios de contas de fornecedores, canhotos assinados de notas fiscais, pedidos e, eventualmente, até notas fiscais de devolução emitidas pelo próprio autuado, conforme CD anexo ao PAF contendo o resultado da circularização. Que as Notas Fiscais Eletrônicas não deixam dúvida, inclusive, pode ser observado em muitas delas que as mercadorias foram transportadas em veículos do próprio autuado (a exemplo das fls. 197 e 207 a 212 dos autos), sendo que, em diversas dessas mesmas notas fiscais, constam a assinatura de prepostos da empresa autuada nos canhotos desses documentos fiscais, comprovando o recebimento das mercadorias.

O autuante esclareceu, ainda, que além da consulta nos sistemas corporativos da própria SEFAZ/BA, procedeu à circularização junto a cerca de três centenas de fornecedores de mercadorias e bens da empresa, e o resultado foi um volume significativo de Nota Fiscal Eletrônica – NF-e revelando uma grande sonegação fiscal.

Observe que a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF 07/05).

É obrigatório o uso do Documento Auxiliar da NF-e (DANFE), conforme estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF, para acompanhar o trânsito das mercadorias ou facilitar a consulta dos documentos fiscais eletrônicos, e o DANFE somente poderá ser utilizado para transitar com as mercadorias após a concessão da Autorização de Uso.

O DANFE é uma representação gráfica simplificada da Nota Fiscal Eletrônica, em papel comum e em via única. Conterá impressa, em destaque, a chave de acesso para consulta da NF-e na Internet, e um código de barras bi-dimensional que facilitará a captura e a confirmação de informações da NF-e pelas unidades fiscais. A mencionada chave de acesso da NF-e, permite ao detentor desse documento confirmar a efetiva existência da NF-e através do Ambiente Nacional (RFB) ou site da SEFAZ na internet. Neste caso, a inexistência de todos os DANFEs ou a juntada de DANFEs ilegíveis não causou prejuízo para o defendente, considerando a possibilidade de se fazer a consulta de cada documento fiscal utilizando a referida chave de acesso.

Vale salientar que previamente à concessão da Autorização de Uso da NF-e a Secretaria da Fazenda analisará, no mínimo, os seguintes elementos: (i) a regularidade fiscal do emitente; (ii) a autoria da assinatura do arquivo digital; (iii) a integridade do arquivo digital; (iv) a observância aos leiautes dos arquivos estabelecidos na legislação; (v) a numeração do documento. Do resultado da referida análise, a Secretaria da Fazenda científicará o emitente: quanto à denegação da autorização (indicando os motivos) ou da sua concessão.

O defendente também citou o Acórdão JFJ Nº 0131-05/13, da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, e alegou que a referida Junta de Julgamento Fiscal procurou cercar-se de provas robustas para proferir um julgamento isento de incertezas.

Sobre o julgamento proferido pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, foi apurado que os fatos descritos levaram à conclusão, pela análise do conjunto probatório, que a empresa remetente emitiu a nota fiscal de saída, perdeu o prazo para cancelamento e efetuou estorno da venda emitindo nota fiscal de entrada. Ou seja, houve a devolução efetuada pelo próprio emitente mesmo em data razoavelmente distante da emissão inicial das notas apontadas, levando à conclusão pelo julgador de que não foi constatado motivo suficiente para a desconstituição da operação de retorno.

No presente caso, não foi constatado que houve comprovação de retorno ou devolução de mercadorias que ensejasse a mesma análise efetuada no Acórdão JFJ Nº 0131-05/13, da 5ª Junta de Julgamento Fiscal.

Considerando que a autuação foi efetuada com base em Notas Fiscais Eletrônicas, conforme esclarecimentos prestados pelo autuante, encontrando-se identificadas as chaves de acesso para necessária consulta, entendo que existem elementos suficientes para confirmar a realização das operações em nome do autuado, ficando caracterizado o cometimento das infrações.

Quanto ao argumento do autuado de que não adquiriu as mercadorias, e que, possivelmente, teriam utilizado sua inscrição estadual para realizar tais aquisições; que os emitentes dos documentos fiscais objeto da autuação podem ser identificados por meio dos DANFEs e respectivas chaves de acesso, concordo com o posicionamento do autuante de que, se houve utilização indevida de dados cadastrais pelo fornecedor, o destinatário (autuado), visando se ressarcir de danos morais e materiais, pode acionar judicialmente esse fornecedor a apresentar as provas de que dispõe. Não o fazendo, será obrigado a ressarcir o dano moral pela

utilização indevida da razão social e dados cadastrais do destinatário, além de ser obrigado ao pagamento ao valor exigido no Auto de Infração, ficando caracterizada a prática de crime contra a ordem tributária, sujeitando-se ao devido processo penal a ser movido pelo Estado.

A alegação defensiva não pode ser acolhida, uma vez que ficou caracterizada a infração relativa à aquisição de mercadorias sem o devido registro na escrita do estabelecimento autuado, e este Órgão Julgador tem decidido, de forma reiterada, que as notas fiscais eletrônicas referentes a mercadorias destinadas a um contribuinte constituem prova da realização de operações de aquisição pelo destinatário, inexistindo necessidade de a fiscalização acostar aos autos outras provas. A existência das referidas notas fiscais eletrônicas é considerada prova suficiente da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, salvo prova em contrário, as quais devem ser produzidas pelo contribuinte, no sentido de destituir a exigência fiscal. Ou seja, as notas fiscais obtidas pela fiscalização deste Estado indicam que as mercadorias circularam no território baiano, concluindo-se pela subsistência de todos os itens do presente lançamento.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformada com o deslinde dado pela Junta de Julgamento Fiscal, a empresa Recorrente interpôs Recurso Voluntário visando a reapreciação da Decisão de piso, fundamentando sua tese recursal da seguinte maneira:

Discorre sobre a atividade da empresa Recorrente, a qual trata-se de frigorífico responsável pela comercialização de produtos alimentícios, em especial congelados de aves, peixes e gado bovino, estando seus produtos, quase que integralmente, submetidos à substituição tributária.

Insurge-se contra a Decisão, já que *a ilustre 3ª Junta manteve quase que toda a exigência partindo do raciocínio de que caberia ao autuado o ônus de provar que as operações não ocorreram.*

Segue argumentando que *a ilustre Junta de Julgamento transferiu ao Autuado o encargo de suportar a presente autuação e acionar os fornecedores para poderem, no processo judicial a ser movido, os mesmos serem obrigados a ressarcir a Recorrente dos danos sofridos, em especial do valor deste AI.*

Salienta que *o Contribuinte não permaneceu inerte quanto ao grave fato ocorrido, pois comunicou oficialmente à SEFAZ os ilícitos ocorridos. Ou seja, entende a Recorrente que muito mais simples seria a apuração, pela própria SEFAZ, da utilização indevida de seu cadastro fiscal.*

Informa que *o Estado da Bahia não desconhece a possibilidade de utilização de cadastro de empresas por terceiros criminosos, e essa prática acabou, inclusive, importando na edição da Lei nº 13.199/2014, que inseriu o § 7º ao art. 4º da Lei 7.014/96.*

Afirma que *tal dispositivo só entrou em vigor na data de 29/11/2014, significando dizer que a presunção da ocorrência da operação passou a existir apenas quando o destinatário da mercadoria não tenha se manifestado tempestivamente negando a aquisição. Ou seja, é certo que, antes disso, tal presunção não existia, já que os fatos ocorreram em 2010, 2011 e 2012, cabendo ao Fisco o dever de provar a ocorrência da operação.*

Lista, assim, possibilidades de possíveis situações que poderiam ensejar no caso em lide:

1. Mercadorias relativas às notas fiscais capturadas pelo sistema SINTEGRA sejam internalizadas em seus estados de origem e sejam acobertadas com notas fiscais tendo como destinatário a autuada. O objetivo seria beneficiar-se da diferença de alíquotas entre as operações internas e interestaduais.
2. Mercadorias relativas às notas fiscais capturadas pelo sistema CFAMT, mesmo entrando no Estado da Bahia, poderiam ter sido entregues a destinatários diversos dos constantes nos documentos fiscais.
3. Vendedores poderiam ter sido induzidos a efetuarem vendas para outros contribuintes, utilizando-se da inscrição da autuada, sem o conhecimento das empresas para as quais trabalham, com a interceptação das mercadorias no seu trânsito.

Informa que *tão logo soube da existência dessas práticas ilícitas ofereceu denúncia à Inspeção*

Fiscal. Esse fato também foi informado ao então titular da Diretoria e ao Supervisor Geral de Trânsito. Entretanto nenhuma providência fora adotada no sentido de coibir essas práticas na região. A Recorrente juntou cópia de documento protocolado na INFAZ de Ipiaú, dirigido ao então Superintendente da SEFAZ, onde, entre outros pontos, aborda esse problema, não podendo a mesma agora ser responsabilizada por uma autuação milionária, como se nada tivesse feito a respeito.

Em suas razões recursais, aduz que o ilustre Auditor Autuante não reuniu outros elementos para formar o “conjunto probatório” das supostas entradas das mercadorias no estabelecimento da autuada, relativas às notas fiscais constantes nas folhas do presente PAF.

Assim, lista os itens juntados em sede de manifestação fiscal e repete os contrapontos trazidos em sede de impugnação à manifestação. Vejamos:

Aduz que constam 2 (duas) cópias de pedidos sem assinatura da autuada e/ou com assinaturas não reconhecidas, conforme folhas do PAF nº 310 e 313;

E mais: algumas cópias de relatório de cobrança de empresas emitentes das notas fiscais eletrônicas, totalizando cobrança bancária diária, sem identificação de qualquer empresa pagadora. Esses relatórios, às vezes, estão acompanhados de lista de controle de cobrança, onde, raramente, aparece o nome da autuada; mesmo assim, sem fazer menção a qualquer número de nota fiscal emitida em nome da autuada, conforme folhas do PAF nº 284 a 306; 344 a 347; 349 a 353; 355 a 360; 362 a 365; 367 a 369; 371 a 373; 375 a 377; 379 a 382; 384 a 391; 393 a 396; 398 a 402; 404 a 408; 410 a 412; 414 a 416; 418 a 421; 423 a 425; 427 a 429; 431 a 433; 435 a 437; 439 a 443; 445 a 450; 452 a 456; 458 a 461; 463 a 466; 468 a 471; 473 a 476; 478 a 482; 484 a 486; 488 a 490; 492 a 494; 496 a 498; 533; 535; 540; 543; 545; 548; 550; 552; 571 e 572; 574; 576; 579 a 582; 584 ; 586; 588; 592 a 594.

Informa que foram anexadas cópias de notas fiscais eletrônicas (DANFES) onde consta a “suposta” comprovação de recebimento das mercadorias pela autuada (canhotos). É estranho que nenhuma dessas notas apresente indícios de que as mercadorias tenham efetivamente circulado desde o Estado de origem até o de destino. Nelas não se verifica qualquer carimbo dos postos de divisas, conforme folhas do PAF nº 165; 166; 168; 169; 171; 174; 179; 180; 184; 186; 187; 188; 190; 191; 192; 194; 195; 196; 197; 198; 189; 200; 201; 202; 203; 204; 205; 206; 207; 208; 209; 210; 211; 212; 214; 215; 216; 217; 218; 219; 200; 222; 223; 224; 225; 226; 227; 228; 229; 230; 272; 318; 319; 573; 575; 577; 578; 583; 587.

Salienta não reconhece as assinaturas das cópias dos canhotos nas notas fiscais acostadas.

Aduz, ainda, que foram anexadas cópias de notas fiscais eletrônicas (DANFES) acompanhados dos respectivos canhotos assinados; todavia, não há prova de que as mercadorias ingressaram no território baiano. Há carimbos apenas dos postos de divisas de outros Estados, conforme folhas do PAF nºs 164; 168; 172; 173; 175; 176; 178; 183 e 189. Entende-se, pois, que não constituem prova inquestionável do recebimento das mercadorias pela Recorrente.

Informa que cópias de canhotos de notas eletrônicas desacompanhados de qualquer outro elemento complementar, até mesmo da cópia da própria nota fiscal, foram anexadas pelo Auditor Fiscal, conforme folhas do PAF 277; 278; 279; 280; 281; 282 e 342, e que sem a cópia da nota fiscal não se tem garantia até mesmo de que as mercadorias tenham circulado e muito menos que tenham ingressado no território baiano. Também, as assinaturas que constam nesses canhotos são desconhecidas da autuada.

Quanto às cópias de extratos de consulta movimentação de títulos - DBDEPAD, conforme fls. 231 a 270, observa que esses extratos apenas informam que a Recorrente é cliente da empresa que emitiu o extrato e alguns pagamentos feitos. No entanto, não é identificado o número de qualquer nota fiscal correspondente aos pagamentos efetuados.

Quanto aos extratos de clientes, alega que são simples extratos da relação de clientes da empresa. Nada mais! Folhas do PAF nº 274 a 276. A Recorrente põe em relevo que em momento

algum afirmou ser ou não ser cliente das empresas cujos extratos ou relatórios foram anexados.

Em relação às cópias de comprovantes de pagamentos por via bancária efetuados pela autuada, conforme folhas do PAF nº 337 a 341; 516; 518; 522 e 525, assevera que esses comprovantes não têm qualquer relação com as notas fiscais anexadas ao PAF pelo autuante. A existência de pagamentos por parte da autuada há de se admitir como um fato normal, haja vista que a autuada já tenha adquirido mercadorias dessas empresas. O que não se pode é forçar uma relação que inexistente.

Salienta que é enorme a diferença entre o número de notas fiscais relacionadas no Auto de Infração (acima 2.000) e o número das coletadas junto aos fornecedores (apenas 190). Exíguo também é número de relatórios onde aparece a autuada com títulos a pagar, e de canhotos com assinaturas, mesmo desconhecidos da autuada.

Sobre os documentos juntados pelo Auditor Fiscal em sede de manifestação Fiscal, conclui que: o autuante não reuniu elementos substanciais, tanto em termos quantitativos quanto qualitativo, para formar um “conjunto probatório que aponte em caráter incontestável para a entrada das mercadorias no estabelecimento de destino”.

Ademais, entende que as cópias das notas fiscais, dos relatórios, dos canhotos e dos extratos, além de representarem parte desprezível do todo, apresentam-se de forma fragmentada, inválida e, portanto, incapazes de constituir um “conjunto probatório”.

Por fim, requer a Recorrente que seja julgado NULO ou IMPROCEDENTE o lançamento ora recorrido, especialmente porque a presunção prevista pelo art. 4º, § 7º, da Lei de ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96) ainda não existia ao tempo da autuação.

Em Parecer da lavra do i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, o mesmo se filia à Decisão de piso por entender que o plexo probatório dos autos prova que as operações efetivamente ocorreram, não bastando ao recorrente para elidi-las apenas uma comunicação de suposta fraude à Repartição Fazendária.

Ademais, informa que poderia perfeitamente a Recorrente trazer à baila extratos bancários em que se demonstrasse inexistir qualquer movimentação financeira que arrimasse as supostas operações, apenas como exemplo.

Deste modo, entendeu o representante da PGE pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Ato contínuo, foi anexado ao PAF solicitação do Sócio Administrativo da empresa Recorrente ao Presidente do Conselho Estadual de Fazenda da Bahia – CONSEF para que os autos lavrados contra a Recorrente sejam encaminhados para o órgão técnico revisor, afim de que se faça justiça.

Na assentada de julgamento, em 10/12/15, a 1ª CJF converteu o feito em diligência à INFAZ de Origem/Autuante, para a adoção das seguintes providências:

- 1. Elaborar um demonstrativo em separado, por mês, sendo que no primeiro constasse (A) as notas fiscais que não estão acostadas ao processo e outro (B) com as notas fiscais juntadas ao processo.*
- 2. No demonstrativo B, manter as seguintes notas:*
 - a) Notas fiscais com comprovação de recebimento;*
 - b) Notas fiscais com carimbo de circulação no Estado da Bahia;*
 - c) Notas fiscais com comprovação de pagamento das duplicatas;*
 - d) Notas fiscais que a recorrente tenha sido a transportadora;*
- 3. Para as operações não transportadas pela recorrente, solicitar os CTRC’S para as transportadoras, mantendo as notas fiscais que se consiga fazer a vinculação das notas fiscais com seus respectivos CTRC’S.*

Em resposta à Diligência solicitada, a Autoridade Fiscalizadora esclareceu que o atendimento a tal

pleito se configura redundante, visto que todas as notas fiscais foram juntadas ao processo. Alega que se tratam de notas fiscais eletrônicas, cujas XMLs e seus respectivos DANFES digitalizados encontram-se no DVD apensado ao PAF.

Aduz que apresenta relação das notas fiscais eletrônicas em mídia ótica (CD), juntamente com os respectivos arquivos XML, e que os DANFES já fazem parte do PAF.

Ressalta que o total das operações interestaduais no período autuado alcança a cifra de R\$196 milhões, em flagrante descompasso com os valores que a empresa declarou nas DMA's, em torno de R\$45 milhões, formando a base sobre qual a empresa recolheu espontaneamente o imposto estadual entre 2010/2012. O resumo anexo indica que a autuada omitiu entradas interestaduais de mercadorias no montante de R\$150 milhões.

Salienta que o levantamento levou em conta todas as notas fiscais emitidas pelos fornecedores em face da empresa fiscalizada, apurando-se ICMS a recolher, em que o débito calculado foi deduzido do imposto pago espontaneamente.

Em relação ao item 2, afirma que a confecção de demonstrativo de notas fiscais com comprovação de recebimento tem o seu atendimento prejudicado, por se tratar de notas fiscais eletrônicas, um documento de existência virtual, estando, por si só, implícito que todas foram recebidas pelo destinatário, conforme entendimento pacificado pelo CONSEF e consolidado no art. 4º, §7º da Lei nº 7.014/96. Idem para o demonstrativo de notas fiscais com carimbo de circulação no Estado da Bahia.

Lembra ainda que DANFE não tem validade jurídica.

Quanto ao demonstrativo de NF com comprovação de pagamento das duplicatas, informa que todos os fornecedores da autuada foram circularizados, conforme comprovantes anexados ao PAF. Os que atenderam foram juntados à informação fiscal.

Em relação ao demonstrativo de notas fiscais que a recorrente tenha sido a transportadora, informa o Fiscal Autuante que tais notas estão no rol daquelas que tiveram seu imposto recolhido, devidamente deduzidas no levantamento.

Assim, anexa as fls. 685 a 699 os demonstrativos da diligência solicitada.

A intimação do resultado da diligência foi enviada via AR, com recebimento em 21/09/2016 pela Recorrente, conforme fl. 701.

O contribuinte se manifestou (fls. 710/714) apresentando extensa prova documental. Em sessão de julgamento realizada em 11/05/2017, tendo o contribuinte apontado equívocos na elaboração da manifestação anterior, foi concedido novo prazo para realizar as retificações na planilha elaborada.

Assim, em nova manifestação (fls. 862/867), salienta a recorrente que o auditor não realizou a diligência nos moldes do quanto solicitado.

Afirma que elaborou planilhas, nas quais consta que: i) alguns dos fornecedores citados MAXI BEEF e MARSILVA PESCADOS possuem documentos fiscais não relacionados sequer ao período fiscalizado; ii) centenas de operações onde não houve a mínima comprovação de circularização de mercadorias, conforme detalhamento em anexo, impresso e também disponibilizado em CD; iii) existência de notas fiscais envolvendo pescados que segundo PARECER da própria SEFAZ contam com redução da base de cálculo em 100%, significando dizer que não haveria incidência de ICMS na comercialização.

Informa que as planilhas em anexo servem para identificar as operações que a recorrente reconhece como existentes, sendo relevante registrar a existência de graves distorções documentais a tornar o presente Auto de Infração insustentável senão promovidos os ajustes necessários.

Diante do quadro apresentado, esta 1ª CJF em sessão de julgamento realizada em 27/06/2017

converteu o feito em diligência para que o autuante: a) identificasse os produtos relacionados pelo contribuinte e verificasse na data da ocorrência dos fatos geradores se estavam contemplados com redução de base de cálculo, a exemplo da Nota Fiscal nº 117 (fl. 955 – merluza congelada – art. 87, XXXVI do RICMS/97). Caso comprovado, fazer a exclusão dos valores correspondentes do ICMS antecipação parcial; b) identificar nas NFe, segundo o contribuinte, não foram informados os fornecedores (fls. 695 a 699) e verificar se há produtos isentos ou contemplados com redução da BC, procedendo com a devida exclusão dos mesmos.

Foi solicitada a cientificação do contribuinte e prazo de 30 dias para manifestação.

Às fls. 1002/1016, o autuante informou que procedeu com a elaboração de demonstrativos retificativos concernentes à providência requerida no item 'a', bem como os esclarecimentos no tocante à providência solicitada no item 'b'.

Informa que quanto ao item 'a', foram efetuadas as devidas exclusões dos valores correspondentes do ICMS da antecipação parcial, acarretando uma redução de R\$205.797,78 no valor nominal da autuação, conforme resumo e demonstrativos retificativos em anexo (anexo 1):

a) Infração 02: de R\$2.220.484,12 para R\$2.024.976,43;

b) Infração 03: de R\$115.856,90 para R\$105.566,81

Quanto ao item 'b', informa afirma que os fornecedores MAXI BEEF e MARISILVA PESCADOS possuem documentos fiscais não relacionados no período fiscalizado e que é infundada tal declaração, conforme comprova o anexo 2, fazendo as devidas considerações às fls. 1004/1005.

Em manifestação (fls. 1020/1023), a recorrente pontua que a revisão não foi realizada em sua totalidade, deixando o autuante, inclusive de anexas as devidas comprovações ordenadas pela CJF.

Em resposta (fls. 1026/1028) o autuante ratifica a diligência realizada.

Após os autos retornarem ao CONSEF para julgamento, o autuante às fls. 1037/1041, colacionou uma manifestação retificativa, informando que houve um equívoco na aplicação do entendimento do dispositivo do RICMS tendente a trazer prejuízo ao erário, razão pela qual procedeu com novos demonstrativos retificativos concernentes à providência requerida no item 'a' da diligência.

Informa que realizou a redução da base de cálculo do produto queijo, sem considerar que o disposto na norma só considera a redução para o produto fabricado neste estado, razão pela qual restabelece o valor destas operações, alterando o valor nominal da autuação para R\$160.286,10, sendo:

a) Infração 02: de R\$2.220.484,12 para R\$2.064.648,29

b) Infração 03: de R\$115.856,90 para R\$111.406,63

VOTO

Informo que o presente Auto de Infração se encontra revestido de todas as formalidades legais, inexistindo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

A autuação imputa ao sujeito passivo o cometimento de 03 (três) infrações, quais sejam:

Infração 01 – 07.01.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de substituição tributária, Anexo 88 do RICMS-BA/97, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$13.380.225,61.

Infração 02 – 07.15.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, nos meses de janeiro de 2010 a dezembro de 2012. Valor do débito: R\$2.220.484,12.

Infração 03 – 07.15.01: Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, nos meses de junho e setembro de 2012. Valor do débito: R\$115.856,90.

A recorrente afirma desconhecer as operações autuadas.

Em suas razões recursais, pontuou: que a fiscalização procedeu com a juntada de cópias de documentos fiscais ilegíveis ou não atinentes ao exercício; divergências entre os canhotos assinados e os extratos de controle interno dos fornecedores; documentos fiscais sem comprovação de entrega e sem indícios de circulação no território do Estado da Bahia; pedidos em nome do recorrente sem identificação de quem os efetuou; relatórios de cobrança sem discriminação do devedor ou da nota fiscal que ensejou a dívida; conhecimentos de transporte sem comprovação das entregas; notas fiscais com carimbos de outras unidades da Federação, etc.

Visando esclarecer as questões postas, esta 1ª CJF decidiu converter o feito em diligência, solicitando ao autuante que elaborasse demonstrativo em separado, por mês, sendo que no primeiro constassem: (A) as notas fiscais que não estariam acostadas ao processo e outro, (B) com as notas fiscais juntadas ao processo.

Em resposta, salientou o autuante que tal pleito era redundante, já que todas as notas fiscais foram juntadas ao processo, tratando-se de notas fiscais eletrônicas, cujas XMLs e seus respectivos DANFES digitalizados encontram-se no DVD apensado ao PAF.

Informou, ainda, que:

- Em relação às notas fiscais com comprovação de pagamento das duplicatas dos fornecedores da autuada foram circularizados, conforme comprovantes anexados ao PAF, frisando que os que atenderam foram juntados à informação fiscal;
- Em relação às notas fiscais que a recorrente tenha sido a transportadora, tais notas fiscais estão no rol daquelas que tiveram seu imposto recolhido, devidamente deduzidas no levantamento.

Em manifestação, a recorrente suscitou que a diligência não foi realizada nos moldes solicitados e que:

- a) Alguns dos fornecedores citados MAXI BEEF e MARSILVA PESCADOS, possuem documentos fiscais não relacionados sequer ao período fiscalizado;
- b) Centenas de operações onde não houve a mínima comprovação de circularização de mercadorias, conforme detalhamento em anexo, impresso e também disponibilizado em CD;
- c) Existência de notas fiscais envolvendo pescados, que segundo PARECER da própria SEFAZ, conta com redução da base de cálculo em 100%, significando dizer que não haveria incidência de ICMS na comercialização.

Novamente o PAF foi convertido em diligência, momento em que o autuante verificou que os itens QUEIJO, MERLUZA CONGELADA, SALMÃO CONGELADO e BACALHAU CONGELADO possuíam redução da base de cálculo, conforme disposto no art. 87, XXVIII e XXXVI do RICMS/12, o que motivou a retificação dos valores autuados nas infrações 02 e 03.

A infração 02 passou de R\$2.220.484,12, para R\$2.024.976,43, e a infração 03 de R\$115.856,90, para R\$105.566,81.

Quanto à alegação “a”, o autuante informou que os fornecedores MAXI BEEF e MARSILVA PESCADOS, possuem documentos fiscais não relacionados no período fiscalizado.

Quanto à empresa MARSILVA, informa que foram emitidas no período de 2010 a 2012, oito notas fiscais, no valor total de R\$231.866,00, todavia, tais notas não estão relacionadas nos demonstrativos fiscais, em razão da empresa comercializar produtos sem tributação, ou seja, sem repercussão no resultado da autuação. Explica que tais documentos, estão relacionados na Reconstituição da conta Caixa – Desembolsos com Aquisição de Mercadorias, Bens e Serviços de Transporte (demonstrativo B1 do PAF).

Nesta oportunidade, apresenta demonstrativo resumido com a relação de notas fiscais emitidas pela MARSILVA PESCADOS e, para dirimir qualquer dúvida, pontua que se pode consultar a lista de DANFES acostada ao processo (mídia, fl. 20).

Em relação à MAXI BEEF, informa a autuante, que no período autuado foram emitidas 13 notas fiscais, no valor total de R\$576.239,52. Salienta que, ao contrário do afirmado pela recorrente, os referidos documentos fiscais estão relacionados nos demonstrativos fiscais de antecipação tributária, tendo em vista que a empresa comercializa produtos sujeitos a ST (carne bovina).

Apresenta demonstrativo resumido, com a relação de notas fiscais emitidas extraído do Demonstrativo 1 – Antecipação Tributária – Entradas. Para dirimir qualquer dúvida, pontua que se pode consultar a lista de DANFES acostada ao processo (mídia, fl. 20).

A recorrente repisou a manifestação anterior, e o processo seguiu para julgamento por este CONSEF.

Analisando a manifestação da recorrente, de que a diligência não foi realizada em conformidade com o quanto solicitado, observo que o trabalho revisional apresentado, abordou e justificou todo o procedimento fiscal nos moldes solicitados, aplicando, inclusive, as devidas reduções da base de cálculo das mercadorias anteriormente citadas, o que torna descabida a afirmação do contribuinte.

Posteriormente, em manifestação apresentada, o autuante, tendo observado equívoco na redução realizada na diligência ao considerar erroneamente o queijo oriundo de outro estado da Federação como mercadoria objeto de redução da base de cálculo, procedeu com a retificação dos valores sem, contudo, intimar o contribuinte para se manifestar.

Em vista o princípio da economia processual e da estabilização do processo, eis que o mesmo aguarda julgamento em sede de segunda instância desde 2015 e, com base no disposto no próprio art. 112 do CTN, desconsidero a retificação apresentada a destempo, dando prosseguimento ao julgamento com base na primeira retificação.

No mérito do Recurso Voluntário, saliento que a matéria em questão já foi amplamente discutida nos PAFs 269094.0602/13-4, (ACÓRDÃO CJP Nº 0247-11/17) e 210365.0005/12-2, (ACÓRDÃO CJP Nº 0267-12/18), sendo que o primeiro PAF mencionado, da relatoria do i. Conselheiro Paulo Danilo Reis Lopes foi julgado por esta 1ª CJP, onde acompanhei integralmente o voto proferido, razão pela qual, com a devida vênica, reproduzo-o “*ipsi litteris*”:

...

Apesar de o Auto de Infração conter cinco acusações, das mais diversas naturezas, o recorrente limitou-se a negar o cometimento, sob o único e genérico argumento de que não realizou as operações.

Também indicou uma série de supostos equívocos na instrução do feito, tais como a juntada de cópias de documentos fiscais ilegíveis ou não atinentes ao exercício fiscalizado (fls. 728 e 730 e 1.167 a 1.174); divergências entre os canhotos assinados e os extratos de controle interno dos fornecedores (fl. 729); documentos fiscais sem comprovação de entrega e sem indícios de circulação no território do Estado da Bahia; pedidos em nome do recorrente sem identificação de quem os efetuou; relatórios de cobrança sem discriminação do devedor ou da nota fiscal que ensejou a dívida; conhecimentos de transporte sem comprovação das entregas; notas fiscais com carimbos de outras unidades da Federação etc. Essa argumentação não foi acolhida na Decisão “a quo”.

Quanto a tais assertivas, cumpre prestar os seguintes esclarecimentos:

1. O auditor, antes de lavrar o Auto de Infração, teve o cuidado de apresentar ao contribuinte as irregularidades apuradas, com a solicitação de justificativas, o que lhe forneceu tempo (ao autuado) para requerer os necessários esclarecimentos aos emitentes das notas e tomar as medidas pertinentes junto às autoridades policiais. Isso não foi feito.

2. No Auto de Infração há dois tipos de notas fiscais, aquelas capturadas com o uso do sistema CFAMT e as eletrônicas.

2.1-Quanto às do CFAMT, o auditor diligente da ASTEC efetuou verificações nos demonstrativos de fls. 221 a 232 e documentos de fls. 233 a 435, anexados pelo autuante, tendo observado que constam dos autos todas as vias do Fisco e que o destinatário é a sociedade empresária autuada.

2.2-No tocante às demais, os remetentes emitem as notas eletrônicas com o uso de assinatura digital, obtida mediante certificação (validade jurídica garantida por assinatura digital e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF nº 07/2005)). Ou seja, declaram formalmente ter realizado os respectivos negócios jurídicos.

Imediatamente após as emissões, o destinatário é cientificado de todas as operações, sem exceção, motivo pelo qual, a prevalecer a tese de desconhecimento e de que não as realizou, soa estranho que tais fatos venham ocorrendo há cerca de dez anos, inclusive após a lavratura do Auto de Infração, sem que nenhuma providência jurídica tenha sido levada a efeito contra os supostos fraudadores.

Não se está a tratar da norma contida no art. 4º, § 7º da Lei no 7.014/1996, cuja vigência, nos termos assinalados pelo sujeito passivo, teve início no dia 29/11/2014. Tal dispositivo legal, conforme passarei a expor, apenas trouxe para o campo das presunções situações que, antes mesmo de entrar em vigor (o dispositivo), já demonstravam a ocorrência dos fatos geradores do ICMS.

Trata-se, nos presentes autos, dos crimes contra a ordem tributária previstos na Seção I do Capítulo I da Lei Federal nº 8.137/1990. Evidentemente, não há o menor interesse dos autores das condutas delituosas de produzir provas em desfavor dos próprios interesses, sejam eles o fiscalizado em concurso com os fornecedores ou aquele isoladamente.

A autoridade fazendária, a bem da verdade, trabalhou com excesso de zelo ao elaborar as circularizações, que não eram sequer necessárias, tendo em vista as peculiaridades técnicas, aqui discriminadas, que caracterizam as notas fiscais eletrônicas, além da comprovação das aquisições referentes ao CFAMT.

Especialmente por se tratar de fraudes, em relação às quais, como já se disse, não há interesse do autor ou dos autores de trabalharem em regime de colaboração com o Fisco, o julgador é livre na formação de seu convencimento, não estando previamente comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe Parecer mais convincente.

Desde que até mesmo os indícios - e aqui nada se discute sobre indícios, mas sobre provas efetivas -, sejam suficientes para fundamentar a Decisão, e que a instrução probatória seja realizada em observância ao devido processo legal, como foi, não existe qualquer impedimento ou vedação de que sejam eventualmente utilizados para formar o convencimento daquele a quem cabe decidir.

Em síntese:

- 1. A jurisprudência deste Conselho de Fazenda é pacífica no sentido de que as notas fiscais capturadas com o uso do sistema CFAMT constituem provas suficientes da internalização das mercadorias e dos ingressos nos estabelecimentos destinatários.*
- 2. Em referência aos documentos eletrônicos, a Assessoria Técnica do Conselho de Fazenda efetuou verificações e constatou que foram emitidos contra o autuado, estando em situação regular e com autorização (fls. 1.198 a 1.207).*

Nos termos do art. 82 do RICMS-BA/2012, a nota fiscal eletrônica (NF-e) é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência digital, que tem como objetivo documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF nº 07/2005).

Além disso, reitero, o § 12 do artigo 89 do RICMS-BA/2012 prevê, após a autorização de uso, o encaminhamento obrigatório do arquivo da nota ao destinatário pelo emitente (com o protocolo de autorização) ou a disponibilização para download.

Como bem disse o n. julgador Valtércio Serpa Júnior ao apreciar o Auto de Infração nº 206828.0001/15-0, lavrado contra a sociedade empresária ora recorrente e impugnado sob as mesmas alegações, embora não fosse procedimento obrigatório, por dever de zelo, caberia ao contribuinte consultar o banco de dados resultante dos sobreditos encaminhamentos obrigatórios, a fim de conhecer as notas eletrônicas emitidas contra si, comunicando às autoridades policiais e resguardando-se de eventuais fraudes cometidas por terceiros com a sua inscrição estadual, o que não fez, embora tenha se reportado à utilização ilegal de seus dados cadastrais, o que demonstra, no mínimo, negligência quanto a tal cuidado.

Deve-se reconhecer o zeloso procedimento do auditor fiscal, que, de acordo com o exposto na informação de fls. 683 a 699, à qual foram juntados os respectivos comprovantes, efetuou circularização junto aos fornecedores, os quais, em boa parte, são sociedades anônimas de porte significativo, sem que fosse obrigado a tanto para comprovar a ocorrência dos fatos geradores, tendo com isso obtido farto material probatório, meramente complementar, como comprovantes de entrega e de pagamento (assinados por prepostos do apelante), canhotos de notas fiscais, pedidos, contratos, extratos, recibos etc.

Tal material, juntamente com a omissão do contribuinte em adotar as medidas jurídicas contra as operações designadas nas notas eletrônicas pelos emitentes (com protocolos de autorização, encaminhamentos

obrigatórios dos arquivos e disponibilização para download), comprova a ocorrência das operações.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Assim, pelo exposto, e considerando as especificidades de cada caso em análise, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, acompanhando a revisão realizada pelo autuante às fls. 1002/1016.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **269094.0603/13-0**, lavrado contra **FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15.510.768,85**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA- RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS