

PROCESSO - A. I. Nº 206828.0001/15-0
RECORRENTE - FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA. (FRIGORSUL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0148-01/16
ORIGEM - IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11/08/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0153-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR. Por meio de diligências, foram deduzidos do lançamento os valores atinentes às notas fiscais canceladas e incluídas em outros Autos de Infração. 2. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O art. 156, I do CTN (Código Tributário Nacional), tem o pagamento como uma das formas de extinção do crédito tributário. Este órgão de julgamento administrativo, vocacionado à constituição definitiva ou desconstituição do crédito tributário por meio da autotutela, não pode deliberar ou decidir sobre algo extinto, que não mais existe. Por outro lado, segundo o art. 122, I do RPAF-BA/1999, extingue-se o processo administrativo fiscal com a extinção do crédito tributário nele exigido. Diligências realizadas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal), nº 0148-01/16, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado no dia 30/03/2015, para exigir crédito tributário na cifra de R\$1.230.098,43, sob a acusação do cometimento de 05 (cinco) irregularidades, das quais, apenas a primeira e a quarta foram contestadas:

“Infração 01. 07.01.02 Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior. Consta a informação de que “Tudo conforme Notas Fiscais Eletrônicas emitidas por seus fornecedores habituais, tanto obtidas dos registros corporativos da SEFAZ, como apresentados pela Fiscalização em forma de DANFES, alguns dos quais anexados ao presente Auto de Infração para dirimir eventuais dúvidas, e de acordo com demonstrativos do cálculo do imposto a recolher e relação de todos os DAES pertinentes, código de receita 1145, anexos”. Totaliza a mesma R\$ 1.104.974,12, para fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro de 2013.

(...)

Infração 04. 07.15.03 Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com a saída posterior tributada normalmente, conforme demonstrativo anexo, do qual foi entregue uma via a preposto do contribuinte. Totaliza esta infração R\$ 112.234,03, ocorrida no período de janeiro a dezembro de 2013”.

A Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 16/08/2016 e decidiu pela Procedência por unanimidade (fls. 212 a 220), nos termos a seguir reproduzidos:

“VOTO

O lançamento constitui-se em cinco infrações arroladas pela fiscalização, sendo objeto de impugnação apenas a de número 1.

Iniciarei pela apreciação das preliminares aventadas na peça defensiva, ainda que de forma não explícita.

Em primeiro lugar não observo qualquer ato praticado ao curso do processo que venha a se constituir em cerceamento de defesa para o contribuinte, inexistindo qualquer das hipóteses que poderiam ensejar a nulidade do lançamento, o qual se apresenta perfeito e acabado, sem incorreções de natureza formal, atendendo, pois, aos requisitos legais.

Contrariamente a tese defensiva, não houve qualquer cerceamento ao exercício de seu direito, e o fato do autuante não ter apresentado as cópias dos DANFES, relativos às notas eletrônicas emitidas em seu nome, e não registradas na sua escrita fiscal, foi devidamente contornado com determinação neste sentido, no corpo da diligência solicitada pela Junta de Julgamento Fiscal, razão pela qual não acolho a argumentação apresentada.

Quanto ao pedido para a realização de perícia, solicitado na peça de aditamento à defesa apresentado, nego de plano, por entender que os dados constantes no processo serem suficientes para a sua apreciação, bem como, nos termos do artigo 147, inciso II, item “a” do RP AF/99, deverá ser indeferido o pedido de perícia se a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos.

Quanto à realização diligência, solicitada na apresentação da defesa, o pedido foi atendido, tendo sido o feito diligenciado, a fim de que saneamento processual fosse realizado, garantindo ao autuado o pleno exercício do direito de defesa.

Da mesma forma, nego o pedido de diligência solicitado na sessão de julgamento, pelo defensor da autuada, diante do fato de que, sendo as notas fiscais constantes no processo emitidas eletronicamente, inexistente motivação para que seja pesquisada junto aos emitentes, a efetivação da operação, até pelo fato de que acaso as operações não se concretizassem, as operações seriam desfeitas pela via do cancelamento das mesmas. Todavia, no portal de notas fiscais eletrônicas, tais emissões constam como “notas fiscais autorizadas”, o que inviabiliza qualquer diligência neste sentido.

É preciso se observar que o não deferimento do pedido não pode ser considerado como cerceamento de defesa, à vista do fato dos dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do acima mencionado artigo 147 do RPAF/99.

O entendimento doutrinário, inclusive, é o de que o deferimento de diligência ou perícia deve obedecer a uma série de requisitos, contidos na norma legal. Todavia, o não atendimento desses requisitos é causa de descon sideração do pedido sem que isso signifique cerceamento do direito de defesa.

Diante de tais considerações, impende dizer-se que ainda obedecendo aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa.

Assim, reafirmo o afastamento das questões preliminares.

Quanto ao mérito, às infrações 2 a 5 não foram contestadas pelo sujeito passivo, o qual, inclusive, solicitou parcelamento do débito apurado, motivo pelo qual estão fora da lide, e por consequência, são tidas como procedentes.

Relativamente à infração 1, trata-se de cobrança de antecipação tributária,

A tese defensiva prende-se, exclusivamente à negativa de aquisição das mercadorias constantes em diversas notas fiscais, especialmente aquelas que, afirma não ter apresentado ao Fisco, e sim, obtidas através dos controles de emissão de notas fiscais eletrônicas da Secretaria da Fazenda, muito embora não discrimine dentre os documentos arrolados pela fiscalização, quais estariam em cada caso.

O regramento previsto nos artigos 142 e 143 do RPAF/99 assim determinam: “Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Ou seja: Não bastaria apenas alegar. Necessária e imprescindível a apresentação de prova, ainda mais se considerarmos que existem apenas notas fiscais eletrônicas arroladas na autuação, coletadas inclusive junto ao próprio contribuinte autuado, as quais poderiam, ainda que de forma não obrigatória, ter a emissão consultada

através do respectivo portal, para fins de controle, e se evitar que a emissão indevida ocorresse, se fosse o caso.

Aliás, lembro que a emissão da Nota Fiscal eletrônica se encontra regulada no artigo 82 e seguintes do RICMS/12:

“Art. 82. 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).

Art. 83. A NF-e será emitida pelo contribuinte obrigado ao seu uso ou que tenha optado: I - na saída ou no fornecimento de mercadoria;”

Da mesma forma, assim dispõe o § 12 do artigo 89 do RICMS/12, ao enumerar as obrigações dos emitentes de Notas Fiscais Eletrônicas: “§ 12. Deverá, obrigatoriamente, ser encaminhado ou disponibilizado download do arquivo da NF-e e seu respectivo Protocolo de Autorização de Uso: I - ao destinatário da mercadoria, pelo emitente da NF-e imediatamente após o recebimento da autorização de uso da NF-e;”

Tal disposição encontra-se em consonância com o Protocolo de Cooperação ENAT 03/2005, o qual estabeleceu a implantação da Nota Fiscal Eletrônica, integrante do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED.

Ou seja: O sujeito passivo tomou conhecimento das notas fiscais emitidas para o mesmo, quando de sua emissão; se não reconheceu as compras ou aquisições, deveria ter, de imediato, não somente ter comunicado tal fato aos emitentes das mesmas, como, de igual forma, adotar as demais providências requeridas pelo fato.

Chamo a atenção para o fato de que, embora não se constituísse em procedimento obrigatório, o destinatário poderia consultar o portal da Nota Fiscal eletrônica, a fim de conhecer aquelas que teriam sido emitidas, tendo-o como destinatário, o que não o fez, embora tenha se reportado a utilização de sua inscrição para aquisições por terceiros, o que demonstra, no mínimo, a falta de vigilância de sua parte, quanto a tal cuidado.

O argumento defensivo, qual seja, a simples negativa de aquisição de notas fiscais eletrônicas, desacompanhado de qualquer outro elemento probante, tem sido corrente neste Órgão, o que tem motivado inúmeras decisões, dentre as quais destaco o Acórdão CJP 0403-11/13, no qual a relatora, Conselheira Raísa Catarina Fernandes, assim conclui o seu voto que não deu provimento ao Recurso Voluntário impetrado pelo contribuinte:

“...Neste contexto, alegar sem provar é o mesmo que nada dizer, caberia ao Recorrente trazer ao processo elementos comprobatórios capazes de fundamentar sua discordância. O art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, referentes às suas alegações. Neste processo, verifico que o Sujeito Passivo apenas nega a infração que lhe foi imputada, por isso, compreendo tal justificativa apenas como negativa do cometimento da infração, o que não o desonera de provar a presunção fiscal, situação prevista pelo art. 143 do RPAF/99. Na situação em comento, já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJF que manteve o lançamento. “

A este respeito, de igual forma, entendo necessário transcrever pequeno trecho do julgamento verificado no Estado de Pernambuco, pela 4ª Câmara de Direito Público, na Apelação Cível 0069947-52.2007.8.17.0001, no qual o Estado foi demandado por contribuinte, em relação à matéria de idêntico teor, qual seja, a negativa do contribuinte de aquisição das mercadorias constantes em diversos documentos fiscais, sendo Relator o Desembargador Rafael Machado da Cunha Cavalcanti, publicado no Diário da Justiça do Estado de Pernambuco de 05 de janeiro de 2016, página 787, cujo trecho transcrevo abaixo:

“Destarte, a teor do que dispõe o art. 333, I, do CPC, compete ao autor o ônus de provar fato constitutivo de seu direito. Inexistentes ou insuficientes as provas carreadas aos fôlios, resta ao julgador, aplicando a regra do ônus da prova, julgar improcedente a demanda, tal como fez o magistrado de base.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a respeito do tema lecionam:

‘O ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza.’

No que tange ao mérito recursal, pretende a recorrente a anulação do débito fiscal apurado a partir do Auto de Infração no 005.01064/07-9 (TATE 00.293/07-5), cujo fundamento é o de falta de recolhimento do ICMS devido por operações tributáveis não registradas nos livros e documentos fiscais.

Sucedendo que, em se tratando de ação anulatória, como no caso dos autos, repita-se que cabe à autora o ônus da prova quanto à desconstituição do crédito já notificado ao contribuinte, em face da presunção de legitimidade e veracidade do ato administrativo, sendo, pois, imprescindível, prova irrefutável para

desconstituição do mencionado crédito.

Foi então solicitado à Apelante que apresentasse em sua defesa quaisquer instrumentos comprobatórios dos lançamentos das operações relativas às citadas notas fiscais. Como tal pleito não foi atendido, as operações foram consideradas irregulares.

Veja-se que aqui, como bem pontuado pelo eminente Des. Bandeira, “Nessa espécie tributária, toda a estrutura das penalidades (senso estrito) tem a sua lógica direcionada a compelir o contribuinte a ser exato e fidedigno na documentação e escrituração de suas operações comerciais, pois é exatamente com base nesses dados do próprio contribuinte que a autoridade fazendária exerce a maior parte (e a parte principal) de sua atividade fiscalizatória’.

Confia-se nas informações prestadas pelo sujeito passivo, que deve pautar-se da forma mais esmerada possível. Não poderia o contribuinte agir de forma mais danosa, devendo tal conduta ser punida”.

Da mesma forma, a doutrina, aqui representada por Hugo de Brito Machado Segundo (Processo Tributário, Ed. Atlas, 2a Ed., pág. 497), entende caber ao contribuinte a comprovação de alegações: “...caso se trate de um lançamento formalmente perfeito, devidamente fundamentado e acompanhado dos elementos que comprovam os fatos sobre os quais se funda, será do contribuinte autor de uma ação anulatória o ônus de provar que tais fatos ocorreram de modo diferente do considerado pela autoridade lançadora, ou de que outros fatos ocorreram de sorte a alterar, modificar ou extinguir o direito consubstanciado no ato de lançamento.

Não foi feliz o Acórdão tomado pelo sujeito passivo como paradigma para a sua defesa, qual seja, o CJF 0022-12/14, pelo fato do voto transcrito na peça defensiva ter sido vencido na decisão da lide, e não representa o pensamento dominante neste Órgão.

Quanto ao Acórdão JJF 0131-05/13, além do fato de ser uma decisão de primeiro grau, sujeita a reforma, e não vinculante, trata, na verdade, de outro tema, qual seja o desfazimento da operação não realizada, após decorrido o prazo para cancelamento do documento fiscal.

Dele, posso destacar o seguinte trecho do Relator que bem demonstra a afirmativa acima:

“Os fatos descritos levam à conclusão, pela análise do conjunto probatório, que a empresa emitiu a nota fiscal de saída, perdeu o prazo para cancelamento e efetuou estorno da venda emitindo nota fiscal de entrada, e não ficou comprovado dolo, fraude ou simulação, nem tampouco prejuízo à Fazenda Pública do Estado da Bahia, em decorrência da emissão e estorno da operação, uma vez que não ficou comprovada por outros meios, que a operação de aquisição e entrada das mercadorias no estabelecimento baiano tenha se concretizado.

O Direito Tributário veda expressamente o lançamento de tributo por presunção, a menos que esteja claramente definida em lei. Não há presunção legal para o fato apresentado neste processo, pois a simples emissão da nota fiscal de venda, com posterior estorno, isoladamente não caracteriza a prova incontestável de que as mercadorias de fato ingressaram no estabelecimento do destinatário.”

Ademais, consoante assinalado no voto em comento, à prática não trouxe prejuízo para a Fazenda Pública, ao contrário daquela aqui verificada, onde a falta de recolhimento do imposto é patente. Por tais razões, não posso acolher tal assertiva defensiva.

Desta forma, o presente lançamento tendo respaldo em notas fiscais idôneas, inclusive tal fato não foi questionado pelo sujeito passivo, todas elas presentes nos autos, e entregues em cópia ao contribuinte, na forma de diligência saneadora realizada, a qual, inclusive, reabriu prazo de sessenta dias para a defesa, não sendo originárias de simples informações de terceiros ou, relação de notas fiscais coletadas em sistemas, a exemplo do CFAMT ou SINTEGRA, sem sombra de dúvidas, posso concluir que o Auto de Infração neste caso não prescinde de prova a ser constituída pela fiscalização, vez atendida à previsão contida no artigo 333, I, do Código de Processo Civil (CPC), então vigente, renumerado no novo diploma processual no artigo 373, o qual, apesar de em sua

Além disso, da análise dos documentos colacionados pelo autuante, como prova do ilícito detectado, posso citar algumas Notas Fiscais: a 225.684 (fl. 23), emitida em 05 de janeiro de 2013, a qual consta como transportadora empresa estabelecida em Ubatã, na rua São Jorge, 11, o mesmo onde se estabelece o estabelecimento autuado, sendo o frete por conta do destinatário.

Menciono, também a Nota Fiscal de número 18.085, (fl. 31), onde o mesmo transportador aparece como responsável pela entrega das mercadorias ali constantes, ocorrendo novamente tal fato com parte inicial manter a atual distribuição do ônus probatório entre autor e réu - sendo atribuído ao sujeito passivo quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, e ao sujeito ativo da relação processual quanto ao fato constitutivo de seu próprio direito.

Ressalto que todas as notas fiscais autuadas se encontram no processo em cópias. Observo, ainda, que as mercadorias foram transportadas, não por transportadores autônomos, mas por empresas de transporte, o que

fragiliza a defesa, pois, para se perpetrar tal fraude, qual seja, a de entregar as mercadorias em outros endereços a outros contribuintes, necessário seria a conivência das mesmas.

[...].

Já na nota fiscal de fl. 34, emitida sob o número 17.913, na indicação do transportador, consta o nome do próprio autuado, inclusive destaca a placa do veículo transportador (MFL 5931), o que em nada favorece ao argumento defensivo apresentado, o mesmo acontecendo na nota fiscal 3.581 (fl. 44), na qual consta a placa policial LYO 8163.

Da mesma forma, carece de credibilidade a tese defensiva, tendo em vista que, acaso verdadeira, diante da situação fiscal da empresa autuada, submetida a regime especial de fiscalização, o que implica recolhimento do ICMS antes da entrada das mercadorias no território baiano, tal possibilidade não seria crível.

Quanto à queixa apresentada pelo sujeito passivo junto à Secretaria da Fazenda e Polícia Civil, como alegado, reportam-se a fatos do ano de 2005, anteriores, pois, a adoção das notas fiscais eletrônicas, ao passo que os documentos arrolados na presente autuação são do ano de 2013, e são documentos fiscais emitidos eletronicamente, não guardando, pois, correlação.

Por tais razões, julgo o Auto de Infração PROCEDENTE, devendo ser homologado o valor recolhido”.

Respalçado no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; RPAF-BA/1999), o contribuinte interpõe Recurso Voluntário às fls. 234 a 268, no qual sustenta que a Decisão recorrida merece reforma, pois à época das ocorrências referentes à infração 01 ainda não existia a presunção do art. 4º, § 7º da Lei do ICMS/BA, nº 7.014/1996.

Ainda no que diz respeito à infração 01, afirma não terem existido as operações fiscalizadas e diz ter cometido equívoco ao reconhecer e parcelar o valor concernente à infração 04, pois, segundo alega, “*não é de todo procedente*”.

Aceitando a procedência de parte do montante lançado, apresenta planilhas para sustentar que, entre as operações objeto da primeira imputação, há apenas algumas efetivamente ocorridas. Salienta que a Nota nº 1.785 já havia sido “*incluída e devidamente quitada*” no Auto de Infração nº 269094.0603/13-0, e que aquela de nº 126.119 foi cancelada pelo emitente, o que revela a necessidade de realização de diligência.

Em seguida, quanto ao mês de junho de 2013, assegura que o ICMS-ST atinente às Notas Fiscais nºs 4.062.086, 394.733, 3.781, 35.019, 4.080.435, 93.743, 225.266 e 225.267 foi recolhido por intermédio do DAE cuja cópia teria sido juntada ao Recurso, mas não foi.

Às fls. 242/243, indica a ocorrência de erro no demonstrativo fiscal, referente à totalização dos valores devidos no mês de julho de 2013. Quanto a agosto e demais meses do mesmo exercício, discrimina notas fiscais objeto de outro lançamento de ofício e volta a alegar a existência de equívocos de soma nos levantamentos.

Por exemplo, relativamente a agosto de 2013, haveria imposto já exigido no Processo nº 147365.0182/13-4, bem como erro de soma, que detalha às fls. 243 a 245.

Quanto a setembro e outubro do mesmo exercício social, também alega que há imposto já exigido no Processo nº 147365.0182/13-4, assim como que – neste específico mês –, considerando apenas as notas cujas operações foram efetivamente realizadas, ocorreu pagamento a maior.

Em seguida, colaciona planilha atinente a novembro e dezembro de 2013, com datas, números de documentos fiscais, unidades federativas de origem, valores reconhecidos, recolhidos e a pagar.

Às fls. 251/252, sintetiza demonstrativo do tributo que entende ser devido e requer o “*abatimento*” do ICMS supostamente recolhido a maior.

Apesar de ter requerido parcelamento dos valores exigidos nas infrações 01 a 04 (deferido), conforme demonstram os extratos de fls. 148 a 151, no Recurso Voluntário, às fls. 252 a 263, apresenta uma série de supostos erros materiais, cometidos na apuração do valor concernente à quarta imputação.

Posteriormente, volta a tratar da infração 01 e a alegar que decorre de “*presunção*” de recebimento de mercadorias. Aduz que o seu estabelecimento está localizado no Município de

Ubatã-BA, distante cerca de 400 km de Salvador, onde a informática não estava, à época, consolidada *“e não basta muito esforço para concordar que havia dificuldade de acesso a registros eletrônicos”* das notas fiscais emitidas contra si.

Diz ter comunicado oficialmente a esta Secretaria da Fazenda a prática de fraudes, consistente na emissão de documentos fiscais que não espelham operações efetivamente ocorridas, e que quando dos fatos objeto da autuação ainda não havia sido incorporado o § 7º, ao art. 4º da Lei nº 7.014/1996, tampouco havia sido editado o Decreto nº 16.434/2015 (fl. 268).

Solicita a realização de diligência e o provimento do apelo.

No dia 30/05/2017 (fls. 275/276), a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência, com o seguinte teor:

“A primeira infração deste Auto acusa o sujeito passivo de recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros estados ou do exterior.

O contribuinte, no Recurso Voluntário, aceitando a procedência de parte do montante lançado, apresenta planilhas para sustentar que, entre as operações objeto da primeira imputação, há algumas efetivamente ocorridas. Salienta que a nota nº 1.785 já havia sido “incluída e devidamente quitada” no Auto de Infração nº 269094.0603/13-0, e que aquela de nº 126.119 foi cancelada pelo emitente, o que revela a necessidade de realização de diligência.

Em seguida, quanto ao mês de junho de 2013, assegura que o ICMS-ST atinente às notas fiscais 4.062.086, 394.733, 3.781, 35.019, 4.080.435, 93.743, 225.266 e 225.267 foi recolhido por intermédio do DAE cuja cópia foi juntada ao Recurso.

Às fls. 242/243, indica a ocorrência de erro, no demonstrativo fiscal, relativo à totalização dos valores devidos no mês de julho de 2013. Quanto a agosto e demais meses do mesmo exercício, discrimina notas fiscais objeto de outro lançamento de ofício e volta a alegar a existência de erros de soma no levantamento fiscal.

Em face do exposto, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, na pauta suplementar de maio de 2017, em busca da verdade material, decidiu converter o feito em diligência ao autuante e à inspetoria fiscal de origem, para que as seguintes medidas sejam adotadas.

AUTUANTE

- Intimar o contribuinte a apresentar TODAS as provas que alega ter, no que diz respeito à infração 01.
- Elaborar novos demonstrativos, caso necessário.

INSPETORIA

Terminados os trabalhos e elaborados os levantamentos de revisão, intime-se o recorrente, com a entrega de cópias de todos os papéis de trabalho, inclusive deste, mediante recibo a ser juntado aos autos, bem como com a concessão do prazo previsto na legislação para que, querendo, se manifeste.

Caso a sociedade empresária apresente documentação nova, o autuante deverá ser instado a prestar a respectiva informação.

Por fim, encaminhe-se o PAF à Secretaria do Conselho, para a adoção das medidas necessárias ao julgamento de segunda instância”.

O auditor Erivelto Antonio Lopes junta informação fiscal às fls. 287/288, na qual deduz da exigência os valores atinentes às notas fiscais canceladas e incluídas em outros lançamentos de ofício, de acordo com os levantamentos analíticos de fls. 289 a 303 e sintético de fl. 288, segundo os quais o valor da infração 01 foi alterado, de R\$1.104.974,12 para R\$1.053.139,97.

O Recorrente foi cientificado via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico; fl. 308), mas não se manifestou.

No dia 14/11/2018, conforme o documento de fl. 312, o feito, em decisão não unânime, visto que este relator votou contrariamente, foi convertido em nova diligência, com a solicitação de abertura do prazo de 10 (dez) dias para que o sujeito passivo se manifestasse nos autos.

Juntada de manifestação, às fls. 314 a 319.

Nela, o recorrente tece comentários sobre a informação fiscal de fls. 287/288, asseverando que

ainda não foram deduzidos do levantamento fiscal todos os pagamentos realizados por meio de DAES (Documentos de Arrecadação Estadual) com códigos de receita nºs 1755 e 1187.

Apresenta planilha à fl. 315, com valores assinalados em vermelho nos períodos de julho, setembro e outubro de 2013, sob a alegação de dizerem respeito a recolhimentos efetuados a maior, motivo pelo qual pugna pela respectiva dedução do montante a recolher.

Reitera que – quando das ocorrências -, ainda não vigia o § 7º, do art. 4º da Lei nº 7.014/1996, bem como as disposições constantes dos §§ 14 e 17 do art. 89 do RICMS-BA/2012.

Em nova informação fiscal, de fls. 331 a 337, o já mencionado auditor Erivelto Antonio Lopes assinala que, como o sujeito passivo não apresentou os Documentos de Arrecadação Estadual, para dirimir quaisquer dúvidas atinentes ao assunto, recorreu aos sistemas de informática desta Secretaria da Fazenda e colacionou cópias de todos os Autos de Infração (fls. 338 a 669) a que se referem esses DAES (código de receita 1755) e verificou a que notas fiscais dizem respeito, de acordo com a planilha de fls. 332 a 335.

Anexou também cópias de todos os DAES com código de receita 1187 (fls. 670 a 679) e verificou a que notas fiscais dizem respeito, de acordo com a planilha de fls. 335 a 336.

Diante de tais levantamentos, conclui que, dos DAES citados pelo contribuinte na planilha de fls. 321 a 323, apenas os designados no quadro de fl. 336 são relacionados com documentos fiscais cujo imposto está sendo exigido no presente lançamento de ofício.

Com isso, revisa o total lançado na infração 01, de R\$1.230.098,43 para R\$946.736,99, nos termos do levantamento de fls. 336/337.

Em 18/02/2021, a sociedade empresária foi cientificada do resultado da diligência (fls. 681/682), mas não se pronunciou.

VOTO

Em busca da verdade material, o processo já foi convertido em mais de uma diligência. Não é o caso de outra conversão, uma vez que todos os elementos necessários para formar a convicção dos membros deste órgão colegiado, estão contidos nos autos, o que decido com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF-BA/1999.

Apesar de o Auto de Infração conter cinco acusações, de diversas naturezas, o recorrente limitou-se a contestar apenas a Decisão relativa à primeira (trataremos da quarta ao final), sob o argumento de que desconhece as aquisições. Também indicou equívocos na instrução do feito, que foram devidamente saneados, consoante o que foi exposto no relato precedente, com a mudança do valor da imputação nº 01, de R\$1.104.974,12, para R\$946.736,99.

Quanto às notas fiscais eletrônicas, ao desconhecimento das operações e ao argumento de que, quando das ocorrências, ainda não existia a presunção do art. 4º, § 7º da Lei do ICMS/BA, nº 7.014/1996, alinho-me com o posicionamento do julgador da instância de origem, traduzido, entre outras, nas assertivas a seguir.

Da análise dos documentos colacionados pelo autuante como prova do ilícito, pode ser mencionado o Documento Fiscal nº 225.684, (fl. 23), emitido em 05 de janeiro de 2013, do qual consta como transportadora empresa estabelecida em Ubatã, na Rua São Jorge, 11, o mesmo endereço onde se estabelece o autuado, sendo o frete por conta do destinatário.

Igualmente, o Documento nº 18.085, (fl. 31), no qual o mesmo transportador aparece como responsável pela entrega das mercadorias dali constantes.

Todas as notas fiscais autuadas se encontram no processo em cópias. As mercadorias foram transportadas, não por transportadores autônomos, mas por empresas de transporte, o que fragiliza a tese recursal, pois, para se perpetrar tal fraude, qual seja, a de entregar em outros endereços, a outros contribuintes, necessário seria a conivência das mesmas.

No tocante à nota fiscal de fl. 34, emitida sob o número 17.913, na indicação do transportador, consta o nome do próprio autuado, inclusive há destaque da placa do veículo (MFL 5931), o que em nada favorece ao argumento apresentado, o mesmo acontecendo no que se refere à Nota Fiscal nº 3.581, (fl. 44), da qual consta a placa LYO 8163.

Por meio da primeira diligência na instância recursal, foram deduzidos do lançamento os valores atinentes às notas fiscais canceladas e incluídas em outros Autos de Infração, de acordo com os levantamentos analíticos de fls. 289 a 303, e sintético de fl. 288.

Os supostos erros de totalização indicados pelo recorrente, que teriam levado a recolhimentos a maior em determinados períodos, derivam da sua argumentação de que determinadas operações, desconhecidas, não ocorreram, o que não acato, tendo em vista as razões de fato e de direito já apresentadas.

Em referência ao mês de junho de 2013, o contribuinte assegurou que o ICMS-ST relativo às Notas Fiscais nºs 4.062.086, 394.733, 3.781, 35.019, 4.080.435, 93.743, 225.266 e 225.267, foi recolhido por intermédio do DAE, cuja cópia teria sido juntada ao Recurso. Entretanto, o documento não foi colacionado aos autos, seja no apelo, seja na impugnação.

Na manifestação de fls. 314 a 319, o recorrente teceu comentários sobre a informação fiscal de fls. 287/288, asseverando que ainda não haviam sido deduzidos do levantamento fiscal, mesmo com a diligência, todos os pagamentos realizados por meio de DAEs (Documentos de Arrecadação Estadual), com códigos de Receita nºs 1755 e 1187.

Alegou que, quando das ocorrências, ainda não vigia o § 7º, do art. 4º da Lei nº 7.014/1996, bem como as disposições constantes dos §§ 14 e 17 do art. 89 do RICMS-BA/2012.

Na informação fiscal de fls. 331 a 337, o auditor estranho ao feito, Erivelto Antonio Lopes, pontuou que, como o sujeito passivo não apresentou os Documentos de Arrecadação Estadual para dirimir quaisquer dúvidas atinentes ao assunto, recorreu aos sistemas de informática desta Secretaria da Fazenda, e colacionou cópias de todos os Autos de Infração a que se referem esses DAEs (fls. 338 a 669; código de receita 1755). Com isso, verificou a que notas fiscais dizem respeito, de acordo com a planilha de fls. 332 a 335.

Anexou cópias de todos os DAEs com código de receita 1187, (fls. 670 a 679), e também verificou a que notas fiscais dizem respeito, de acordo com a planilha de fls. 335 a 336.

Diante de tais apurações, concluiu, com acerto, que dos DAEs citados pelo contribuinte na planilha de fls. 321 a 323, apenas os designados no quadro de fl. 336 são relacionados com documentos fiscais cujo imposto está sendo exigido no presente lançamento de ofício.

Com isso, revisou o total lançado na infração 01, de R\$1.230.098,43, para R\$946.736,99, nos termos do levantamento de fls. 336/337.

Em 18/02/2021, o recorrente foi cientificado do resultado da diligência (fls. 681/682), mas não se pronunciou.

Assim como fez a JJF, resalto, que de acordo com o art. 82 do RICMS-BA/2012, a nota fiscal eletrônica (NF-e), é documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência digital, destinado a 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).

Além disso, o inciso I, do § 12, do art. 89 do RICMS-BA/2012, dispõe sobre a obrigatoriedade de disponibilização para download do arquivo da NF-e e seu respectivo Protocolo de Autorização de Uso ao destinatário da mercadoria pelo emitente, imediatamente após o recebimento da autorização de uso, o que depõe contra a tese de desconhecimento.

Não é verossímil que os ilícitos alegados pelo recorrente venham ocorrendo há cerca de dez anos, inclusive após a lavratura do Auto de Infração, sem que nenhuma medida eficaz tenha sido

levada a efeito contra os emitentes. A irregularidade de que trata a primeira infração, foi objeto de várias autuações nos últimos anos e não foi adotada qualquer providência jurídica contundente contra os supostos fraudadores.

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

No tocante ao quarto item do Auto de Infração, o art. 156, I do CTN (Código Tributário Nacional), tem o pagamento como uma das formas de extinção do crédito tributário. Este órgão de julgamento administrativo, vocacionado à constituição definitiva ou desconstituição do crédito tributário por meio da assim chamada autotutela, não pode deliberar ou decidir sobre algo extinto, que não mais existe.

Por outro lado, segundo o art. 122, I do RPAF-BA/1999, extingue-se o processo administrativo fiscal com a extinção do crédito tributário nele exigido.

Acolho a revisão de fls. 336/337, elaborada por auditor fiscal estranho ao feito, e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, com a alteração do ICMS da infração 01, de R\$1.104.974,12, para R\$946.736,99. As outras imputações permanecem inalteradas.

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 **206828.0001/15-0**, lavrado contra **FRIGORÍFICO E TRANSPORTADORA UBATÃ LTDA. (FRIGORSUL)**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$951.347,27**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$8.280,00**, e multa percentual no valor de **R\$112.234,03**, previstas nos incisos XXIII-A, “I” e II, “d” do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/2005, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de junho de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS