

PROCESSO	- A. I. N° 207093.0010/21-5
RECORRENTE	- ARTES FUN LOCAÇÃO EVENTOS COMÉRCIO DE SUVENIRES E TRANSPORTE – EIRELI
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF n° 0162-03/21-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 10/03/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0013-11/22-VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. É nulo o Auto de Infração que não contém elementos suficientes para determinar com segurança a infração e o infrator, principalmente quando as provas contidas nos autos demonstram que foi utilizado roteiro de fiscalização inadequado. O contribuinte conseguiu comprovar a inocorrência das operações autuadas, principalmente por ter comunicado à SEFAZ um ano antes da ação fiscal, ainda que pela via inadequada. Acolhida a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **Nulo**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão nº 0162-03/21-VD proferido pela 3ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente o Auto de Infração lavrado em 31/03/2021 no valor histórico de R\$475.819,79, em razão da(s) seguinte(s) infração(ões):

Infração 01 – 04.05.01: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2018 e 2019).

Após a conclusão da instrução processual, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Auto de Infração está embasado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, e foram fornecidas ao defendente cópias dos mencionados demonstrativos. Não foi identificado qualquer prejuízo ao Defendente, a infração apurada foi descrita de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2018 e 2019).

Na realização de levantamento quantitativo de estoques, são conferidas as quantidades de entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento em determinado período ou exercício, tendo como referências o estoque inicial e o estoque final constantes do Inventário. No mencionado levantamento é cumprido um roteiro de auditoria de fiscal, que pode ser realizada através de contagem física ou físico-documental, podendo ser aplicado a qualquer estabelecimento atacadista ou varejista, inexistindo qualquer impedimento para se realizar a mencionada auditoria em diversos exercícios, e lavrar apenas um Auto de Infração exigindo o imposto correspondente a cada exercício fiscalizado.

Nas razões de defesa, foi alegado pelo Autuado, que não comercializa qualquer mercadoria. Disse que a

aquisição de mercadorias tinha a finalidade apenas de viabilizar a prestação de serviços de recreação e, em 11/12/2019, abriu processo administrativo fiscal de número 612173/2019-1, por desconhecer e não receber as mercadorias constantes nas notas fiscais emitidas contra a empresa autuada pela TAGPACK IND E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA., CNPJ 14.090.059/0001-02, no valor total de R\$2.578.926,00. Também alegou, que o Auto de Infração tem na sua composição valores referentes ao processo já deferido e arquivado na SEFAZ, e não concorda com a autuação fiscal.

Na informação fiscal, o Autuante disse que a Ação Fiscal teve início em 25/01/2021, conforme fl. 06 do PAF, o levantamento fiscal foi realizado conforme EFD – Escrituração Fiscal Digital declarada pelo Autuado e documentos eletrônicos autorizados pela SEFAZ e, na conclusão, foram elaborados e entregues ao Autuado, mediante intimação à fl. 04, em meio magnético, os demonstrativos de fls. 07 a 47 (impressos no PAF).

Vale salientar, que é responsabilidade exclusiva do Contribuinte a escrituração fiscal digital e a sua remessa ao banco de dados da SEFAZ, devendo espelhar com fidedignidade os documentos fiscais. Em relação a quaisquer inconsistências, equívocos ou divergências, apuradas quando da realização do levantamento quantitativo de estoques, o autuado não providenciou a correção prévia, a sua escrituração e correspondente documentação fiscal. No caso em exame, os elementos apresentados são insuficientes para comprovar as alegações defensivas.

É correto afirmar, que as notas fiscais indicadas no levantamento fiscal comprovam, de forma inequívoca, que as mercadorias foram destinadas ao defensor, evidenciando a realização das operações mercantis entre os fornecedores e o autuado. A existência das referidas notas fiscais 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.

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 da irregularidade apurada.

Quanto ao argumento do autuado, de que não adquiriu as mercadorias, constato que os emitentes dos documentos fiscais, objetos da autuação, podem ser identificados por meio das respectivas chaves de acesso e CNPJ. Concordo com o posicionamento do autuante, de que se houve utilização indevida de dados cadastrais pelo fornecedor, o destinatário (autuado), visando se resarcir de danos morais e materiais, pode acionar judicialmente esse fornecedor a apresentar as provas de que dispõe. Também será obrigado a ressarcir o dano moral pela utilização indevida da razão social e dados cadastrais do destinatário, além de ser obrigado ao pagamento do valor exigido no Auto de Infração, ficando caracterizada a prática de crime contra a ordem tributária, sujeitando-se ao devido processo penal.

Vale ressaltar, que de acordo com o previsto no § 7º do art. 4º da Lei 7.014/96, “Tratando-se de operação declarada ao Fisco pelo remetente através de documento fiscal eletrônico, presume-se a entrada da mercadoria no estabelecimento do destinatário caso este não se manifeste, na forma e no prazo regulamentar, informando que a mercadoria descrita no documento fiscal eletrônico não foi por ele solicitada ou recebida”.

Por outro lado, é oportuno reproduzir o que estabelecem os parágrafos 16 e 17 do art. 89 do RICMS-BA/2012:

§ 16. O contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”;

§ 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, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado.

O Autuante informou que o Processo Sipro nº 612173/2019-1, mencionado na peça defensiva, não apresentou nem informou qualquer medida extrajudicial, Denúncia Policial ou Judicial contra a referida empresa, com o fito de se resguardar de danos morais e financeiros.

Para a sessão de julgamento, o defensor apresentou cópias de Notas Fiscais (indicando como natureza da operação, vendas a prazo), cópia do CNPJ (baixado), cópia da defesa, cópia da baixa na JUCEB e cópia de um e-mail enviado ao fornecedor em 24/09/2021, afirmando que “nunca teve relação comercial”.

O Impugnante apresentou requerimento solicitando adiamento da sessão de julgamento, alegando que não foi intimado da ação fiscal e do Auto de Infração. Entretanto, consta no PAF, Termo de Ciência via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, procedimento estabelecido na legislação, e o próprio Defendente anexou ao presente processo, Cópia do Termo de Intimação do AI.

O Autuado também solicitou que fosse concedido novo prazo de defesa, alegando que as operações autuadas

alcançam um montante acima de R\$ 2 milhões, enquanto o seu faturamento foi entre R\$6.000,00 e R\$14.000,00.

Fica indeferida a solicitação apresentada pelo Defendente, considerando que não há previsão legal para reabertura do prazo de defesa, uma vez que não foi constatado qualquer cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório.

Em relação ao Processo Administrativo Fiscal, cabe a este Órgão Julgador, julgar o litígio decorrente do lançamento efetuado em razão de impugnação apresentada, obedecendo aos princípios do contraditório e da garantia de ampla defesa. O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração, citando parcelas que não concorda com a exigência fiscal, se referindo ao levantamento efetuado pelo Autuante.

Quanto à necessidade de se verificar a existência de crime tributário, apurando se houve dolo ou culpa de terceiros no cometimento das irregularidades constantes no Auto de Infração, a competência para aplicar sanção penal é do Poder Judiciário, tendo em vista que constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, cabendo à autoridade administrativa constituir o crédito tributário e propor aplicação da penalidade cabível.

Para esta sessão de julgamento, o Defendente encaminhou por e-mail, cópia de Certidão de Ocorrência registrada na DECECAP em 05/10/2021, às 15:20 hs. Também encaminhou cópia do Protocolo datado de 06/10/2021, às 08:26 hs., referente a uma AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DA RELAÇÃO JURÍDICA C/C DANOS MORAIS E DANOS MATERIAIS. Portanto, as providências foram tomadas na data deste julgamento.

As alegações defensivas não podem ser acolhidas, uma vez que ficou caracterizada a infração relativa à aquisição de mercadorias sem o devido registro na escrita do estabelecimento autuado, e este CONSEF tem decidido, de forma reiterada, que as notas fiscais 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, 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 utilizadas pela fiscalização deste Estado para o levantamento fiscal, indicam que as mercadorias circularam no território baiano.

Na sustentação oral, o Defendente alegou que foi aplicada a alíquota de 18% neste Auto de Infração, e em outra autuação fiscal foi exigido o ICMS a título de Antecipação Parcial, por isso, alegou que deveria ser deduzido o valor da antecipação parcial do débito apurado neste lançamento.

O presente Auto de Infração, trata de exigência de ICMS apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, não cabendo deduzir o imposto relativo à antecipação parcial, que somente, após o seu recolhimento, o Contribuinte pode utilizar o respectivo crédito fiscal.

O defensor enviou para esta sessão de julgamento cópia de e-mail enviado pelo fornecedor (TAGPACK IND E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.), com a seguinte informação:

"Em resposta a manifestação enviada, tenho a informar que esta negociação foi uma atitude leviana e isolada de um ex representante de nossa empresa, já desligado à anos de nossa relação comercial.

Em relação aos produtos, NÃO houve circulação e ou movimentação destes itens, produtos e cargas, como também não houve nenhuma movimentação financeira atrelada a estes pedidos e posterior emissão de Notas fiscais.

Quando tomei ciência da operação, anulei internamente todos os processos mas infelizmente não tive tempo hábil de cancelar as notas, assumindo este prejuízo fiscal.

Isto, posto, tendo esclarecido o fato em questão, me despeço enviando minhas cordiais desculpas por este desastroso embaraço que este vendedor nos inseriu.

Cordialmente,

Valmir Geromel."

Observo que a declaração do fornecedor via e-mail não é suficiente para elidir a exigência fiscal, e não comprova que a operação autuada não ocorreu, e seria necessário comprovar que o imposto devido ao Estado da Bahia foi recolhido.

Acato as conclusões apresentadas na informação fiscal e concluo pela subsistência do presente lançamento, considerando que a diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte, sem emissão da documentação fiscal exigível (conforme art. 4º da Portaria 445/98).

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

O contribuinte, por sua vez, interpôs Recurso Voluntário pelos motivos a seguir indicados.

Preliminarmente, pede a reunião do presente processo ao correspondente ao Auto de Infração nº 2070930011/21-1, alegando que se referem ao mesmo fato gerador, o que pode resultar em excesso de execução fiscal, notadamente porque o ICMS lançado nestes autos não observou os créditos correspondentes à antecipação parcial que é exigida naquele outro feito.

Discorre sobre o princípio da legalidade, afirmando que o Auto de Infração não merece subsistir por não haver prova de que as mercadorias entraram no Estado da Bahia, principalmente porque não existe conhecimento de transporte.

Ainda em sede de preliminar, diz que o autuante ignorou os Manifestos Eletrônicos de Documentos Fiscais (MDF-e) declarando o desconhecimento da operação, com base no Ajuste SINIEF nº. 21/10 e Ato COTEPE/ICMS nº 29/16, o que tornaria a autuação totalmente nula, haja vista que a recorrente não adquiriu as mercadorias listadas nos demonstrativos que compõem o Auto de Infração.

Aponta que teve o cuidado de informar a Secretaria da Fazenda desde 11/12/2019, através de e-mail e petição, reproduzindo o seu conteúdo no corpo do recurso assim como o comprovante de protocolo (Processo SIPRO nºs 612173/2019-1 e 611260/2019-4). Reitera que comunicou a SEFAZ por meio do MDF-e, e-mail e petições protocoladas de que nunca adquiriu as mercadorias, não realizou qualquer operação mercantil com a empresa TAGPACK IND. E COM. DE EMBALAGENS LTDA, CNPJ nº 14.090.059/0001-22, nunca entrou em seu estabelecimento os produtos PREF PET (Garrafas PET), nem há provas de que tais mercadorias entraram no Estado da Bahia.

Nesta linha, pede a nulidade do lançamento, reforçando que não teria obrigação de apurar o imposto por antecipação parcial correspondente ou dar saída de mercadorias inexistentes em seu estabelecimento, por se tratar de operação totalmente desconhecida para a qual não há qualquer conhecimento de transporte em seu domicílio tributário eletrônico.

No mérito, relata que é microempresa individual, com inscrição baixada e que possuía como atividade principal a realização de eventos infantis, com receita bruta anual proveniente de prestação de serviços e no montante de R\$276.097,70 o que indica falta de capacidade financeira para aquisição de mercadorias em valor superior a 2,5 milhões de reais, como se observa dos informes de rendimento que reproduz no corpo do recurso, fornecido por adquirente de cartão de crédito (GETNET).

Aponta que as mercadorias objeto de autuação são garrafas PET, somente usadas por grandes indústrias, sendo necessário mais de uma carreta para transportar em grande quantidade, de modo que seria impossível entrar no Estado da Bahia sem conhecimento de transportes. Repete a inexistência de operações mercantis, conforme MDF-e, os quais reproduz novamente no corpo do recurso, apontando que os valores dos seus manifestos são idênticos àqueles constantes do relatório fiscal e que teve o cuidado de informar à SEFAZ por e-mail e petições, também reproduzindo seu conteúdo.

Relata que a fraude praticada também foi registrada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, conforme B.O. contido nos autos, observando ainda que o autuante não detectou movimentação financeira capaz de sustentar a operação mercantil supostamente realizada e nem destacou qualquer emissão de CT-e no banco de dados da SEFAZ.

Diz que a autuação recai sobre microempresa individual com faturamento anual irrisório e sem qualquer capacidade financeira para realizar operação mercantil deste porte, contudo, os argumentos de defesa foram rejeitados, inclusive os manifestos alegando desconhecimento da operação bem como a confissão da empresa fornecedora de que não houve a referida operação mercantil.

Reitera o pedido de improcedência do Auto de Infração.

Aponta ainda que foi apurado ICMS por suposta omissão de saídas de material de uso e/ou consumo do estabelecimento. Contudo, afirma que a legislação interna não prevê o pagamento do

DIFAL em operações realizadas com contribuintes inscritos dentro do Estado, muito menos neste caso em que a tributação teve a fase encerrada com a tributação em 18% pelo estabelecimento fornecedor, conforme relatório de fiscalização.

Sustenta que a JJF considerou a simples emissão de nota fiscal eletrônica como prova suficiente da operação mercantil, desprezando que, por ter origem em outra unidade da federação, seria necessário o conhecimento de transportes para sua circulação, tendo o acórdão reproduzido e-mail do fornecedor reconhecendo que não ocorreu a operação, além de citar o registro do Boletim de Ocorrência realizado e mesmo assim mantido o Auto de Infração, elaborado mediante levantamento fiscal totalmente virtual, com base em gravações em arquivos magnéticos sendo que, no banco de dados da SEFAZ, o autuante teria dado crédito às notas eletrônicas emitidas pelo suposto fornecedor, porém, desprezado os manifestos de desconhecimento da operação registrados pelo contribuinte.

Questiona ainda, por eventualidade, a capitulação da multa aplicada por entender que é exorbitante, deixando de considerar a sua natureza tributária e a consequente relação de proporcionalidade entre o dano e o resarcimento, citando doutrina de Sacha Calmon Navarro Coelho e dispositivo da Constituição Federal que proibiria a aplicação de multa com efeito de confisco.

Reclama da utilização da SELIC como taxa de juros, expediente que considera sabidamente ilegal e inconstitucional, motivo pelo qual requer a exclusão, junto com as multas aplicadas.

Conclui requerendo a reforma do acórdão de primeiro grau para declarar a nulidade do lançamento ou a improcedência do Auto de Infração, com a consequente exclusão do crédito tributário e da multa e/ou sua redução.

Recebidos os autos, foram distribuídos a este relator para apreciação.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de reunião destes autos ao PAF que a recorrente aponta como decorrente dos mesmos fatos. Não tenho dúvidas de que esta medida poderia representar economia processual e ainda contribuir para evitar decisões conflitantes proferidas por julgadores distintos. Também não vejo problema em relação à inexistência de previsão neste sentido no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia.

O próprio RPAF consagra o informalismo como princípio e orienta os julgadores a ter em vista a conveniência da rápida solução do litígio, dando ainda preferência para o modo menos oneroso para o requerente, quando determinado ato possa ser praticado por mais de um modo, conforme seu arts. 2º e §§ 1º e 2º. Por outro lado, não parece coerente que a Lei nº 12.209/2011, que regula o processo administrativo no Estado da Bahia, ordene a reunião de processos que possuem postulantes distintos, mas com direitos conexos ou que mutuamente se excluem (art. 19), e negue a mesma providência quando ambos os processos possuem a mesma parte interessada e, inclusive, derivam do mesmo fato.

Entretanto, a falta de uma estipulação expressa na legislação processual impõe uma maior cautela para a adoção de medidas atípicas que podem esbarrar em inviabilidade técnica ou prática, comprometendo inclusive a almejada celeridade processual. Em outras palavras, embora entenda ser possível acolher pedido neste sentido, penso que esta providência deve se limitar às situações excepcionais onde não haja dúvidas de que pode haver o comprometimento do exercício da ampla defesa ou evidente prejuízo ao requerente, o que não parece ser o caso.

Os demais requerimentos de natureza prejudicial ou preliminar se confundem com o mérito, que passo a apreciar.

O tema da principal controvérsia existente neste PAF são as Notas Fiscais de nºs 9173, 9174, 9238, 9290, 9311, 9325, 9331, 9332, 9369, 9407, 9418 e 9421 que correspondem a R\$ 456.136,76 do ICMS exigido pelo Auto de Infração, ou seja, quase todo o valor apurado de omissões de saída referentes ao exercício de 2019. A recorrente insiste que não adquiriu e, consequentemente, não

recebeu as aludidas mercadorias, de modo a não justificar a exigência, lançada a partir de levantamento quantitativo de estoque fechado.

Quanto ao valor remanescente, alega que se trata de material de consumo vinculado à sua atividade de realização de eventos infantis tributada pelo ISS e, portanto, não estaria sujeito ao pagamento de diferenças de alíquota além do foi adquirido de fornecedores situados no Estado da Bahia com a fase de tributação encerrada, excetuando-se apenas as Notas Fiscais oriundas de MG (nºs 1631, 20455, 55943, 56097 e 194159). Verifica-se, entretanto, que o demonstrativo de débitos relaciona documentos cujos emitentes são de PE (nºs 1142 e 1211) e de SC (nºs 8219, 8651 e 9954).

Por outro lado, observa-se que as notas fiscais consideradas foram emitidas com os seguintes CFOPs, incluindo as que a recorrente alega constituir objeto de fraude:

- **5101** (Venda de produção do estabelecimento);
- **5102** (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros);
- **5401** (Venda de produção do estabelecimento em operação com produto sujeito ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituto);
- **5405** (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído);
- **5908** (Remessa de bem por conta de contrato de comodato);
- **6101** (Venda de produção do estabelecimento);
- **6102** (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros);
- **6106** (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, que não deva por ele transitar); e
- **6108** (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, destinada a não contribuinte).

É certo que a simples inserção do código CFOP não é suficiente para afastar a presunção de legitimidade da autuação, contudo, diante do conjunto probatório, não vejo razão para afastar a presunção de boa-fé que deve ser garantida ao emitente dos referidos documentos, na forma do art. 13 do Código Civil. Ademais, presente na sessão de julgamento, o sócio da recorrente confessou que assumiu a sociedade, que anteriormente atuava em outros ramos, sem cuidar de alterar completamente seu contrato social.

Apesar da recorrente não ter percorrido o caminho probatório mais adequado para a tese defensiva, conforme a jurisprudência deste CONSEF, a qual costuma dar especial valor à previsão do § 16, do art. 89 do RICMS/BA, que determina a apresentação de boletim de ocorrência na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em casos como o presente, entendendo que conseguiu demonstrar que a autuação não possui a segurança necessária para sua manutenção, o que é ratificado pela consulta das DMAs da recorrente no período, onde se constata a inexistência de saídas e o registro das aquisições apenas de material de uso e consumo.

Destarte, há que se reconhecer a inobservância do roteiro de fiscalização mais adequado, de acordo com a atividade exercida pela autuada, não atendendo inclusive ao que dispõe o inciso I, do art. 5º da Portaria nº 445/98.

No que se refere à suposta fraude, é verdade, como já mencionado, que o art. 89, § 16 do RICMS/BA aponta o boletim de ocorrência como prova capaz de afastar a presunção legal em casos de uso irregular do nome do contribuinte e, como a recorrente somente trouxe a ocorrência policial aos autos no dia da sessão de julgamento, mesma data em que foi lavrada, a JJF entendeu por não considerá-la válida para ilidir a autuação, ainda que acompanhada de ação declaratória de inexistência de relação jurídica e declaração da fornecedora de que a relação comercial jamais existiu.

Sabe-se que a comunicação de ocorrência policial é ato unilateral que, desprovido de outros elementos de prova, é insuficiente para comprovar as informações nela contidas. A declaração da fornecedora, da mesma forma, somente possibilita presumir a veracidade em seu favor, mas não provam o fato alegado em si (art. 408 e § único do CPC), notadamente por se tratar de hipótese que possui forma especial (art. 89, § 17 do RICMS/BA c.c. Ajuste SINIEF 07/05).

Contudo, pesa em favor da recorrente a comprovação de que comunicou a Secretaria da Fazenda logo que tomou conhecimento das operações indicadas como desconhecidas, conforme comprovam os comprovantes de protocolo do Processo SIPRO 612173/2019-1 e do Processo SIPRO 611260/2019-4, realizados em dezembro de 2019 e os e-mails também encaminhados **mais de um ano antes da ação fiscal**, e juntados nestes autos com a resposta do auditor Vladimir Moreira, à época integrante da SAT/DAT METRO/INFAZ ATACADO.

Além disso, demonstra ter registrado o desconhecimento da operação no Manifesto de Documentos Fiscais (MDF-e) em dezembro de 2019 o que, embora não tenha ocorrido dentro do prazo de 70 dias constante no art. 89, § 17 do RICMS/BA ou nos 90 dias que mencionava a redação original da Cláusula décima quinta-C do Ajuste SINIEF 07/05, uma vez que as operações contestadas ocorreram entre 24/06/2019 e 16/08/2019, consolida a presunção de sua boa-fé até mesmo porque o Ajuste SINIEF 44/20, com efeitos a partir de 11/12/20, ampliou o prazo mencionado para 180 dias.

É importante destacar a existência nos autos de outros elementos que conferem coerência e razoabilidade à sua defesa, pois, a maior parte dos itens objeto da autuação são compatíveis com a prestação de serviços de recreação e lazer, que afirmar ser a única exercida no período (a despeito das demais contidas em seu cadastro) e que foi devidamente oferecida à tributação municipal, conforme NFSEs de fls. 90-95, com discriminação compatível com o quanto alegado e receita bruta aparentemente inconciliável com o valor das operações que motivaram o lançamento, conforme demonstrativo de meio de pagamento contido em seu recurso (fls. 209-210).

Destaque-se ainda que, em consulta formulada no sistema da SEFAZ, durante sessão de julgamento, não foram identificadas operações comerciais além daquelas que justificaram a autuação ora contestada.

Por fim, em que pese a recorrente somente tenha contestado as demais operações contidas no auto após a apresentação da informação fiscal, se encontra suficientemente demonstrado que sua atividade era de prestação de serviços cuja execução poderia contemplar o fornecimento de mercadorias, porém, não reclama a tributação estadual e, portanto, não a sujeitam à antecipação parcial. Outrossim, como o lançamento tem por objeto a omissão de saída, mesmo na hipótese de ser devido diferencial de alíquotas correspondente a material de uso e/ou consumo, esta autuação não merece subsistir por não conter a segurança necessária.

Assim, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar o Auto de Infração NULO, de acordo com o art. 18, IV, “a” do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 207093.0010/21-5, lavrado contra **ARTES FUN LOCAÇÃO EVENTOS COMÉRCIO DE SUVENIRES E TRANSPORTE - EIRELI**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS