

PROCESSO - A. I. Nº 269138.0119/21-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e POSTO DE COMBUSTÍVEIS ULM LTDA.
RECORRIDOS - POSTO DE COMBUSTÍVEIS ULM LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0074-02/22-VD
ORIGEM - SAT / COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21/10/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0264-11/22-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE “MANIFESTAÇÃO DO DESTINATÁRIO” – CONFIRMAÇÃO DA OPERAÇÃO REFERENTE A DOCUMENTO FISCAL ELETRÔNICO. A redução promovida em primeira instância decorreu do reconhecimento do erro pelo próprio autuante, que revisou os valores. A recorrente logrou êxito em comprovar que os remanescentes deveriam seguir o mesmo caminho ao apresentar os comprovantes de manifestação do destinatário das datas ainda pendentes. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário PROVIDO. Auto de Infração *Improcedente*. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam-se de Recursos Voluntário e de Ofício interpostos em face do Acórdão nº 0074-02/22-VD proferido pela 2ª JJF deste CONSEF, julgando Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 19/07/2021 no valor histórico de R\$ 202.104,82, abordando a seguinte infração:

INFRAÇÃO 01 – 016.016.001 – *Deixou o contribuinte de efetuar a “manifestação do destinatário” – Confirmação da Operação – referente a operação ou prestação descrita em documento fiscal eletrônico, nos prazos previstos pela legislação tributária, para os fatos apurados em janeiro a dezembro de 2016, janeiro, setembro a dezembro de 2017, janeiro, março a dezembro de 2018 e janeiro a agosto de 2019.*

Enquadramento legal: Cláusula décima quinta – “A” e “B” do Ajuste SINIEF 07/05, art. 89, § 4º e art. 34, inc. XV da Lei nº 7.014/96.

Após instrução processual foi proferida a seguinte decisão:

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de uma infração à legislação do ICMS, tempestivamente impugnada.

A autuada é contribuinte do ICMS, inscrita na condição Normal, atua no comércio varejista de combustíveis para veículos automotores e está estabelecida no Distrito Industrial do município de Candeias, neste Estado.

O sujeito passivo foi cientificado acerca do início da ação fiscal através do Termo de Início de Fiscalização, fls. 22-v e 23, postada em 01/07/2021 no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, cuja ciência tácita ocorreu em 07/07/2021.

O lançamento encontra-se em consonância com o Código Tributário Nacional, haja vista que o crédito tributário foi constituído mediante instrumento apropriado, por autoridade administrativa competente para tal, que através da aplicação de roteiro de auditoria fiscal, utilizando ferramenta homologada e disponibilizada oficialmente pela Secretaria da Fazenda, verificou a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante a ser exigido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade prevista na Lei nº 7.014/96.

Os valores exigidos foram apurados com base nos dados da Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte e das Notas Fiscais Eletrônicas – NF-es emitidas contra, e por ele, arquivadas no repositório nacional, espelhados nos demonstrativos analíticos e sintéticos impressos e apensados aos autos, fl. 23-v a 32, atendendo ao que preconiza os artigos 142 do Código Tributário Nacional e 39 do RPAF/99, de forma que o lançamento preenche todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

A autuada, tempestivamente impugnou o lançamento, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, abordando objetivamente os aspectos da infração, demonstrando total conhecimento da acusação e praticando de forma irrestrita o contraditório.

A defesa, preliminarmente arguiu nulidade do lançamento sob os argumentos de que (1) não houve correção na condução dos procedimentos investigatórios, somente dando-lhe ciência do início de ação fiscal, sem lhe possibilitar apresentar qualquer explicação ou justificativa, ou mesmo que juntasse documentação relativa aos fatos apurados, portanto, houve cerceamento de direito de defesa; e, (2) que nenhuma prova foi anexada aos autos, invertendo-se o ônus da prova, tendo o contribuinte ter que provar o que não fez.

Quanto a primeira arguição de não ter a fiscalização oferecido acesso aos atos que estariam sendo praticados no processo fiscalizatório, e que não lhe foram solicitadas informações ou documentos, ressalto que o sujeito passivo teve ciência do início da ação fiscal, conforme dito linhas acima, sendo suficiente esta providência, prevista no RPAF/99, para que se instaure o processo de fiscalização.

O procedimento fiscal por ser vinculado à lei, rege-se na sua fase inicial, dentre outros princípios, pelo da inquisitoriedade que basicamente concede poder ao fisco para realizar as investigações e apurações, sem que o contribuinte possa obrigatoriamente opinar, podendo ser chamado para apresentar livros fiscais e outros documentos comprobatórios de suas operações.

A doutrina conceitua o procedimento administrativo preparatório do lançamento como uma fase preliminar. Nesta fase a autoridade fiscal verifica a ocorrência do fato gerador, determina o montante devido e a possível penalidade a ser aplicada e tendo constatada alguma transgressão à norma tributária, lança o crédito tributário, sem a participação do sujeito passivo.

Nesta fase não se observa o direito ao contraditório e a ampla defesa, pois não é forma, tampouco fase de resolução de conflitos. Trata-se de procedimento inquisitorial, e, portanto, não há que falar em direito ao contraditório, sendo resguardado, no entanto, todas as garantias constitucionais do contribuinte, vigorando principalmente o princípio da legalidade estrita, não podendo alegar nestas condições cerceamento do direito de defesa.

Quanto a segunda arguição, de que nenhuma prova foi anexada aos autos lhe impõe provar o que não fez, não se sustenta, uma vez que as provas da infração encontram-se consubstanciadas na Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte, transmitida aos órgãos fiscalizadores através do SPED-Fiscal, que se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, se constitui na única escrituração fiscal válida, e assim, contém os registros e informações sobre os quais cabe à fiscalização utilizá-los como dados no desenvolvimento de auditorias, aplicando os roteiros apropriados.

As provas capazes de desconstituir a infração ou parte dela, estão de posse do sujeito passivo, uma vez que os registros da EFD, foram por ele produzidos e transmitidos, sendo assim de sua inteira responsabilidade. Não há no caso, portanto, a exigência de prova impossível, tanto assim que o contribuinte lançando mão da sua EFD, trouxe aos autos os elementos de prova que provocaram a revisão do lançamento na forma do RPAF/99, tendo o contribuinte sido notificado sobre o novo levantamento na forma do art. 18, § 1º do citado RPAF/99, sem que tenha contra ele se insurgido.

Destarte, afasto as arguições de nulidade.

Quanto ao pedido de perícia, nego com base no art. 147, inc. II, alínea “b” do RPAF/99 por entender desnecessária em vista de outras provas produzidas.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito à falta de manifestação do destinatário – confirmação da operação, referente a operação constante em documento fiscal eletrônico nos prazos legais, infringindo o art. 89, § 14 do RICMS/2012 e a Cláusula décima quinta – “A” e “B” do Ajuste SINIEF 07/2015.

Art. 89. Do resultado da análise referida no art. 88, a Secretaria da Fazenda cientificará o emitente: (...)

§ 14. O contribuinte destinatário das mercadorias a seguir indicadas deverá registrar, nos termos do Ajuste SINIEF 07/05, os eventos da NF-e denominados “ciência da emissão”, “confirmação da operação”, “operação não realizada” ou “desconhecimento da operação”, conforme o caso:

I - combustíveis, derivados ou não de petróleo, quando destinados a estabelecimentos distribuidores, postos de combustíveis e transportadores revendedores retalhistas;

Os prazos para registro dos eventos, estão previstos no § 15 do citado artigo do Regulamento do ICMS.

§ 15. O registro dos eventos relacionados à NF-e, previstos no § 14 deste artigo, deverão ser efetuados nos seguintes prazos: (...)

II - confirmação da operação e operação não realizada, contados da data de autorização de uso da NF-e:

- a) nas operações internas, 20 (vinte) dias;*
- b) nas operações interestaduais, 35 (trinta e cinco) dias;*
- c) nas operações interestaduais destinadas a área incentivada, 70 (setenta) dias;*

Os eventos denominados “manifestação do contribuinte”, previstos no Ajuste SINIEF 07/2015, decorre da implantação da nota fiscal eletrônica e tem razões importantes que a justifica.

Antes da implantação da nota fiscal eletrônica, o destinatário de qualquer mercadoria somente tinha acesso ao

documento fiscal depois de sua emissão e não raro, somente tomava conhecimento de seu conteúdo no momento do recebimento da mercadoria.

Essa realidade se constituía em um campo fértil para perpetração de algumas fraudes que poderiam acontecer sem conhecimento prévio do fisco, do remetente e também do destinatário, como por exemplo, o uso de inscrição estadual idônea pertencente a um contribuinte para documentar uma operação não praticada por ele, que ao receber um documento inidôneo e ser responsabilizado nos termos da legislação.

Com a implantação dos documentos eletrônicos, essa realidade mudou substancialmente, permitindo o conhecimento instantâneo de cada evento por parte dos atores envolvidos: remetente, destinatário e fiscos estadual e federal. Para aprimorar e consolidar os controles, agora possíveis, o remetente das mercadorias ao emitir a nota emitida, o destinatário passa a ter conhecimento das informações prestadas no documento fiscal antes mesmo de receber a mercadoria.

A manifestação do destinatário é um conjunto de eventos que consiste na possibilidade do destinatário se manifestar sobre a sua participação na transação identificada na NF-e, confirmando as informações prestadas por seu fornecedor.

Já o evento de “Confirmação da Operação” a ser realizado pelo destinatário, tem por objetivo de confirmar a operação nos casos que não envolver a movimentação da mercadoria e o recebimento dela, nos casos que a operação se concretize com a sua movimentação. Saliente que após a Confirmação da Operação pelo destinatário, não há mais possibilidade de cancelamento da NF-e.

É importante que o contribuinte entenda que a realização do evento “ciência da emissão” não desobriga o destinatário de manifestar-se quanto ao recebimento do produto ou confirmação de que a operação foi realizada. Portanto, deve se manifestar de forma conclusiva por meio do evento “Confirmação da Operação”, estando inclusive sujeito a penalidades caso não conclua o procedimento.

Tendo o autuante constatado que alguns documentos fiscais eletrônicos se encontravam registrados na EFD do contribuinte sem que tenha o mesmo registrado a “Confirmação da Operação”, corretamente aplicou a multa de 1% do valor da operação, prevista no art. 42, inc. X-A da Lei nº 7.014/96, cuja redação atual foi dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015 com efeitos a partir de 11/12/2015.

Ressalto que não está se cobrando imposto, como aduzido pela autuada, mas tão somente multa por descumprimento de uma obrigação acessória. Também não houve procedimentos para determinar os ganhos apurados no LMC, conduzidos sem observância de disposições expressas da legislação, com preterição de aspectos essenciais da ampla defesa.

Em sede de informação fiscal, o autuante procedeu a revisão do lançamento e tendo constatado que ocorreram equívocos, refez o levantamento, fl. 49-v, reduzindo a multa sobre três notas fiscais que totalizam operações no valor de R\$ 73.731,00, contra o qual a autuada não mais se manifestou, mesmo após notificada.

Considerando os prazos previstos no art. 89, § 15 do RICMS/2012, acima transcrito, no presente caso, tratando-se de operações internas, o contribuinte teria o prazo para registrar o evento 20 dias após a autorização da NF-e.

Quanto a ameaça em recorrer ao Poder Judiciário, lembro que se trata de um direito inalienável de todos os cidadãos, tendo em vista o princípio constitucional do acesso à justiça, que prevê ser um direito fundamental previsto no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal.

Este direito garante a todos os brasileiros a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário e à Justiça. Dessa maneira, é responsabilidade do Estado garantir que todos os cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes do país possam reivindicar seus direitos.

Em relação ao pedido para redução das multas apontadas, ou mesmo, que se aplique somente penalidade de advertência, nego por falta de previsão legal para tal. Ademais, não há possibilidade de aplicação de penalidade de advertência, uma vez que sequer existe tal penalidade.

Assim, considerando os fatos demonstrados nos autos, acolho a revisão procedida pelo autuante, restando devida a multa no valor de R\$ 737,32, na forma do demonstrativo a seguir, produzido a partir do demonstrativo elaborado pelo autuante, fl. 49-v, onde foram relacionados os valores das notas fiscais mantidas na autuação, cuja multa corresponde a 1% sobre o valor de cada uma delas, conforme previsto no art. 42, inc. X-A da Lei nº 7.014/96.

Data Autorização	Data de Vencimento	Valor da NF-e (R\$)	Multa (%)	Valor da Multa (R\$)
01/04/2016	21/04/2016	30.072,00	1,00	300,72
02/04/2016	22/04/2016	27.401,50	1,00	274,02
18/04/2016	09/05/2016	16.257,50	1,00	162,58
Total – abril/2016		73.731,00		737,32

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

A JJF interpôs Recurso de Ofício.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário pelas razões a seguir sintetizadas.

Diz que o acórdão da 2^a JJF fez justiça parcial ao reduzir a penalidade aplicada, porém, não concorda com o resultado do julgamento porque o demonstrativo de fl. 7 não contém informações suficientes, como os números das notas fiscais, o que seria um caso típico de nulidade.

Alega que, com base nas datas e valores apresentados procedeu à verificação para comprovar o que foi afirmado na impugnação, no sentido de que nenhuma nota ficou sem manifestação. Sustenta que as três notas apontadas no relatório do acórdão recorrido estão devidamente manifestadas, conforme relatórios que acosta ao recurso, o que provaria ter cumprido rigorosamente os dispositivos legais estabelecidos.

Conclui pedindo a improcedência da cobrança.

Em seguida, os autos foram distribuídos a este relator para apreciação.

VOTO

Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais no recurso e nem sendo o caso de suscitar-las de ofício, aprecio diretamente o mérito.

O Recurso de Ofício interposto pela JJF não merece prosperar. Cuida-se de autuação pertinente à falta de “manifestação do destinatário” pelo contribuinte. O autuante, ao se manifestar sobre a defesa, indicou apenas que veio “[...] apresentar a sua informação fiscal para reconhecer que, de fato, houve erros na infração 016.016.001” (fl. 49), anexando os novos demonstrativos corrigidos.

Logo, a sucinta declaração de erro apresentada pelo autuante não abre espaço para prosperar a pretensão recursal, sobretudo porque só há nos autos os demonstrativos e relatórios impressos que aparelharam a autuação. Consequentemente, Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, inicialmente, destaco que o acórdão recorrido contém erro material na tabela pertinentes aos débitos que foram mantidos, pois, o demonstrativo que acompanha a informação fiscal (fl. 49v) indica que a Nota Fiscal nº 223019 foi emitida em 19/04/2018, ao contrário do que constou no acórdão recorrido.

Destarte, a recorrente logrou êxito em comprovar a manifestação de confirmação das operações dos 150228, 150395 e 223019 nos dias 01/04/2016, 02/04/2016 e 19/04/2018, conforme documentos que apresentou com o Recurso Voluntário interposto (fls. 93-95), os quais reputo suficientes para elidir o que remanesceu da autuação.

Diante do exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, e Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269138.0119/21-0, lavrado contra **POSTO DE COMBUSTÍVEIS ULM LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS