

A. I. N° - 269200.0005/20-8
AUTUADO - TRANSPORTADORA ASSOCIADA DE GÁS S. A. - TAG
AUTUANTE - JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA
ORIGEM - DAT/NORTE IFEP
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/10/2022

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0179-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. A empresa autuada efetuou lançamento de crédito para compensar suposto débito fiscal indevido constante em documento fiscal emitido por ele. Restou comprovado que o autuado efetuou o estorno de débito indevidamente, haja vista que o imposto devido não fora recolhido por outro contribuinte conforme alegado, entretanto, não provado, vez não ter apresentado elementos de provas robustos para elidir a autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 23 de setembro de 2020 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 223.437,24, além de multa de 60% pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. **001.006.001**. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses de junho e novembro de 2017.

Tempestivamente, o autuado, por seus advogados, constituídos na forma do instrumento de fl. 28, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 13 a 16, onde inicialmente, após informar desenvolver a atividade de transporte de gás natural, firma que os estornos realizados estão de acordo com a legislação aplicável, pelo que a autuação é totalmente improcedente.

Após breve histórico dos fatos, argui ter sido o Auto de Infração lavrado pelo autuante, com base apenas em dois estornos de ICMS realizados pela empresa, o primeiro, em junho de 2017, no valor de R\$ 168.570,11, e o segundo, em novembro de 2017, no montante de R\$ 54.867,13.

Em relação ao estorno do mês de junho de 2017, registra se tratar de ICMS recolhido antecipadamente em razão da prestação de serviço sujeita ao tributo, ocorrida no período de abril a setembro de 2014, sendo que naquela ocasião, os serviços foram prestados antes da emissão das notas fiscais, e registrados nos livros de Apuração de ICMS no campo “002 – outros débitos” (Doc. 03).

Fala que a soma dos valores de ICMS reconhecidos na linha “002 – outros débitos” dos livros de Apuração de ICMS, antes mesmo da emissão da respectiva nota fiscal, compõem a quantia estornada na apuração de junho de 2017, de R\$ 168.570,11.

Quanto ao pagamento do imposto, informa que irá juntar os comprovantes de recolhimento do ICMS dos meses de abril a setembro de 2014 em momento oportuno.

Considerando que a prestação de serviço foi realizada e tributada anos antes do estorno, contudo, sem emissão dos respectivos CT-e, o que só ocorreu em junho de 2017, não podendo ajustar a apuração de outra forma, senão estornando o débito de ICMS gerado com a emissão extemporânea dos documentos fiscais, sob pena de recolher o tributo em duplicidade.

Tem como comprovada a lisura na realização do estorno do débito de ICMS, reconhecido nos livros fiscais de períodos anteriores e recolhido na época, porquanto a emissão tardia dos CT-e poderia conduzir a recolhimento em duplicidade do tributo.

Em relação ao estorno realizado em novembro de 2017, relata se tratar de operação interestadual de transporte de gás natural, cuja prestação de serviço se iniciou no estado da Bahia, e como o tomador do serviço (Petróleo Brasileiro S. A. – Petrobrás, CNPJ 33.000.167/0236-67), que também tinha estabelecimento neste estado, na época do fato gerador, esta operação estava sujeita à substituição tributária, na forma do artigo 298, inciso III, do Decreto 13.780/12, reproduzido.

Os CT-e anexos (Doc. 04), cujas informações estão resumidas em planilha (Doc. 05), e o comprovante de recolhimento do tributo pela Petrobrás, substituta tributária (Doc. 06), confirmam a afirmação acima, na medida em que identificam a origem e o destino da operação, assim como evidenciam o tomador do serviço, comprovando a subsunção dos fatos à hipótese do artigo 298, inciso III, do RICMS/12.

Conquanto tenha emitido o CT e o escriturado sem considerar a substituição tributária, o ICMS devido na apuração foi contabilizado como próprio, o que ensejou o estorno referido, a fim de anular o efeito, tal como pode ser verificado no livro de Apuração do período.

Conclui no sentido de uma vez que o ICMS em questão foi recolhido pela empresa tomadora do serviço, na forma do artigo 298, inciso III, do RICMS/12, bem como pela necessidade de anular o efeito na apuração do tributo, decorrente da desconsideração da substituição tributária, tem como justificado o estorno do ICMS objeto da autuação, pelo que o lançamento deve ser julgado improcedente.

Acostou documentos de fls. 53 a 69.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 81 a 85, relata os fatos que ensejaram a autuação, os argumentos defensivos apresentados, e em relação ao fato lançado no mês de junho de 2017, indica que após análise das alegações defensivas e documentos apresentados, verificou a ausência de autolançamento a débito do imposto na apuração mensal do ICMS, em todo o período mencionado pela autuada, de abril a setembro de 2014.

De igual modo, confirma não ter havido menção a quais CTE teriam sido emitidos extemporaneamente em junho de 2017, correspondente a serviços prestados pela autuada entre abril a setembro de 2014, e cujo imposto incidente teria sido levado a apuração do imposto na data regulamentar, como ‘outros débitos’, uma vez não ter havido a emissão regular e registro fiscal dos CTE correspondentes.

Assevera tampouco ter sido comprovado o recolhimento do imposto apurado nos períodos de apuração mencionados, se limitando a autuada em informar que tais comprovantes seriam anexados em “momento oportuno”, entretanto, a primeira oportunidade para apresentação de prova documental é no decorrer dos trabalhos de fiscalização, e o segundo momento na apresentação de impugnação ao lançamento.

Ressalta que em nenhum desses momentos “oportunos”, foi oferecido ao Fisco tal comprovação, não sabendo dizer, então, qual seria o “momento oportuno” a que a autuada faz referência.

Desta forma, assevera não terem ficado comprovadas as alegações defensivas, sendo incapazes de elidir a autuação.

No que diz respeito ao lançamento cujo fato gerador data de 30/11/2017, alega tampouco se mostrar idônea a argumentação defensiva, vez que a mesma informa ter havido destaque indevido do imposto em alguns CTE emitidos no período, por serem supostamente de responsabilidade do substituto tributário, cuja soma chega a R\$ 67.612,41, ao tempo em que anexa comprovante do recolhimento efetuado pela tomadora dos serviços e suposta substituta tributária no valor de apenas R\$ 54.089,92, destacando ainda que o valor estornado e lançado no Auto de Infração é de R\$ 54.867,13.

Ou seja: não há qualquer batimento entre os dados, e desta forma, não se pode afirmar categoricamente que o recolhimento efetuado pela tomadora do serviço seja referente àqueles

prestados pela autuada, assevera.

Assim, por entender não restarem comprovadas as alegações defensivas, merece a autuação com fato gerador ocorrido em 30/11/2017, ser mantida em sua integralidade, ressalvando, porém, que caso se entenda pela suficiência probatória do quanto alegado pela defesa, ainda restaria sem comprovação o valor de R\$ 777,21, correspondente à diferença entre o valor lançado (débito de ICMS estornado pela autuada em sua apuração de imposto), de R\$ 54.867,13, e o que teria sido recolhido pelo suposto substituto tributário (R\$ 54.089,92).

Conclui no sentido de que as alegações defensivas se mostram incapazes de elidir por completo a autuação, motivo pelo qual solicita que se acate o lançamento de ofício efetuado, julgando-o totalmente procedente, nos termos expostos na informação fiscal.

Foram os autos encaminhados pelo órgão preparador para o CONSEF em 15/07/2022 (fl. 86), recebido pelo órgão julgador em 26/07/2022 (fl. 86-v), e distribuídos a este relator em 19/08/2022 (fl. 91-v).

Presente na sessão, o advogado da autuada, Dr. Rodrigo Gabriel Alarcon, OAB/DF 52.825, que em sustentação oral, após garantir ter sido o relatório detalhado, aponta que em relação ao mês de junho de 2017, juntou aos autos o Documento 3, que comprovaria a emissão dos CT-e, sendo que a soma dos valores recolhidos na linha 002 do livro de Apuração, coincidem com o valor lançado.

Quanto a competência do mês de novembro de 2017, argumentou que à época, a operação estando submetida a substituição tributária, e teve o imposto recolhido pelo tomador do serviço, no caso, a Petrobrás.

Por tais razões, pede o provimento da impugnação e a improcedência da autuação.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através do encaminhamento via Domicílio Tributário Eletrônico, de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, cuja ciência se deu em 25/05/2020 (fl. 04).

A memória de cálculo da autuação e os documentos que a suportam se encontram na mídia de fl. 10.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão a infração cometida, apontando a conduta praticada pelo contribuinte e tida como contrária à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma de objetiva peça de impugnação.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de “Transporte dutoviário”, CNAE 49.40-0-00, estabelecido no município de Pojuca.

Não existem questões preliminares a serem apreciadas, motivo pelo qual adentro na análise do mérito da autuação.

São duas as ocorrências apontadas pela fiscalização, uma delas em junho, e a outra em novembro de 2017.

Antes de qualquer outra consideração, entendo pertinente e importante analisar o princípio da verdade material, de cuja obediência depende o deslinde da lide, tendo em vista se tratar não de questão de direito, mas sim, questão de fato, sendo este um princípio de extrema importância no processo administrativo fiscal, a qual foi buscada de forma insistente no feito.

O detetive Medauar (*A Processualidade do Direito Administrativo*, São Paulo, RT, 2ª edição, 2008, página 131) entende que “*O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carregar para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las*”.

O doutrinador Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, RT, 16ª edição, 1991, Página 581) entende que “*O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve-se cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a reformatio in pejus, ou a nova prova conduz o julgador de segunda instância a uma verdade material desfavorável ao próprio recorrente*”.

Ressalte-se ainda, que tal princípio impõe à Administração Pública o dever de provar os fatos alegados, sendo regra a vedação de aplicar-se como verdadeiros fatos fictícios ou de mera presunção da ocorrência de sua hipótese de incidência, devendo, portanto, buscar-se a descrição concreta dos fatos ocorridos. A Constituição Federal em seu artigo 5º, incisos LV e LXXVIII assegura ao cidadão litigante, quer em processo judicial quer em processo administrativo, o contraditório, a ampla defesa e a razoável duração do processo.

Assim, percebe-se que a Carta Magna quis assegurar às litigantes garantias semelhantes tanto no processo judicial quanto no administrativo. Apesar disso, não se pode dizer que não existem diferenças entre eles, um dos mais expressivos elementos diferenciadores resulta da jurisdição.

Não se podem afastar, no processo administrativo fiscal, os diversos princípios informadores do processo judicial e garantias constitucionais do cidadão, entre eles os princípios da verdade material e do livre convencimento motivado do julgador, reitero.

Dessa forma, a valoração das provas à luz do princípio da verdade material deve obedecer aos princípios constitucionais e as normas atinentes ao processo, buscando-se a maior verossimilhança possível dos fatos alegados pelo agente responsável pelo lançamento, e permitindo ao contribuinte utilizar-se da produção de todas e quaisquer provas a ele admitidas por direito quando possíveis no caso concreto, sem qualquer restrição. E mais: o julgador deverá valorar as provas a ele apresentadas livremente, sempre buscando a verdade material dos fatos.

Nele, a produção de provas é de grande relevância, pois visa a obtenção da verdade, ou sua maior aproximação, visto que dificilmente se consegue descrever com exatidão como o fato realmente ocorreu. E é neste sentido, do maior grau de semelhança das ocorrências descritas nos atos formais realizados pelo agente administrativo, que se reveste o princípio da verdade material.

O Processo Administrativo Fiscal busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários. Com status constitucionais, os princípios da ampla defesa e do contraditório serão garantidos ao sujeito passivo, que, querendo, apresentará contestação ao lançamento tributário, intervindo por meio de produção das provas.

A denominada verdade material funda-se na aceitação da teoria da verdade por correspondência, pressupondo a possibilidade de espelhar a realidade por meio da linguagem.

No processo existirão sempre três verdades: a) verdade descrita no lançamento pela autoridade fiscal; b) verdade descrita na impugnação do contribuinte; c) verdade do julgador.

Prevalece a verdade do julgador, para quem as provas terão papel fundamental na formação da sua convicção. A essa autoridade incumbe determinar ou não a realização das diligências, inclusive perícias, podendo indeferi-las se as tiver por prescindíveis ou impraticáveis, o que não é o caso em comento.

São os princípios que norteiam o Processo Administrativo Fiscal e que definem os limites dos poderes de cognição do julgador em relação aos fatos que podem ser considerados para a decisão da situação que lhe é submetida.

Logo, no caso em comento, a produção pela defesa do elemento probante se mostra não somente necessária, como, igualmente, essencial para a resolução da autuação.

Por outro lado, o RPAF/99 estabelece em seu artigo 123, § 5º:

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

(...)

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportunamente, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos”.

Assim, não tendo vindo aos autos qualquer justificativa quanto a ausência de elementos probantes para a infração 01, além da simples promessa de apresentar os mesmos em “momento oportuno”, o que também não ocorreu, para a infração lançada para o mês de junho de 2017, se constata com clareza solar que o contribuinte não se desincumbiu de comprovar as alegações defensivas postas em sede de impugnação.

De igual modo, os documentos acostados às fls. 55 a 69 carecem de força probante, uma vez que além de se referirem a escrituração por processamento de dados, sem a devida validade jurídica, frente à instituição da Escrituração Fiscal Digital (EFD), bem como por se reportar a “ajustes extrafiscais”, sem qualquer cunho de oficialidade.

Da mesma forma, soa estranho que prestações realizadas em 2014, apenas em 2017 tivessem a documentação fiscal correspondente emitidas, e a mídia acostada pela defesa à folha 77 traz apenas Conhecimentos de Transporte, como o de número 5628, emitido em 30/11/2017, sem qualquer outro elemento que pudesse comprovar as alegações defensivas aduzidas, inclusive com a indicação no mesmo de que o início/término da prestação de serviço de transporte seria de 01/11/2017 a 30/11/2017.

Também não vieram aos fólios, como prometido, qualquer registro contábil válido, em favor da argumentaçãoposta na impugnação, sequer a correlação de tais documentos fiscais, com os estornos realizados, ou comprovante de recolhimento do imposto eventualmente feito pelo tomador do serviço prestado nos valores correspondentes à autuação.

Além disso não vieram aos fólios comprovantes de ter o contribuinte atendido ao teor dos artigos 307 e 308 do RICMS/12:

“Art. 307. O débito fiscal somente poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

Art. 308. A escrituração fiscal do estorno ou anulação de débito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será ‘Estorno de Débito’, consignando-se o respectivo valor no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro ‘Crédito do Imposto - Estornos de Débitos’”.

Com isso, os argumentos postos em sede defensiva, continuam a carecer de qualquer segurança e/ou capacidade de provar a favor da autuada, razão pela qual entendo ser procedente a autuação, pelo fato de, ainda que buscada a verdade material, as alegações defensivas não foram suficientemente comprovadas.

A título ilustrativo, esclareço ter sido a empresa autuada pelas mesmas razões ora analisadas, resultando no julgamento consubstanciado no Acórdão CJF 0278-11/18, julgado em 11/10/2018, pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, bem como o Acórdão JJF 0036-01/22-VD, julgado em 15/03/2022.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. **269200.0005/20-8**, lavrado contra **TRANSPORTADORA ASSOCIADA DE GÁS S. A. - TAG**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 223.437,24**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR