

<b>PROCESSO</b>	- A. I. N° 279696.0017/20-8
<b>RECORRENTE</b>	- SEARA ALIMENTOS LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0220-02/21
<b>ORIGEM</b>	- DAT NORTE / IFEP
<b>PUBLICAÇÃO</b>	- INTERNET 17/07/2023

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0164-11/23-VD

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS E NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Conforme fartamente no voto recorrido, o recorrente tinha todas as condições de refutar a emissão das notas fiscais. Uma vez que passou do prazo, resta-lhe junto aos emitentes tomar as providências cabíveis para comprovar que não recebeu as mercadorias, inclusive com ação privada contra eventual dolo ou fraude por parte dos emitentes. Ao fisco, resta tão somente a observância da legislação, que permite a todos os contribuintes, uma vez constatado que não solicitou as mercadorias, e não tendo havido o cancelamento pelo emitente, fazer a recusa em meio eletrônico, de forma a se proteger de ação fiscal. Negado o pedido para realização de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente Recurso Voluntário, de Auto de Infração julgado Parcialmente Procedente em julgamento de Primeira Instância deste Conselho, decorrente da lavratura do Auto de Infração, em 21 de dezembro de 2020 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$83.571,85, com multas de 60% e 100%, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação de 05 infrações, tendo havido reconhecimento e pagamento das infrações 01 e 02, e não impugna a infração 03 por considerar de valor ínfimo, restando então em lide, as infrações 04 e 05:

*Infração 04. 16.01.02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2015, fevereiro a agosto, novembro e dezembro de 2016, janeiro, abril a setembro e novembro de 2017, totalizando a penalidade R\$ 67.049,37.*

*Infração 05. 16.01.06. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de dezembro de 2017, com aplicação de multa de R\$ 3.009,88.*

A Impugnação foi seguida pela informação fiscal do Autuante e o auto foi a julgamento, com decisão conforme voto abaixo, fls. 87/108:

### VOTO

*O lançamento constitui-se em cinco infrações arroladas pela fiscalização, sendo objeto de impugnação por parte da empresa autuada as de número 03, 04 e 05.*

*Verifico que o sujeito passivo foi cientificado acerca do início da ação fiscal através do Termo de Início de Fiscalização lavrado em 05 de outubro de 2020, (fl. 08), no livro RUDFTO do contribuinte.*

*A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 09 a 37 impressa, e os arquivos se encontram na mídia de fl. 38.*

*O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte, e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão das multas sugeridas, 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, descabendo, pois, qualquer arguição no sentido de nulidade sob o aspecto formal.*

*Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos das infrações trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, ainda que parcialmente, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.*

*Inicialmente, frente a questão prejudicial da decadência parcial do lançamento aventureado pela defesa, para a infração 03, esclareço que a legislação, especialmente o Código Tributário Nacional (CTN), determina em seu artigo 150, § 4º, que “o lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, e se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.*

*Nesta seara, destaco que durante muito tempo, subsistiu discussão acerca de qual seria o entendimento frente a questões de tal natureza, para reconhecimento ou não da existência da decadência: se deveria ser aplicado o disposto no artigo 173, inciso I, ou o artigo 150 § 4º do CTN.*

*O entendimento predominante neste Órgão era de que prevalecia em tais hipóteses como a da presente infração, a redação contida no Código Tributário do Estado da Bahia, (Lei 3.956/81), até mesmo após a edição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) da Súmula Vinculante 08, a qual aplicável aos créditos tributários.*

*A Procuradoria Geral do Estado da Bahia, através da sua Procuradoria Fiscal, sustentou, igualmente, por largo período, inclusive junto ao Poder Judiciário, tal entendimento acima exposto, dissonante daquele predominante nas decisões dos Tribunais Superiores, sendo que após diversas derrotas judiciais na apreciação de tal matéria, repensou o entendimento anterior, culminando com a adoção dos denominados “Incidentes de Uniformização”, os quais visaram unificar o pensamento acerca de questões até então ensejadoras de inúmeros e acalorados debates.*

*Dentre tais “Incidentes de Uniformização”, destaco o de número PGE 2016.194710-0, cujo enunciado transcrevo: “Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150 § 4º do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponde às operações declaradas”.*

*E avança ainda mais o entendimento exposto, ao observar na seguinte Nota 1: “Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação”.*

*Inequívoco o fato de o contribuinte ter não somente lançado o imposto, como, da mesma forma, antecipado o pagamento de que nos fala o dispositivo legal acima enunciado, sendo clara e inquestionável a aplicação do mesmo.*

*Diante de tal posicionamento, cristalino está que no caso em comento relativo à infração lançada, a Secretaria da Fazenda se manteve inerte frente ao ocorrido, ou seja, ao recolhimento a menor realizado pelo sujeito passivo, frente ao longo lapso temporal, deixando ocorrer a decadência ora aventada.*

*E tal raciocínio se reforça, a partir do Enunciado da Súmula 555 do STJ, a qual determina:*

*“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa”.*

*A se considerar a mesma, além dos dezenove Acórdãos tomados como paradigma, o que se verifica é que quando o contribuinte não declara e não paga o imposto, aplica-se a regra do artigo 173 do CTN, ou seja, o Fisco possui cinco anos a contar do primeiro dia do exercício seguinte para constituir o crédito tributário (não declarado e não pago); e, na hipótese de o contribuinte declarar o que tem como devido, recolhendo tal valor, mas o Fisco entende que o contribuinte deveria ter declarado valor maior (ou seja, não houve declaração de uma diferença), aplica-se a regra do artigo 150 do CTN, pela qual o Fisco teria cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador para constituir a diferença não declarada/não paga, pois houve declaração/princípio de pagamento.*

*E a justificativa para tal entendimento reside no fato de o STJ ter adotado como critério para aplicação do artigo 173, inciso I, do CTN, a ausência de qualquer pagamento do tributo. Por outro lado, quando houver pagamento do tributo, ainda que parcial, aplica-se a regra decadencial do artigo 150, § 4º do CTN.*

*E tal raciocínio se manifesta num dos Acórdãos tidos como parâmetros pelo Tribunal, a saber, o AgRg no REsp 1.277.854:*

*“Deve ser aplicado o entendimento consagrado pela Primeira Seção, em recurso especial representativo da controvérsia, para a contagem do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação. O referido precedente considera apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150 e parágrafos do CTN. Assim, havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, dai porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no § 4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador). Todavia, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I do CTN”.*

*Note-se que o “pagamento parcial” a que a jurisprudência do STJ invoca tem tal conotação de ser parcial na ótica do Fisco, isto é, comparado à totalidade do tributo tido como devido. Caso o “pagamento parcial” em questão fosse parcial sob a perspectiva do contribuinte, isso significaria que este teria declarado a totalidade do tributo, mas efetuado o pagamento apenas de parte dele.*

*Como visto, diante da disposição contida no artigo 150, § 4º do CTN, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, e caso expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

*De tal intelecção, se depreende que o passar do prazo para homologação, sem que esta tenha sido expressamente realizada, não apenas configura homologação tácita, mas também a decadência do direito de constituir o crédito relativo ao valor antecipado pelo contribuinte e aquele entendido como devido pelo Fisco.*

*Em verdade, o que decai é o direito de se lançar de ofício as diferenças apuradas, caso deixe de homologar. Entretanto, passado o prazo sem qualquer providência, reputa-se efetuado o lançamento, hipótese presente nos autos.*

*Importante se ressaltar que não basta apenas ao Fisco lançar, e sim, notificar regularmente o contribuinte dentro do prazo decadencial.*

*Na hipótese dos autos, da análise dos documentos que suportam a autuação, especialmente a acusação consubstanciada na infração 03 apontada pelo autuante como falta de recolhimento, quando, em verdade, se constitui em recolhimento a menor, fato inclusive confirmado pelo estranho ao feito, em sua informação fiscal, ou seja, houve declaração e antecipação de pagamento do imposto, sendo, pois, hipótese de aplicação do artigo 150, § 4º do CTN, diante do raciocínio acima exposto.*

*E a justificativa para tal entendimento, reside no fato de a jurisprudência estar sedimentada no sentido de que, como visto, se o contribuinte pagar qualquer valor (artigo 150, § 4º), o prazo se contará da data do fato gerador, ao passo que ficando o contribuinte inerte, nada constituindo, o prazo se contará a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador (artigo 173, I).*

*E a data base para o cálculo do período temporal, é a data da ciência do contribuinte do lançamento tributário. No âmbito administrativo este tem sido o entendimento, podendo mencionar a decisão da 3ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRf), em 10/11/2020, por meio do Acórdão 9303-010.944, cujo trecho do voto condutor destaco:*

*“...nos casos de responsabilidade tributária, o marco da contagem do prazo decadencial é a data da ciência do lançamento fiscal pelo sujeito passivo direto...”.*

*Tal entendimento se encontra de acordo com o posicionamento dos Tribunais Superiores quanto a matéria.*

*Diante do fato de não poder o julgador, ante tal ocorrência, fechar os olhos e deixar de praticar a almejada justiça fiscal, razão pela qual entendendo presente a hipótese de decadência, uma vez que o valor do imposto foi lançado, escriturado, e recolhido, ainda que insuficientemente, abarcando as ocorrências de janeiro e novembro de 2015, sem qualquer ato da Administração Tributária no sentido de preservar o seu interesse ou homologar aquele valor, uma vez ter a ciência válida se dado apenas, como já relatado, em 29/12/2020.*

*Relativamente ao pedido para realização de perícia/diligência, indefiro, tendo em vista o disposto no artigo 147, incisos I, alínea “a” e “b” e II, alínea “a” do RPAF/99, segundo o qual:*

*“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:*

*I - de diligência, quando:*

*a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*

b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;

II - de perícia fiscal, quando:

- a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;
- b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
- c) a verificação for impraticável.

§ 1º A critério do órgão julgador, o pedido ou proposta de perícia fiscal poderá ser convertido em determinação de diligência, em atendimento ao disposto neste artigo”.

A desnecessidade da solicitação se pauta no fato de que os dados que serviram de base para o lançamento foram retirados da escrituração fiscal e documentos fiscais emitidos contra e pela empresa autuada, os quais são de seu pleno conhecimento e responsabilidade quanto a emissão e prestação das informações ali contidas (notas fiscais emitidas e recebidas e livros fiscais transmitidos pela EFD).

Inexiste fundamentação robusta para amparar tal pedido, e ademais, não conseguiu a defesa indicar de forma e maneira precisa quais seriam os dados do levantamento que contém erros ou equívocos, sequer que os demonstrativos elaborados os possuam, a fim de serem devidamente analisados quando da diligência/perícia, acaso realizada.

Ainda obedecendo aos requisitos legais, importante frisar que tal pedido se submete unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício.

E não se pode argumentar que tal negativa ora firmada, venha a se constituir em qualquer cerceamento de direito de defesa, inclusive à vista de posicionamento adotado sobejamente nos Tribunais Superiores, de entender no sentido de que a prática de julgar tal ato vem a se constituir em qualquer dificuldade ou cerceamento para a defesa do contribuinte, até pelo fato de que não poder se alegar desconhecimento da legislação.

E não se pode argumentar que tal negativa ora firmada, venha a se constituir em qualquer cerceamento de direito de defesa, inclusive à vista de posicionamento adotado sobejamente nos Tribunais Superiores, de entender no sentido de que a prática de julgar tal ato vem a se constituir em qualquer dificuldade ou cerceamento para a defesa do contribuinte.

Recente decisão do Ministro do STJ Ribeiro Dantas, no Recurso Especial 1887326-RS, datada de 25/03/2021, a respeito de tal tema, demonstra ainda ser este o atual entendimento da Corte, a se ver pelo seguinte trecho, ao falar do indeferimento de diligência:

“Tal entendimento está em sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, que é firme no sentido de que não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, porquanto o magistrado é o destinatário final da prova, logo, compete a ele, de maneira fundamentada e com base no arcabouço probatório produzido nos autos, analisar a pertinência, relevância e necessidade da realização da atividade probatória pleiteada”.

Também merece menção a decisão, ainda no âmbito do STJ, em sede de apreciação de Agravo em Recurso Especial 1.469.786/SP, igualmente recente, eis que datada de 24/03/2021, da lavra do Ministro Antônio Saldanha Palheiro, que assim se posicionou a respeito do tema:

“Como se observa, não se divisa cerceamento de defesa por indeferimento de diligência tendo sido demonstrado exaustivamente que caberia à parte a produção da prova requerida atinente à desconstituição do lançamento do Fisco.

Com efeito, a caracterização de cerceamento do direito de defesa pelo indeferimento da prova requerida pela parte possui como condicionante possível arbitrariedade praticada pelo órgão julgador, e não simplesmente a consideração ou o entendimento da parte pela indispensabilidade de sua realização.

Logo, poderá o magistrado, em estrita observância à legislação de regência e com o fito de formar sua convicção entender pela necessidade ou não da produção de determinada prova, desde que fundamente o seu entendimento de forma adequada e oportuna, como ocorreu na hipótese”.

Este julgador se encontra plenamente em condições, pois, de analisar e decidir o feito, sem que se faça necessária qualquer outra providência acessória.

Neste momento, adentro na análise do mérito do lançamento, observando que diante do reconhecimento por parte do contribuinte, as infrações 01 e 02 se encontram fora da lide e tidas como procedentes.

Na infração 03, existindo posicionamento quanto a questão da decadência parcial suscitada, outros argumentos defensivos merecem atenção e decisão do julgador. O primeiro deles é quanto a questão de constitucionalidade da sistemática da cobrança do diferencial de alíquotas.

Inicialmente, esclareço que em atenção e cumprimento ao disposto no artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, o que me impede de analisar a matéria sobre tal ângulo.

Registro, entretanto, em consideração aos argumentos defensivos postos, que, efetivamente, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 1287019, com Repercussão Geral, foram julgadas inconstitucionais, por maioria dos votos, as cláusulas primeira, segunda, terceira, sexta e nona do Convênio ICMS 93/2015 as quais estabelecem os procedimentos a serem adotados nas operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final não contribuinte do ICMS localizado em outra unidade da federação, sendo relator para Acórdão o Ministro Dias Tófoli, entretanto, não vem a ser o objeto da infração 03, por não se referir a vendas para não contribuintes do imposto, sujeito a repartição de receitas pelo vendedor.

Todavia, em atenção ao disposto no artigo 27 da Lei 9.868/99 (ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado), a decisão não produziu efeitos imediatos.

No caso do DIFAL objeto de discussão e ensejador do Tema 1093, o STF decidiu modular os efeitos para afastar a exigência do diferencial de alíquota de ICMS apenas no exercício financeiro seguinte à conclusão do julgamento, ou seja, a decisão acerca da inconstitucionalidade da cobrança apenas passará a produzir efeitos a partir de 01/01/2022, tendo o órgão julgador se inclinado a proteger os contribuintes que ingressaram judicialmente com o fito de discutir a exigência do tributo, ao declarar que “ficam ressalvadas da proposta de modulação as ações judiciais em curso”.

Não se tem notícias nos autos de que a autuada tenha ingressado judicialmente quanto a tal tema.

Quanto a legislação do estado da Bahia, igualmente tida como inconstitucional, esclareço que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o “império da lei” ou “jus imperium”.

No campo tributário este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que “nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”. Desse comando, depreende-se que aos Estados, compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro Princípios Constitucionais Tributários. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei”.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual, inclusive, determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia).

Com a edição da Lei 7.014/96, que adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar 87/96, em seus artigos, conceitua, tipifica e determina as regras, fatos geradores, base de cálculo e demais elementos relativos ao ICMS, inclusive percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária.

O Agente fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar a legislação, por estar assim obrigado, em nome não somente do princípio da legalidade, como, igualmente, do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da lei.

Doutrinadores como Celso Bastos e Ives Gandra Martins defendem que o Princípio da Legalidade tem mais característica de garantia constitucional do que de direito individual, pelo fato de não resguardar um bem da vida específico, e sim garantir ao particular a prerrogativa de rechaçar injunções impostas por outra via que não a da lei.

Além do Princípio da Legalidade estabelecido genericamente no artigo 5º, inciso II, da Carta Magna, em nosso ordenamento jurídico podemos falar da estrita legalidade tributária, sendo importante frisar que o verdadeiro conteúdo do Princípio da Legalidade Tributária ultrapassa a simples autorização do Legislativo para o Estado cobrar um tributo e deve ser entendido de forma a açambarcar dois prismas distintos: legalidade formal e material.

No tocante à legalidade formal, podemos dizer que toda regra tributária precisa se inserir no ordenamento jurídico de acordo com as regras de processo legislativo e, também, ser formulada por órgão com poder para elaborar tais normas.

Quanto à legalidade material, torna-se indispensável que sejam estabelecidos todos os aspectos relevantes para que no caso concreto se possa determinar as obrigações tributárias, não bastando apenas a exigência de lei, como fonte de produção jurídica específica. Mais que isso, necessita-se a fixação, de todos os critérios de decisão, sem qualquer margem de liberdade ao administrador. Em suma: obediência a tal princípio significa submissão e respeito à lei, ou a atuação dentro da esfera estabelecida pelo legislador.

O princípio da legalidade tributária também está previsto no artigo 97 do Código Tributário Nacional. E o autuante, ao realizar o lançamento, nada mais fez do que obedecer a tal preceito.

Além disso, o presente foro não se mostra o mais indicado para discussões acerca da constitucionalidade ou não de normas de aplicação obrigatória por parte dos agentes fiscais, o que me leva a não adentrar em tal discussão, analisando objetivamente a infração.

Quanto aos elementos fáticos apontados pela autuada, especialmente em relação a operações não realizadas, o que implicaria na exclusão das mesmas do lançamento, mercadorias sobre as quais não foram aplicadas a redução de base de cálculo, e utilização de alíquota incorreta, ainda que a servidora responsável pela informação fiscal tenha concluído pela procedência parcial do lançamento, mesmo que não acolhendo os argumentos defensivos, não abordou tais situações, o que passo a fazer agora.

Em verdade, esta questão se encontra prejudicada, frente ao acolhimento já exarado de reconhecimento da decadência parcial, uma vez que as inconsistências apontadas pela autuada, se deram nos períodos já afastados do lançamento.

Logo, diante de tais elementos, especialmente por ter sido atendida a legislação posta e vigente, a infração é tida como parcialmente subsistente em R\$ 227,94, de acordo com a seguinte demonstração:

**2017**

Março R\$ 200,35  
Abril R\$ 27,59

Nas infrações 04 e 05, o argumento defensivo é de precariedade do levantamento fiscal e de presunção da autuação, além de negar a realização das operações.

Quanto a precariedade, não posso acolher, diante do fato de não ter sido apontado qualquer erro ou equívoco no levantamento realizado, apenas negando o cometimento da infração.

Relativamente ao argumento de presunção, esclareço que as hipóteses legais de tal instituto se encontram no artigo 4º da Lei 7.014/96:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - Saldo credor de caixa;

II - Suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - Manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - Entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - Pagamentos não registrados;

VI - Valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) revogada;

c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;

VII - valores totais diários das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras”.

No presente caso, se trata de lançamento por falta de escrituração de notas fiscais de entradas na escrita fiscal (EFD), não havendo cobrança nem lançamento de imposto, não sendo a hipótese acima descrita na legislação, mas apenas descumprimento de obrigação acessória.

O registro dos documentos fiscais na escrituração fiscal da empresa se apresenta como acima dito, obrigação acessória da mesma, sendo o seu cumprimento de extrema importância, ao registrar em sua escrituração fiscal, todas as entradas de mercadorias, bens ou serviços, ocorridas no seu estabelecimento.

Por pertinência, esclareço mais uma vez, que não se está cobrando imposto, apenas e tão somente multa por descumprimento de obrigação acessória, pouco importando a situação tributária da operação ou da mercadoria contida em cada nota fiscal.

Tal falta dos registros das notas fiscais de entradas no livro fiscal respectivo, regulado no artigo 217 do RICMS/12, ou no registro C100 da EFD, conforme previsto no artigo 247 do RICMS/12 autoriza, como já explicitado, a aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória estatuída no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, como ocorrido no presente caso, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias adquiridas ou serviços prestados, que entraram no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, como descrito na autuação.

Constatou que a lei não excepciona qualquer operação ou prestação, pois a falta da escrituração regular dos documentos fiscais dificulta a fiscalização e a aplicação de diversos roteiros de auditoria, dentre outras implicações, sendo procedimento inaceitável para contribuintes, e irrelevante para a sua caracterização, o fato de as saídas de mercadorias serem ou não submetidas à incidência do ICMS, ou serem materiais de uso e consumo, ou para incorporação no ativo imobilizado.

Por este motivo, existe prejuízo para o Fisco, o que autoriza a imposição da sanção tributária.

Ressalto que para caracterização da infração, não há de ser considerada a natureza da operação ou qualquer outro elemento, e sim, o fato de notas fiscais relativas a tais operações não estarem escrituradas na EFD do contribuinte, não tendo vindo aos autos prova de tal escrituração.

O deslinde da matéria necessitaria da imprescindível prova, o que não veio aos autos, além do que, em se tratando de documentos fiscais emitidos de forma eletrônica, o Fisco tem pleno conhecimento e controle das operações realizadas entre a empresa autuada e seus fornecedores, o que dificulta a omissão dos respectivos registros.

Além disso, como já firmado anteriormente, a autuada não esclareceu as razões de não ter registrados os documentos fiscais elencados em demonstrativo elaborado pelo autuante, o que depõe contra seus argumentos.

Frente a tese defensiva de que as operações não teriam sido realizadas, se constituindo em “manobra” dos vendedores para inchar as vendas realizadas, esclareço que na forma do artigo 82 do RICMS/12, a nota fiscal eletrônica possui a sua validade jurídica garantida não somente pela assinatura digital do seu emitente, como, de igual forma, pela autorização de uso concedida pela Secretaria da Fazenda da unidade da Federação na qual se localiza o estabelecimento.

Ademais, se trata de argumento sem qualquer elemento probante que lhe conceda credibilidade e respaldo, não podendo ser acolhido, além de soar estranho que em operações de remessa, como algumas delas constatadas como ocorridas, tal fato tenha se verificado.

E aqui, sem qualquer dúvida, a informação contida no portal nacional da nota fiscal eletrônica há de se sobrepor a todo e qualquer instrumento particular outro que venha a ser trazido como meio probante, diante da oficialidade do seu controle.

Logo, descabe se falar em comprovação da não realização da operação, neste caso, diante de tal evidência, qual seja, a ciência e comprovação do evento. Acaso a operação não tivesse se realizado, caberia inclusive, por parte da emitente do documento, fornecedor da empresa autuada, a solicitação de cancelamento da nota fiscal eletrônica, nos termos contidos na legislação.

Em relação a tal fato, a legislação dispõe que, após a concessão de Autorização de Uso da Nota Fiscal, seu emitente poderá solicitar o cancelamento, desde que não tenha havido a circulação do respectivo produto ou a prestação de serviço, sendo esta a condição sine qua para tal, não sendo possível emitir a chamada “carta de correção” que repare os erros de uma nota fiscal autorizada sendo necessário realizar o cancelamento do número da NF-e, pois aquele instrumento (carta de correção) somente pode corrigir erros simples.

Os principais motivos que podem levar ao cancelamento de NF-e são o cancelamento da operação, por qualquer razão, erro no cálculos de preços e dos de impostos, bem como erros cadastrais, tais como CNPJ, a Razão Social, endereço, etc.

Nos termos da Cláusula décima segunda do Ajuste SINIEF 07/05, o prazo legal de cancelamento de NF-e, é de 24 horas contado a partir do momento da sua autorização de uso:

“Cláusula décima segunda: Em prazo não superior a vinte e quatro horas, contado do momento em que foi concedida a Autorização de Uso da NF-e, de que trata o inciso III da cláusula sétima, o emitente poderá solicitar o cancelamento da respectiva NF-e, desde que não tenha havido a circulação da mercadoria ou a prestação de serviço e observadas as normas constantes na cláusula décima terceira.

*Parágrafo único. A critério de cada unidade federada, em casos excepcionais, poderá ser recepcionado o pedido de cancelamento de forma extemporânea”.*

*Na hipótese de não ser possível realizar o cancelamento neste prazo o contribuinte poderá fazê-lo de forma extemporânea, no prazo de até 168 horas.*

Tal cláusula é complementada pela décima terceira:

*“Cláusula décima terceira: O cancelamento de que trata a cláusula décima segunda será efetuado por meio do registro de evento correspondente.*

*§ 1º O Pedido de Cancelamento de NF-e deverá atender ao leiaute estabelecido no MOC.*

*§ 2º A transmissão do Pedido de Cancelamento de NF-e será efetivada via Internet, por meio de protocolo de segurança ou criptografia.*

*§ 3º O Pedido de Cancelamento de NF-e deverá ser assinado pelo emitente com assinatura digital certificada por entidade credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, contendo o número do CNPJ de qualquer dos estabelecimentos do contribuinte, a fim de garantir a autoria do documento digital.*

*§ 4º A transmissão poderá ser realizada por meio de software desenvolvido ou adquirido pelo contribuinte ou disponibilizado pela administração tributária.*

*§ 5º A cientificação do resultado do Pedido de Cancelamento de NF-e será feita mediante protocolo de que trata o § 2º disponibilizado ao emitente, via Internet, contendo, conforme o caso, a ‘chave de acesso’, o número da NF-e, a data e a hora do recebimento da solicitação pela administração tributária e o número do protocolo, podendo ser autenticado mediante assinatura digital gerada com certificação digital da administração tributária ou outro mecanismo de confirmação de recebimento.*

*§ 6º A administração tributária da unidade federada do emitente deverá transmitir para as administrações tributárias e entidades previstas na cláusula oitava, os Cancelamentos de NF-e”.*

*A solicitação para o cancelamento extemporâneo deverá ser realizada no aplicativo da Receita SIARE, onde deve ser informada a chave de acesso da nota, o CNPJ do solicitante e a justificativa do pedido de cancelamento fora do prazo.*

*Após a autorização deverá ser reenviado e transmitido o pedido de cancelamento de NF-e utilizando a funcionalidade de cancelamento disponível no sistema emissor de NF-e adotado pela empresa.*

*Gerado o protocolo de autorização do SIARE a empresa tem até trinta dias para transmitir o cancelamento extemporâneo. Passado este prazo não é mais possível solicitar o cancelamento para a mesma NF-e junto à sua jurisdição*

*O Manual de Orientação do Contribuinte – NF-e, disponibilizado no Portal Nacional da mesma ([www.nfe.fazenda.gov.br](http://www.nfe.fazenda.gov.br)) cuida detalhadamente do cancelamento da nota fiscal eletrônica desde o envio e/ou recepção do evento, abordando todas as regras de validação específica, delegando às respectivas Secretarias de Estado de Fazenda autorizadoras do uso, a possibilidade de aceitação do cancelamento fora do prazo, o que significa que as Unidades Estaduais podem adotar regras próprias no que tange à aceitação do cancelamento de uma Nota Fiscal Eletrônica.*

*Desta forma, o vendedor teve oportunidade de cancelar a nota fiscal eventualmente emitida equivocadamente, ao seu entender, não o fazendo, e, diante dos argumentos expostos, mantenho as infrações de forma integral.*

*Quanto ao comprador, situação da autuada, algumas situações podem ocorrer.*

*Diversas empresas, sobretudo as de maior porte, diante da grande movimentação de mercadorias, e a dificuldade de obter informações (Chaves de Acesso) de todas as operações destinadas a sua empresa, podem recorrer ao serviço que informa as Chaves de Acesso destinadas a ela.*

*Tal consulta se encontra no processo de manifestação do destinatário, permitindo que este obtenha informações reduzidas sobre todas as notas emitidas para o seu CNPJ, em todo país, num determinado período (do dia anterior ao da solicitação até o prazo máximo de 30 dias), possibilitando também que tenha condições de identificar o uso indevido de sua inscrição estadual por contribuintes emissores.*

*A resposta a esta consulta retorna as seguintes informações sobre as notas fiscais emitidas para o destinatário:*

- Chave de Acesso da NF-e;
- Inscrição Estadual, CNPJ e Razão Social do Emitente;
- Data de Emissão e Data da Autorização da NF-e;
- Tipo de Operação da NF-e (Entrada/Saída);
- Valor Total da Operação;
- Situação da NF-e no momento da consulta (autorizada/cancelada/denegada)
- Situação da Manifestação do Destinatário (ciência, confirmada operação, operação não realizada,

desconhecida e sem manifestação do destinatário).

De outra forma, também existe o evento Desconhecimento da Operação, que tem como finalidade possibilitar ao destinatário se manifestar quando da utilização indevida de sua Inscrição Estadual, por parte do emitente da NF-e, para acobertar eventuais operações fraudulentas de remessas de mercadorias para destinatário diverso. Este evento protege o destinatário de passivos tributários envolvendo o uso indevido de sua Inscrição Estadual ou CNPJ, evitando autuações frente a falta de registro de notas fiscais.

Consultando algumas das notas fiscais elencadas no demonstrativo das infrações, verifico, por exemplo, que a de número 206.771, com chave de acesso número 35170164799539000135550030002067711001558680, emitida em 06/01/2017, por Tecnosec Informática Produtos e Serviços Ltda., se encontra com a situação de “autorizada”, de acordo com informação disponível no ambiente nacional, sem qualquer outra ocorrência que pudesse anular ou desconstituir a operação.

Mesma situação da nota fiscal de número 244, emitida em 12/05/2017, por Flávio Alves dos Santos, com chave de acesso 29170521855395000184550010000002441608583804, igualmente na condição de “autorizada”, no ambiente nacional.

Também a nota fiscal 1.413, emitida em 09/06/2017, pela empresa MGO Agronegócios Eireli, localizada no município de Guairá, São Paulo, no valor de R\$ 26.453,31, e com chave de acesso número 35170624635821000162550010000014131605048104, se encontra autorizada, através do protocolo número 135170363192249, inexistindo qualquer menção a cancelamento ou outra ocorrência que implicasse em desfazimento da operação.

Posso, igualmente, citar na condição de autorizadas, sem qualquer alteração ou ocorrência superveniente à emissão, as notas fiscais com chave de acesso números 29170608678225000103550010000017751770840450, 53170726417809000107550010000028151881944654, 35170824635821000162550010000017761071197000, 29170808678225000103550010000020401770840458, apenas para ficar nestes exemplos.

Não foram encontrados quaisquer dos eventos acima citados nos documentos fiscais consultados.

Registro que tais alterações foram realizadas pelo Ajuste SINIEF 07/2005, pelo Ajuste SINIEF 05/2012, em 30/03/2012, introduzindo o conceito de Evento da Nota Fiscal Eletrônica, detalhando os eventos que comporiam o processo de manifestação do destinatário da nota fiscal.

E observo aqui não caber qualquer atitude do Estado da Bahia em comprovar a realização ou não das operações, e sim, exclusivamente ao contribuinte autuado, que poderia verificar junto a tais emitentes elementos sobre a operação realizada, e se fosse o caso, adotar as necessárias providências, não tendo, entretanto, assim agido, quando poderia, uma vez estarem as notas fiscais autorizadas no ambiente nacional da nota fiscal eletrônica, e consequentemente passível de autuação, como ocorrido, frente ao registro não realizado nos livros fiscais.

Além disso de acordo com a previsão contida no § 16º do artigo 89 do RICMS/12:

“§ 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”.

Não se tem notícia nos autos de ter a empresa autuada adotado tal procedimento regulamentar.

São estas as razões para entender ser possível, sim, à empresa, comprovar o não recebimento das mercadorias elencadas na autuação, uma vez dispõe de meios e elementos para o efetivo controle das operações a ela destinadas, até pelo seu porte, e rejeitar a arguição de impossibilidade de produzir prova negativa.

Diante do fato de não terem sido apresentados elementos consistentes capazes de alterar o lançamento efetuado, tenho tais infrações como caracterizadas, sendo, pois, ambas tidas como procedentes.

Finalmente, quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado.

Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAC/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do domicílio tributário eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder Judiciário há bastante tempo.

Assim, frente a adoção do DTE, as intimações por via postal ou outro meio perderam qualquer sentido.

Em conclusão, tenho o lançamento como parcialmente procedente em R\$ 82.640,73, diante do reconhecimento das infrações 01 e 02 por parte da autuada, a manutenção das infrações 04 e 05, e a parcial manutenção da infração 03 em R\$ 227,94.

Inconformado, o contribuinte ingressou com o Recurso Voluntário, fls. 119/30, transcrito em resumo, abaixo.

Ressalta inicialmente o pagamento das infrações 1 e 2 e contesta as infrações 3,4, e 5. Que a decisão de piso reconheceu decadência parcial do débito em relação ao item 03. No entanto o acórdão recorrido não merece prosperar, visto que em desacordo com a legislação e o entendimento de tribunais superiores.

Não impugna o item 03 por considerar de valor ínfimo e refuta apenas os itens 04 e 05, ante a impossibilidade de se apresentar prova negativa de não ocorrência da operação, já que os documentos estão em mãos de terceiros. Que se faz necessário determinar diligência junto ao emitente dos documentos fiscais para que se comprove a efetividade das operações. Que se algum ilícito tributário foi praticado, foi pelos emitentes das notas fiscais, constituindo-se em lançamento precário e pautado em mera presunção.

Requer seja provido o Recurso Voluntário reformando-se a Decisão recorrida de primeira instância. Caso remanesçam dúvidas, subsidiariamente requer seja o processo convertido em diligência para a devida verificação dos itens 03 e 04.

## VOTO

Trata o Recurso Voluntário apenas das infrações 04 e 05 ambas, referentes à multa de 1% por descumprimento de obrigações acessórias (falta de registro de entradas de mercadorias na escrita fiscal).

Pede por diligência para investigação junto aos fornecedores das mercadorias, que alega não ter recebido nem solicitado. Contudo, a emissão de nota fiscal eletrônica goza de presunção de veracidade se está na condição autorizada, cabendo tão somente ao fisco, verificar se há o registro da nota fiscal e não havendo, efetuar lançamento do imposto por presunção da omissão de saída, ou apenas multa por descumprimento de obrigação acessória.

Caso ocorra fraude nas emissões das notas fiscais, cabe ao contribuinte tomar as providências policiais e jurídicas, de forma a se proteger de eventuais prejuízos. Assim posto, denego o pedido de diligência.

Vejamos uma síntese das razões do voto recorrido:

*Tal falta dos registros das notas fiscais de entradas no livro fiscal respectivo, regulado no artigo 217 do RICMS/12, ou no registro C100 da EFD, conforme previsto no artigo 247 do RICMS/12 autoriza, como já explicitado, a aplicação da penalidade por descumprimento de obrigação acessória estatuída no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, como ocorrido no presente caso, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias adquiridas ou serviços prestados, que entraram no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, como descrito na autuação.*

*Constatou que a lei não excepciona qualquer operação ou prestação, pois a falta da escrituração regular dos documentos fiscais dificulta a fiscalização e a aplicação de diversos roteiros de auditoria, dentre outras implicações, sendo procedimento inaceitável para contribuintes, e irrelevante para a sua caracterização, o fato de as saídas de mercadorias serem ou não submetidas à incidência do ICMS, ou serem materiais de uso e consumo, ou para incorporação no ativo imobilizado.*

*Por este motivo, existe prejuízo para o Fisco, o que autoriza a imposição da sanção tributária. Frente a tese defensiva de que as operações não teriam sido realizadas, se constituindo em “manobra” dos vendedores para inchar as vendas realizadas, esclareço que na forma do artigo 82 do RICMS/12, a nota fiscal eletrônica possui a sua validade jurídica garantida não somente pela assinatura digital do seu emitente, como, de igual forma, pela*

autorização de uso concedida pela Secretaria da Fazenda da unidade da Federação na qual se localiza o estabelecimento.

Acaso a operação não tivesse se realizado, caberia inclusive, por parte da emitente do documento, fornecedor da empresa autuada, a solicitação de cancelamento da nota fiscal eletrônica, nos termos contidos na legislação.

Em relação a tal fato, a legislação dispõe que, após a concessão de Autorização de Uso da Nota Fiscal, seu emitente poderá solicitar o cancelamento, desde que não tenha havido a circulação do respectivo produto ou a prestação de serviço, sendo esta a condição sine qua para tal, não sendo possível emitir a chamada “carta de correção” que repare os erros de uma nota fiscal autorizada sendo necessário realizar o cancelamento do número da NF-e, pois aquele instrumento (carta de correção) somente pode corrigir erros simples.

O Manual de Orientação do Contribuinte – NF-e, disponibilizado no Portal Nacional da mesma ([www.nfe.fazenda.gov.br](http://www.nfe.fazenda.gov.br)) cuida detalhadamente do cancelamento da nota fiscal eletrônica desde o envio e/ou recepção do evento, abordando todas as regras de validação específica, delegando às respectivas Secretarias de Estado de Fazenda autorizadoras do uso, a possibilidade de aceitação do cancelamento fora do prazo, o que significa que as Unidades Estaduais podem adotar regras próprias no que tange à aceitação do cancelamento de uma Nota Fiscal Eletrônica.

Desta forma, o vendedor teve oportunidade de cancelar a nota fiscal eventualmente emitida equivocadamente, ao seu entender, não o fazendo, e, diante dos argumentos expostos, mantenho as infrações de forma integral.

Quanto ao comprador, situação da autuada, algumas situações podem ocorrer.

Diversas empresas, sobretudo as de maior porte, diante da grande movimentação de mercadorias, e a dificuldade de obter informações (Chaves de Acesso) de todas as operações destinadas a sua empresa, podem recorrer ao serviço que informa as Chaves de Acesso destinadas a ela.

Tal consulta se encontra no processo de manifestação do destinatário, permitindo que este obtenha informações reduzidas sobre todas as notas emitidas para o seu CNPJ, em todo país, num determinado período (do dia anterior ao da solicitação até o prazo máximo de 30 dias), possibilitando também que tenha condições de identificar o uso indevido de sua inscrição estadual por contribuintes emissores.

A resposta a esta consulta retorna as seguintes informações sobre as notas fiscais emitidas para o destinatário:

- Chave de Acesso da NF-e;
- Inscrição Estadual, CNPJ e Razão Social do Emitente;
- Data de Emissão e Data da Autorização da NF-e;
- Tipo de Operação da NF-e (Entrada/Saída);
- Valor Total da Operação;
- Situação da NF-e no momento da consulta (autorizada/cancelada/denegada)
- Situação da Manifestação do Destinatário (ciência, confirmada operação, operação não realizada, desconhecida e sem manifestação do destinatário).

De outra forma, também existe o evento Desconhecimento da Operação, que tem como finalidade possibilitar ao destinatário se manifestar quando da utilização indevida de sua Inscrição Estadual, por parte do emitente da NF-e, para acobertar eventuais operações fraudulentas de remessas de mercadorias para destinatário diverso. Este evento protege o destinatário de passivos tributários envolvendo o uso indevido de sua Inscrição Estadual ou CNPJ, evitando autuações frente a falta de registro de notas fiscais.

Consultando algumas das notas fiscais elencadas no demonstrativo das infrações, verifico, por exemplo, que a de número 206.771, com chave de acesso número 35170164799539000135550030002067711001558680, emitida em 06/01/2017, por TecnoSet Informática Produtos e Serviços Ltda., se encontra com a situação de “autorizada”, de acordo com informação disponível no ambiente nacional, sem qualquer outra ocorrência que pudesse anular ou desconstituir a operação.

Mesma situação da nota fiscal de número 244, emitida em 12/05/2017, por Flávio Alves dos Santos, com chave de acesso 2917052185539500018455001000002441608583804, igualmente na condição de “autorizada”, no ambiente nacional.

Também a nota fiscal 1.413, emitida em 09/06/2017, pela empresa MGO Agronegócios Eireli, localizada no município de Guairá, São Paulo, no valor de R\$ 26.453,31, e com chave de acesso número 35170624635821000162550010000014131605048104, se encontra autorizada, através do protocolo número 135170363192249, inexistindo qualquer menção a cancelamento ou outra ocorrência que implicasse em desfazimento da operação.

Posso, igualmente, citar na condição de autorizadas, sem qualquer alteração ou ocorrência superveniente à emissão, as notas fiscais com chave de acesso números 29170608678225000103550010000017751770840450, 53170726417809000107550010000028151881944654, 35170824635821000162550010000017761071197000, 29170808678225000103550010000020401770840458, apenas para ficar nestes exemplos.

Não foram encontrados quaisquer dos eventos acima citados nos documentos fiscais consultados.

Registro que tais alterações foram realizadas pelo Ajuste SINIEF 07/2005, pelo Ajuste SINIEF 05/2012, em 30/03/2012, introduzindo o conceito de Evento da Nota Fiscal Eletrônica, detalhando os eventos que comporiam o processo de manifestação do destinatário da nota fiscal.

*E observo aqui não caber qualquer atitude do Estado da Bahia em comprovar a realização ou não das operações, e sim, exclusivamente ao contribuinte autuado, que poderia verificar junto a tais emitentes elementos sobre a operação realizada, e se fosse o caso, adotar as necessárias providências, não tendo, entretanto, assim agido, quando poderia, uma vez estarem as notas fiscais autorizadas no ambiente nacional da nota fiscal eletrônica, e consequentemente passível de autuação, como ocorrido, frente ao registro não realizado nos livros fiscais.*

Além disso de acordo com a previsão contida no § 16º do artigo 89 do RICMS/12:

*“§ 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”.*

*Não se tem notícia nos autos de ter a empresa autuada adotado tal procedimento regulamentar.*

*São estas as razões para entender ser possível, sim, à empresa, comprovar o não recebimento das mercadorias elencadas na autuação, uma vez dispor de meios e elementos para o efetivo controle das operações a ela destinadas, até pelo seu porte, e rejeitar a arguição de impossibilidade de produzir prova negativa.*

*Diante do fato de não terem sido apresentados elementos consistentes capazes de alterar o lançamento efetuado, tenho tais infrações como caracterizadas, sendo, pois, ambas tidas como procedentes.*

*Em conclusão, tenho o lançamento como parcialmente procedente em R\$ 82.640,73, diante do reconhecimento das infrações 01 e 02 por parte da autuada, a manutenção das infrações 04 e 05, e a parcial manutenção da infração 03 em R\$ 227,94.*

Conforme fartamente fundamentado no voto recorrido, o recorrente tinha todas as condições de refutar a emissão das notas fiscais. Uma vez que passou do prazo, resta-lhe junto aos emitentes tomar as providências cabíveis para comprovar que não recebeu as mercadorias, inclusive com ação privada contra eventual dolo ou fraude por parte dos emitentes. Ao fisco, resta tão somente a observância da legislação, que permite a todos os contribuintes, uma vez constatado que não solicitou as mercadorias, e não tendo havido o cancelamento pela emitente, fazer a recusa em meio eletrônico, de forma a se proteger de ação fiscal.

Face ao exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário. Mantida a Decisão recorrida. Auto de Infração Parcialmente Procedente.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 279696.0017/20-8 lavrado contra SEARA ALIMENTOS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto valor total de R\$12.581,48, acrescido das multas de 100% sobre R\$4.272,71 e 60%, sobre R\$8.308,77, previstas no artigo 42, incisos II, “f”, IV, “j”, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$70.059,25, previstas no inciso IX do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2023.

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PPGE/PROFIS