

A. I. N° - 232948.0012/22-7
AUTUADO - ULTRACARGO LOGISTICA S.A.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INETERNET - 07/06/2023

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0091-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO E MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Os cálculos foram refeitos pelo autuante para excluir operações comprovadas pelo Defendente. Infração parcialmente comprovada. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/06/2022, refere-se à exigência de R\$ 104.937,27 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 006.005.001: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2017; fevereiro a agosto, outubro a dezembro de 2018; janeiro a dezembro de 2019.

Consta na Descrição dos fatos: Referente às aquisições de aço galvanizado, câmara de espuma usina, escada pantográfica, estação de limpeza para óculos de segurança, líquido alcalino cáustico, respiro de emergência, álcool em gel, arquivo morto de papelão, bastão ancoragem de alumínio, câmera Cannon, caneta marca texto, cartão de memória, cola em bastão, embalagem de embarque parda, extension cable, filme plástico protec, fita adesiva embaladora, fita crepe, fita dupla face, grampos cobreados, luva alta tensão, marca texto, marcador permanente, medidor de stress térmico, mochila com rodízios, pilha alcalina, prancheta em mdf, massa auxiliar de selagem, pulverizador, régua em alumínio, retentor, rolamentos, suporte cinturão peitoral, tapete isol elétrico, teclado, tinta para carimbo, acoplamento, anel de retenção, juntas, mangotes, molas, rebites, papel A4, luminária, moldura, cartucho toner HP, bomba de ar de mão, carregador de acumulador, parafusos, porcas sextavadas, papel sulfite, abraçadeiras, arruelas, buchas, bujões, cabos, chumbadores, curvas galvanizadas, eletrodutos, luvas, nipple, união, quadro de comando elétrico, conforme demonstrativo Ultracargo 2017_2019 A Difal, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Autuado.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 26 a 38 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e informa que é sociedade anônima que atua no setor de armazéns gerais e cumpre regularmente suas obrigações fiscais.

Diz que foi surpreendido com a lavratura do auto de infração, através do qual a Autoridade Fiscal constitui crédito tributário relativo ao ICMS diferencial de alíquota no período de 2017 a 2019.

Ressalta que a planilha anexa ao auto de infração, nomeada "Ultracargo 2017_2019_Difal", lista as notas fiscais (NFs) emitidas nas operações de aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo e ao ativo imobilizado.

Da análise de cada uma das 174 notas fiscais relacionadas, alega que verificou que a grande maioria delas se refere a operações devidamente registradas no Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) como "Operação não realizada" ou "Desconhecimento da operação pelo destinatário", sendo pouquíssimas delas relativas a operações confirmadas pelo contribuinte e com mercadorias efetivamente recebidas.

Nesse sentido, afirma que não houve a operação de circulação de mercadoria, com a efetiva transferência de titularidade do bem, uma vez que a operação não foi realizada ou não foi reconhecida pelo destinatário, não há fato gerador, e, portanto, não há tributo a recolher.

Conforme relatado, o ICMS diferencial de alíquotas é cobrado em razão da suposta aquisição de mercadorias provenientes de outros Estados do Brasil e destinadas ao ativo fixo ou uso e consumo do próprio estabelecimento. Diz que as referidas operações não se concretizaram, conforme os eventos registrados nas notas fiscais, sendo inexistente, portanto, o fato gerador da cobrança do tributo.

Menciona que o ICMS é imposto cuja competência é outorgada aos Estados pelo art. 155, inciso II, da Constituição Federal, que autoriza que, através de Lei e respeitados os parâmetros da Lei Complementar nacional, se institua impostos sobre *"operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior."*

Comenta que o ICMS incide sobre a operação mercantil que implica na circulação jurídica da mercadoria.

Operação é o ato jurídico, regulado pelo Direito, como produtor de eficácia jurídica e hábil para provocar a circulação de mercadorias.

Circulação, por sua vez, é a passagem das mercadorias de um sujeito de direito para outro, sob o manto de um título jurídico. É a movimentação com mudança de titularidade do patrimônio, sendo irrelevante a mera circulação física ou econômica.

Como mercadoria, entende-se a espécie do gênero produtos, enquanto bem econômico que o sujeito de direito, com o propósito deliberado de lucro, produz para vender ou compra para revender, sendo tradicionalmente, o bem corpóreo da atividade empresarial.

Afirma ser possível concluir, com facilidade, que, se não há a operação mercantil com a circulação jurídica da mercadoria, não há fato gerador do ICMS.

Registra que as notas fiscais eletrônicas discriminadas na planilha anexa (Doc.03), a maior parte da autuação refere-se a operações não realizadas ou desconhecidas pelo destinatário. Nas notas fiscais eletrônicas que acobertaram esses tipos de operações, há expressamente a informação relativa ao desconhecimento da operação ou à não realização da operação.

Acrescenta: De acordo com a apuração que realizou, do valor total do crédito tributário lançado - R\$ 104.937,27 (cento e quatro mil novecentos e trinta e sete reais e vinte e sete centavos) - 89,33% do valor lançado a título de multa, ou seja, R\$ 93.748,42 (noventa e três mil setecentos e quarenta e oito reais e quarenta e dois centavos), correspondem a operações não realizadas ou desconhecidas pelo destinatário.

Menciona a Cláusula Décima Quinta-A, do Ajuste SINIEF 07/05, destacando que, dentre os eventos relacionados a uma nota fiscal eletrônica e que nela devem ser informados, estão a operação não realizada e o desconhecimento da operação, conforme os incisos VI e VII, do parágrafo 1º, da mencionada cláusula.

Comenta sobre o procedimento a ser seguido pelo destinatário das mercadorias quando da ocorrência de "operação não realizada" e de "desconhecimento da operação" e diz que comprova, por amostragem, que atendeu ao procedimento estabelecido pelo Ajuste SINIEF 07/05, e, consequentemente, a inexistência do fato gerador do ICMS-DIFAL, ou seja, a circulação jurídica da mercadoria.

Na hipótese de operação não realizada, o destinatário tem a obrigação de registrar na NF-e o evento relacionado no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias contados da data de autorização da NF-e, nos termos da cláusula décima quinta-B, inciso II, alíneas “b” e “c”, c/c a cláusula décima quinta-C, ambas do Ajuste SINIEF 07/05.

Afirma que assim procedeu, conforme a nota fiscal eletrônica (NF-e nº 87252) colacionada por amostragem, juntada aos autos (Doc.04).

Consta na nota fiscal eletrônica que a autorização de uso foi concedida em 11/08/2017 e o registro de “operação não realizada”, feito pelo Impugnante enquanto destinatário da operação, ocorreu em 10/09/2017, dentro, portanto, do prazo de 180 (cento e oitenta) dias previsto na cláusula décima quinta-C, do Ajuste SINIEF 07/05.

Na hipótese de desconhecimento da operação pelo destinatário, ressalta que o destinatário tem a obrigação de registrar na NF-e o evento relacionado no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias contados da data de autorização da NF-e, nos termos da cláusula décima quinta-B, inciso II, alíneas “b” e “c”, c/c a cláusula décima quinta-C, ambas do Ajuste SINIEF 07/05.

Diz que assim procedeu, conforme a nota fiscal eletrônica (NF-e nº 475800) colacionada por amostragem e juntada aos autos (Doc.05).

Como se trata de nota da Nota Fiscal Eletrônica, a autorização de uso foi concedida em 31/01/2017 e o registro de “desconhecimento da operação pelo destinatário”, feito pelo Impugnante enquanto destinatário da operação, ocorreu em 22/02/2017, dentro, portanto, do prazo de 180 (cento e oitenta) dias previsto na cláusula décima quinta-C, do Ajuste SINIEF 07/05.

A partir da comprovação dos registros de “operação não realizada” ou de “desconhecimento da operação pelo destinatário”, conforme o procedimento definido e estabelecido nas cláusulas Décima Quinta-A, parágrafo 1º, incisos VI e VII, Décima Quinta-B, inciso II, alíneas “b” e “c” e Décima Quinta-C, todas do Ajuste SINIEF 07/05, afirma restar comprovada a inexistência da operação, e, consequentemente, do fato gerador da obrigação principal descrita no auto de infração impugnado.

Diante da inexistência do fato gerador, uma vez que a operação não foi realizada ou foi declarada como desconhecida, como atestam os registros nas notas fiscais devidamente lançados de acordo com o procedimento previsto no Ajuste SINIEF 07/05, não há a obrigação de recolher o ICMS-DIFAL. Nesse sentido, cita o entendimento do CONSEF por meio do Acórdão CJF nº 0335-11/17 e Acórdão CJF nº 0698-11/03.

Diz que no caso concreto, como se verifica das notas fiscais juntadas aos autos por amostragem (Docs. 04 e 05), os registros dos eventos de “operação não realizada” e de “desconhecimento da operação pelo destinatário” comprovam efetivamente que o Autuado não recebeu as mercadorias e, por isso, não há fato gerador do ICMS-DIFAL.

Uma vez que as operações não se efetivaram e que o destinatário sequer recebeu as mercadorias, sendo devidamente registrado o evento, dentro do prazo legal, nos termos das cláusulas décima quinta-A, parágrafo 1º, incisos VI e VII, décima quinta-B, inciso II, alíneas “b” e “c” e décima quinta-C, todas do Ajuste SINIEF 07/05, não há fato gerador e, consequentemente, a obrigatoriedade de recolhimento do ICMS-DIFAL, razão pela qual o lançamento tributário deve ser julgado improcedente.

Afirma ser imprescindível a realização de perícia fiscal, de modo a identificar, de maneira individualizada, nota por nota, aquelas nas quais houve o registro de “operação não realizada” e de “desconhecimento da operação pelo destinatário” e, que, portanto, o ICMS-DIFAL destacado não é devido, diante da ausência de fato gerador do imposto.

Dessa maneira, com fulcro nos artigos 123 e 145, ambos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (Decreto nº 7.629/99), apresenta os quesitos que deverão ser respondidos quando da perícia fiscal e indica como assistente técnico para acompanhar a

perícia fiscal, o Sr. Clerisvan Barbosa de Oliveira (e-mail: clerisvan.oliveira@ultracargo.com.br; telefone: (71) 3602-6488).

Entende que restou demonstrada a necessidade de realização de perícia fiscal, diante da evidência de erros do lançamento tributário, tornando-se imprescindível a verificação, nota a nota, daquelas que foram devidamente registradas com os eventos de “operação não realizada” e de “desconhecimento da operação pelo destinatário”. Apresenta os quesitos periciais e requer a realização de perícia fiscal, com fulcro nos artigos 123 e 145, ambos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (Decreto nº 7.629/99).

Ante o exposto, requer:

- a) o recebimento da defesa e dos documentos anexos, com efeito suspensivo, com fulcro no artigo 123, do RPAF/99;
- b) a realização de perícia fiscal, nos termos dos artigos 123 e 145, ambos do RPAF/99, diante da evidência dos erros do lançamento e da necessidade de verificação dos registros dos eventos, nota a nota;
- c) o provimento da Impugnação, sendo julgado improcedente o presente Auto de Infração e desconstituído o crédito tributário relativo ao ICMS-DIFAL no período de 2017 a 2019; e
- d) seja garantido o direito de acompanhar a sessão de julgamento da Impugnação e realizar sustentação oral, nos termos do art. 163 do RPAF/99.

Por fim, ratifica o requerimento para que todas as publicações e intimações relativas ao presente feito sejam veiculadas em nome de LEONARDO NUÑEZ CAMPOS, inscrito na OAB/BA sob o nº 30.972, sob pena de nulidade, além de fazer constar seu nome no rosto dos autos e no site de acompanhamento eletrônico deste Órgão.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 108/109 dos autos. Diz que as razões de defesa se resumem ao fato de que várias Notas Fiscais relacionadas no levantamento fiscal de fls. 09 a 17, impressas em meio magnético na mídia de fl. 18, foram objeto de “desconhecimento da operação” e “operação não realizada”.

Informa que após as devidas conferências dos mencionados eventos de todas as Notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal, foram excluídas as que contêm a declaração de “desconhecimento da operação” e “operação não realizada”, na forma prevista no Ajuste SINIEF 07/05.

Elabora demonstrativo resumo à fl. 109 dos autos e informa que uma vez acolhidos os argumentos e provas que o Defendente apresentou, o lançamento é retificado de R\$ 104.937,27 para R\$ 10.624,91.

Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração.

À fl. 113 do PAF, por meio de Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal e do demonstrativo retificado elaborado pelo autuante, constando como data de ciência 02/01/2023, sendo concedido prazo para se manifestar. Decorrido o prazo concedido, o defensor não apresentou qualquer contestação.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pelo advogado, Dr. Bernardo Sanjuan Borges, OAB-BA Nº 52.829.

VOTO

O presente Auto de Infração está embasado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, foram fornecidas ao Autuado cópias dos mencionados demonstrativos, não foi identificado qualquer prejuízo ao Defendente, a infração apurada foi descrita de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de

cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi identificada a existência dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2017; fevereiro a agosto, outubro a dezembro de 2018; janeiro a dezembro de 2019.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O Defendente alegou que apresentou comprovação dos registros de “operação não realizada” ou de “desconhecimento da operação pelo destinatário”, conforme o procedimento definido e estabelecido nas cláusulas décima quinta-A, parágrafo 1º, incisos VI e VII, décima quinta-B, inciso II, alíneas “b” e “c” e décima quinta-C, todas do Ajuste SINIEF 07/05, restando comprovada a inexistência da operação, e, consequentemente, do fato gerador da obrigação principal descrita no auto de infração impugnado.

Diante da inexistência do fato gerador, uma vez que a operação não foi realizada ou foi declarada como desconhecida, como atestam os registros nas notas fiscais devidamente lançados de acordo com o procedimento previsto no Ajuste SINIEF 07/05, não há a obrigação de recolher o ICMS-DIFAL.

Observo que no Portal da NF-e consta que o evento “Confirmação da Operação” será informado pelo destinatário quando, por algum motivo, a operação legalmente acordada entre as partes não se realizou (devolução sem entrada física da mercadoria no estabelecimento do destinatário, sinistro da carga durante seu transporte, etc.).

Trata-se de obrigação acessória prevista no § 14 do art. 89 do RICMS-BA/2012, devendo o contribuinte destinatário das mercadorias indicadas no referido dispositivo, registrar, nos termos do Ajuste SINIEF 07/05, os eventos da NF-e denominados “ciência da operação”, “confirmação da operação”, “operação não realizada” ou “desconhecimento da operação”, conforme o caso.

No inciso X-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 foi estabelecida uma penalidade a ser aplicada em caso de descumprimento da obrigação acessória: “*1% (um por cento) do valor da operação ao contribuinte que, obrigado a informar os eventos da NF-e denominados “confirmação da operação”, “operação não realizada” ou “desconhecimento da operação”, não o faça no prazo previsto em regulamento”*

Na informação Fiscal, o Autuante disse que após as devidas conferências dos mencionados eventos de todas as Notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal, foram excluídas as que contêm a declaração de “desconhecimento da operação” e “operação não realizada”, na forma prevista no Ajuste SINIEF 07/05.

Elaborou demonstrativo resumo à fl. 109 dos autos e informou que uma vez acolhidos os argumentos e provas que o Defendente apresentou, o lançamento é retificado de R\$ 104.937,27 para R\$ 10.624,91.

Vale ressaltar que à fl. 113 do PAF, por meio de Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal e do demonstrativo retificado elaborado pelo autuante, constando como data de ciência 02/01/2023, sendo concedido prazo para se manifestar. Decorrido o prazo concedido, o defensor não apresentou qualquer contestação.

Constatou que as informações prestadas pelo autuante convergem integralmente com as alegações e comprovações apresentadas pela defesa, deixando de haver lide. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos pelo defensor, alicerçados nos documentos e na legislação tributária, tendo sido acolhidos pelo autuante, subsiste parte da exigência fiscal consubstanciada no presente lançamento, conforme demonstrativo à fl. 109 do PAF.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 10.624,91.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232948.0012/22-7, lavrado contra **ULTRACARGO LOGÍSTICA S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 10.624,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

A. I. N° - 232948.0012/22-7
AUTUADO - ULTRACARGO LOGISTICA S.A.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INETERNET - 07/06/2023

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0091-03/23-VD**

EMENTA: ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO E MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Os cálculos foram refeitos pelo autuante para excluir operações comprovadas pelo Defendente. Infração parcialmente comprovada. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/06/2022, refere-se à exigência de R\$ 104.937,27 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 006.005.001: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2017; fevereiro a agosto, outubro a dezembro de 2018; janeiro a dezembro de 2019.

Consta na Descrição dos fatos: Referente às aquisições de aço galvanizado, câmara de espuma usina, escada pantográfica, estação de limpeza para óculos de segurança, líquido alcalino cáustico, respiro de emergência, álcool em gel, arquivo morto de papelão, bastão ancoragem de alumínio, câmera Cannon, caneta marca texto, cartão de memória, cola em bastão, embalagem de embarque parda, extension cable, filme plástico protec, fita adesiva embaladora, fita crepe, fita dupla face, grampos cobreados, luva alta tensão, marca texto, marcador permanente, medidor de stress térmico, mochila com rodízios, pilha alcalina, prancheta em mdf, massa auxiliar de selagem, pulverizador, régua em alumínio, retentor, rolamentos, suporte cinturão peitoral, tapete isol elétrico, teclado, tinta para carimbo, acoplamento, anel de retenção, juntas, mangotes, molas, rebites, papel A4, luminária, moldura, cartucho toner HP, bomba de ar de mão, carregador de acumulador, parafusos, porcas sextavadas, papel sulfite, abraçadeiras, arruelas, buchas, bujões, cabos, chumbadores, curvas galvanizadas, eletrodutos, luvas, nipple, união, quadro de comando elétrico, conforme demonstrativo Ultracargo 2017_2019 A Difal, parte integrante do Auto de Infração, cópia entregue ao Autuado.

O Autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 26 a 38 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e informa que é sociedade anônima que atua no setor de armazéns gerais e cumpre regularmente suas obrigações fiscais.

Diz que foi surpreendido com a lavratura do auto de infração, através do qual a Autoridade Fiscal constitui crédito tributário relativo ao ICMS diferencial de alíquota no período de 2017 a 2019.

Ressalta que a planilha anexa ao auto de infração, nomeada "Ultracargo 2017_2019_Difal", lista as notas fiscais (NFs) emitidas nas operações de aquisição de mercadorias destinadas ao uso e consumo e ao ativo imobilizado.

Da análise de cada uma das 174 notas fiscais relacionadas, alega que verificou que a grande maioria delas se refere a operações devidamente registradas no Portal Nacional da Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) como "Operação não realizada" ou "Desconhecimento da operação pelo destinatário", sendo pouquíssimas delas relativas a operações confirmadas pelo contribuinte e com mercadorias efetivamente recebidas.

Nesse sentido, afirma que não houve a operação de circulação de mercadoria, com a efetiva transferência de titularidade do bem, uma vez que a operação não foi realizada ou não foi reconhecida pelo destinatário, não há fato gerador, e, portanto, não há tributo a recolher.

Conforme relatado, o ICMS diferencial de alíquotas é cobrado em razão da suposta aquisição de mercadorias provenientes de outros Estados do Brasil e destinadas ao ativo fixo ou uso e consumo do próprio estabelecimento. Diz que as referidas operações não se concretizaram, conforme os eventos registrados nas notas fiscais, sendo inexistente, portanto, o fato gerador da cobrança do tributo.

Menciona que o ICMS é imposto cuja competência é outorgada aos Estados pelo art. 155, inciso II, da Constituição Federal, que autoriza que, através de Lei e respeitados os parâmetros da Lei Complementar nacional, se institua impostos sobre *"operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior."*

Comenta que o ICMS incide sobre a operação mercantil que implica na circulação jurídica da mercadoria.

Operação é o ato jurídico, regulado pelo Direito, como produtor de eficácia jurídica e hábil para provocar a circulação de mercadorias.

Circulação, por sua vez, é a passagem das mercadorias de um sujeito de direito para outro, sob o manto de um título jurídico. É a movimentação com mudança de titularidade do patrimônio, sendo irrelevante a mera circulação física ou econômica.

Como mercadoria, entende-se a espécie do gênero produtos, enquanto bem econômico que o sujeito de direito, com o propósito deliberado de lucro, produz para vender ou compra para revender, sendo tradicionalmente, o bem corpóreo da atividade empresarial.

Afirma ser possível concluir, com facilidade, que, se não há a operação mercantil com a circulação jurídica da mercadoria, não há fato gerador do ICMS.

Registra que as notas fiscais eletrônicas discriminadas na planilha anexa (Doc.03), a maior parte da autuação refere-se a operações não realizadas ou desconhecidas pelo destinatário. Nas notas fiscais eletrônicas que acobertaram esses tipos de operações, há expressamente a informação relativa ao desconhecimento da operação ou à não realização da operação.

Acrescenta: De acordo com a apuração que realizou, do valor total do crédito tributário lançado - R\$ 104.937,27 (cento e quatro mil novecentos e trinta e sete reais e vinte e sete centavos) - 89,33% do valor lançado a título de multa, ou seja, R\$ 93.748,42 (noventa e três mil setecentos e quarenta e oito reais e quarenta e dois centavos), correspondem a operações não realizadas ou desconhecidas pelo destinatário.

Menciona a Cláusula Décima Quinta-A, do Ajuste SINIEF 07/05, destacando que, dentre os eventos relacionados a uma nota fiscal eletrônica e que nela devem ser informados, estão a operação não realizada e o desconhecimento da operação, conforme os incisos VI e VII, do parágrafo 1º, da mencionada cláusula.

Comenta sobre o procedimento a ser seguido pelo destinatário das mercadorias quando da ocorrência de "operação não realizada" e de "desconhecimento da operação" e diz que comprova, por amostragem, que atendeu ao procedimento estabelecido pelo Ajuste SINIEF 07/05, e, consequentemente, a inexistência do fato gerador do ICMS-DIFAL, ou seja, a circulação jurídica da mercadoria.

Na hipótese de operação não realizada, o destinatário tem a obrigação de registrar na NF-e o evento relacionado no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias contados da data de autorização da NF-e, nos termos da cláusula décima quinta-B, inciso II, alíneas “b” e “c”, c/c a cláusula décima quinta-C, ambas do Ajuste SINIEF 07/05.

Afirma que assim procedeu, conforme a nota fiscal eletrônica (NF-e nº 87252) colacionada por amostragem, juntada aos autos (Doc.04).

Consta na nota fiscal eletrônica que a autorização de uso foi concedida em 11/08/2017 e o registro de “operação não realizada”, feito pelo Impugnante enquanto destinatário da operação, ocorreu em 10/09/2017, dentro, portanto, do prazo de 180 (cento e oitenta) dias previsto na cláusula décima quinta-C, do Ajuste SINIEF 07/05.

Na hipótese de desconhecimento da operação pelo destinatário, ressalta que o destinatário tem a obrigação de registrar na NF-e o evento relacionado no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias contados da data de autorização da NF-e, nos termos da cláusula décima quinta-B, inciso II, alíneas “b” e “c”, c/c a cláusula décima quinta-C, ambas do Ajuste SINIEF 07/05.

Diz que assim procedeu, conforme a nota fiscal eletrônica (NF-e nº 475800) colacionada por amostragem e juntada aos autos (Doc.05).

Como se trata de nota da Nota Fiscal Eletrônica, a autorização de uso foi concedida em 31/01/2017 e o registro de “desconhecimento da operação pelo destinatário”, feito pelo Impugnante enquanto destinatário da operação, ocorreu em 22/02/2017, dentro, portanto, do prazo de 180 (cento e oitenta) dias previsto na cláusula décima quinta-C, do Ajuste SINIEF 07/05.

A partir da comprovação dos registros de “operação não realizada” ou de “desconhecimento da operação pelo destinatário”, conforme o procedimento definido e estabelecido nas cláusulas Décima Quinta-A, parágrafo 1º, incisos VI e VII, Décima Quinta-B, inciso II, alíneas “b” e “c” e Décima Quinta-C, todas do Ajuste SINIEF 07/05, afirma restar comprovada a inexistência da operação, e, consequentemente, do fato gerador da obrigação principal descrita no auto de infração impugnado.

Diante da inexistência do fato gerador, uma vez que a operação não foi realizada ou foi declarada como desconhecida, como atestam os registros nas notas fiscais devidamente lançados de acordo com o procedimento previsto no Ajuste SINIEF 07/05, não há a obrigação de recolher o ICMS-DIFAL. Nesse sentido, cita o entendimento do CONSEF por meio do Acórdão CJF nº 0335-11/17 e Acórdão CJF nº 0698-11/03.

Diz que no caso concreto, como se verifica das notas fiscais juntadas aos autos por amostragem (Docs. 04 e 05), os registros dos eventos de “operação não realizada” e de “desconhecimento da operação pelo destinatário” comprovam efetivamente que o Autuado não recebeu as mercadorias e, por isso, não há fato gerador do ICMS-DIFAL.

Uma vez que as operações não se efetivaram e que o destinatário sequer recebeu as mercadorias, sendo devidamente registrado o evento, dentro do prazo legal, nos termos das cláusulas décima quinta-A, parágrafo 1º, incisos VI e VII, décima quinta-B, inciso II, alíneas “b” e “c” e décima quinta-C, todas do Ajuste SINIEF 07/05, não há fato gerador e, consequentemente, a obrigatoriedade de recolhimento do ICMS-DIFAL, razão pela qual o lançamento tributário deve ser julgado improcedente.

Afirma ser imprescindível a realização de perícia fiscal, de modo a identificar, de maneira individualizada, nota por nota, aquelas nas quais houve o registro de “operação não realizada” e de “desconhecimento da operação pelo destinatário” e, que, portanto, o ICMS-DIFAL destacado não é devido, diante da ausência de fato gerador do imposto.

Dessa maneira, com fulcro nos artigos 123 e 145, ambos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (Decreto nº 7.629/99), apresenta os quesitos que deverão ser respondidos quando da perícia fiscal e indica como assistente técnico para acompanhar a

perícia fiscal, o Sr. Clerisvan Barbosa de Oliveira (e-mail: clerisvan.oliveira@ultracargo.com.br; telefone: (71) 3602-6488).

Entende que restou demonstrada a necessidade de realização de perícia fiscal, diante da evidência de erros do lançamento tributário, tornando-se imprescindível a verificação, nota a nota, daquelas que foram devidamente registradas com os eventos de “operação não realizada” e de “desconhecimento da operação pelo destinatário”. Apresenta os quesitos periciais e requer a realização de perícia fiscal, com fulcro nos artigos 123 e 145, ambos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia (Decreto nº 7.629/99).

Ante o exposto, requer:

- a) o recebimento da defesa e dos documentos anexos, com efeito suspensivo, com fulcro no artigo 123, do RPAF/99;
- b) a realização de perícia fiscal, nos termos dos artigos 123 e 145, ambos do RPAF/99, diante da evidência dos erros do lançamento e da necessidade de verificação dos registros dos eventos, nota a nota;
- c) o provimento da Impugnação, sendo julgado improcedente o presente Auto de Infração e desconstituído o crédito tributário relativo ao ICMS-DIFAL no período de 2017 a 2019; e
- d) seja garantido o direito de acompanhar a sessão de julgamento da Impugnação e realizar sustentação oral, nos termos do art. 163 do RPAF/99.

Por fim, ratifica o requerimento para que todas as publicações e intimações relativas ao presente feito sejam veiculadas em nome de LEONARDO NUÑEZ CAMPOS, inscrito na OAB/BA sob o nº 30.972, sob pena de nulidade, além de fazer constar seu nome no rosto dos autos e no site de acompanhamento eletrônico deste Órgão.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 108/109 dos autos. Diz que as razões de defesa se resumem ao fato de que várias Notas Fiscais relacionadas no levantamento fiscal de fls. 09 a 17, impressas em meio magnético na mídia de fl. 18, foram objeto de “desconhecimento da operação” e “operação não realizada”.

Informa que após as devidas conferências dos mencionados eventos de todas as Notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal, foram excluídas as que contêm a declaração de “desconhecimento da operação” e “operação não realizada”, na forma prevista no Ajuste SINIEF 07/05.

Elabora demonstrativo resumo à fl. 109 dos autos e informa que uma vez acolhidos os argumentos e provas que o Defendente apresentou, o lançamento é retificado de R\$ 104.937,27 para R\$ 10.624,91.

Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração.

À fl. 113 do PAF, por meio de Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal e do demonstrativo retificado elaborado pelo autuante, constando como data de ciência 02/01/2023, sendo concedido prazo para se manifestar. Decorrido o prazo concedido, o defensor não apresentou qualquer contestação.

Na sessão de Julgamento foi realizada sustentação oral por videoconferência pelo advogado, Dr. Bernardo Sanjuan Borges, OAB-BA Nº 52.829.

VOTO

O presente Auto de Infração está embasado nos demonstrativos elaborados pelo autuante, foram fornecidas ao Autuado cópias dos mencionados demonstrativos, não foi identificado qualquer prejuízo ao Defendente, a infração apurada foi descrita de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de

cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF-BA/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi identificada a existência dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2017; fevereiro a agosto, outubro a dezembro de 2018; janeiro a dezembro de 2019.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96).

O Defendente alegou que apresentou comprovação dos registros de “operação não realizada” ou de “desconhecimento da operação pelo destinatário”, conforme o procedimento definido e estabelecido nas cláusulas décima quinta-A, parágrafo 1º, incisos VI e VII, décima quinta-B, inciso II, alíneas “b” e “c” e décima quinta-C, todas do Ajuste SINIEF 07/05, restando comprovada a inexistência da operação, e, consequentemente, do fato gerador da obrigação principal descrita no auto de infração impugnado.

Diante da inexistência do fato gerador, uma vez que a operação não foi realizada ou foi declarada como desconhecida, como atestam os registros nas notas fiscais devidamente lançados de acordo com o procedimento previsto no Ajuste SINIEF 07/05, não há a obrigação de recolher o ICMS-DIFAL.

Observo que no Portal da NF-e consta que o evento “Confirmação da Operação” será informado pelo destinatário quando, por algum motivo, a operação legalmente acordada entre as partes não se realizou (devolução sem entrada física da mercadoria no estabelecimento do destinatário, sinistro da carga durante seu transporte, etc.).

Trata-se de obrigação acessória prevista no § 14 do art. 89 do RICMS-BA/2012, devendo o contribuinte destinatário das mercadorias indicadas no referido dispositivo, registrar, nos termos do Ajuste SINIEF 07/05, os eventos da NF-e denominados “ciência da operação”, “confirmação da operação”, “operação não realizada” ou “desconhecimento da operação”, conforme o caso.

No inciso X-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 foi estabelecida uma penalidade a ser aplicada em caso de descumprimento da obrigação acessória: “*1% (um por cento) do valor da operação ao contribuinte que, obrigado a informar os eventos da NF-e denominados “confirmação da operação”, “operação não realizada” ou “desconhecimento da operação”, não o faça no prazo previsto em regulamento”*

Na informação Fiscal, o Autuante disse que após as devidas conferências dos mencionados eventos de todas as Notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal, foram excluídas as que contêm a declaração de “desconhecimento da operação” e “operação não realizada”, na forma prevista no Ajuste SINIEF 07/05.

Elaborou demonstrativo resumo à fl. 109 dos autos e informou que uma vez acolhidos os argumentos e provas que o Defendente apresentou, o lançamento é retificado de R\$ 104.937,27 para R\$ 10.624,91.

Vale ressaltar que à fl. 113 do PAF, por meio de Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal e do demonstrativo retificado elaborado pelo autuante, constando como data de ciência 02/01/2023, sendo concedido prazo para se manifestar. Decorrido o prazo concedido, o defensor não apresentou qualquer contestação.

Constatou que as informações prestadas pelo autuante convergem integralmente com as alegações e comprovações apresentadas pela defesa, deixando de haver lide. Neste caso, em razão dos argumentos trazidos pelo defensor, alicerçados nos documentos e na legislação tributária, tendo sido acolhidos pelo autuante, subsiste parte da exigência fiscal consubstanciada no presente lançamento, conforme demonstrativo à fl. 109 do PAF.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 10.624,91.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232948.0012/22-7, lavrado contra **ULTRACARGO LOGÍSTICA S.A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 10.624,91**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2023

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA