

A. I. Nº - 232177.0044/17-7
AUTUADO - AUDIT COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. - ME
AUTUANTE - EDILSON MEIRELLES DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.01.2025

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0294-05/24-VD**

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. OMISSÃO DE RECEITAS. VENDAS REALIZADAS DAS NF-E. Não há a necessária certeza para confirmação de que as mercadorias foram vendidas e efetivamente entregues ao destinatário, diante das provas apresentadas, e notadamente do fato de que o autuante sequer aguardou a entrega dos documentos em que ele próprio solicitou mediante intimação, para a devida análise probatória da efetivação do negócio. Pelo contrário, os documentos apresentados tanto pelo remetente como pelo destinatário denotam a não realização de negócio, não sendo possível inferir, até mesmo pelas datas, logo após a emissão das notas fiscais, que tenha havido qualquer fraude para iludir o fisco. Negada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de lançamento de ICMS mediante auto de infração lavrado em 11.09.2017, no valor histórico de R\$ 93.857,40, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – Omissão de receita apurada através de levantamento fiscal (com dolo). Não declarou receitas obtidas através de vendas realizadas das NF-e nº 1 e 2 em 02.01.2017. ICMS conforme coluna M do Demonstrativo de Falta de Pagamento do ICMS devido sobre o faturamento. Multa de 150% nos termos dos arts. 34 e 35 da LC 123/06; parágrafo 1º do art. 44 da Lei Federal 11.488/07.

O autuado apresentou impugnação ao lançamento às fls. 20/25. Inicialmente solicita anulação do lançamento sob o argumento de que “... não foi previamente cientificada...” do início do procedimento fiscal com a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, prejudicando o regular exercício do direito de defesa nos termos do art. 5º, LV da CF. Requer a nulidade do AI nos termos do art. 18, II do Dec. 7.629/99.

No mérito, afirma que as notas fiscais eletrônicas nº 1 e 2, estavam vinculadas ao processo de financiamento bancário junto ao BNB – Agência Santo Amaro, que não foi aprovado, e resultou em desfazimento do negócio, conforme declaração anexa.

Afirma que o art. 3º, § 1º, da LC nº 123/06 define como receita bruta o produto da venda de bens e serviços (operações de conta própria), o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

E que na situação presente tendo a venda sido cancelada, o negócio foi desfeito, não há que se falar em base de cálculo para apuração do Simples Nacional, pois, conforme declaração e escrituração do livro de entradas, as mercadorias foram devolvidas.

Alega que ficou impossibilitada de emitir nota fiscal eletrônica de retorno das mercadorias, pois a inscrição ficou inapta por suposição de operações ilícitas, conforme quadro à fl. 23. Argumenta que não realiza operações ilegais e que solicitou do adquirente a declaração de devolução das

mercadorias, e documento da agência do BNB, informando os motivos da não continuidade no processo, mas até a presente data, não foi enviado.

Afirma que sua inscrição continua inapta por supostas operações ilícitas, fato que não ocorreu, tendo buscado reativá-la por três vezes, mas foram indeferidas pelo grupo de vistorias, sob a alegação de que a liberação deve vir da INFAZ Varejo, impedindo de emitir notas fiscais, realizar compras de mercadorias, o que caracteriza excesso de exação, por parte dos auditores fiscais.

Cita decisões proferidas pelo CONSEF, relativas às anulações de autos de infração lavrados em decorrência de roteiro de fiscalização INADEQUADO PARA AS EMPRESAS OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL, a exemplo dos Acórdãos JJF Nº 0057-03/14 e CJF Nº 0220-12/14.

Conclui afirmando que a infração deve ser descaracterizada, por não atender aos ditames legais vinculados ao procedimento fiscalizatório do Simples Nacional e ir de encontro com a jurisprudência majoritária que norteia as decisões desta Secretaria da Fazenda Estadual.

O autuante na informação fiscal diz que o objetivo da fiscalização foi averiguar omissão de receitas, constatadas através das vendas realizadas nas NF-e 1 e 2 de 02/01/2017 (fls. 7 a 9) cujos documentos complementares solicitados foram apresentados no dia 12/09/2017 conforme doc. a fl. 28.

Quanto à alegação de inexistência de Termo de Início de Fiscalização e cerceamento de direito de defesa, afirma que a empresa foi devidamente intimada em 05/09/2017 que é o marco de início do procedimento de fiscalização, conforme reconhecido pelo contribuinte na sua defesa informando que *“A fiscalização teve início no dia 05/09/2017, conforme mensagem recebida através do DTE solicitando a apresentação dos livros e documentos fiscais”*.

No mérito, há alegação de que as NF-e nº 1 e 2, foram canceladas por desfazimento do negócio, conforme declaração da empresa MFS EMPREENDIMIENTOS E SERVIÇOS EIRELI – ME de que não recebeu as mercadorias constantes nas NF-e 1 e 2, de 02/01/2017, e informa que as referidas NF-e foram devidamente emitidas e estão ativas, conforme relatório de Relação de Notas 2017 (fl. 47), e portanto, não houve desfazimento das vendas realizadas.

Com relação à inaptidão da inscrição, informa que esta situação não impede a adoção de procedimento de cancelamento de NF-e. Quanto à nulidade suscitada do Auto de Infração, sob alegação de que foi aplicado roteiro de auditoria inadequada, contesta afirmando que os procedimentos foram realizados através do aplicativo PRODIFE e demonstrado claramente através dos demonstrativos das fls. 5 e 6 e 10 a 13.

Conclui afirmando que a defesa apresentada objetiva protelar a cobrança dos débitos apurados, sem provar concretamente o desfazimento das vendas realizadas, motivo pelo qual requer que o Auto de Infração seja julgado procedente.

A Inspetoria Fazendária após tentativas de intimação pelos correios (AR) para cientificar da informação fiscal sem obter êxito (empresa - fl. 51) e sócios (fls. 54 e 57) a intimação foi efetivada mediante publicação no Diário Oficial de 16/03/2018 (fl. 58) nos termos do art. 108, § 1º do RPAF/BA.

O auto de infração foi inicialmente julgado procedente conforme acórdão às fls. 65/67, contudo a decisão foi anulada em grau de recurso voluntário, conforme ementa abaixo, fls. 117:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACORDÃO CJF Nº 0160-11/19 EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE IMPOSTO RELATIVO À SAÍDA DE MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. NOVA DECISÃO. Imposto exigido relativo a operações de vendas consignadas em notas fiscais eletrônicas legalmente emitidas e escrituradas. Não comprovado nos autos a ciência ao autuado do julgamento dentro do prazo regulamentar. Acatado o pedido de nulidade do julgamento de piso. Retorno do processo à 5ª JJF para nova apreciação. Recurso PROVIDO. Decisão unânime.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de novo julgamento em razão de nulidade do julgamento anterior, acolhida pela 1ª CJF, que entendeu haver cerceamento do direito de defesa, pela falta de ciência do autuado quanto ao julgamento anterior, em primeira instância.

Pois bem, em pedido preliminar de nulidade por suposta ausência de termo de início de fiscalização, sob argumento de que o impugnante teria sido prejudicado no regular exercício do direito de defesa, constato que há intimação para o contribuinte entregar livros e documentos fiscais à fl. 04, com data de leitura em 05.09.2017.

A intimação substitui o termo de início de fiscalização, já que ambos visam dar ciência ao contribuinte de que está sob ação fiscal, e cujo efeito é cessar a espontaneidade do recolhimento de impostos, de forma a evitar que o contribuinte sabendo que está sendo fiscalizado, exerça o direito à denúncia espontânea, fugindo à aplicação da multa decorrente do auto de infração.

Por outro lado, ainda que houvesse ausência de intimação, não haveria de se falar em nulidade, sem que houvesse comprovação de prejuízos à defesa, já que é farta a jurisprudência em tribunais superiores, que erros formais não ensejam nulidade sem a efetiva comprovação de prejuízos à defesa, sob auspícios do princípio "*pas de nullité sans grief*" (não há nulidade por motivo formal sem comprovação de prejuízo à parte), insculpido no art. 282 do CPC, que estabelece que não há de se decretar a nulidade processual quando a defesa argui mas não demonstra um prejuízo ao seu exercício da defesa.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade pretendida, e adentro as razões de mérito.

Consta às fls. 7 e 8 notas fiscais, DANFE 01 e 02 emitidas para MFS EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS EIRELLI, em 02.01.2017, nos valores de R\$ 584.000,00 e R\$ 2.090.000,00, que deram subsídio ao lançamento.

A defesa se pauta no cancelamento informal destes documentos fiscais por motivo do desfazimento do negócio e que as mercadorias teriam sido devolvidas, ainda que não tenham sido oficialmente canceladas no sistema de emissão de notas fiscais eletrônicas.

Que não teria tido a oportunidade de emitir nota fiscal de retorno por estar com a inscrição inapta. Trouxe como prova, o registro de entrada das próprias notas fiscais de saída, como a indicação do desfazimento do negócio, à fl. 16.

Trouxe ainda a declaração da empresa MFS EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS EIRELI, na data de 12.01.2017 com a declaração de que as mercadorias constantes nas notas fiscais relacionadas foram devolvidas em virtude da não aprovação do projeto de financiamento pelo Banco do Nordeste. Esclarece o documento, que não há impeditivos para o cancelamento das referidas notas, tendo em vista a não circulação de mercadorias.

O autuante por sua vez informa que as notas fiscais estão ativas conforme relatório de notas de 2017 (fl. 47). De fato, consta relatório emitido em 04.12.2017, em que as 02 notas se encontravam ativas.

Vejamos uma análise dos documentos anexos ao processo - o auto de infração foi lavrado em 11.09.2017 e curiosamente a data de intimação para entrega de livros e documentos fiscais feita pelo autuante, fl. 28, consta uma data posterior, de 12.09.2017.

O contribuinte, em atendimento à intimação, entregou o LRE, onde consta a entrada das notas fiscais de saída emitidas em 02.01.2017, com registro de devolução pelas entradas, dia 12.01.2017.

Por óbvio. o procedimento formal e recomendado seria o cancelamento no meio eletrônico da emissão de notas fiscais, ou ainda a não aceitação pelo contribuinte destinatário (embora não haja no processo qualquer prova que tenha feito ou deixado de fazer), vez que poderia ser autuado

pelo fisco de destino pela falta de não aceitação das notas adquiridas e ser autuado por presunção de recebimento, ou então o simples cancelamento por parte do emissor, o que não foi feito. O autuado alega que ficou impossibilitado de fazê-lo por estar inapto quando tentou o cancelamento, fato que o autuante considera incorreto, atestando que poderia cancelar mesmo sob situação de inapto.

Ainda, na mesma data, 12.01.2017, há documento da empresa destinatária, MFS EMPREENDIMENTOS, acusando que não recebeu as mercadorias em vista do insucesso do projeto de aquisição pela não aprovação do financiamento do Banco do Nordeste. Cita ainda que não há impeditivos para que a empresa remetente faça o cancelamento das referidas notas, pela não circulação. Contudo, o autuado não cancelou.

O fato do contribuinte não efetuar o cancelamento de uma operação quando devida, em princípio não o obriga a pagar imposto que não seja comprovadamente devido, mas tão somente cabe aplicação de multa por descumprir obrigação acessória.

Assim, é até possível lançamento por presunção de omissão de saída, em caso de falta de registro de entradas de notas fiscais (que se aplicaria ao destinatário), mas sendo presunção *juris tantum*, cabe prova em contrário, como é o caso da contabilidade do autuado provar que houve o pagamento da aquisição, o que configura mero descumprimento de obrigação acessória.

Cito isto como exemplo claro de que o simples fato de não se cancelar uma nota fiscal emitida em meio eletrônico, ainda que de saída, há de se respeitar o princípio da verdade material, que é a comprovação ou não da efetiva operação.

Pelo visto, a data de termo de arrecadação dos documentos por parte do autuante, um dia após a lavratura do auto, se revelou inútil para avaliação das provas por parte do próprio autuante, que não considerou quaisquer dos indícios de que a operação foi desfeita, o que demandaria melhor investigação, inclusive se o destinatário fez o “não aceite” da nota, e se baseou apenas no fato da nota fiscal de saída, estar na situação “ativa” no ambiente da NF-e.

A própria defesa alega à fl. 20, que a fiscalização teve início em 05.09.2017, e foram entregues documentos dia 12.09.2017, e para sua surpresa, o auto já se encontrava lavrado, sem ao menos ter ocorrido a análise dos documentos.

O autuante diz que a apresentação dos documentos complementares solicitados e apresentados dia 12.09.2017 não estão relacionados ao objeto da infração. Não é verdade, conforme ficou demonstrado pelos documentos anexados que se reportam aos fatos que levaram a este lançamento de ofício. Além disso, não faria qualquer sentido uma intimação para entrega de documentos complementares com um auto de infração já lavrado.

Vejamos precedentes neste Conselho de Fazenda, em questões com afinidade do tema em discussão:

*1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0358-11/21-VD EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. Tese e exclusões já realizadas na primeira instância. Ausência de objeto para análise recursal, tendo em vista que o pedido formulado já foi apreciado e acatado. 2. OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CANCELAMENTO IRREGULAR DE NOTAS FISCAIS. **Comprovado através de pesquisa no Ambiente Nacional da Nota Fiscal Eletrônica, que o documento fiscal se encontra na situação de autorizado, mas que foi cancelada e devidamente substituída, conforme demonstram as provas apresentadas. Infração improcedente. Não acolhidas as arguições preliminares. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO PARCIALMENTE. Decisão unânime.***

Trecho do voto do acórdão acima:

No mérito, quanto à infração 04, salientou o recorrente que houve um equívoco na emissão da Nota Fiscal nº 22798, tendo sido substituída por 4 notas fiscais em substituição. Tal fato se deu,

porque foi emitida uma única Nota Fiscal para documentar a saída de 128.040,00 kg (cento e vinte e oito mil e quarenta quilos) de soja a ser objeto de transporte rodoviário

Observa que em 03/12/2012, a Recorrente emitiu 4 novas Notas Fiscais, em substituição à Nota Fiscal nº 22798, para documentar adequadamente a operação de circulação de mercadorias. A Nota Fiscal nº 22798 foi substituída pelas Notas Fiscais nos 22806 a 22809, sendo que essas últimas documentaram o volume real da operação praticada (Doc. 06 da Impugnação).

Ocorre que em que pese no sistema da empresa conste que houve o cancelamento da Nota Fiscal nº 22789, esta continua como ativa nos dados da SEFAZ, tendo o contribuinte alegado, em sua defesa, que não cancelou por ter expirado o prazo para tanto. Compulsando os elementos trazidos pelo contribuinte aos autos, e levando em consideração que as provas acostadas ao processo demonstram que a emissão das 4 notas fiscais em substituição à emitida com erro na quantidade, comprovam a regularidade do ato, não restando demonstrado prejuízo ao erário, tendo o próprio fiscal autuante acatado a comprovação trazida pelo contribuinte, motivo pelo qual, entendo que assiste razão o pleito promovido pelo recorrente, sendo descabida a manutenção da infração 04. Infração 04 Improcedente.

Pelo exposto acima, prevaleceu a verdade material, embora a nota fiscal se encontrasse na posição autorizada. Entendo que o lançamento simplesmente pelo fato da nota fiscal não se encontrar cancelada, não produz lastro probatório suficiente.

O autuante, diante das evidências colacionadas na sua própria intimação em data posterior à lavratura, o que aparentemente é incompreensível, já que não se intima contribuinte após o auto estar lavrado, e decerto os documentos apresentados foram ignorados. Seria possível atos complementares, como análise da documentação contábil, além de outros roteiros passíveis de encontrar provas que tragam a necessária certeza e liquidez ao lançamento.

Assim, embora os registros de entrada das notas fiscais de saída, sejam equivocados do ponto de vista fiscal, o documento produzido pelo destinatário para a própria SEFAZ em 12.01.2017, documento em que não se pode fazer qualquer alusão de ser falso, sem as devidas provas, junto com a própria intimação em momento subsequente à lavratura do auto, fazem um conjunto probatório em que se demonstra que o contribuinte incorreu em descumprimento de obrigação acessória.

Não há a necessária certeza para confirmação de que as mercadorias foram vendidas e efetivamente entregues ao destinatário, diante das provas apresentadas, e notadamente do fato de que o autuante sequer aguardou a entrega dos documentos em que ele próprio solicitou mediante intimação, para a devida análise probatória da efetivação do negócio. Pelo contrário, os documentos apresentados tanto pelo remetente como pelo destinatário denotam a não realização de negócio, não sendo possível inferir, até mesmo pelas datas, logo após a emissão das notas fiscais, que tenha havido qualquer fraude para iludir o fisco.

Face ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO.

VOTO EM SEPARADO

Com o tratamento respeitoso de estilo, pedimos licença ao i. relator no sentido de trilhar um outro fio intelectual para a solução do presente caso, embora concorde com o seu veredicto, qual seja, a improcedência do crédito tributário.

Em primeiro lugar, cabe ressaltar que a nulidade da decisão proferida anteriormente teve razões processuais, de sorte que seria no caso inaplicável o comando do art. 40, § 1º, do Regimento deste Conselho, a saber:

§ 1º Subsiste também impedimento quando, em instância inferior, o Conselheiro houver proferido decisão ou parecer sobre o mérito do processo.

Concordamos também com o voto condutor na parte em que exalta o princípio de inexistir nulidade sem demonstração de prejuízos à defesa, aliás abraçado no nosso RPAF, designadamente no art. 18, § 2º, *verbis*:

Art. 18. São nulos:

...

§ 2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.

Integra o voto da relatoria o argumento em favor do contribuinte no sentido de constarem duas intimações que oficializariam o início da ação fiscal, uma em 05.9.2017, antes da autuação, e outra em 12.9.2017, depois. E que, embora o autuante tivesse afirmado que este documento pós-autuação não tinha relação com o presente PAF, isto não condizia com a verdade, segundo o i. relator.

Data venia, não é bem isso que retrata a realidade dos autos. Ou pelo menos não é sob este prisma que a vemos.

Compulsando o doc. de fl. 04, verifica-se tratar-se de intimação para apresentação de livros e documentos, emitida via DTe (Domicílio Tributário Eletrônico), com ciência do autuado em 05.9.2017 (portanto antes da autuação, formalizada em 11.9.2017), discriminando-se ali a obrigação do contribuinte exibir ao fisco notas fiscais de entradas e saídas, registros de entradas, inventário e livro caixa.

O que se vê no doc. de fl. 28 é um outro tipo de documento, *xerox* de um termo de arrecadação de livros e documentos, com data de ciência do contribuinte **emendada** (não se sabe se 12.8.2017 ou 12.9.2017) e comprovante de devolução dos livros e documentos arrecadados com data (sem emendas) de 12.9.2017. Caso fosse considerada a data da ciência do termo em 12.9.2017, haveria arrecadação de toda a documentação e devolução dela no mesmo dia. Assim, em face de haver dúvidas quanto a data de ciência do termo de arrecadação, isto é, se ocorreu antes ou depois de lavrado o auto de infração, não se poderia afirmar com absoluta convicção que a formalização do instrumento se deu antes da arrecadação dos livros e documentos. E, se tal ocorreu, se haveria formalização precipitada do fisco.

Assim, é crível que este último termo nada tenha a ver com a autuação, até porque esta já tinha sido efetivada, não havendo necessidade de se fazer qualquer outro exame para caracterização da irregularidade ora em julgamento.

A intimação regular pelo canal oficial (DTe) no intuito do contribuinte apresentar elementos da sua escrita fiscal já é o bastante para configurar a ação fiscal e, via de consequência, propiciar o lançamento do crédito tributário. **Termo de arrecadação com data emendada não pode ter o condão de prevalecer sobre ato oficial de intimação.** Neste sentido, não só afastamos a nulidade, como também entendemos não ter havido vacilo do fisco em efetuar a autuação.

Como reforço, compete ainda dizer que o CD de fl. 14, no qual constam os PGDASDs, notas fiscais e demonstrativos analíticos do cálculo do imposto, foram recebidos por procurador da empresa em 02.9.2017 (fls. 15 e 16), ao passo que o auto de infração foi recebido em 12.9.2017. Logo, todos os elementos configuradores do crédito lançado já eram de conhecimento prévio do sujeito passivo.

No mérito, a autuação diz respeito à omissão de receita não declarada para fins de tributação, com aplicação da multa de 150%, por inferência a ter ocorrido dolo na conduta.

Da anamnese dos elementos instrutórios, temos a dizer o seguinte:

Não obstante figurar como optante do Simples Nacional, a empresa, logo nos primeiros dias de 2017, emitiu duas notas fiscais de venda, contra cliente sediado em Sergipe, de nome MFS EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS EIRELLI, em 02.01.2017, nos valores de R\$ 584.000,00 e R\$ 2.090.000,00.

Tais notas – em princípio - acobertaram vendas de equipamentos industriais, vale dizer, injetoras termoplásticas (3) e moldes (12), cada uma pesando entre quatro e seis toneladas.

Ditos documentos fiscais continuam autorizados no portal oficial da Sefaz, de sorte que prosseguem hígidos para fins probatórios. Aliás, a n. relatoria confirma que “de fato, consta relatório emitido em 04.12.2017, em que as 02 notas se encontravam ativas” (sic.). E tais documentos continuam autorizados na base de dados fazendária.

A mídia digital acostada à fl. 14 acusa PGDASDs zerados, enviados pelo próprio contribuinte, de modo que os valores declarados nas notas fiscais não foram transmitidos para os bancos de dados fazendários.

A alegação de desfazimento do negócio, suportada em mera declaração prestada pelo próprio sócio da empresa, decorreu da suposta impossibilidade da adquirente não ter contraído financiamento junto ao BNB – Banco do Nordeste.

As notas fiscais foram emitidas em 02.01.2017. A declaração do adquirente foi prestada em 12.01.2017, dez dias depois. A inaptidão se deu em 27.01.2017, **já de conhecimento da empresa**, conforme se extrai do sistema fazendário *INC*, **quinze dias depois da mencionada declaração**, tempo suficiente para serem emitidas as notas fiscais respectivas de cancelamento, visto que a empresa, neste interim, encontrava-se com sua inscrição **ativa**, em pleno funcionamento.

Por outro lado, a verdade material se caracteriza pela constatação do que efetivamente aconteceu para configurar ou não determinado fato como fato jurígeno tributável.

Portanto, devem as partes (pelo princípio processual da cooperação) e os julgadores administrativos perseguir – e trazerem para dentro dos autos – elementos que retratem os fatos que caracterizem ou não o fato gerador. Não se pode especular para além do que se identifica no processo, seja em favor do fisco, seja em favor do contribuinte.

O precedente administrativo não se coaduna com o caso ora em apreço porque a questão é avaliar o conjunto das provas, o contexto da discussão administrativa do crédito tributário, e, como sabemos, cada processo tem as suas peculiaridades probatórias.

Note-se que o caso supostamente paradigma trata de situação completamente distinta: lá houve cancelamento da nota fiscal e substituição por novos documentos; aqui tais providências inexistiram. Então, vale a pena reprisar a ementa, com os destaques feitos pela relatoria:

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0358-11/21-VD EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. Tese e exclusões já realizadas na primeira instância. Ausência de objeto para análise recursal, tendo em vista que o pedido formulado já foi apreciado e acatado. 2. OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. CANCELAMENTO IRREGULAR DE NOTAS FISCAIS. Comprovado através de pesquisa no Ambiente Nacional da Nota Fiscal Eletrônica, que o documento fiscal se encontra na situação de autorizado, mas que foi cancelada e devidamente substituída, conforme demonstram as provas apresentadas. Infração improcedente. Não acolhidas as arguições preliminares. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO PARCIALMENTE. Decisão unânime.

Assim posto, à luz das provas do PAF - e seu sopesar ante ao contexto da situação analisada -, não se pode dar força probatória concludente para uma declaração prestada pelo próprio adquirente, cotejada com notas fiscais de venda emitidas pela autuada e que ainda não foram canceladas, apesar do espaço de dias disponíveis para o contribuinte resolver esta situação. E, óbvio, não poderia a Sefaz compactuar com contribuinte que emitisse notas fiscais de quase três milhões de reais, com aquisições advindas de uma empresa denominada de *Central do Pão*, também optante do Simples Nacional (fls. 39 e 40).

Fosse isso possível e bastaria para o vendedor obter uma declaração do cliente situado em outro Estado de que o negócio jurídico não se concretizou, no sentido de desconstituir operações de quase três milhões de reais formalizadas em documentos fiscais. Em síntese: referida declaração se mostra frágil perante os demais elementos instrutórios cotejados no processo, ainda que

contassem com o ato unilateral do autuado em lançar as suas próprias notas fiscais de venda no seu registro de entradas, na tentativa de anular a operação.

Todavia, há um detalhe importante que nos faz decidir pela não incidência do fato gerador. É que hora nenhuma veio aos autos a comprovação de que as mercadorias objeto da autuação circularam – apesar de pesarem toneladas. Analisando-se as notas de venda, verifica-se que o transporte ficaria a cargo do remetente autuado, fora da hipótese de transporte de carga própria. Logo, seria vital que, no caso da concretização do negócio, estivesse por algum meio provado que as mercadorias rumaram para o seu destino, só factível se um terceiro cuidasse de levá-las ao cliente. Ou, numa só expressão, não se vê nos autos conhecimentos de transporte ou documento de finalidade similar - como demonstração inequívoca da circulação física das mercadorias e, no caso, de ter havido concomitantemente transmissão de propriedade.

Preferimos percorrer este caminho. E seguir a decisão administrativa abaixo:

PROCESSO - A. I. Nº 279697.0017/19-7 RECORRENTE - KNAUF DO BRASIL LTDA. RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL RECURSO ORIGEM - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0123-03/22-VD - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/12/2022 RELATÓRIO 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0341-11/22-VD EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÃO DE MERCADORIA. INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS REGULAMENTARES. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado deixou de comprovar o direito à utilização dos créditos fiscais, tendo lançado em sua escrita valor do imposto destacado em documento fiscal, sem previsão legal para a mencionada utilização. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Retificada a multa aplicada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime

Extraia-se da decisão o seguinte trecho:

Ressalte-se também, que foram analisadas diversas notas de vendas e as mesmas não fazem quaisquer referências quanto ao endereço, CNPJ ou inscrição estadual do local de armazenamento, de onde supostamente teria saído, conforme de termina o inciso III, Art. 467 do RICMS/Ba. Ademais não foi localizado nos autos nenhum CTe – Conhecimento de Transporte Eletrônico que evidenciasse a suposta saída das mercadorias do Armazém Geral.

De todo o exposto, não acato como prova a relação de notas fiscais de vendas, acostadas aos autos, fls. 63 a 65, tendo em vista não guardam relação com as devoluções simbólicas tratadas nos autos.

Logo, somos pela improcedência da autuação, mas abaixo de outros fundamentos.

Para além de nossa competência, mas para não pecarmos **por omissão**, terminamos por apresentar a sugestão – **apenas uma sugestão**, aproveitando até a remessa *ex officio* em face do valor julgado improcedente, no sentido do d. procurador do estado presente na sessão de julgamento no segundo grau, a seu juízo e considerando as prerrogativas inscritas no art. 2º da LC estadual 34/2009 ou eventuais convênios celebrados com outros órgãos públicos, **encaminhar para quem de dever** os elementos fático-probatórios colhidos neste PAF, no intuito de verificar se houve algum cometimento de ilícitos extra tributários, considerando também as circunstâncias em que a negociação mercantil acabou sendo frustrada e considerando, especificamente, o seguinte:

1. Constatou-se a emissão de notas fiscais de venda não canceladas, autorizadas para uso no portal eletrônico da Sefaz, tendo como objeto maquinário pesado supostamente negociado para estabelecimento fabril, mas que tiveram uma contra-ordem do suposto cliente, com endereço numa sala situada no centro de município sergipano, ao pretexto de que não teve linha de financiamento aprovada pelo Banco do Nordeste.
2. A aquisição de tais equipamentos (abaixo imagens meramente ilustrativas) pelo autuado acobertada por notas fiscais emitidas por empresa denominada de *Central do Pão* (fls. 39 e 40), também integrante do *Simples Nacional*;



3. Evidências de que uma negociação mercantil de quase três milhões de reais poderia ser materializada, haja vista a expedição de documentos fiscais, sem demonstração da saída e circulação física das mercadorias até o seu destino.
4. A falta de evidências dos motivos pelos quais a linha de crédito solicitada pelo adquirente acabou não sendo concedida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE**, o Auto de Infração nº **232177.0044/17-7**, lavrado contra **AUDIT COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. – ME**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2024.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS - JULGADOR