

A. I. N° - 269132.0004/21-2
AUTUADO - AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.
AUTUANTES - RICARDO TABCHOURY DE BARROS SANTOS e JOSÉ FRANCISCO DOS SANTOS
ORIGEM - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/02/2025

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0006-06/25-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Devidamente comprovado que os produtos listados no levantamento como sujeitos à substituição tributária não constavam do Anexo 1 ao RICMS/12, e que a atividade do contribuinte autuado não se coaduna com aquelas listadas nos Convênios ICMS 52/2017 e 142/2018, fato reconhecido pelos próprios autuantes em sede de informação fiscal, a infração 01 se apresenta como insubsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA DE 1% DO VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS OU SERVIÇOS TOMADOS NÃO ESCRITURADOS NA EFD ICMS/IPI. **a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS; **b)** MERCADORIAS OU SERVIÇOS. A legislação autoriza a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, que no caso concreto, corresponde a 1% (um por cento) do valor comercial das mercadorias que entraram no estabelecimento ou serviços adquiridos, sem o devido registro na escrita fiscal. Refeitos os cálculos pelos autuantes, com exclusão das Notas Fiscais comprovadas pelo autuado no registro na EFD. Quanto as Notas Fiscais alegadas como “Desconhecimento da Operação”, “Pendente de análise”, por exemplo não vieram aos autos provas das alegações defensivas. Retiradas do levantamento, as Notas Fiscais comprovadamente registradas. Infrações 02 e 03 parcialmente subsistentes. Prejudicado o pleito pela realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrada em 17 de junho de 2021 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$ 172.016,46, acrescido da multa de 60%, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. 001.002.006. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, no valor de R\$ 63.488,34, bem como multa de 60%, para ocorrências nos meses de janeiro a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018 e janeiro a dezembro de 2019.

Infração 02. 016.001.002. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro a novembro de 2017, no montante de R\$ 55.172,48, pela aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Infração 03. 016.001.006. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o

devido registro na escrita fiscal, entre dezembro de 2017 a dezembro de 2018, no total de R\$ 53.355,64, com imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória.

A autuada, por representante legal devidamente constituído nos termos do documento de fls. 105 a 107, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 95 a 104, onde argumenta, após resumir os fatos, que a descrição da infração 01 faz crer que tomou de maneira indevida crédito de mercadorias que, incursas no regime de Substituição Tributária, não dariam direito a crédito de ICMS.

Ocorre que, da autuação, na forma em que lavrada, é possível observar que constam do demonstrativo de débito itens que não estão enquadrados na Substituição Tributária, como as NCM 9026.20.90, 9026.20.10, 8419.50.90 e 3810.10.20.

Ou seja, em simples análise do trabalho fiscal constata a imputação de conduta infracional, bem como a exigência de suposto débito e aplicação de penalidade de maneira insubsistente, sendo que a outra conclusão não se pode chegar senão a de que a autuação ora combatida está eivada de vícios e inconsistências e que da forma em que lavrada não se sustenta, sendo de rigor o reconhecimento da insubsistência da glosa em questão e, por conseguinte, da infração apontada.

Analisando cada NCM de forma específica, constata que para a NCM 2711, a necessidade de obediência à legislação no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), quanto a aplicação do regime de substituição tributária relativo ao ICMS devido apenas nas operações com combustíveis e lubrificantes, o que não é o caso da empresa, uma vez ser sociedade empresária que possui como atividades preponderantes a fabricação e operações de venda de gases industriais.

Como segundo ponto relacionado à infração 01, diz ter sido acusada da tomada indevida crédito relacionada a NCM 2711, que consta do Anexo I do RICMS/BA com base no Convênio ICMS 110/2007, que autoriza os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir ao remetente de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, relacionados no Anexo VII do Convênio ICMS 142/2018, situado em outra unidade da Federação, a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos.

Esclarece que a adoção do regime de substituição tributária nas operações interestaduais em relação ao NCM 2711 está restrita ao segmento de combustíveis e lubrificantes, conforme previsão dos Convênios ICMS 52/2017 e 142/2018, sendo que os gases em questão não são utilizados como combustíveis e lubrificantes.

Nos termos dos Convênios ICMS 52/2017 (válido para o ano de 2017) e 142/2018 (atualmente vigente), em suas cláusulas quinta e sexta e seus respectivos anexos, as regras para Substituição Tributária devem levar em consideração o segmento e a destinação.

Registra que os gases objeto das operações, como SPRAL, ALPHAGAZ e ALETILENO, são direcionados à indústria e com finalidades diversas, inclusive para corte, são utilizados ou consumidos no processo produtivo dos seus clientes, não havendo que se falar em aplicação do regime de substituição tributária.

Alega que a Fiscalização, ao incluir a NCM 2711 na exigência em questão, está considerando somente a NCM em si e desconsiderou todo o escopo da operação da autuada, o segmento, destinação e regras gerais estabelecidas nos Convênios ICMS 52/2017 (válido para o ano de 2017) e 142/2018 (atualmente vigente).

Em relação aos gases fornecidos pela autuada, sustenta haver carência técnica na análise realizada pela Fiscalização, pois a destinação e uso destes não tem relação com o segmento no qual foram inseridos, pois não são combustíveis ou lubrificantes.

Ressalta que para se determinar a sujeição de determinado produto à substituição tributária, cumpre verificar a ocorrência de três requisitos:

- Correta adequação da classificação fiscal da mercadoria, através da NCM/SH, à descrição prevista na legislação, inclusive ao que tange à finalidade específica;
- Previsão como mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária em Convênio ICMS e legislação estadual, bem como a conformidade do segmento ao qual a mercadoria pertence, nos termos do Convênio ICMS 92/2015.

Desta forma, a expressão “combustíveis e lubrificantes” surge como elementar normativa específica e componente fundamental da subsunção da mercadoria ao regramento da substituição, sem a qual inexistirá adequação regulamentar. A destinação finalística objetiva é inerente à circunscrição do dispositivo e sua ausência ilide o amoldamento do produto à sistemática da substituição tributária.

Conclui, portanto, que o segmento e finalidade da destinação, que abarca a concepção objetiva da natureza da mercadoria, isto é, para que aquela mercadoria foi produzida, sua destinação de uso, são requisitos a serem atendidos para configuração da sistemática de substituição tributária.

Além da exigência de atendimento dos quesitos relacionados à coincidência cumulativa da NCM/SH e descrição do produto, onde também devem ser levados em consideração aspectos técnicos como a classificação e composição dos gases, se efetivamente gases de petróleo ou hidrocarbonetos gasosos, questão onde desde já se protesta pela juntada de documentos adicionais ou demonstração técnica, no caso dos autos nem a concepção finalística e nem a destinação concreta dos produtos estão relacionadas à combustíveis e lubrificantes, arremata.

Resume que, mesmo a mercadoria de NCM 2711 se não destinada ao uso como combustível ou lubrificante, não está sujeita à substituição tributária, sendo necessário o reconhecimento da improcedência da infração apontada e cancelamento da glosa em questão, conforme exercício apresentado em tabela.

Ainda em relação à infração 01, relata haver mais uma situação apta ao reconhecimento de sua insubsistência, relacionada ao erro cometido em sua escrituração/CFOP utilizado.

Da autuação constam diversos itens x NCM que foram registrados como Transferência para Comercialização, mas na realidade, são utilizados na fabricação de Redes Canalizadas (industrialização e venda de Redes).

Visando tal demonstração, consigna ter preparado a planilha ora juntada aos autos, constando:

Resumo demonstrando as NCM dos itens utilizados neste processo de montagem e venda de Rede Canalizada, com cruzamento destes itens x NCM com os itens constantes no Auto de Infração e identificação na relação dos itens do Auto. Vê que há um resumo por NCM também dos itens que constam no Auto de Infração e utilizados neste processo.

Lista das Notas Fiscais de 2017, 2018 e 2020 e as remessas para Montagem de Rede, existe uma natureza de operação (CFOP 5949) utilizada somente para esta finalidade - Aba “Remessa para Montagem de Rede”.

Aba onde foram listadas as Vendas das Redes Canalizadas de Gás, em relação à qual também existe uma natureza de operação (CFOP 5101) para esta finalidade. Percebe que o CFOP é de Venda de Produção (industrialização).

Observa que nas remessas e vendas, os valores não fecham em números exatos por fatores como por exemplo o IPI na nota de venda, a possibilidade de haver mais de um processo para cada instalação por cliente, sendo importante a demonstração de que tais produtos x NCM são utilizados como industrialização, uma vez que montagem é caracterizada como tal conforme definições legais.

Aponta residir o problema na realidade no fato de que, por um equívoco, registrou a entrada destes itens de forma errada (entrada de transferência para comercialização), o que levou o Fisco ao entendimento de que houve crédito indevido, mas na realidade, o procedimento correto seria o

registro como entrada de transferência para industrialização.

A fim de demonstrar tais afirmações e a operação, fala estar promovendo a juntada, nesta oportunidade e a título de exemplo, de DANFES de algumas Notas Fiscais de remessa e das respectivas vendas.

Informa também ter elaborado resumo das NCM x itens relacionados no Auto de Infração que são utilizados no processo de montagem e venda de rede canalizada de gás, consoante planilha apresentada.

Desta forma, aduz também dever ser levado em consideração mais este ponto de não sujeição à substituição tributária de itens constantes do demonstrativo relacionado à infração 01, sendo necessário o reconhecimento de sua improcedência e o cancelamento da glosa correspondente.

Quanto as infrações 02 e 03 diz trazerem acusação de entrada no estabelecimento de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, nos anos de 2017 e 2018, sendo que com a análise do trabalho fiscal, foi produzida planilha com a análise da defesa em relação às Notas Fiscais apontadas pela fiscalização como não escrituradas (doc. anexo).

Do levantamento identificou Notas Fiscais que foram devidamente registradas na escrituração fiscal da empresa, mas que, por algum motivo a Fiscalização não detectou ou não levou em consideração, como as Notas Fiscais são do final do ano de 2018 e que foram registradas em 2019.

Da planilha ora apresentada, na aba “Análise por Documento”, na coluna G consta a data do registro das notas na escrituração da empresa e na coluna H as situações dos documentos, com a descrição do status/análise de cada Nota Fiscal, se registradas, se a empresa desconhece a operação, as Notas Fiscais que realmente não foram registradas e também Notas Fiscais ainda pendentes de análise, em relação às quais não conseguiu localizar informações e finalizar o levantamento/análise, ponto em relação ao qual desde já se requer eventual e posterior juntada de documentos adicionais, em atenção ao Princípio da Verdade Material.

Em relação às Notas Fiscais registradas, garante ter realizado o cruzamento das Notas Fiscais apontadas pelo Fisco com a escrituração fiscal da empresa e como validação, restou constatado que as Notas Fiscais de 01/2017 constam do SPED FISCAL (mês com o maior volume de Notas Fiscais apontadas), ou seja, foram localizadas na escrituração.

Indica ter sido também preparado um arquivo no formato PDF (doc. anexo), a título de exemplo, demonstrando a consulta ao SPED FISCAL e apresentando os documentos consultados.

Assevera que caso se entenda por necessário, pode providenciar a consulta de todas as Notas Fiscais apontadas como escrituradas posteriormente no SPED e apresentar os prints/telas para conhecimento e análise, foi demonstrado um mês a título de amostragem e validação alegações de que parte das Notas Fiscais efetivamente foram escrituradas e constam do SPED FISCAL.

Apresenta resumo da situação das Notas Fiscais apontadas no Auto de Infração como não escrituradas, em demonstrativo.

Aponta outra situação que merece destaque em relação à acusação, no tocante ao fato de que em seu levantamento detectou que desconhece a operação em relação à parte das Notas Fiscais apontadas pela Fiscalização. Todos estes documentos também estão apontados na anexa planilha, com indicação na aba “Análise por Documento”, sendo que a empresa não pode ser penalizada pela não escrituração de documentos fiscais relacionados à operação da qual não faz parte e sequer tem conhecimento. Não foram localizados na empresa quaisquer registros ou referências a essas operações, como o pagamento de fornecedores.

Assim sendo, considera restar demonstrado que as infrações 02 e 03 não podem ser imputadas ao contribuinte da forma em que pretende a Fiscalização, sendo de rigor o reconhecimento de sua improcedência.

Por todo o exposto, requer que a presente seja recebida com os procedimentos de praxe, a fim de

que seja conhecida e julgada procedente, de sorte que seja cancelado o Auto de Infração.

Na remota hipótese de que assim não se entenda, requer seja realizado apurado trabalho conjunto de reanálise e redução das exigências, com base no quanto alegado e documentos apresentados, postulando, desde já, pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos para demonstrar a veracidade dos fatos alegados na presente, inclusive pela apresentação de novos documentos, diligências, perícia técnica ou fiscal e outras providências que se fizerem necessárias ao atendimento e busca da verdade material.

Por fim, reitera, ainda, o requerimento para que todas as publicações, intimações e/ou notificações sejam veiculadas exclusivamente em nome do advogado e endereço indicados, sob pena de nulidade.

Informação Fiscal prestada às fls. 146 a 149 pelos autuantes, após resumir a autuação e os principais pontos defensivos apresentados, para a infração 01, indicam que em se tratando de operações de transferências interestaduais entre estabelecimentos da mesma empresa, acolhem as razões defensivas trazidas em atendimento ao disposto no Convênio ICMS 142/2018, transcrito em sua cláusula nona, inciso II.

Reconhecem, pois, presente a hipótese de não aplicação da Substituição Tributária, concluindo pelo reconhecimento ao direito ao uso do crédito fiscal, sendo indevida a cobrança efetuada relativa ao crédito da infração.

Pugnam, então, pela improcedência da infração.

Quanto as infrações 02 e 03, em relação aos argumentos defensivos de “desconhecimento da operação”, “nota não registrada”, “operação não realizada” (duplicidade de nota) e “pendente de análise”, entendem que tais alegações não se prestam para elidir as infrações imputadas.

Chamam atenção para os casos em que o contribuinte alegou situação de ter registrado os documentos fiscais, mas por algum motivo a Fiscalização não detectou ou não levou em consideração, entendendo ser importante e direito do contribuinte que se investigue se sistemas ou pessoas da Administração Tributária produziram resultados equivocados que possam ser lesivos ao contribuinte, e que o contribuinte aponte de maneira objetiva e leal os equívocos porventura ocorridos e a prova dos erros.

Trazem um exemplo de Nota Fiscal, para indicarem que para elidir a acusação, o sujeito passivo poderia e conseguiria informar aos julgadores que não houve a omissão e que o referido registro se encontra na linha indicada da EFD do mês correspondente.

Consideram não ser cabível que o contribuinte faça uma impugnação genérica, apontando Notas Fiscais de números iguais às não registradas (mas com chaves de acesso diversas), e que assim, pretenda elidir a autuação.

Pugnam, pois, pela procedência total das infrações 02 e 03.

Concluem pela procedência parcial do lançamento, em função da improcedência da infração 01.

Através do Domicílio Tributário Eletrônico, o contribuinte foi devidamente cientificado dos termos da informação fiscal em 04/10/2021 (fl. 151), com concessão de prazo para manifestação.

Distribuído para instrução e julgamento, o então relator designado considerou o feito pronto para ser levado a julgamento (fl. 153), entretanto, em 07/12/2021 o processo foi convertido em diligência dirigida ao autuado, a fim de que o mesmo demonstrasse de forma efetiva a escrituração das Notas Fiscais relativas às infrações 02 e 03, separadamente, bem como apresentasse demonstrativo listando as Notas Fiscais cuja demonstração da escrituração fiscal fossem passíveis de comprovação, acompanhadas das provas da escrituração, devendo os autuantes prestarem nova informação fiscal (fls. 156 e 157).

Em atenção ao quanto determinado na diligência requerida, às fls. 165 a 176 o sujeito passivo se manifesta, no sentido de que as infrações 02 e 03, versam em síntese sobre “suposta” entrada no

estabelecimento de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, nos anos de 2017 e 2018.

Em atendimento ao questionamento fiscal, produziu demonstrativo com a análise em relação às Notas Fiscais apontadas pela Fiscalização como não escrituradas (doc. anexo), e a partir do levantamento efetivado, se torna possível identificar Notas Fiscais que foram devidamente registradas na escrituração fiscal da empresa, conforme análise pormenorizada dos valores, de acordo com tabela apresentada.

Levando em consideração a planilha de Excel elaborada, onde junto a aba “Análise por Documento”, na coluna G consta a data do registro das notas na escrituração da empresa e na coluna H a situação dos documentos, com a descrição do status/análise de cada Nota Fiscal (exemplo: se registradas, se a empresa desconhece a operação, etc.).

Em relação às Notas Fiscais registradas, sustenta ter realizado o cruzamento das Notas Fiscais apontadas pelo Fisco com a escrituração fiscal da empresa e como validação, restou constatado que algumas Notas Fiscais constam do SPED FISCAL, ou seja, foram localizadas na escrituração.

Nesta oportunidade assevera apresentar também arquivo em PDF (doc. anexo), demonstrando a consulta ao SPED FISCAL e apresentando os documentos consultados e devidamente escriturados, nos termos apresentados em planilha.

Salienta, que durante os levantamentos necessários para atendimento a diligência, foi verificado em seu levantamento desconhecer a operação em relação à parte das Notas Fiscais apontadas pela Fiscalização.

Tal cenário constante junto a planilha de Análise, na Aba “Análise por Documento”, onde junto a coluna L podem ser encontradas a composição com as notas de cada situação apontada no quadro apresentado.

Os destaques em amarelo referem-se às Notas Fiscais em que desconhece a operação, mas que se tratam de operações de Remessas de Vasilhames conforme o Convênio CONFAZ 88/1991 e RICMS/BA, nestas operações os retornos dos vasilhames podem ser acompanhados com a própria nota de remessa, sendo que na situação deste caso foi isto que aconteceu, as empresas utilizaram o mesmo DANFE para acompanhar o Retorno dos Vasilhames.

Conclui que sendo operações de remessa de vasilhame não tributadas, não há prejuízo ao Erário.

Da análise das Notas Fiscais, nota que em algumas delas os transportadores seguiram viagem com a mesma Nota Fiscal, e também pode-se observar em outras Notas, que nem mesmo há passagem pelo Estado da Bahia, o que comprova que tais Notas estão sob a sistemática do Convênio 88/1991, que permite utilizar a Nota de remessa para acompanhar o retorno da operação.

Traz como exemplo a Nota Fiscal nº 154 (Chave de Acesso: 15-1708-24.878.503/0001-22-55-001-000.000.154-100.000.162-8) onde houve prosseguimento da viagem, conforme plotagem.

Garante ter conseguido identificar diversas Notas Fiscais em que sequer há registro de passagem e se a mercadoria de fato não circulou, como a empresa poderia ter efetuado a escrituração de tais Notas Fiscais, questiona.

Colaciona *print* da Nota Fiscal nº 3719 para demonstração do cenário.

Menciona casos em que o caminhão passou por vários Estados e seguiu viagem com a mesma nota de vasilhame, não houve entrega da nota, nos termos do Convênio 88/1991, onde a Nota Fiscal de remessa se fez valer por retorno e algumas notas nem passaram pelo Estado da Bahia.

Ou seja, não há que se falar em escrituração, finaliza.

Cita, ainda, que Notas Fiscais de Vasilhame emitidas com CFOP 5904, não estão de acordo com a legislação, o correto é a emissão em nome próprio, e no caso outra empresa emitiu uma Nota de Vasilhame para encher com a autuada e de lá seguiu viagem, seja para venda ou outros.

Todos estes documentos e situações estão apontados na anexa planilha apresentada, com

indicação na aba “Análise por Documento”, sendo que a empresa não pode ser penalizada pela não escrituração de documentos fiscais relacionados à operação da qual não faz parte e sequer tem conhecimento.

Registra que não foram localizados na empresa quaisquer registros ou referências a essas operações, como o pagamento de fornecedores.

Ressalta, que em simples consulta a estas Notas Fiscais eletrônicas é possível observar que tais operações sequer têm conhecimento de carga ou quaisquer passagens por barreiras fiscais, o que resta claro da análise destas Notas que estas operações jamais foram realizadas, tendo tais Notas Fiscais sido emitidas por motivos alheios e desconhecidos pela empresa.

Indaga que se não houve a circulação da mercadoria como pode ser sujeito passivo na relação jurídico tributária quanto ao recolhimento do ICMS, respondendo ser simples a resposta: não pode!

Diz ser o fato gerador do tributo em comento a circulação das mercadorias, o que de fato não ocorreu no caso concreto, desconhecendo tais operações e até mesmo em razão da dimensão de suas operações é inviável a mesma a análise pormenorizada nota a nota quando das emissões e lançamentos junto ao portal para ciência e/ou contestação.

Observa que as ciências partiram de um estabelecimento da empresa localizado no Estado de São Paulo (Centro de Distribuição), que para viabilizar sua atividade contratou uma empresa (software) que faz a captura do xml e dar ciência em todas as Notas Fiscais emitidas contra o CNPJ raiz da AIR LIQUIDE, é procedimento automático, pois não há como capturar o xml sem dar a ciência.

Apresenta exemplo de que o CNPJ que efetua a ciência sistêmica é o de unidade distinta ao qual as mercadorias supostamente teriam sido remetidas, como se podemos observar na plotagem trazida.

Assim sendo, considera restar demonstrado que as infrações 02 e 03 não podem ser imputadas ao contribuinte da forma em que pretende a Fiscalização, sendo de rigor o reconhecimento de sua improcedência.

Por fim, requer que todas as futuras notificações sejam endereçadas ao seu endereço indicado, também ao advogado qualificado, em nome de quem deverão ser veiculadas eventuais publicações na imprensa oficial, sob pena de nulidade, à luz das disposições da legislação processual em vigor e do RPAF.

Retornando para os autuantes, estes, às fls. 183 a 185, registram terem intimado o contribuinte a fornecer novos elementos para dirimir controvérsias, tendo examinado cuidadosamente as informações prestadas e os relatórios produzidos pelo sistema de fiscalização.

Constataram, daí, que por inadequação na rotina, o SIAF (Sistema Integrado de Auditoria Fiscal) na versão V-3.0.01-PA-023 elencou no demonstrativo indevidamente Notas Fiscais que não deveriam ali constar, assistindo razão ao contribuinte em suas alegações.

Por esta razão, os demonstrativos das infrações 02 e 03 foram inteiramente refeitos, desta vez com a utilização da versão V-4.0.01-PA-006 do SIAF, tendo sido produzido o “Anexo II Corrigido” que deve substituir por completo o “Anexo II”, com consequente redução nos valores reclamados, conforme quadro resumo apresentado.

Encaminham para o órgão preparador, a fim de que seja intimada a autuada para tomar ciência da informação fiscal, com reabertura de prazo de defesa de sessenta dias.

Apresentaram demonstrativos de fls. 186 a 235.

Intimada a empresa na pessoa de seu advogado por meio de Aviso de Recebimento dos Correios (fls. 238 e 238-A), esta retorna aos autos em nova manifestação de fls. 254 e 255, no sentido de que diante da reabertura do prazo concedido, apresentará em breve nova defesa, promessa reiterada

às fls. 263 e 264.

Às fls. 270 a 283, nova defesa é apresentada pela empresa, na qual, após rememorar os fatos até então ocorridos, inclusive com a informação fiscal que acolheu parcialmente os argumentos defensivos apresentados, repete, quase que integralmente, os argumentos já trazidos na impugnação anteriormente apresentada no feito, apenas diferindo quanto a apresentação de exemplos de Notas Fiscais devidamente colacionadas à peça defensiva apresentada.

Os autuantes, por sua vez, às fls. 302 a 304 repetem integralmente a peça anteriormente apresentada, acrescentando que embora o contribuinte tivesse compreendido perfeitamente o refazimento dos demonstrativos das infrações 02 e 03, conforme se evidencia no documento de fls. 284 a 297, sendo percebida pequena incorreção na numeração de infrações à fl. 184, esclarecendo que onde se lê “infração 01”, leia-se “infração 02” e onde se lê “infração 02”, deve ser lido “infração 03”.

Firmam que não obstante o contribuinte tenha se valido da segunda defesa para exercer seu direito de impugnação às três infrações que compõem o Auto, supõem que os julgadores já tenham elementos suficientes para o julgamento da lide, haja vista a única diligência determinada às fls. 156 e 157 foi no sentido de serem saneados os demonstrativos das infrações 02 e 03, o que restou atendido.

Finalizam reiterando os argumentos apresentados anteriormente na primeira informação fiscal de fls. 146 a 149, apenas considerando os valores corretos acima indicados, a serem reclamados nas infrações 02 e 03.

Reiteram a improcedência da infração 01 e a procedência parcial das infrações 02 e 03.

Cientificado mais uma vez pelos Correios (fls. 306 e 307), do teor da informação fiscal última prestada, o contribuinte retorna mais uma vez em manifestação (fls. 323 a 327), na qual, após um pequeno resumo dos fatos, argumenta que apesar do reconhecimento de parte das razões defensivas, com a exclusão das Notas Fiscais localizadas em seus registros, para as infrações 02 e 03 existem ainda outras situações que merecem destaque.

Frisa que conforme já demonstrado na defesa apresentada, verificou em seu levantamento desconhecer a operação em relação a parte das Notas Fiscais apontadas pela Fiscalização, tendo elaborado planilha específica, já anexada.

Relata desconhecer a operação relativa a determinadas Notas Fiscais, entretanto, identificou se tratar de operações de Remessa de Vasilhames conforme o Convênio 88/1991 e RICMS/BA.

Reforça que em tais operações os retornos de vasilhames podem ser acompanhados com a própria Nota Fiscal de remessa, sendo de fato o que ocorreu neste caso, ou seja, as empresas utilizaram o mesmo DANFE para acompanhar o retorno dos vasilhames.

Observa que as Notas Fiscais de Vasilhames emitidas pelo terceiro, cliente da autuada, com CFOP 5904 não estão de acordo com a legislação, uma vez que o procedimento correto é a emissão em nome próprio.

Ressalta que as operações de remessa de vasilhames não são tributadas e, portanto, não há prejuízo para o Erário.

Consigna ter ficado demonstrado pela análise das Notas Fiscais que em algumas delas, os transportadores seguiram viagem com a mesma Nota, sendo também possível se observar que em outras Notas, nem mesmo há passagem pelo estado da Bahia, o que comprova que tais Notas estão na sistemática do Convênio ICMS 88/1991 que permite utilizar a Nota de remessa para acompanhar o retorno da operação.

Menciona que em alguns casos em que o caminhão passou por vários estados e seguiu viagem com a mesma Nota de vasilhame, não houve entrega da Nota, nos termos do Convênio 88/1991, onde a Nota Fiscal de remessa se fez valer por retorno e algumas notas nem passaram pelo estado

da Bahia. Ou seja: não há que se falar em escrituração.

Identificou a existência de Notas Fiscais onde sequer há registro de passagem por qualquer Posto de Controle, questionando se a mercadoria de fato não circulou, como poderia ter efetuado a escrituração de tais Notas Fiscais.

Aduz que os documentos e situações estão pormenorizados junto a defesa e planilha anteriormente apresentadas, com indicação na aba “Análise do Documento”, não podendo a autuada ser penalizada pela não escrituração de documentos fiscais relacionados a operações da qual não fez parte e sequer tem conhecimento, não tendo localizado quaisquer registros ou referências a essas operações, como, por exemplo, o pagamento de fornecedores.

Reforça que em simples consulta a muitas das Notas Fiscais, é possível observar que tais operações sequer possuem Conhecimento de Carga ou registro de passagens por barreiras fiscais, restando claro que as operações não foram realizadas, tendo sido as Notas Fiscais emitidas por motivos alheios e desconhecidos pela autuada.

Argumenta que o fato gerador do tributo em comento é a circulação das mercadorias, o que de fato não ocorreu no caso em comento, vez desconhecer as operações.

Considera, pois, demonstrado que as infrações 02 e 03 não podem ser imputadas ao contribuinte da forma que pretende a Fiscalização, sendo de rigor o reconhecimento de sua improcedência.

Pelo exposto, requer que a defesa seja recebida com os procedimentos de praxe, a fim de que seja conhecida e julgada procedente, de sorte que seja cancelado o Auto de Infração, e na remota hipótese de que assim não se entenda, seja acatada a anulação total da infração 01, conforme manifestação fiscal.

Por fim, reforça o requerimento para que as futuras notificações sejam encaminhadas ao seu advogado, no endereço indicado, sob pena de nulidade, à luz das disposições da legislação processual em vigor.

Em sua última intervenção (fls. 341 e 342), um dos autuantes acusa a ciência da manifestação defensiva apresentada e reafirma o quanto posto na informação fiscal presta às fls. 302 a 305, encaminhando o feito para a Junta de Julgamento Fiscal.

O processo foi redistribuído para outro julgador, diante da aposentadoria do então relator em 23/01/2023 (fl. 345), sendo devolvido pelo mesmo em razão da grande demanda de Notificações Fiscais (fl. 345-v) e redistribuído a este relator em 07/08/2024 (fl. 346), tendo sido devidamente instruídos e considerados aptos para julgamento.

VOTO

O lançamento constitui-se em três infrações arroladas pela fiscalização, todas, objeto de impugnação pela empresa autuada.

Das peças e elementos constantes nos autos, se constata que a formalização do procedimento de fiscalização se deu por meio da lavratura de Termo de Início de Fiscalização, transmitido pelo Domicílio Tributário Eletrônico, com ciência em 19/04/2021, de acordo com o documento de fls. 59 e 59.

Os elementos que suportam a acusação se encontram às fls. 09 a 57 dos autos, de forma impressa.

A ciência do lançamento ao contribuinte se deu pela transmissão pelo Domicílio Tributário Eletrônico, de Ciência de Auto de Infração em 17/06/2021 (fls. 90 e 92).

Os autuantes, quando do lançamento, descreveram com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a base legal para imposição e aplicação das multas sugeridas, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa por infração, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos

artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, a autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos da imputação que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender sustentariam suas teses defensivas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da objetiva peça de impugnação apresentada.

Inexiste, pois, qualquer insegurança jurídica em relação ao lançamento, que, conforme visto, seguiu rigorosamente a legislação quando de sua confecção, atentando para os princípios do processo administrativo fiscal, e assegurando o direito à ampla defesa do sujeito passivo, bem como o exercício do contraditório.

Assim, a acusação foi provada, e se encontra devidamente embasada em elementos da própria documentação acostada, não tendo sido verificada nenhuma das hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99, estando preenchidos todos os requisitos de validade e eficácia do lançamento, e a possibilidade de atender aos elementos previstos na legislação em vigor.

Em relação ao pleito para a realização de diligência, feito de forma genérica ao final da impugnação apresentada inicialmente, tenho como prejudicada, diante do fato de ter sido determinada diligência saneadora, a qual trouxe ao feito elementos no sentido de buscar a verdade material, plenamente atendida, descabendo, pois, qualquer outro procedimento neste sentido, estando a matéria em debate devidamente esclarecida e presentes nos autos os elementos necessários para o julgamento do feito.

Analisando o mérito, diante da ausência de questões preliminares a serem enfrentadas, para a infração 01, que versa sobre utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, sendo o argumento defensivo, de um lado, de que foram lançados itens que não estariam enquadrados na Substituição Tributária, como as NCM 9026.20.90, 9026.20.10, 8419.50.90 e 3810.10.20.

Analisando o Anexo 1 ao RICMS/12, vigente em 2017, 2018 e 2019, se verifica que, com efeito, a NCM 9026.20.90 que se reporta a “*outros instrumentos e aparelhos para medir/controlar a pressão*” não se encontrava listada entre os itens submetidos à substituição tributária, logo, assiste razão ao sujeito passivo em sua argumentação.

Mesma situação para as NCM 9026.20.10 “*manômetros*”, 8419.50.90 “*outros trocadores de calor*” e 3810.10.20 “*produtos diversos das indústrias químicas. Preparações para decapagem de metais; fluxos para soldar e outras preparações auxiliares para soldar metais; pastas e pós para soldar, compostos de metal e de outras matérias; preparações dos tipos utilizados para enchimento ou revestimento de eletrodos ou de varetas para soldar – Preparações para decapagem de metais; pastas e pós para soldar, constituídos por metais e outras matérias - Pastas e pós para soldar*”, o que justifica a exclusão do levantamento realizado e que resultou no lançamento.

Desta maneira, agiram corretamente os autuantes ao, em sede de informação fiscal, acolherem a argumentação defensiva.

Outra linha da defesa foi quanto a NCM 2711, que consta do Anexo I do RICMS/BA com base no Convênio ICMS 110/2007, que autoriza os Estados e o Distrito Federal, quando destinatários, autorizados a atribuir ao remetente de combustíveis e lubrificantes, derivados ou não de petróleo, relacionados no Anexo VII do Convênio ICMS 142/2018, situado em outra unidade da Federação, a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao ICMS incidente sobre as operações com esses produtos.

Esclarece que a adoção do regime de substituição tributária nas operações interestaduais em relação a NCM 2711(gás de petróleo e outros hidrocarbonetos gasosos) está restrita ao segmento de combustíveis e lubrificantes, conforme previsão dos Convênios ICMS 52/2017 e 142/2018, que dispõem, respectivamente, sobre as normas gerais a serem aplicadas aos regimes de substituição

tributária e de antecipação do ICMS com encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes, instituídos por convênios ou protocolos firmados entres os Estados e o Distrito Federal e sobre os regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviço de Transporte Interestadual e de Comunicação (ICMS) com encerramento de tributação, relativos ao imposto devido pelas operações subsequentes, respectivamente.

Chama atenção no Convênio ICMS 52/2017, a sua Cláusula quinta de seguinte redação, que se repete no Convênio ICMS 142/2018:

“Cláusula quinta As regras relativas à substituição tributária serão tratadas em convênios específicos celebrados entre as unidades federadas em relação aos segmentos, bens e mercadorias a seguir descritos:

I - energia elétrica;

II - combustíveis e lubrificantes;

III - sistema de venda porta a porta;

IV - veículos automotores cujas operações sejam efetuadas por meio de faturamento direto para consumidor”.

Em consulta realizada junto à Receita Federal do Brasil, consta como atividade econômica principal do estabelecimento “Fabricação de Gases Industriais” CNAE 2014-2/00, e atividades secundárias “manutenção e reparação de tanques reservatórios metálicos e caldeiras, exceto para veículos”, “manutenção e reparação de equipamentos e produtos não especificados anteriormente”, “instalações hidráulicas, sanitárias e de gás”, “comércio atacadista de medicamentos e drogas de uso humano”, “comércio atacadista de máquinas, aparelhos e equipamentos para uso médico hospitalar, partes e peças”, “comércio atacadista de outros produtos químicos e petroquímicos não especificados anteriormente”, “comércio varejista de artigos médicos e ortopédicos”, “aluguel de material médico”, e “aluguel de outras máquinas e equipamentos comerciais e industriais não especificados anteriormente, sem operador”.

Com tais informações se comprova de forma efetiva, que os produtos em questão não se caracterizam como de utilização na condição de uso em empresa do segmento de combustíveis e lubrificantes, o que retira tal produto da situação de sujeito a substituição tributária, sendo, pois, o aproveitamento do crédito fiscal lícito.

De igual forma, o Convênio ICMS 142/2018, que dispõe sobre os regimes de substituição tributária e de antecipação de recolhimento do ICMS com encerramento de tributação, relativos ao imposto devido pelas operações subsequentes, determina na sua Cláusula nona e incisos:

“Cláusula nona Salvo disposição em contrário, o regime de substituição tributária não se aplica:

I - às operações interestaduais que destinem bens e mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária a estabelecimento industrial fabricante do mesmo bem e mercadoria;

II - às transferências interestaduais promovidas entre estabelecimentos do remetente, exceto quando o destinatário for estabelecimento varejista”.

Isso significa dizer que, acaso houvesse a previsão de substituição tributária, esta não incidiria sobre as operações realizadas para a autuada.

Tal fato reforça o entendimento quanto a improcedência da acusação formulada na infração 01.

Por fim, aprecio o argumento apresentado quanto aos itens e NCM erroneamente registrados como transferências para comercialização, quando, em verdade, se tratam de produtos utilizados na fabricação de Redes Canalizadas, tendo a defesa trazido aos autos via documentos a necessária prova de que não houve, de fato, utilização de crédito indevido de ICMS, arguição de pronto acatada pelos autuantes, aos quais adiro no entendimento.

Por tais razões, acompanho o entendimento dos autuantes quando da informação fiscal prestada, também retirando tais operações do levantamento, o que implica na improcedência da infração 01.

Em relação às infrações 02 e 03, entendo de suma importância se firmar que o registro dos documentos fiscais na escrituração fiscal da empresa se apresenta como obrigação acessória da mesma, sendo o seu cumprimento de extrema relevância, ao registrar em sua escrituração fiscal, todas as entradas de mercadorias, bens ou serviços, ocorridas no seu estabelecimento.

Por pertinência, esclareço que, contrariamente à afirmação defensiva reiterada, não se está cobrando imposto, mas apenas e tão somente multa por descumprimento de obrigação acessória, pouco importando a situação tributária da operação ou da mercadoria contida em cada documento 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 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 teriam entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, como descrito na autuação.

Constato 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, sim, prejuízo para o Fisco, o que autoriza a imposição da sanção tributária.

Ressalto mais uma vez, 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.

Importante a respeito registrar que o Manual de Orientação do Contribuinte – NF-e, disponibilizado no Portal Nacional da mesma (www.nfe.fazenda.gov.br) cuida detalhadamente das situações diversas em relação a Nota Fiscal Eletrônica, bem como aos seus eventos, no sentido de registrar qualquer ocorrência extraordinária, sendo elas:

- a) A manifestação do destinatário que permite ao destinatário da Nota Fiscal Eletrônica manifestar-se sobre a sua participação comercial descrita na NF-e, confirmando as informações prestadas pelo seu fornecedor e emissor do respectivo documento fiscal. Este processo é composto de quatro eventos:
- **Ciência da Emissão:** recebimento pelo destinatário de informações relativas à existência de NF-e em que esteja envolvido, quando ainda não existam elementos suficientes para apresentar uma manifestação conclusiva;
 - **Confirmação da operação:** o destinatário confirma que a operação descrita na NF-e ocorreu. Quando a NF-e trata de uma circulação de mercadorias, o momento de registro do evento deve ser posterior à entrada física da mercadoria no estabelecimento do destinatário. Após a Confirmação da Operação, a empresa emitente fica impedida de cancelar a NF-e;
 - **Operação não realizada:** Manifestação do destinatário declarando que a operação descrita na NF-e foi por ele solicitada, mas não foi efetivada. Este registro deve ser feito, por exemplo, se a carga foi extraviada ou roubada durante o transporte;
 - **Desconhecimento da operação:** Manifestação do destinatário declarando que a operação descrita na NF-e não foi por ele solicitada.
- b) O destinatário, se pessoa jurídica inscrita no cadastro de contribuintes, está obrigado ao registro de evento relativo à operação de circulação de mercadoria com valor superior a R\$

100.000,00 (cem mil reais).

Vale também mencionar as disposições presentes no RICMS/12, artigo 89:

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

I - ciência da operação, antes da remessa pelo remetente;

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

a) nas operações internas, 20 (vinte) dias;

b) nas operações interestaduais, 35 (trinta e cinco) dias;

c) nas operações interestaduais destinadas a área incentivada, 70 (setenta) dias;

III – desconhecimento da operação, contados da data de autorização de uso da NF-e:

a) nas operações internas, 10 (dez) dias;

b) nas operações interestaduais, 15 (quinze) dias;

c) nas operações interestaduais destinadas a área incentivada, 15 (quinze) dias.

§ 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;

§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado”.

Ou seja, o contribuinte possui diversos mecanismos para controlar as notas fiscais relativas as mercadorias e bens que adquire, o que não consta nos autos ter adotado, inclusive a título de prevenção da ocorrência de fraudes em compras feitas utilizando o seu CNPJ, prática comumente observada, ainda que não comprovada nos presentes autos.

Feitas tais considerações, passo à apreciação dos argumentos defensivos trazidos no feito, iniciando pela arguição de terem diversas Notas Fiscais sido registradas em período posterior ao período abrangido pela Fiscalização.

Em relação as notas Fiscais registradas, os autuantes refizeram os demonstrativos à vista da comprovação dos registros, fazendo com que nenhum reparo há de ser feito a respeito, desde quando atestada a regularidade de tais documentos em relação ao registro fiscal na EFD.

No mesmo sentido, as Notas Fiscais constantes da planilha apresentada pela defesa inserida na mídia de fl. 141, tidas pelo próprio contribuinte autuado como “Nota Não Registrada”, dispensa maiores comentários, diante do reconhecimento da defesa quanto ao efetivo não registro na EFD, com a consequente submissão à apenação prevista na legislação tributária.

É, por exemplo, o caso da Nota Fiscal nº 14.504 com chave de acesso 21.181.2022.21319000172.55.001.000014504.100002028-4, a qual tem como emitente a empresa B C RODRIGUES EIRELI, de CNPJ 02.221.319/0001-72, situada em São Luís, estado do Maranhão, destinada a autuada, com natureza de operação “Remessa de Vasilhame”.

Em relação a menção defensiva ao Convênio ICMS 88/1991, que concede isenção do ICMS nos casos que menciona, necessário se esclarecer que o mesmo apenas e tão somente isenta do ICMS a saída de vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacaria, quando não cobrados do destinatário ou não computados no valor das mercadorias que acondicione e desde que devam retornar ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular, a saída de vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacaria, em retorno ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular ou a depósito em seu nome e as saídas relacionadas com a destroca de botijões

vazios (vasilhame) destinados ao acondicionamento de gás liquefeito de petróleo (GLP), promovidas por distribuidor de gás, como tal definido pela legislação federal específica, seus revendedores credenciados e pelos estabelecimentos responsáveis pela destroca dos botijões (Cláusula primeira).

Na Cláusula segunda, existe a previsão de que na hipótese de saída de vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive sacaria, em retorno ao estabelecimento remetente ou a outro do mesmo titular ou a depósito em seu nome, o trânsito será acobertado por via adicional da Nota Fiscal relativa à operação de que trata o inciso I ou pelo DANFE referente à Nota Fiscal Eletrônica de entrada referente ao retorno.

Esta é a base da arguição defensiva, qual seja, a desnecessidade de emissão de Nota Fiscal para tais operações, em relação aos vasilhames que acondicionam os gases que comercializa.

Ressalto, entretanto, que o levantamento é realizado tomando como base as Notas Fiscais emitidas **para** o estabelecimento autuado, e **não pelo** estabelecimento autuado.

Analisando os documentos de *per si*, bem como a observação posta na planilha defensiva apresentada, onde consta a indicação de “Desconhecimento da Operação”, temos, por exemplo, a Nota Fiscal nº 918, com chave de acesso 2917.0118.4401.8700.0100.5500.1000.0009.1816.5584.5862 emitida em 18/01/2017 por ALL GASES LTDA., empresa situada na cidade de Brumado, Bahia, tendo como destinatária a autuada, consta no documento, em informação obtida junto ao Ambiente Nacional da Nota Fiscal Eletrônica, a natureza da operação realizada como “Remessa de Vasilhame”, operação sem débito de ICMS, e por via de consequência, sem valores a pagar na operação.

A autuada, na sua planilha, constante da mídia apresentada, entretanto, de forma equivocada, indica a operação realizada como “Venda de Produção do Estabelecimento”, o que seguramente implica na não identificação ou no “desconhecimento da operação”, até pelo fato da mesma não envolver valores, não tenha identificado pagamentos junto a sua contabilidade ou setor financeiro.

Da mesma maneira, a Nota Fiscal nº 7.152, emitida em 03/03/2017, com chave de acesso 2917.0310.8888.7700.0114.5500.1000.0071.5212.9182.3409, no valor de R\$ 320,00, por TECNOCOAT DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE TINTAS LTDA., relativa a um galão de 18 litros de Tinta Tecnosint 492 Acabamento Cinza Claro, tida como “operação desconhecida” pela autuada, não soa crível que uma operação de tal valor, onde consta, inclusive, nos dados da fatura, a indicação “PED=004050”, e a indicação da Duplicata nº 004315/17A, tenha sido emitida com intuito de fraude pelo emitente/vendedor.

Por outro lado, a Nota Fiscal nº 1055, datada de 11/10/2017, também reputada pela autuada como na condição de “Desconhecimento da Operação”, emitida por DISTRIBUIDORA DE OXIGÊNIO GRAPIÚNA LTDA., na cidade de Itabuna, Bahia, tendo como destino a autuada, se reporta a operação “Remessas Cilindros Vazios para Enchimento”, igualmente operação sem valor comercial e sem qualquer incidência do imposto, tendo sido considerada na planilha apresentada pela defesa como operação de “Lançamento Efetuado a Título de Simples Faturamento”, que não corresponde àquela efetivamente realizada.

Tais elementos não permitem o acolhimento da tese defensiva, inclusive diante do conhecimento das indústrias, e suas normas de segurança, quanto aos veículos e documentos que adentram no estabelecimento industrial e aqueles que saem, não exerça controle quanto a tais documentos nestas operações.

Lembrando que neste caso, inexistem Postos Fiscais no trajeto que pudessem registrar a passagem do veículo, e da Nota Fiscal.

Em relação ao fato de estarem os seus clientes emitindo Notas Fiscais de forma incorreta, quando da remessa de vasilhames, cabe à autuada, justamente para evitar problemas com o Fisco,

comunicar aos mesmos as incorreções verificadas, a fim de que sejam, sendo o caso, emitidas cartas de correção previstas na legislação, ou adotados outros procedimentos para regularização de tais emissões.

Estes são apenas alguns poucos dos muitos exemplos que deságuam no não acolhimento da arguição defensiva, e a manutenção dos valores e documentos mantidos pelos autuantes na informação fiscal prestada.

Já em relação as operações rotuladas pela defesa como “Pendente de análise”, apesar de três anos e meio decorridos da autuação, não vieram ao feito elementos em sentido contrário ao da acusação posta, o que faz com que sejam mantidos na autuação, em atenção, inclusive, a determinação contida nos artigos 142 e 143 do RPAF/99:

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Desta maneira, acolho os novos demonstrativos apresentados pelos autuantes, feitas as correspondentes as retificações das infrações, o que implicou na parcial procedência das infrações 02 e 03, de acordo com o seguinte demonstrativo:

MESES	INFRAÇÃO 2	INFRAÇÃO 3	
	2017	2017	2018
JANEIRO	1.966,65	-----	1.990,55
FEVEREIRO	2.197,65	-----	1.749,01
MARÇO	6.511,08	-----	863,75
ABRIL	1.922,63	-----	1.489,54
MAIO	2.614,67	-----	4.626,42
JUNHO	2.166,23	-----	387,25
JULHO	943,74	-----	574,42
AGOSTO	29.661,87	-----	6.454,84
SETEMBRO	501,28	-----	16.102,46
OUTUBRO	4.546,52	-----	849,12
NOVEMBRO	1.815,38	-----	7.884,95
DEZEMBRO	0,00	1.379,75	4.152,27
Total	54.847,70	1.379,75	47.124,58
Total das Infrações	54.847,70		48.504,33

Em relação ao pleito defensivo de que as comunicações fossem feitas na pessoa dos advogados da empresa, como aliás, já ocorrido no presente feito, 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 RPAF/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 nº 13.199 de 28/11/2014, a qual que 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 de o processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder Judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Assim, frente a adoção do DTE, as intimações por via postal ou outro meio perderam o sentido, não se podendo alegar qualquer cerceamento do direito de defesa ou nulidade processual.

Frente aos expostos motivos, tenho o Auto de Infração como subsistente, tendo em vista estar a defesa apresentada prejudicada.

Por tais razões, tenho o Auto de Infração como parcialmente procedente, de acordo com os valores abaixo:

INF	RESULTADO	VL LANÇADO	VL JULGADO	MULTA
01	IMPROCEDENTE	63.488,34	0,00	-----
02	PROCEDENTE EM PARTE	55.172,48	54.847,70	-----
03	PROCEDENTE EM PARTE	53.355,64	48.504,33	-----
TOTAL		172.016,46	103.352,03	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269132.0004/21-2 lavrado contra **AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 103.352,03**, prevista no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, com acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2025.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR