

A. I. Nº. - 298958.0021/19-0
AUTUADO - SEARA ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOSMAN FERREIRA CASAES
ORIGEM - DAT NORTE / IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/03/2025

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0045-02/25-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÃO PARA O ATIVO PERMANENTE; b) MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infrações elididas mediante acolhimento de elementos documentais de prova. Infrações insubsistentes. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDAS DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS.** Infração não impugnada. Infração subsistente. **3. DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTA INTERNA E INTERESTADUAL. FALTA DE RECOLHIMENTO.** Valor reduzido mediante comprovação de recolhimento tempestivo relativo a operações arroladas na acusação fiscal. Infração parcialmente subsistente. **4. MULTA. a) ENTRADA DE MERCADORIA/SERVIÇO TRIBUTÁVEL SEM REGISTRO NA ESCRITA FISCAL; b) ENTRADA DE MERCADORIA/SERVIÇO NÃO TRIBUTÁVEL SEM REGISTRO NA ESCRITA FISCAL.** Por haver previsão legal para registro do evento no ambiente da NF-e, bem como para provar eventual uso indevido do contribuinte como destinatário, a alegação de mero desconhecimento das operações objeto da penalidade não exonera o contribuinte de elidir a acusação fiscal mediante elemento documental de prova da não realização das operações. Afastada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/12/2019, exige R\$ 84.456,43, acusando as seguintes infrações:

01 - 01.02.01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para o ativo permanente do estabelecimento. Valor: R\$ 5.185,00. Período: fevereiro e março 2016. Enquadramento legal: Art. 30, III, da Lei 7014/96 C/C art. 310, IX do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, VII, “a”, da Lei 7014/96.

02 - 01.02.02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor: R\$ 1.259,28. Período: Janeiro a Março, Maio e Dezembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 29, § 1º e 31, II e art. 53, III da Lei 7014/96. Multa: 60%, art. 42, VII, “a”, da Lei 7014/96.

03 - 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor: R\$ 243,26. Período: Junho 2016. Enquadramento legal: Arts. 2º, I e 32 da Lei 7014/96 c/c art. 332, I, do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

04 - 06.02.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas a consumo do estabelecimento. Valor: R\$ 13.114,48. Período: Fevereiro 2016. Enquadramento legal: Arts. 4º, XV da Lei 7014/96 c/c art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “f” da Lei 7014/96.

05 - 16.01.01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada uma. Valor: R\$ 52.277,55. Período: Janeiro, Março a Dezembro 2016, Janeiro a Novembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247 do RICMS-BA. Multa: 1%, art. 42, IX, “d” da Lei 7014/96.

06 - 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (is) sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: R\$ 11.644,48. Período: janeiro 2016 a novembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247 do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, XI, da Lei 7.014/96.

07 - 16.01.06. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: R\$ 732,39. Período: dezembro 2017. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247 do RICMS-BA. Multa: 1%, art. 42, IX da Lei 7014/96.

Legalmente representado, o sujeito passivo apresenta impugnação fls. 28/39. Após reproduzir as infrações, preliminarmente, argui a nulidade do AI alegando precariedade do levantamento fiscal que, entende, não apurou nenhuma circunstância acerca da efetividade das operações de entradas não registradas pela Impugnante.

Com relação à Infração 05, reproduzindo o art. 142 do CTN, diz não ser admissível se efetuar lançamento pautado em que se presumiu com base em registros de outros contribuintes, sem qualquer indício de materialidade do fato de a Impugnante ter recebido as mercadorias objeto das notas fiscais de saídas emitidas por diversos estabelecimentos e não as teria registrado em seu Livro Registro de Entradas, pois, conforme partes de decisões administrativas de órgãos de outros estados (SP e PR), excerto de doutrina e ementas de decisões judiciais, reproduzidos, afrontou-se a disciplina exposta no art. 142 do CTN.

Aduz que, com relação às notas fiscais elencadas pelo Autuante e não localizadas pela contribuinte, haveria que ter sido feito a comprovação das operações junto aos emitentes, já que a Impugnante não pode produzir a prova negativa.

Diz não haver nos autos prova de que as mercadorias adentraram no estabelecimento da Impugnante, algo que só pode ser comprovado por documentos apresentados pelos emitentes.

Nesse ponto, apenas para demonstrar a fragilidade da autuação, diz ter verificado junto ao emitente da NF 622 (chave 291601186360450001125500100000006221623994367), o qual lhe explicou a existência de erro no faturamento (Doc. 06), o que justificaria a não escrituração da NF de mercadoria emitida por erro de faturamento do fornecedor.

Entende que o Autuante deveria ter intimado os emitentes das notas fiscais autuadas também pelo fato de que eles são quem podem ter cometido infrações à legislação tributária, como, por exemplo, emitido documentos fiscais com falsa declaração quanto ao estabelecimento de destino da mercadoria, o que, diz, ser de uso comum por funcionários de empresas, sem o consentimento dos gestores, para atingir metas de vendas, situação em que, alcançada a meta, posteriormente emitem nota fiscal de entrada para “cancelar a operação” e regularizar o estoque, sendo este, apenas um dos exemplos.

Destaca que a fiscalização dos contribuintes compete exclusivamente ao fisco, de modo que ao

deixar de apurar as circunstâncias elementares para provar a efetividade das operações, a Autoridade Fiscal nega seu dever de ofício a transferindo para a Impugnante que não detém poder coercitivo para intimar terceiros a apresentar documentos fiscais.

Quanto ao mérito, diz não procederem as infrações 01 e 02, relativa a uso indevido de crédito fiscal das notas fiscais 41252 e 42281, pois as notas fiscais foram emitidas para anular operações de saída que não ocorreram.

Explica que os bens do ativo imobilizado nelas discriminados (empilhadeira, transpaleta, bateria e suporte) ingressaram no estabelecimento que, equivocadamente, emitiu as notas fiscais de saída 142779 e 15443 com os CFOP 5949 – Outras saídas de mercadorias não especificadas, e 5555 – Devolução de bem do ativo imobilizado de terceiro, recebido para uso no estabelecimento, respectivamente.

Fala que as notas fiscais de saída foram emitidas sem ocorrência da efetiva saída e como não conseguiu cancelar as notas de saída emitiu as de entrada para anular as saídas.

Afirma que o mesmo fato ocorreu com relação à Infração 02, ou seja, não conseguindo cancelar as notas de saída emitiu correspondentes notas fiscais de entrada, já que as saídas não ocorreram, de modo que os débitos fiscais pelas saídas foram compensados com os créditos fiscais pelas entradas (Docs. 02 e 03), observando, assim, o princípio da não-cumulatividade.

Salienta que, a despeito disso, conforme quadro demonstrativo, na maior parte das operações houve refaturamento, ou seja, após a emissão das notas fiscais de entrada e a tomada dos créditos glosados pelo Autuante, novas notas fiscais de saída foram emitidas.

Portanto, alega, não houve o indevido creditamento acusado, pois não houve prejuízo ao erário, já que, como reproduzido, situação identificada foi reconhecida como legítima pelo Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais (CCRF) do Paraná.

Infração 04

Relativa a imposto sobre DIFAL, diz este ter sido oportunamente recolhido, conforme demonstrativo de Apuração do Diferencial da Alíquota do estabelecimento autuado, elencando todas operações do período que ensejaram o recolhimento de DIFAL, nos quais se encontram as operações autuadas, totalizando o imposto de R\$ 69.739,35. Observa que o Livro de Apuração registra R\$ 69.979,41, um pouco maior que o constante no Demonstrativo de Apuração do DIFAL (R\$ 69.739,35) e a diferença se deve a ajustes mensalmente realizados, mas não modificam o fato de as operações autuadas terem tido o DIFAL recolhido.

Diz acostar planilha em excel para comprovar todos os valores das operações autuadas (Doc.06), as quais, inclusive, tiveram recolhimento superior (R\$ 15.669,55) ao reclamado pela infração (R\$ 13.114,48), de modo que a cobrança deve ser cancelada, já **“que o crédito tributário se encontra extinto por pagamento, nos moldes do art. 156, I, do CTN”**.

Seguindo, tratando da Infração 05, suscita a necessidade de realização de diligência, caso não seja reconhecida a total nulidade do AI. Aquela, no sentido de o Autuante intimar os emitentes das notas fiscais constantes na planilha suporte da infração, para comprovar a efetividade das operações não registradas pela Impugnante em seu Livro Registro de Entradas, de modo a comprovar o recebimento das mercadorias, já que a Impugnante desconhece as operações autuadas, uma vez que no processo administrativo tributário prevalece o princípio da verdade material, no qual o julgador deve se pautar pelos elementos da realidade dos fatos.

No que tange às infrações 05, 06 e 07, reproduzindo o art. 42, IX, por tratarem de descumprimento de deveres instrumentais que não trouxeram benefício ao contribuinte nem, entende, prejuízo ao erário estadual, pede que a multa seja relevada ou reduzida, a exemplo do entendido pelo Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo em situação semelhante, conforme ementa reproduzida.

Nesse sentido, em específico tópico, argumentando sobre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, por entender serem confiscatórias, reproduzindo decisão judicial a respeito, pede que as multas propostas para as infrações sejam reduzidas a patamares razoáveis e proporcionais, caso ao AI não seja cancelado.

Concluindo, pede: (I) seja reconhecida a nulidade do AI, como suscitada; (II) a improcedência do AI; (III) deferimento do pedido de diligência; (IV) relevação ou redução das multas; (V) que as intimações e notificações sejam realizadas em nome do advogado Fabio Augusto Chilo – OAB/SP 221.616.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 57-68. Após reproduzir as infrações, passa a contraditar pontualmente os argumentos defensivos.

Infração 01

Acata os elementos de prova relativos às notas fiscais 41252 e 422281 e, por consequência, afirma a improcedência de sua acusação fiscal.

Infração 02

Acata os elementos de prova relativos às notas fiscais 52654, 53361, 54961, 56534 e 64567 e, por consequência, afirma a improcedência de sua acusação fiscal.

Infração 03

Diz que o Impugnante não se reporta contra a infração e a mantém.

Infração 04

Informa que a exigência fiscal é de R\$ 14.635,36 a título de ICMS-DIFAL por aquisições destinadas a uso e consumo do estabelecimento e o demonstrativo anexado à Impugnação indica recolhimento de R\$ 45.342,71 a título de ICMS-DIFAL por aquisições destinadas ao ativo imobilizado e R\$ 1.520,85 a título de ICMS-DIFAL por aquisições destinadas ao uso e consumo, de modo que o valor da exação (R\$ 13.114,48) corresponde à diferença do ICMS-DIFAL devido por aquisições destinadas ao uso e consumo do estabelecimento autuado.

Salienta não se poder confundir o ICMS-DIFAL por aquisição destinada ao ativo permanente com o ICMS-DIFAL por aquisição destinada a uso e consumo, razão pela qual ratifica a exação no valor de R\$ 13.114,48.

Infração 05

Mantém a exação, até porque o Impugnante, sem atacar o mérito, apenas pede a relevação ou redução da multa.

Infração 06

Mantém a exação, até porque o Impugnante, sem atacar o mérito, apenas pede a relevação ou redução da multa.

Infração 07

Mantém a exação, até porque o Impugnante, sem atacar o mérito, apenas pede a relevação ou redução da multa.

Concluindo, mantendo as demais, informa ter expurgado as infrações 01 e 02, razão pela qual, reduzindo o valor do AI para R\$ 78.012,15, pede que seja julgado parcialmente procedente.

Intimado para conhecer a Informação Fiscal, o sujeito passivo volta aos autos (fls. 72-81 e 100-109) reiterando os argumentos defensivos para as infrações mantidas.

Para as infrações 05, 06 e 07, reproduzindo ementas de decisões administrativas e judiciais, afirma serem “**improcedentes, pois a Impugnante não pode suportar o ônus de eventual equívoco do Fornecedor, muito menos o Estado pode esperar que a Impugnante desempenhe poder**”

coercitivo para exigir informações e documentos do emitente das notas objeto da autuação”.

Com relação à Infração 04, discorda da afirmação do Autuante de ter recolhido apenas R\$ 1.520,85 a título de ICMS-DIFAL por aquisições destinadas a uso e consumo, pois, conforme o Doc. 01 (fls. 82-96), a esse título e sem considerar fretes e transferências, recolheu R\$ 17.142,06.

Destaca que a diferença se deve a ajustes mensalmente realizados, contudo não modifica o fato de que as operações autuadas tiveram o ICMS-DIFAL recolhido.

Fala que o valor consta do LRAICMS (Doc. 02) e que acosta planilha excel comprovando os valores de DIFAL das operações autuadas (Doc.03), inclusive, contendo uma coluna com o valor do imposto por nota fiscal, a fim de facilitar o cruzamento do valor do imposto com o efetivamente recolhido em cada operação, razão pela qual a infração 04 deve ser cancelada.

Concluindo, pede: (I) seja reconhecida a nulidade do AI, como suscitada; (II) a improcedência do AI; (III) deferimento do pedido de diligência; (IV) relevação ou redução das multas; (V) que as intimações e notificações sejam realizadas em nome do advogado Fabio Augusto Chilo – OAB/SP 221.616.

Conforme fl. 113, em 28/08/2020, o PAF foi baixado em diligência à Infaz de origem com o seguinte teor:

“Considerando que: a) por consequência da Impugnação, acolhendo parte das razões defensivas o Autuante ajustou o valor do Auto de Infração; b) após conhecer o ajuste efetuado por ocasião Informação fiscal, o Impugnante apresentou larga manifestação acerca do ajuste efetuado; c) o PAF retornou ao CONSEF sem que a Autoridade Fiscal tenha sido cientificado da nova manifestação do Impugnante. em benefício do devido processo legal, seus corolários de ampla defesa e contraditório, além da verdade material, essa 2ª JJF, por unanimidade dos julgadores, decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para:

- a) Cientificar a Autoridade Fiscal autuante acerca da manifestação do Impugnante juntada aos autos às 72-81;*
- b) Produção de Informação Fiscal a respeito nos termos do art. 127, § 6º, do RPAF, elaborando, se for o caso, novos demonstrativos da exação, inclusive o de débito.*

Caso haja alteração no Auto de Infração, o sujeito passivo deverá ser cientificado mediante recibo e com entrega de cópia da Informação Fiscal e papéis de trabalho eventualmente elaborados para, querendo, manifestar sobre seu resultado no prazo de 10 (dez) dias.

Caso o sujeito passivo se manifeste, o Autuante deverá ser cientificada.

Transcorrido o prazo pertinente, o PAF deverá retornar ao CONSEF para o prosseguimento processual”.

Por consequência, às fls. 117-120, o Autuante presta Informação Fiscal, reiterando os termos da sua anterior Informação Fiscal, especialmente quanto à Infração 04.

Tendo em vista que quando retornado ao CONSEF, avaliou-se que a diligência não foi cumprida na forma solicitada, por unanimidade dos julgadores, em 26/02/2021 se deferiu pela conversão do PAF em nova diligência à Infaz de origem, nos seguintes termos (fls. 126-127):

Considerando que: a) Para a Infração 04: a.1) conforme plotagem, o LRAICMS relativo ao período objeto da autuação informa como “OUTROS DÉBITOS: DIFERENCIAL ALÍQUOTA (Ativo Imob) – R\$ 45.342,71; DIFERENCIAL ALIQUOTA – R\$ 24.636,70; DIFERENCIAL ALIQ. (EXCETO ATIVO IMOB.) CTE 44047 – R\$ 1.520,85; a.2) o valor de R\$ 1.520,85 consta identificado no LRAICMS como “CTE 44047”; a.3) no LRAICMS, não identifica a que título se

refere o valor do DIFERENCIAL ALÍQUOTA de R\$ 24.636,70; a.4) no demonstrativo apresentado pelo Impugnante como elemento de prova (fls. 80-81) constam relacionadas NFs constantes do demonstrativo suporte da acusação fiscal; b) Para as Infrações 05, 06 e 07, a despeito do que requer o art. 127, § 6º, do RPAF, o Autuante não aborda as alegações defensivas, essa 2ª JJF, por unanimidade dos julgadores, decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para:

Autuante

Infração 04:

- a) Verificar de que cuida o valor de R\$ 24.636,70, registrado a título de DIFERENCIAL ALÍQUOTA no LRAICMS do período objeto de autuação;*
- b) Confrontar o demonstrativo suporte da infração com o demonstrativo apresentado pelo Impugnante como elemento de prova, e se a obrigação tributária objeto da autuação consta integrada no valor de R\$ 24.636,70;*
- c) Caso identifique regular cumprimento da obrigação, no todo ou parte, ajustar o procedimento fiscal produzindo, se for o caso, novos demonstrativos suportes, inclusive o de débito.*

Infrações 05, 06 e 07

Com fundamento na legislação para o caso, especialmente as regras relativas à NF-e, nos termos previstos no art. 127, § 6º, do RPAF, produzir Informação Fiscal acerca da diligência, abordando todas as alegações defensivas, inclusive sobre as questões preliminares, independentemente serem ou não de mérito.

Caso haja alteração no Auto de Infração ou aduzido novos fatos, o sujeito passivo deverá ser cientificado mediante recibo e com entrega de cópia da Informação Fiscal e papéis de trabalho eventualmente elaborados para, querendo, manifestar sobre seu resultado no prazo de 10 (dez) dias.

Caso o sujeito passivo se manifeste, o Autuante deverá ser cientificada.

Transcorrido o prazo pertinente, o PAF deverá retornar ao CONSEF para o prosseguimento processual.

Por consequência, às fls. 133-134 consta a seguinte Informação Fiscal, datada de 20/05/2021: Infração 04

Que na pg. 32 do PAF consta cópia de parte do LRAICMS, DÉBITO DO IMPOSTO, 002 OUTROS DÉBITOS (DISCRIMINAR ABAIXO) – DIFERENCIAL ALÍQUOTA (Ativo Imob.) R\$ 45.342,71 e DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA R\$ 24.636,70 também (Ativo Imob.), e logo abaixo DIFERENCIAL DE ALIQ. (EXCETO ATIVO IMOB.) CTE 44047, ou seja, Uso e Consumo, no montante de R\$ 1.520,85. Valor que consta lançado na planilha de débito referente a esta infração. Portanto, mantém o valor cobrado para a infração.

Quanto à confrontação indicada no item “b” do pedido de diligência, qual seja, entre o demonstrativo suporte da infração com o demonstrativo apresentado pelo Impugnante como elemento de prova, e se a obrigação tributária objeto da autuação consta integrada no valor de R\$ 24.636,70, informa que corroborado pela cópia de parte do LRAICMS constante à fl. 32 do PAF, o valor de R\$ 24.636,70 corresponde ao recolhimento de diferencial de alíquota de mercadorias destinadas a integrar o ativo imobilizado da autuada, de modo que não repercute na exação pela infração.

Infrações 05, 06 e 07

Quanto à alegação defensiva de desconhecimento das NFs e de não possuir meios de produzir prova negativa, ratifica o fato de as NF-es terem sido emitidas por constarem no banco de dados da SEFAZ, razão pela qual mantém a exação pelas infrações referidas.

Tendo em vista que a Informação Fiscal não esclareceu a dúvida suscitada, em 15/09/2021 (fls. 139-140), esta 2ª JJF retornou o PAF em nova diligência à Infaz de origem com o seguinte teor:

Considerando que: a) Para a Infração 04: a.1) Na plotagem de fl. 32 não se identifica o valor de R\$24.636,70 “também (Ativo Imob.)” como informa o Autuante diligente, mas apenas sob o título de DIFERENCIAL ALÍQUOTA, portanto, sem identificar a que título; a.2) Ainda que clara e objetivamente determinado, o Autuante não confrontou o demonstrativo suporte da autuação com o demonstrativo apresentado pelo Impugnante (fls. 80-81) como elemento de prova; a.3) Em verificação por amostra identificamos que as NF-es 40.987, 49.138, 341 e 2.330, arroladas no demonstrativo apresentado pelo Impugnante (fl. 80) indicando apuração de ICMS DIFAL “2556 – COMPRA MAT.USO/CONS.FORA ESTADO” no valor de R\$17.142,06, também constam no demonstrativo suporte da autuação, contido no CD de fl. 12; b) Para as Infrações 05, 06 e 07: b.1) Tendo, por dever de ofício, pleno conhecimento da normativa que envolve a NF-e se limitou a ratificar “o fato de que tais notas fiscais foram efetivamente emitidas” por constarem no banco de dados da SEFAZ; b.2) A informação prestada acerca dessas infrações não atende à disciplina exposta no §6º do art. 127 do RPAF, qual seja, abordando, com fundamento, todas as alegações defensivas, inclusive as questões preliminares, independentemente de serem ou não de mérito, essa 2ª JJF, por unanimidade dos julgadores, decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para:

Autuante

Infração 04:

- a) Verificar/esclarecer (inclusive perquirindo/requerendo e/ou examinando elementos de prova junto ao contribuinte) de que cuida o valor de R\$ 24.636,70, registrado a título de DIFERENCIAL ALÍQUOTA no LRAICMS do período objeto de autuação;*
- b) Confrontar o demonstrativo suporte da infração com o demonstrativo apresentado pelo Impugnante como elemento de prova, e se a obrigação tributária objeto da autuação consta integrada no valor de R\$ 24.636,70;*
- c) Caso identifique regular cumprimento da obrigação, no todo ou parte, ajustar o procedimento fiscal apurando a obrigação tributária na forma indicada no **art. 17, XI, §6º, da Lei 7014/96**, elaborando novos demonstrativos suportes, inclusive o de débito, caso apure valor devido e não recolhido. .*

Infrações 05, 06 e 07

*Com fundamento na legislação para o caso, especialmente as regras relativas à NF-e, especialmente sobre os eventos da NF-e, produzir Informação Fiscal acerca da diligência, **abordando todas as alegações defensivas, inclusive sobre as questões preliminares, independentemente serem ou não de mérito.***

Caso haja alteração no Auto de Infração ou aduzido novos fatos, o sujeito passivo deverá ser cientificado mediante recibo e com entrega de cópia da Informação Fiscal e papéis de trabalho eventualmente elaborados para, querendo, manifestar sobre seu resultado no prazo de 10 (dez) dias.

Caso o sujeito passivo se manifeste, o Autuante deverá ser cientificada.

Transcorrido o prazo pertinente, o PAF deverá retornar ao CONSEF para o prosseguimento processual.

Por consequência, às fls. 147-149, respondendo aos quesitos do pedido de diligência, o Autuante informa em 18/11/2021:

Infração 04

A – Verificar de que cuida o valor de R\$ 24.636,70, registrado a título de DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA NO LRAICMS do período objeto da autuação.

Que na cópia do LRAICMS anexada pelo Defendente (pgs. 32 e 79 do PAF) consta registrado: DEBITO DO IMPOSTO, OUTROS DÉBITOS (DISCRIMINAR ABAIXO) – DIFERENCIAL ALIQUOTA (Ativo Imob.) R\$ 45.342,71 e DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA R\$ 24.636,70 (também Ativo Imob.), e logo abaixo DIFERENCIAL DE ALIQU. (EXCETO ATIVO IMOB.) CTE 44047, ou seja: Uso e Consumo, no montante de R\$ 1.520,85, valor último que consta lançado na planilha suporte da infração (CD de fl. 12).

B – Confrontar o demonstrativo suporte da infração com o demonstrativo apresentado pelo Impugnante como elemento de prova, e se a obrigação tributária objeto da autuação consta integrada no valor de R\$ 24.636,70.

Repisa que o valor de R\$ 24.636,70 constante na cópia do LRAICMS constante à fl. 32 corresponde ao recolhimento de diferencial de alíquota de mercadorias destinadas a integrar o ativo imobilizado da autuada.

C - Caso identifique regular cumprimento da obrigação, no todo ou parte, ajustar o procedimento fiscal produzindo, se for o caso, novos demonstrativos suportes, inclusive o de débito.

Entendendo que o demonstrativo de débito da infração “está suficiente claro”, julgou desnecessário elaborar novos demonstrativos.

Infrações 05, 06 e 07

A - Com fundamento na legislação para o caso, especialmente as regras relativas à NF-e, nos termos previstos no art. 127, § 6º, do RPAF, produzir Informação Fiscal acerca da diligência, abordando todas as alegações defensivas, inclusive sobre as questões preliminares, independentemente serem ou não de mérito.

Ratificou o fato de as Notas Fiscais terem sido emitidas; constarem do banco de dados da SEFAZ e que o sujeito passivo nada fez para comprovar a alegação do uso ilícito de seu nome, pois não tomou as providências policiais e judiciais cabíveis.

Considerando que a diligência não foi cumprida na forma orientada, em 22/03/2022, esta 2ª JJF deferiu nova diligência à Infaz de origem nos seguintes termos:

DILIGÊNCIA:

Tendo em vista que mesmas Notas Fiscais constam do demonstrativo de débito suporte da Infração (CD de fl. 12) e Demonstrativo apresentado como elemento de prova do cumprimento da obrigação tributária (fls. 80-81 no valor de R\$ 17.142,06 sob o código “2556 – COMPRA MAT. USO/CONS. FOIRA ESTADO” – vide nossos destaques - exemplo: NF-es nºs 40.887, 49.138, 341 e 2.330):

- a) Intimar a empresa a apresentar planilha discriminando as Notas Fiscais e o consequente cálculo do qual resulta o valor de **R\$ 24.636,70 lançado no LRAICMS apenas com o título de “DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA”**, já que com o título de “DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA (ativo Imob.)”, da soma de R\$ 71.500,28 que o Autuante destacadamente informa como “RECOLHIMENTO – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA 2016” no demonstrativo que acompanha a sua última e 4ª Informação Fiscal consta na cópia do LRAICMS de fls. 32 e 79 com o título “DIFERENCIAL ALIQUOTA (Ativo Imob.)” R\$ 45.342,71, sendo que o valor de R\$ 24.636,70 participante da soma de R\$ 71.500,26, cuja verdade material se busca comprovar,

o Autuante em todas suas anteriores informações afirma relacionar-se a aquisições interestaduais para o ATIVO IMOBILIZADO;

- b) *Caso identifique regular cumprimento da obrigação, no todo ou parte, ajustar o procedimento fiscal (inclusive analisando e se manifestando sobre a pertinência ou não de cumprimento da obrigação tributária na forma indicada pelo Impugnante no demonstrativo de fls. 80-82), se for o caso, ajustar o procedimento fiscal produzindo novos demonstrativos suportes, inclusive o de débito, relativo a eventual valor que reste devido pela infração.*

Infrações 05, 06 e 07

*Com fundamento na legislação para o caso, **especialmente conhecendo e observando as regras relativas à NF-e**, produzir Informação Fiscal acerca da diligência, abordando todas as alegações defensivas, inclusive sobre as questões preliminares, independentemente serem ou não de mérito (Art. 127, § 6º, do RPAF).*

Caso haja alteração no Auto de Infração ou aduzido novos fatos, o sujeito passivo deverá ser cientificado mediante recibo e com entrega de cópia da Informação Fiscal e papéis de trabalho eventualmente elaborados para, querendo, manifestar sobre seu resultado no prazo de 10 (dez) dias.

Caso o sujeito passivo se manifeste, o Autuante deverá ser cientificada.

Por consequência, o Autuante produziu a Informação Fiscal datada de 10/05/2022 (fls. 160-161):

Infração 04

Informa, apenas, ter intimado a autuada em 18/04/2022 para atender à solicitação da 2ª JJF que, apresentou um demonstrativo das NFs (fls. 162-165), correspondentes ao cálculo e pagamento do ICMS DIFAL de R\$ 24.636,70 (CFOP's 2556, 2557, 2352 e 2910).

Considerando que da Informação Fiscal se extrai não cumprimento do que foi requisitado, conforme pedido de fls. 172-173, em 29/11/2022, esta 2ª JJF deferiu nova diligência à Infaz de Origem, com o seguinte teor:

Inspetor da IFEP NORTE

Designar Auditor Fiscal estranho ao feito para, analisando o caso, inclusive os elementos apresentados pelo sujeito passivo por força das intimações no curso das diligências anteriores, cumprir a diligência pedida às fls. 153-154, atendendo às disposições do art. 127, § 6º, do RPAF.

Ocorre que, a despeito da orientação dada no pedido, conforme despacho de fl. 176, em 03/01/2023 a Coordenação Administrativa da DAT-Norte/IFEP encaminhou o PAF ao próprio autor do feito que apenas informou em 10/04/2023 (fls.178-179):

Ocorre que em face das Intimações via DT-e de fls. 180-181 e 182-183, emitidas, respectivamente, em 27/02/2023 e 06/03/2023 e demonstrativos/relação de fls. 184-195, conforme novo despacho de fl. 196, em 10/04/2023, a citada Coordenação Administrativa reencaminhou o PAF a autoridade fiscal estranha ao feito para atender à diligência de fl. 172 que, por consequência prestou a seguinte Informação Fiscal (fls. 198-202):

Infração 04

Intimado, o contribuinte apresentou memória de cálculo analítica com a composição dos valores lançados a título de diferencial de alíquota e que a confrontando com os documentos fiscais lançados na autuação constatou que apenas as NFs 13829 e 16941 do período fevereiro 2016 não tiveram os valores do ICMS DIFAL pagos, respectivamente, R\$15,11 e R\$186,64.

Infrações 05, 06 e 07

Informa que a alegação defensiva de desconhecimento dos documentos fiscais não procede e nem implica em necessidade de produzir “prova negativa”, pois, para tal situação existe, sim, mecanismos disponíveis e obrigatórios para os usuários dos documentos fiscais eletrônicos provar e registrar o desconhecimento de operações.

Diz que em conformidade com o Ajuste SINEF 07/05, o §14 do art 89 do RICMS-BA dispõe sobre a possibilidade do destinatário das mercadorias registrar eventos da NF-e, tais como “ciência da emissão”, “confirmação da operação”, “operação não realizada” ou “desconhecimento da operação”, no prazo de 10, 15, 20 e até 70 dias, a depender do tipo da operação ou endereço do destinatário.

Ademais, registra que, conforme o §17 do art. 89, do RICMS-BA., os contribuinte devem verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, as NF-es emitidas com destino a seus estabelecimentos, obrigando-se, portanto, quando for o caso, registrar o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias da data de emissão da NF-e no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14, cujo prazo será o nele estipulado.

Aduz, ainda, que o § 16 do art. 89 do RICMS-BA, registra que o contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente a queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão de uso indevido do seu nome pelo remetente, a fim de afastar a presunção legal de entrada da mercadoria no estabelecimento destinatário em operação declarada em NF-e, sem que efetivamente tenha adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento como “desconhecimento da operação”.

Quando intimado para conhecer a Informação fiscal, o sujeito passivo se manifestou às fls. 208-218-v:

Infrações 01 e 02

Diz que em sede de Contestação, a autoridade fiscal autuante reconheceu a impertinência das infrações 01 e 02

Infração 04

Esclarece que, em consulta aos seus registros fiscais, não localizou os comprovantes de recolhimento do ICMS DIFAL relativo às NF-es 135829 e 16941, motivo pelo qual reconhece devido o valor residual da exação pela Infração (R\$203,75).

Infrações 05, 06 e 07

Ademais de repisar os anteriores argumentos defensivos de nulidade, subsidiariamente, requer diligência fiscal para que o fisco intime os emitentes das NF-es objeto da autuação, de modo a comprovar a efetividade das operações de saídas, não registradas pela Impugnante em seu livro registro de Entradas.

Quando cientificado para conhecer a nova manifestação do sujeito passivo, a autoridade fiscal estranha ao feito que efetuou a diligência, cujo resultado foi parcialmente contestado pelo Autuado, apenas prestou sua ciência, visto que o contribuinte somente repisou argumentos já apreciados.

Presente na sessão de julgamento, o representante legal do sujeito passivo, Paulo Ricardo Moraes, OAB/SP 451.784, após os cumprimentos de praxe e elogiar o relatório, disse concentrar sua manifestação para as Infrações 05 a 07.

Afirma pautarem em simples presunções com base em documentos de terceiros. Portanto, sem prova de sua materialidade e que a Impugnante desconhece as operações registradas nos documentos fiscais objeto da autuação; que o fisco, fugindo de sua função, tenta inverter o ônus probatório no sentido de o sujeito passivo produzir “prova negativa”. Ressaltando que a fiscalização não produziu prova material da efetiva participação do Autuado nas operações, tais

como: contrato, confirmação das operações pelos emitentes, conhecimento de transportes, etc. Assim, requerendo a nulidade, reitera os argumentos defensivos, inclusive o pedido de diligência no sentido de provar a materialidade das operações objeto da exação pelas referidas infrações.

VOTO

Conforme acima relatado, o processo em juízo administrativo veicula lançamento de ICMS e sanção tributária acusando o cometimento de 07 (sete) infrações.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os supostos fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme docs. fls. 05, 08, 65, 66, 67, 68, 69 e 204-206, bem como do que se percebe das manifestações defensivas, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§), 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 06-11); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato que, no estado em que se encontra, não haver vício a macular o PAF em análise.

Afasto, pois, a preliminar de nulidade arguida, até porque, como será oportunamente apreciado, o motivo que fundamenta o pedido (falta de prova da efetividade das operações acobertadas pelas NF-es objeto de penalidade pelas Infrações 05, 06 e 07) é de mérito, sem prejuízo aos aspectos formais do AI.

Quando necessárias para o convencimento do Relator, diligências foram efetuadas e por não mais ser necessária em face das provas autuadas, com fundamento no art. 147, I, “a”, do RPAF, indefiro o pedido de diligência suscitado pelo Impugnante.

Por não ter sido contestada, a Infração 03 não compõe a presente lide. Portanto, com fundamento no art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia – RPAF, a tenho como procedente:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

De logo, ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Quanto ao mérito, as alegações defensivas são:

Infração 01

Que as NF-es de entrada objeto da exação (41242 e 42281) discriminando bens do ativo permanente (empilhadeira, transpaleteira, bateria e suporte), foram emitidas para regularizar/ anular operações de saídas equivocadamente registradas nas NF-es 142779 e 15443 com os CFOPs 5949 (outras saídas de mercadorias não especificadas) e 5555 (devolução de bem do ativo imobilizado de terceiro, recebido para uso no estabelecimento) que não ocorreram.

Infração 02

Que nessa infração se repete a situação anterior, pois, por não conseguir cancelar as NF-es de saídas 52654, 53361, 54961, 56534 e 64567, emitiu as NF-es de entrada objeto da exação (230542, 228116, 28325, 29681 e 406131) com o objetivo de regularizar/anular as NF-es de saída indicadas.

Por ocasião da Informação Fiscal (fls. 57-63), em face da original impugnação, acolhendo os elementos de prova apresentados pelo sujeito passivo, o próprio autor do feito reconheceu a impertinência das acusações fiscais, fato que, esgota o contraditório relativo às Infrações 01 e 02, por reconhecida ausência de motivo.

Portanto, tenho por constada a insubsistência das Infrações 01 e 02.

Infração 04

Para esta infração (falta de recolhimento de ICMS DIFAL por aquisição de mercadoria para uso e consumo), a alegação defensiva é de nada dever, pois, conforme cópia do LARICMS do período e planilha analítica aportada aos autos (fls. 80-81), teria recolhido para o período autuado (fevereiro 2016) valor maior que o exigido no AI (R\$ 17.142,06 e R\$ 13.114,48, respectivamente).

Tendo em vista a manutenção da exação na Informação Fiscal, como acima relatado detalhadamente, no curso da instrução processual, essa questão foi um dos objetos de 04 (quatro) diligências à Infaz de Origem visando a fundamentada avaliação dos elementos de prova apresentados pelo contribuinte autuado, sendo as 03 (três) primeiras dirigidas à autoridade fiscal autuante e a última ao Inspetor da repartição fiscal de origem no sentido de designar autoridade fiscal estranha ao feito para a avaliação/valoração dos elementos de prova constituídos nos autos, tendo em vista o reiterado cumprimento das anteriores diligência em desconformidade com as disposição contidas no § 6º do art. 127 do RPAF, por parte do autor do feito em juízo de revisão neste órgão administrativo judicante.

Para esta Infração, o objetivo de todas as diligências foi verificar do que cuida o valor de R\$ 24.636,70, registrado a título de DIFERENCIAL ALÍQUOTA no LRAICMS do período autuado, de modo que confrontando o demonstrativo suporte da autuação com os elementos documentais apresentados pelo Impugnante, observasse se o valor exigido (R\$ 13.114,48) integrou o valor de R\$ 24.636,70. Neste ponto, cabe observar que, ainda que em face de elementos adicionais apresentados pelo sujeito passivo por força de intimações recomendadas nos reiterados pedido de diligência, a autoridade fiscal autuante manteve a exação pela infração acusada.

Ocorre que, por ocasião da 4ª e última diligência, a autoridade fiscal estranha ao feito, designada para seu cumprimento, expressou que do confronto que efetuou entre a memória de cálculo analítica apresentada pelo sujeito passivo em face de intimação para tanto, e os documentos fiscais objeto da autuação, constatou que apenas as NF-es 135829 e 16941, do período fevereiro 2016, não tiveram o ICMS DIFAL recolhido pelo sujeito passivo, remanescendo devido do valor autuado, R\$203,75.

Quando intimado para conhecer o resultado da diligência procedida com entrega de cópia da Informação Fiscal e consequente demonstrativo suporte refeito, o sujeito passivo reconheceu devido o valor residual, pois, consultando seus registros não localizou prova do seu pagamento.

Portanto, também tenho por esgotado o contraditório relativo à Infração 04 e, por nada ter a reparar quanto ao ajuste efetuado no procedimento fiscal, tenho esta infração como parcialmente subsistente em R\$ 203,75.

Infrações 05, 06 e 07.

Referem-se a penalidade por falta de registro de NF-es de entrada no estabelecimento autuado.

Para estas infrações o Impugnante alega improcedência argumentando desconhecimento das operações e que não pode suportar o ônus de eventual equívoco do fornecedor/emitente das NF-

es, muito menos o Estado pode esperar que a Impugnante desempenhe poder coercitivo para exigir informações e documentos dos emitentes das notas objeto da autuação.

Sem embargo, a alegação defensiva de desconhecimento dos documentos fiscais não procede e nem implica em necessidade de produzir “prova negativa”, pois, em caso de não efetivação de operação comercial já registrada em NF-e correspondente, a legislação tributária disponibiliza mecanismos obrigatórios para o usuário documentar diversos e variados eventos/ocorrências, entre os quais, o alegado “desconhecimento da operação”.

Para deslinde do caso, com meus pertinentes destaques, interessa a seguinte normativa:

Do Código de Processo Civil – CPC

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Ajuste SINIEF 07/2005 (instituidor da Nota Fiscal Eletrônica – NF-e)

Cláusula décima quinta-A A ocorrência relacionada com uma NF-e denomina-se “Evento da NF-e”.

§ 1º Os eventos relacionados a uma NF-e são:

...

VI - Operação não Realizada, manifestação do destinatário reconhecendo sua participação na operação descrita na NF-e, mas declarando que a operação não ocorreu ou não se efetivou como informado nesta NF-e;

VII - Desconhecimento da Operação, manifestação do destinatário declarando que a operação descrita da NF-e não foi por ele solicitada;

RICMS/BA

Art. 89. ...

...

§ 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.

Regulamento do Processo Administrativo da Bahia – RPAF:

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

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez

...

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

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

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

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

...

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

...

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.

Assim, em face da normativa acima reproduzida, considerando que: **a)** as NF-es objeto das Infrações 05, 06 e 07 constam com o *status* de autorizadas no ambiente virtual da NF-e; **b)** a autoridade fiscal se desincumbiu do ônus probatório com os demonstrativos que suportam as Infrações 05, 06 e 07; **c)** para as Infrações 05 a 07, o contribuinte exerceu o direito de defesa em desconformidade com o art. 123 do RPAF, é de se concluir, sem lugar a dúvida, pela confirmação do cometimento das Infração 05, 06 e 07, pelo sujeito passivo.

Ademais, ao se defender da acusação fiscal sem os necessários e indispensáveis elementos documentais suportes da alegação defensiva, a impugnação, no seu aspecto material para as Infrações 05 a 07, implica em mera negativa do cometimento das infrações, o que não exonera o sujeito passivo de, comprovadamente, elidi-las.

Tenho, pois, como subsistentes, as Infrações 05, 06 e 07.

Por falta de previsão legal para tanto, tenho por prejudicado o pedido para dispensa ou redução das penalidades.

As intimações a respeito do caso devem seguir a previsão regulamentada, mas nada impede o atendimento do pleito do Impugnante, especialmente se cadastrado no DT-e da SEFAZ.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração,

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298958.0021/19-0**, lavrado contra **SEARA ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$447,01**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa de **R\$ 64.654,42**, equivalente a 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, prevista no art. 42, IX da Lei 7014/96, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2025.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA