

**PROCESSO** - A. I. Nº 271581.0502/09-0  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e INDOOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MADEIRAS LTDA.  
**RECORRIDOS** - INDOOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MADEIRAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0426-04/09  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 05/05/2011

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0070-12/11

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) DOCUMENTO FISCAL COMPROBATÓRIO NÃO APRESENTADO. O autuado não traz aos autos documento que comprove a regularidade do crédito utilizado. Infração caracterizada. b) DESTAQUE A MAIOR NO DOCUMENTO FISCAL. Nas aquisições de mercadorias oriundas das regiões sul e sudeste o crédito fiscal somente será admitido se calculado pela alíquota de 7%. Infração caracterizada. 2. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO RELATIVO À PARCELA NÃO DILATADA. A legislação não prevê a perda do benefício em razão do recolhimento a menos, mas pela falta de recolhimento da parcela não sujeita à dilação do prazo. Não incide a regra do art. 18, Dec. 8.250.02. Infração descaracterizada. 3. ESTORNO DE DÉBITO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. O sujeito passivo não comprova o pagamento anterior do ICMS, a emissão de nota fiscal complementar, sequer se correspondia a um recolhimento indevido a justificar o estorno lançado no RAICMS. Infração não elidida. 4. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. SAÍDAS A TÍTULO DE SIMPLES REMESSA. O autuado não comprova a ocorrência de tributação anterior para as respectivas operações. Mantido o lançamento. Indeferido o pedido de diligência e rejeitado o pedido de nulidade. Mantida a Decisão de primeira instância. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário, apresentados, respectivamente, pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, à luz do quanto disposto no art. 169, I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, e pelo contribuinte, em face do Acórdão JJF nº 0426-04.09 que julgou procedente em parte o presente Auto de Infração.

O lançamento de ofício foi lavrado em 12/05/09, para exigir ICMS no valor de R\$ 76.189,63, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 2.940,00, em razão das seguintes infrações:

1. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (declaração e apuração mensal ICMS), durante os exercícios 2006/07. Multa no valor de R\$2.940,00.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas à contribuinte diverso do indicado no documento fiscal. Nota Fiscal nº 90.390, endereçada a Condomínio Terrazo da Bahia, crédito lançado em Nov. 2006. Valor R\$ 37,26. Multa 60%.

3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Período setembro e novembro 06. Valor R\$ 1.926,47. Multa 60%.
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal. Exercícios 2006/07. Valor R\$ 2.595,08. Multa 60%.
5. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Emitiu nota fiscal de venda como Simples Remessa, CFOP 5949. Exercício 07. Valor R\$ 42.447,87. Multa 60%.
6. Recolheu a menor ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita à dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, em janeiro 07. Valor R\$ 27.921,55. Multa 60%.
7. Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, em julho 07, relativo à Nota Fiscal nº 236, devidamente escriturado no livro Registro de Saída. Valor R\$ 1.261,40. Multa 60%.

Através do Acórdão JF n. 0426-04.09, decidiu a 4ª Junta de Julgamento, por unanimidade, pela procedência parcial do Auto de Infração (fls. 150/156), sob o entendimento de que:

*“Cuida o presente Auto de Infração de proceder à exigibilidade de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória decorrente de 07 infrações mencionadas e relatadas acima que, após analisar as peças componentes do presente PAF, faço as considerações a seguir, exceto para as infrações 01 e 02 que não foram contestadas pelo sujeito passivo, implicando reconhecimento tácito, não havendo lide e fora da apreciação desse relator.*

*Cumpra antes examinar as questões formais suscitadas pelo autuado.*

*01. Diz o autuado que encontram-se ausentes no procedimento fiscal os elementos de materialidade das infrações e que não foram adotados os “critérios regulares do procedimento da auditoria de caixa, o que gerou a indicação de saldos credores”. Assim, cerceou o direito de defesa e feriu o art. 18, do RPAF-BA. Rejeitada de pronto a preliminar de nulidade suscitada, tendo em vista que a atuação fiscal seguiu todos os procedimentos que assegurassem os direitos do contribuinte e em estrita obediência à legalidade e aos demais princípios que regem o contencioso administrativo. Observo flagrante equívoco na petição defensiva, ao contestar os procedimentos do fisco na auditoria de caixa. A presente lide não contempla exigência fiscal mediante presunção, a partir de saldos credores de caixa, com suporte legal no art. 4º, § 4º, Lei nº 7.014/96. Além do mais, os demonstrativos de fls. 82 e 105 foram entregues regularmente ao autuado com o visto de seu recebimento.*

*Quanto ao direito à ampla defesa, o mesmo se manifesta mediante o oferecimento de oportunidade ao sujeito passivo para que este, em querendo, possa opor-se a pretensão do fisco, fazendo-se serem conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter processual e material, bem como as provas com que pretende provar as suas alegações, forjando assim a possibilidade de serem impugnados os atos praticados pelo fisco. Outrossim, o pleito defensivo não encontra amparo nas situações previstas no art. 18, RPAF/BA.*

*02. Taxa SELIC. A multa aplicada está amparada na Lei nº 7.014, de 04.12.1996. Com relação à aplicação da taxa SELIC (Sistema Especial de Liquidação e Custódia) encontra amparo também no art. 102, § 2º, I, Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), incidindo sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso. As questões inerentes a inconstitucionalidade da aplicação da TAXA SELIC para fins tributários não serão apreciadas por essa Junta de Julgamento por carecer de competência para tal.*

*03. Diligência. Solicita o autuado que seja deferida diligência fiscal para verificação de regularidade das notas fiscais de Madeireira Monteiro, Transportadora Ciclone e Transportadora Varig, cujos créditos foram considerados indevidos. Indefero o pedido de diligência com base no art. 147, inciso I RPAF-BA, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, a verificação de regularidades dos créditos aludidos, no caso, independe da realização de diligência.*

*No mérito, na terceira infração foi exigido ICMS tendo em vista a utilização de crédito fiscal sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao crédito.*

*A alegação do autuado é que as notas fiscais da Madeireira Monteiro, Transportadora Ciclone e Transportadora Varig, foram devidamente escrituradas e extraviadas na empresa autuada. O Auditor Fiscal diz que o autuado procedeu à utilização do crédito fiscal sem a obrigatória comprovação desse direito, ao arrepio do art. 91, RICMS-BA.*

*Defende que para caracterizar a utilização indevida de crédito o Auditor deveria demonstrar, por exemplo, que tais notas fiscais não foram emitidas ou são fictícias. Argumenta que não há nos autos qualquer prova de serem os créditos indevidos. Os fornecedores não foram intimados para verificar se os créditos existiram mesmo. Isso em atenção à necessidade de se buscar a verdade material.*

*Examinando os autos do processo verifico que o autuante elaborou demonstrativo fiscal, fl. 72, relacionando as notas fiscais nº 901, 409 e 128.353, registradas no livro Registro de Entrada, fls. 75 e 76, mas não foram apresentadas à fiscalização.*

*Vige no processo civil a regra do ônus da prova, segundo a qual incumbe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu a prova quanto aos fatos modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, CPC), embora a jurisprudência venha construindo o entendimento para aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, de acordo com a qual o ônus da prova deve ser atribuído a quem, no caso concreto, puder se desincumbir dele. É ainda a partir do mesmo código de processos de onde se extrai que a regular escrita comercial deverá ser fundamentada em documentos hábeis sob pena de servir de prova contra o empresário irregular ou ainda que não depende de provas os fatos em cujo favor milita presunção legal de veracidade (art. 334, IV, CPC).*

*A Norma Brasileira de Contabilidade, dispondo acerca da escrituração contábil, traz a preocupação com a formalização dos registros escriturais, diante da imperiosa necessidade da idoneidade e preservação dos elementos probatórios das demonstrações contábeis. O Código Tributário Nacional, art. 195, por sua vez, declara que "para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais dos comerciantes, industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los".*

*A lei tributária não faz distinção, nem preterição de qualquer uma das partes, porque lhe interessa a verdade material e formal dos fatos. Nesse contexto cabe à administração fazendária o ônus da prova no ilícito tributário. Entretanto, não está conferido ao contribuinte o poder de se eximir de sua responsabilidade através da recusa da entrega dos elementos materiais à apreciação objetiva e subjetiva estabelecida na legislação tributária.*

*Aos contribuintes cabe proceder aos devidos lançamentos nos livros fiscais e contábeis dos fatos relativos à sua movimentação empresarial, sempre alicerçada em documentos idôneos e hábeis, que deverão, quando requisitados, serem entregues à fiscalização, servindo à administração fazendária de elemento de prova das irregularidades tributárias cometidas.*

*Desta forma, incabível é a alegação do autuado de que competiria ao fisco fazer prova em favor da sua pretensão, inclusive com a determinação de diligência junto aos seus fornecedores. Dessa forma, competiria exclusivamente ao contribuinte, após a demonstração por parte da fiscalização da utilização dos créditos, exhibir as notas fiscais, provas jurídicas de que suas operações não se realizaram ao arrepio da lei. No caso, o ônus da prova se inverte, uma vez que os caminhos percorridos para alcançar seu desiderato só a ele é dado conhecer.*

*Caracterizada, então, a infração apontada no item 03.*

*Na infração 04, a exigência é de novamente crédito fiscal utilizado indevidamente em decorrência de destaque a maior do imposto no documento fiscal.*

*O mesmo demonstrativo anterior informa que aquisições de mercadorias oriundas do Estado de São Paulo com destaque do imposto de 18%, cujos créditos foram assim aproveitados pelo sujeito passivo, em ofensa ao art. 93, § 5º, RICMS-BA e o § 6º que orienta, na entrada de mercadorias e na utilização de serviços oriundos das regiões Sul e Sudeste o crédito fiscal só será admitido se calculado pela alíquota de 7%.*

*Equivocada é a argumentação defensiva de que o aproveitamento do crédito referente ao valor integralmente destacado coaduna-se com o texto constitucional, art. 155, §2º, I e art. 19, CTN, Lei Complementar 87/96. Coube à mencionada lei complementar disciplinar o regime de compensação do ICMS. No entanto, no que se refere às alíquotas, disso não tratou a lei geral, porque o comando é constitucional e as alíquotas sujeitas ao ICMS foram definidas pelo Senado Federal privilegiando a arrecadação do Estado consumidor, contando com uma técnica de apuração do tributo que atendesse a pacto federativo.*

*Portanto, acato igualmente o demonstrativo fiscal pela exigência do ICMS decorrente dos créditos fiscais utilizados em desacordo com a legislação vertente.*

*A infração 05, exige ICMS em função da prática de operações tributáveis com se não o fosse, pela emissão de notas fiscais de simples remessa, CFOP 5949. O auditor elabora demonstrativo fiscal, fl. 82, relacionando o conjunto dessas operações, ao que o autuado reconhece que não foram tributadas tais remessas, mas incumbiria ao fisco provar de que tais notas fiscais não foram antes tributadas.*

*Incorre, de início, o autuado nas questões inerentes ao ônus da prova tratadas em item interior, não atentando que lhe competiria, após a demonstração por parte da fiscalização da utilização dos créditos, exhibir as notas fiscais correspondentes onde houvesse o destaque o e recolhimento dos impostos cabíveis.*

*O autuante juntou aos autos cópias das notas fiscais com natureza de operação saída internas de simples remessa, CFOP 5949, fls. 83/104, sem fazer referência às notas fiscais que cuidaram da tributação das operações respectivas, exceto a nota fiscal nº..., sem, no entanto, fazer prova do pagamento do ICMS respectivo*

*ou descrevendo somente em algumas dessas notas, no campo dados adicionais, “nota fiscal referente parte da mercadoria já enviada”.*

*Nota Fiscal de Simples Remessa é um documento que apenas acompanha a mercadoria com finalidades várias, exceto de venda/compra. Caberia ao autuado integrar a operação trazendo aos autos as notas fiscais correspondentes aos negócios feitos, o que ao ocorreu na presente situação.*

*Infração caracterizada.*

*Na infração 06 o ICMS exigido decorre da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE, em janeiro 07.*

*No demonstrativo elaborado, fl. 105, considerando o benefício a que faz jus o autuado, através da Resolução 036/2006, apurou-se o recolhimento de ICMS a menos do imposto devido no valor de R\$ 711,49 implicando a perda em relação à parcela incentivada naquele mês, no valor de R\$ 27.921,55.*

*O autuado pede apenas retificação do código da receita e abatimento do valor recolhido de R\$ 4.567,89 reduzindo a exigência.*

*Examinando os autos do processo verifico que o autuado foi acusado de ter deixado de recolher no prazo regulamentar, a parcela relativa de ICMS não sujeita à dilação de prazo previsto no Decreto 8.250/02, perdendo, em virtude desse fato, o direito ao benefício em relação à parcela incentivada. O ponto central da discussão é definir se o recolhimento feito a menos pelo autuado no valor de R\$ 4.567,89, quando o valor indicado no demonstrativo fiscal é de R\$ 5.279,38, provoca a incidência da regra estabelecida no artigo 18 do Decreto 8.250.02, in verbis:*

**Art. 18.** *A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.*

*Justifica o autuante ao descrever a infração em tela que a parcela referente ao mês de julho de 2007 não foi recolhida integralmente, calculada a partir do livro Registro de Apuração. Interpretando que, em conformidade com a norma que regulamenta o programa DESENVOLVE, nessa circunstância, o direito ao benefício de dilação de parcela referente ao mês em questão seja perdido.*

*Ocorre que a interpretação teleológica, aquela que cuida da finalidade, o fim social da lei, a vontade do legislador face à elaboração da lei, informa que a perda do benefício em relação à parcela incentivada se impõe quando a empresa habilitada não recolher a parcela do ICMS não sujeita à dilação do prazo. A hipótese em apreço, contudo, não se trata do “não recolhimento da parcela não dilatada”, mas seu recolhimento a menos.*

*Interpretação nesse sentido não objetiva beneficiar o contribuinte ou desconhecer a regra do art. 111, CTN a indicar leitura restritiva para os favores fiscais, mas porque cabe referir-se na compreensão da norma a existência de sólidos temperamentos, sobretudo necessários, sob pena de não se apreender o seu verdadeiro conteúdo.*

*Ademais, a compreensão finalística da lei é buscada no Direito Brasileiro, conforme o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”;*

*Podemos observar com alguma precisão a distinção entre o recolhimento parcial e o “não recolhimento”. No caso, cabe ainda ressaltar que o recolhimento feito a menos pelo contribuinte, constante no demonstrativo fiscal, R\$ 4.567,89, no total a recolher de R\$ 5.279,38, representa 86,5% da parcela devida, representando o pequeno volume do tributo recolhido a menos. Pontue-se também que essa diferença encontrada no mês de julho 2007 foi à única verificada em auditoria feita nos exercícios 2006 e 2007. Tais critérios servem para demonstrar se o contribuinte agiu ou não de boa fé, se houve dolo, fraude ou simulação, não havendo, no caso, a incidência da regra do art. 136, CTN, a indicar que o direito tributário se move por viés objetivo.*

*Posto isso, resta configurado que o recolhimento a menos de ICMS da parcela não dilatada, não implica perda do direito do benefício previsto no art. 18 do Decreto 8.250/02, considerando que a previsão normativa é para a empresa habilitada que não recolher a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo. Entendimento, nesse sentido, já foi manifestado em decisões contidas nos Acórdãos CJF 0334-12/08 e CJF 0238-11/09.*

*Vale observar que o fato gerador da infração constante na inicial é janeiro de 2007 enquanto que o demonstrativo de fl. 105 faz referência ao período de julho 07.*

*Improcedente assim a infração 06.*

*Na infração 07, o autuado foi alcançado por estorno de débitos de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, em julho 07, relativamente à nota fiscal 236, devidamente escriturado no livro Registro de Saída. Valor R\$ 1.261,40. Multa 60%.*

*Reconhece o autuado que emitiu a nota fiscal 236, em 07/2007, sem o débito do ICMS, porém escriturou e pagou o ICMS. Em agosto emitiu nota complementar com destaque de ICMS regularizando a situação.*

*Verifico que a nota fiscal aludida, fl. 71, R\$ 7.420,00, foi lançada no livro Registro Apuração de ICMS, fl. 70, no campo CRÉDITO DO IMPOSTO, com aproveitamento do crédito no valor de R\$ 1.261,40.*

*Não consta nos autos prova das alegações do autuado no sentido de que emitiu nota fiscal complementar com destaque do imposto a fim de regularizar a situação, ainda porque tal creditamento somente seria possível na hipótese de instrução do processo com a prova do efetivo pagamento no momento anterior e que esse seria indevido. Disso não cuidou o sujeito passivo. Limitou-se apenas a negar o cometimento da infração, o que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, nos termos do art. 143, RPAF.*

*Motivo pelo qual é procedente a exigência contida na infração 07.*

*Em síntese e após tudo quanto exposto, foram reconhecidas pelo autuado as infrações 01 e 02, multa R\$ 2.940,00 e ICMS R\$ 37,26, respectivamente; apreciadas, restam caracterizadas as infrações 03 (R\$ 1.926,47), 04 (R\$ 2.595,08), 05 (R\$ 42.447,87) e 07 (R\$ 1.261,40); improcedente a infração 06.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”*

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal recorre, de ofício, da aludida Decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Inconformado com a Decisão recorrida, interpõe o autuado Recurso Voluntário (fls. 165/218), através do qual reitera todos os argumentos expendidos em sua peça defensiva.

Alega, quanto à infração 3, que as notas fiscais apontadas pelo auditor fiscal, da Madeireira Monteiro, transportadoras Ciclone e Varig, foram devidamente escrituradas e extraviadas na empresa autuada. Defende que, para caracterizar a utilização indevida de crédito, o Auditor deveria demonstrar, por exemplo, que tais notas fiscais não foram emitidas ou são fictícias. Argumenta que não há nos autos qualquer prova de serem os créditos indevidos, bem como que os fornecedores não foram intimados para verificar se os créditos existiram mesmo, à luz da necessidade de se buscar a verdade material.

Com relação à infração 4, diz que não se pode admitir a glosa de crédito, uma vez que o aproveitamento do crédito referente ao valor integralmente destacado coaduna-se com o texto constitucional, art. 155, §2º, I e art. 19, CTN, Lei Complementar nº 87/96, transcrevendo-os, concluindo que nenhum outro diploma poderá ampliar ou restringir a compensação do ICMS.

Na infração 5, o autuado alega que não foram tributadas as notas fiscais de simples remessa, no entanto, não basta apenas a juntada dos documentos, mas provas de que tais notas fiscais não foram antes tributadas.

Diz que assim faltaram ao procedimento fiscal os elementos que materializassem a infração, “que não adotou os critérios regulares do procedimento da auditoria de caixa, o que gerou a indicação de saldos credores”. Afirma que cerceou o direito de defesa e feriu o art. 18, do RPAF/BA.

Discorre sobre a atividade fiscal vinculada do art. 142, CTN e que o ato de constituição de crédito somente terá eficácia se estiver em perfeita sintonia, conformação formal e ideológica com o fato; que à administração pública são impostos princípios para a garantia e segurança jurídica ao contribuinte. Assim, ainda que tenha alguma discricionariedade na escolha das práticas de auditoria, somente poderá lançar o crédito tributário, uma vez caracterizada a infração.

Assevera que a situação fiscal foi simulada, não ocorrendo uma circulação passível de ICMS e ausente a prova de sua materialização, já que o Auditor não elaborou demonstrativo e levantamento em consonância com a legislação tributária e roteiro de auditoria. Transcreve decisões de nulidades originadas do CONSEF.

Aduz que quanto à infração 7, não resta qualquer valor a ser pago, haja vista que a nota fiscal 236, lançada em 07/2007, foi emitida sem o débito do ICMS, porém foi escriturada e pago o ICMS. Em agosto, emitiu nota fiscal complementar com destaque de ICMS regularizando a situação.

Solicita que seja deferida diligência para verificação de regularidade das notas fiscais de Madeireira Monteiro, Transportadora Ciclone e Transportadora Varig, cujos créditos foram considerados indevidos.

Discorre sobre a necessidade de realização de diligência e perícias; taxa SELIC.

Finaliza solicitando que o Recurso Voluntário seja provido para julgar improcedente o Auto de Infração.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito da matéria (fls. 222 a 226), através do qual, inicialmente, tece considerações acerca dos fatos que norteiam a presente autuação.

Salienta que inexistem argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão recorrido. Observa, preambularmente, que todas as arguições de inconstitucionalidade, constantes da súplica recursal, devem ser rechaçadas, posto que falece competência ao CONSEF a declaração de inconstitucionalidade, em consonância com os termos do art. 167, I, do RPAF.

Quanto à Taxa SELIC, frisa que a cobrança pela mora no pagamento é implementada pelos sistemas corporativos da SEFAZ, com respaldo no art. 51, da Lei nº 7.014/96 e no art. 102, parágrafo segundo da Lei n. 3.956/81 (COTEB), cujos dispositivos determinam a atualização dos valores exigidos pela Taxa SELIC.

Ressalta que as imputações fiscais estão absolutamente claras, devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação tributária estadual, sendo importante assegurar que inexistem motivos capazes de ensejar a decretação de nulidade de nenhuma das infrações descritas no presente lançamento tributário. Assim, prossegue, as alegações de nulidade, constantes da peça recursal, devem ser rechaçadas, tendo em vista que o lançamento tributário não apresenta falhas capazes de gerar prejuízos ao contribuinte. Diz que a descrição do fato gerador da obrigação tributária, realizada pelo autuante, afigura-se suficiente para possibilitar ao sujeito passivo o pleno exercício dos direitos fundamentais de defesa e do contraditório sedimentados no Texto Fundamental. Aduz que o pedido de diligência fiscal deverá, mais uma vez, ser indeferido, de acordo com os termos do art. 147, I e II, do RPAF/99.

Assinala, no que pertine à infração 3, que o pleito do contribuinte não encontra amparo legal, visto que é da sua inteira responsabilidade proceder ao lançamento das suas operações em seus livros fiscais e contábeis com fundamento em documentos idôneos, que deverão permanecer à disposição da administração fazendária dentro dos prazos assinalados na lei. Argumenta que, na hipótese em tela, o recorrente sequer comunicou ao Fisco o extravio dos respectivos documentos fiscais.

De referência à infração 4, salienta que o entendimento esposado pelo recorrente não merece acolhida, vez que coube à Lei Complementar disciplinar o regime de compensação do imposto, razão pela qual deve ser mantida a infração fiscal, sendo importante registrar que falece competência ao CONSEF a apreciação de questões constitucionais.

No que pertine à infração 5, assevera que o presente lançamento não contempla exigência fiscal mediante presunção, a partir de saldos credores de caixa. Frisa que os demonstrativos de fls. 82/105, anexados ao PAF pelo autuante e elaborados com fundamento nos livros e documentos fiscais fornecidos pelo recorrente, foram entregues à mesma, com visto de seu recebimento. Aduz que a nota fiscal de simples remessa é um documento que acompanha a mercadoria com finalidades diversas, exceto com o fim de acobertar uma operação mercantil de compra e venda, pelo que caberia ao autuado comprovar a natureza das operações, colacionando aos autos as notas fiscais alusivas aos negócios correspondentes, o que até então não se materializou nos presentes autos.

Por fim, quanto à infração 7, ressalta que a tese recursal está desacompanhada da prova documental capaz de comprovar o pagamento do imposto, devendo ser mantida a infração, visto que a simples negativa da infração fiscal não tem o condão de desonerar o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Conclui opinando pelo improvimento do Recurso Voluntário.

## **VOTO**

Inicialmente, apreciarei o Recurso Voluntário, interposto pelo autuado contra a Decisão proferida pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

Rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente.

Entendo, primeiramente, que a ação fiscal seguiu todos os procedimentos que asseguraram os direitos do contribuinte, em obediência à legalidade e aos demais princípios que regem o contencioso administrativo.

Aqui, cura reiterar o quanto já mencionado na Decisão recorrida, no sentido de que ocorreu flagrante equívoco na peça recursal, ao serem contestados os procedimentos do fisco na auditoria de caixa. Isso porque o lançamento de ofício sob apreço não contempla exigência fiscal mediante presunção, a partir de saldos credores de caixa, com suporte legal no art. 4º, § 4º, Lei nº 7.014/96, sem prejuízo do fato de que os demonstrativos de fls. 82 e 105 foram devidamente entregues regularmente ao autuado com o visto de seu recebimento.

De referência à alegação de vilipêndio ao direito à ampla defesa, entendo ser rasa em fundamentação válida a tese recursal, posto que o autuado não somente se manifestou, nos fólios processuais, como foram conhecidas e devidamente apreciadas todas as suas alegações de caráter processual e material, não encontrando o pleito, portanto, amparo nas situações previstas no art. 18, RPAF/BA.

Quanto à alegação de impossibilidade de aplicação da taxa SELIC, ressalto que a cobrança pela mora no pagamento é implementada pelos sistemas corporativos da SEFAZ, com espeque no art. 51, da Lei n. 7.014/96 e no art. 102, parágrafo segundo da Lei n. 3.956/81 (COTEB), cujos dispositivos determinam a atualização dos valores exigidos pela Taxa SELIC. Ademais, as questões inerentes à inconstitucionalidade da aplicação da TAXA SELIC para fins tributários não podem ser apreciadas pelos órgãos julgadores do CONSEF, por faltar, aos mesmos competência para tal (art. 167, I, do RPAF).

Indefiro, de igual forma, o pedido de diligência suscitado pelo autuado, fazendo-o com alicerce no quanto insculpido no art. 147, inciso I RPAF-BA. Isso porque todos os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide, não sendo necessária, em face do levantamento fiscal realizado e nos documentos acostados aos autos, a realização de diligência.

No mérito, o recorrente faz impugnação específica das infrações 3, 4, 5 e 7.

Com relação à infração 3, não há como prosperar o pleito recursal no sentido de que competiria ao fisco fazer prova em favor da sua pretensão, inclusive com a determinação de diligência junto aos seus fornecedores.

Ora, competiria exclusivamente ao recorrente, após a demonstração por parte da fiscalização da utilização dos créditos, exhibir as notas fiscais, provas jurídicas de que suas operações não se realizaram ao arrepio da lei.

Quanto à infração 4, comungo com o entendimento externado pelo a quo no sentido de que *“Equivocada é a argumentação defensiva de que o aproveitamento do crédito referente ao valor integralmente destacado coaduna-se com o texto constitucional, art. 155, §2º, I e art. 19, CTN, Lei Complementar 87/96”*.

Isso porque, a referida lei complementar disciplinou o regime de compensação do ICMS. Todavia, no que se refere às alíquotas, disso não tratou a lei geral, porque o comando é constitucional e as alíquotas sujeitas ao ICMS foram definidas pelo Senado Federal, privilegiando a arrecadação do Estado consumidor, contando com uma técnica de apuração do tributo que atendessem o pacto federativo.

Deve, portanto, ser acatado o demonstrativo fiscal pela exigência do ICMS, decorrente dos créditos fiscais utilizados em desacordo com a legislação vertente.

No que se refere à infração 5, entendo que competiria ao recorrente, após a demonstração por parte da fiscalização da utilização dos créditos, exhibir as notas fiscais correspondentes onde houvesse o destaque e o recolhimento dos impostos cabíveis.

É de corriqueira sabença que a Nota Fiscal de Simples Remessa é um documento que apenas acompanha a mercadoria com finalidades várias, exceto de venda/compra. Logo, caberia ao

autuado integrar a operação trazendo aos autos as notas fiscais correspondentes aos negócios feitos, o que não ocorreu na presente situação.

Por fim, quanto à infração 7, também não merece guarida a tese recursal.

Isso porque, não consta nos autos a prova das alegações recursais, no sentido de que emitiu nota fiscal complementar com destaque do imposto a fim de regularizar a situação, tendo o sujeito passivo se limitado a negar o cometimento da infração, o que não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, nos termos do art. 143, RPAF.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, com espeque no Parecer exarado pela Douta PGE/PROFIS, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto.

Passo, agora, a apreciar o Recurso de Ofício apresentado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em face da improcedência declarada na infração 6.

Comungo da exegese utilizada pelo *a quo* no sentido de que “*a perda do benefício em relação à parcela incentivada se impõe quando a empresa habilitada não recolher a parcela do ICMS não sujeita à dilação do prazo*”, sendo que “*a hipótese em apreço, contudo, não se trata do “não recolhimento da parcela não dilatada”*”, mas sim o seu recolhimento a menos.

*In casu*, o recolhimento a menos de ICMS da parcela não dilatada, não implica perda do direito do benefício previsto no art. 18 do Decreto nº 8.250/02, considerando que a previsão normativa é para a empresa habilitada que não recolher a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo. Impende observar que esse tem sido, *neminem discrepante*, o entendimento deste CONSEF, a exemplo das decisões exaradas nos Acórdãos CJF 0334-12/08 e CJF 0238-11/09.

Ademais, registre-se que o fato gerador da infração constante na inicial é janeiro de 2007, ao passo que o demonstrativo de fl. 105 faz referência ao período de julho 07.

Destarte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício apresentado.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **271581.0502/09-0**, lavrado contra **INDOOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MADEIRAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 48.268,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alienas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.940,00**, prevista no art. 42, XVIII, “c” da citada lei, com os acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS