

A. I. N° - 130076.0007/13-0  
AUTUADO - COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO PORTAL DA ILHA LTDA.  
AUTUANTE - PAULO DAVID RAMOS DE ALMEIDA  
ORIGEM - INFAS SANTO ANTÔNIO DE JESUS  
INTERNET - 03. 02. 2014

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0324-01/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. APRESENTAÇÃO COM DADOS DIVERGENTES DOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES. O procedimento fiscal foi efetuado em desacordo com as determinações legais, haja vista que o arquivo magnético fornecido pelo contribuinte deve ser submetido ao crivo de um programa denominado Validador/Sintegra, a fim de se verificar a consistência dos dados informados, nos termos do § 4º do art. 708-A do RICMS, sendo que o § 3º do art. 708-B prevê que o Fisco intime o contribuinte para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, fornecendo-lhe, no ato da intimação, uma Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas e o § 5º concede o prazo de 30 dias úteis para que o contribuinte corrija arquivo magnético apresentado com inconsistência. É, portanto, nulo o procedimento, por inobservância do devido procedimento legal na condução da ação fiscal. Infração nula. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE EMPRESAS OPTANTES PELO SIMPLES NACIONAL. Alegação defensiva de que os emitentes das notas fiscais, cujos créditos foram glosados, apuravam o imposto na forma de conta corrente fiscal restou comprovada. Infração insubstancial. b) DOCUMENTOS INIDÔNEOS. EMITENTES EM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR. Restou comprovado em consulta ao sistema da SEFAZ, atinente à situação cadastral dos emitentes das notas fiscais arroladas na autuação, que à época dos fatos estes não estavam em situação de inaptidão, conforme a acusação fiscal. Infração insubstancial. c) REGISTRO DE VALORES SUPERIORES AOS DESTACADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Autuado reconhece parcialmente este item da autuação. Quanto à parte impugnada comprova que as mercadorias objeto da glosa do crédito fiscal, à época dos fatos eram tributadas normalmente e não pelo regime de substituição tributária, sendo, portanto, legítimo o crédito fiscal apropriado. Infração parcialmente subsistente. d) PRESTAÇÕES DE SERVIÇO DE TRANSPORTE. REGISTRO DE VALOR A MAIS. Infração reconhecida. e) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Autuado elide a autuação ao comprovar que as mercadorias, à época dos fatos, eram tributadas normalmente, sendo legítimo o crédito fiscal.

apropriado. Infração insubstancial. **f) FALTA DE EXIBIÇÃO, AO FISCO, DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL.** O crédito fiscal deve ser escriturado em face da 1<sup>a</sup> via do documento fiscal originário. O art. 204 do RICMS prevê que as vias dos documentos fiscais não se substituem nas respectivas funções, salvo na hipótese de extravio, caso em que deve ser feita imediata comunicação à repartição fazendária. Contribuinte não adotou qualquer medida para justificar perante a autoridade competente o creditamento realizado com vias das notas fiscais que não a 1<sup>a</sup> via, bem como o creditamento com base em cópias das notas fiscais. Mantidas a glosa dos créditos fiscais. Infrações 07 e 08 subsistentes. **3. NULIDADE. LIVROS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO.** Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao sujeito passivo. Infração nula. **4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS.** Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/08/2013, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$188.467,42, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$134.630,44, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. Consta que se refere aos exercícios de 2009, 2010 e 2011, com dados divergentes e/ou omissão de dados nos respectivos registros;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias junto a microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, nos meses de julho, outubro a dezembro de 2009, julho e agosto de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$9.974,64, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a aquisições de mercadorias de empresas inscritas no cadastro do Simples Nacional;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos, nos meses de janeiro, novembro e dezembro de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$8.822,37, acrescido da multa de 100%. Consta se referir a mercadorias adquiridas de empresa inapta no cadastro estadual;
- 4 Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de agosto e outubro de 2010., sendo exigido ICMS no valor de R\$79,59, acrescido da multa de 60%;
5. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto nas Prestações de Serviços de Transporte Rodoviário, no mês de setembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$11,21, acrescido da multa de 60%;

6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no mês de setembro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$47,88, acrescido da multa de 60%;
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS através de via de notas fiscais que não a primeira, nos meses de janeiro a maio de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$18.128,09, acrescido da multa de 60%;
8. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS através de cópia de notas fiscais, nos meses de janeiro a maio de 2009, fevereiro de 2010, sendo exigido ICMS no valor de R\$16.211,34, acrescido da multa de 60%;
9. Deixou de apresentar livros fiscais quando regularmente intimado, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00. Consta se referir ao livro Registro de Entradas de Mercadorias, referente ao exercício de 2011;
10. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de novembro de 2010, junho e outubro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$101,86, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 302 a 316) consignando, inicialmente, que o autuante fundamentou o Auto de Infração em fatos inexistentes, tendo em vista que a maioria dos valores exigidos não procede. Tece comentário sobre a carga tributária que recai sobre as empresas no Brasil. Diz que sendo compelido a arcar com encargos tributários indevidos, como os impugnados, fatalmente isso irá conduzir a grandes dificuldades da empresa e repercutir socialmente.

Salienta que, parte da infração 04 e a infração 10 foram apuradas de forma correta pelo autuante, razão pela qual reconhece a procedência. Entretanto, no que tange às infrações 01, 02, 03, parte da 04, 05, 06, 07, 08 e 09, entende que são equivocadas, pois, lançadas em descompasso com a legislação do ICMS, motivo pelo qual pugna pela improcedência destes itens da autuação, conforme diz, será demonstrado.

Reporta-se sobre a infração 01, dizendo, inicialmente, que a redação desta infração é bastante contraditória, gerando assim distorção dos fatos. Registra que em 17/04/2013 foi intimado para apresentação dos livros e documentos fiscais, sendo a intimação atendida no prazo estabelecido e, posteriormente, mediante autorização do autuante foi solicitado a efetuar correções nos arquivos magnéticos, o que também foi feito e repassado para o solicitante.

Observa que anexou cópia de todos os seus arquivos magnéticos e livros de apuração de ICMS, os quais demonstram que os valores estão batendo rigorosamente. Diz acreditar que o autuante não se deu ao trabalho de fazer a conferência devida, nem mesmo por amostragem, pois, se assim o fizesse, certamente teria constatado que os arquivos magnéticos retratam exatamente as informações constantes em seus livros fiscais.

Aduz que por esse motivo, inexiste razão lógica que justifique a suposta prática desta infração, fato que constitui um forte indício quanto ao equívoco cometido pelo Fisco neste particular.

Afirma que resta claro que os arquivos magnéticos foram entregues em conformidade com a legislação vigente à época, motivo pelo qual espera sejam analisados os fatos e documentos anexados, que comprovam a injustiça cometida pela Fiscalização ao lavrar o presente Auto de Infração.

Conclui requerendo a improcedência deste item da autuação.

Relativamente à infração 02, apresenta relação das notas fiscais referentes ao suposto crédito fiscal indevido, nos exercícios de 2009 e 2010.

Afirma que o autuante lhe atribui o cometimento de infração, sem fundamentação legal, pois, equivocadamente, diz que as notas fiscais não geram créditos fiscais por terem sido emitidas por microempresas cadastradas no Simples Nacional. Observa que todas as empresas emitentes

mencionadas apuravam o imposto através de conta corrente fiscal o que dá direito ao crédito fiscal pelo adquirente. Registra que teve o cuidado de averiguar se as empresas mencionadas estavam inaptas junto à repartição fazendária e que à época dos fatos não estavam, ficando nessa condição muito tempo, após a emissão das referidas notas fiscais, conforme cópias reprográficas que anexa.

Assinala que em decorrência do exposto, conclui-se que o autuante ao analisar a sua escrituração teve a falsa impressão da existência de irregularidade e a errônea conclusão de que teria sido utilizado crédito indevidamente, entretanto, conforme documentalmente comprovado este fato não procede.

Quanto à infração 03, diz que está fundamentada na suposta utilização de crédito fiscal indevido, em razão de o emitente da nota fiscal se encontrar inapto junto à repartição fazendária, fato este inverídico, uma vez que as empresas MF Metalurgia em Alumínio Ltda.- ME, e Indústria e Comércio de Madeiras DF Ltda.-EPP, passaram à condição de inapta em 29/06/2011, portanto, dois anos após a emissão das respectivas notas, verificando-se, portanto, o grande equívoco cometido pelo autuante.

Destaca que todas as notas fiscais de entradas relacionadas foram devidamente escrituradas e, por consequência, geraram saídas com pagamento dos respectivos impostos devidos. Acrescenta que, além disso, se creditou dos valores que por direito deveria se creditar.

Consigna que como prova de que as presunções e imputações desta suposta infração não encontram fundamento na realidade, anexou respectivas Notas Fiscais que serviram de base para autuação e consultas junto a repartição fazendária onde fica claro os fatos expostos.

Conclui requerendo a improcedência desta infração.

No respeitante à infração 04, assinala que em razão do valor irrisório poderia não contestar, contudo, o que está em jogo nesta infração, especificamente, não é o valor e sim a necessidade de provar o erro do autuante. Afirma que as mercadorias constantes nas notas fiscais arroladas neste item da autuação, à época da sua emissão figuravam como mercadorias tributadas, vindo a passar para o regime de substituição tributária em 01/01/2011, situação essa que entende ter o autuante a obrigação de conhecer.

Entretanto, admite que o crédito fiscal referente à Nota Fiscal nº 958, emitida por Maxplast Ind. de Art. de Plásticos Ltda., de fato, foi utilizado a mais no valor de R\$44,99.

Conclui dizendo que esta infração procede parcialmente.

No tocante à infração 05, diz que se trata de Conhecimento de Transporte, no qual foi incluído o pedágio no valor de R\$160,00, gerando assim um crédito fiscal no valor de R\$11,21, valor este creditado de forma legal. Acrescenta que anexou o conhecimento de transporte, para que seja analisado, bem como para maior clareza dos fatos.

Conclui requerendo a improcedência desta infração.

No que concerne à infração 06, diz que os fatos se repetem, pois, em razão do valor irrisório poderia não contestar, contudo, o que está em jogo nesta infração, especificamente, não é o valor mas, sim, a necessidade de provar o erro do autuante. Afirma que as mercadorias constantes nas notas fiscais, à época da emissão, figuravam como “mercadorias tributadas”, passando para regime de substituição tributária em 01/01/2011, situação essa que entende tem o autuante a obrigação de conhecer.

Quanto à infração 07, observa que está fundamentada na falta de apresentação das notas fiscais de entradas originais, entretanto, afirma que todos os registros foram efetuados, impactando assim no estoque, caixa e impostos subsequentes. Diz que uma vez desconsiderados tais registros, teria aí omissão de entradas, contudo, o autuante optou, erroneamente, pela aplicação da alíquota de 17% sobre o valor total das notas fiscais e efetuou a cobrança, partindo do princípio que houvesse ocorrido um incêndio, uma inundação ou mesmo a perda de tais notas fiscais. Afirma que a legislação lhe imputa uma “penalidade fixa” pela perda de tais documentos, no entanto, o procedimento fugiu dos padrões normais, acredita que por desconhecimento e não por má fé.

Alega que a exigência fiscal recai diretamente na bitributação, tendo em vista que se não fosse efetuada dessa forma, haveria inevitavelmente cobrança por omissão de entrada. Apresenta uma análise da repercussão da omissão do registro de entrada, à luz da legislação do ICMS, para que se possa imputar omissão de entrada. Invoca a Portaria nº 445/98, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoque por espécie de mercadorias. Reproduz o seu art. 7º, I, II.

Sustenta que as entradas das mercadorias foram operações lícitas, devidamente registradas não podendo servir de base, diante da realidade e da documentação que anexa, para as imputações embasadas em premissas equivocadas.

Frisa que como prova de que as presunções e imputações desta suposta infração não encontram fundamento na realidade, anexa as respectivas notas fiscais.

Conclui dizendo que, caso lhe seja imputada alguma penalidade, esta deve ser uma penalidade fixa por perda e extravio de documentos.

No que diz respeito à infração 08, consigna que é uma repetição da infração 07, razão pela qual também repete os mesmos termos da defesa atinente àquela infração.

Sustenta que as entradas das mercadorias foram operações lícitas, devidamente registradas não podendo servir de base, diante da realidade e da documentação que anexa, para as imputações embasadas em premissas equivocadas.

Registra que como prova de que as presunções e imputações desta suposta infração não encontram fundamento na realidade, anexa as respectivas notas fiscais.

Conclui dizendo que, caso lhe seja aplicada alguma penalidade esta deve ser uma penalidade fixa por erro de escrituração.

No que tange à infração 09, assevera que é mais uma exigência fiscal improcedente. Salienta que na “xerox” do protocolo assinado pelo autuante este afirma ter recebido o livro Registro de Saídas de 2011. Ocorre, no entanto, que os seus livros são encadernados juntos, no caso, livro Registro de Entradas, livro Registro de Saídas e livro Registro de Apuração do ICMS. Questiona como poderia o autuante ter recebido somente o livro Registro de Saídas, sem ter recebido os demais se estão juntos? Diz que isso prova que tais livros não foram averiguados, por se tratar de um padrão da empresa, onde os demais exercícios apresentados foram adotados idênticos procedimentos não havendo como afirmar que não recebeu.

Conclui requerendo a improcedência desta infração.

Quanto à infração 10, consigna que reconhece o seu cometimento, no valor de R\$101,86.

Finaliza a sua peça defensiva requerendo a improcedência das infrações 01, 02, 03, parte da infração 04, 05, 06, 07, 08 e 09 e, consequentemente, a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fl. 685) na qual contesta a argumentação defensiva atinente à infração 01, dizendo que intimado regularmente em 17/04/2013 (fl. 19), o autuado teve dois meses para regularizar as divergências existentes nos arquivos magnéticos, contudo, não o fez, conforme demonstrado as fls. 13 a 18 e 20 a 25.

Quanto à infração 02, afirma que o autuado utilizou efetivamente e indevidamente crédito fiscal de aquisições oriundas de microempresas.

No que concerne à infração 03, diz que o autuado utilizou indevidamente e efetivamente crédito fiscal oriundos de empresas com situação de inaptidão (fls. 48v e 49). Salienta que a empresa emitente está inapta desde 2003 até 2011.

No respeitante à infração 06, diz que se trata de mercadoria enquadrada no Anexo 69 creditado indevidamente.

No que diz respeito à infração 07, assevera que o autuado não comprova o alegado, pois não apresentou até o momento da informação fiscal as 1<sup>as</sup> vias das Notas Fiscais originais, conforme determina o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Relativamente à infração 08, reitera o que disse na infração 07.

No que tange à infração 09, assegura que o autuado não comprova a entrega do livro Registro de Apuração do ICMS, referente ao exercício 2011, conforme Termo de apresentação de Livros e documentos a fl. 187.

Quanto à infração 10, registra que foi reconhecida.

Finaliza mantendo integralmente o Auto de Infração.

#### VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de dez infrações à legislação do ICMS, dentre as quais o autuado reconheceu parcialmente a infração 04 e integralmente a infração 10 e impugnou as infrações 01, 02, 03, 05, 06, 07, 08 e 09.

No que concerne à infração 01, verifico que o autuado alega que em 17/04/2013 foi intimado para apresentação dos livros e documentos fiscais, sendo a intimação atendida no prazo estabelecido e, posteriormente, mediante autorização do autuante foi solicitado a efetuar correções nos arquivos magnéticos, o que também foi feito e repassado para o solicitante.

Observa que anexou cópia de todos os seus arquivos magnéticos e livros de apuração de ICMS, os quais demonstram que os valores estão batendo rigorosamente. Diz acreditar que o autuante não se deu ao trabalho de fazer a conferência devida, nem mesmo por amostragem, pois, se assim o fizesse, certamente teria constatado que os arquivos magnéticos retratam exatamente as informações constantes em seus livros fiscais.

Aduz que por esse motivo, inexiste razão lógica que justifique a suposta prática desta infração, fato que constitui um forte indício quanto ao equívoco cometido pelo Fisco neste particular.

Afirma que os arquivos magnéticos foram entregues, em conformidade com a legislação vigente à época, motivo pelo qual espera que sejam analisados os fatos e documentos anexados.

Vejo que o autuante contesta a argumentação defensiva, afirmando que intimou o contribuinte em 17/04/2013 (fl. 19), para apresentar os arquivos magnéticos corrigidos, contudo, este não atendeu a intimação tempestivamente. Registrhou que o autuado *teve dois meses para regularizar as divergências existentes nos arquivos magnéticos, contudo, não o fez, conforme demonstrado as fls. 13 a 18 e 20 a 25.*

Nos termos do artigo 708-A do RICMS/97, o contribuinte do ICMS usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais e/ou livros fiscais, deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, devendo ser incluídos todos os registros exigidos pela legislação. A entrega deverá ser feita à repartição fazendária, até as datas estipuladas nos incisos do referido artigo, sendo que a entrega é feita via internet. Os prazos para entrega são fixados até os dias 15, 20, 25 e 30 do mês subsequente ao mês considerado, a depender do algarismo final da inscrição cadastral do estabelecimento.

O § 4º do citado art. 708-A, determina que:

*“§4º O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo Magnético chancelado eletronicamente após a transmissão; ou na Inspetoria Fazendária do domicílio do contribuinte, acompanhado do Recibo de Entrega de Arquivo Magnético gerado pelo programa Validador/Sintegra, após validação, nos termos do Manual de Orientação para Usuários de SEPD de que trata o Conv. ICMS 57/95.”*

Vale registrar que o arquivo magnético é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, de acordo com o § 6º do mesmo artigo 708-A do RICMS/BA, abaixo transscrito:

*“§ 6º A recepção do arquivo pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, sujeitando o contribuinte a correção posterior das inconsistências verificadas.”*

Independentemente da entrega mensal prevista no art. 708-A do RICMS/97, acima referido, o contribuinte também é obrigado a entregar, quando intimado, os referidos arquivos, conforme a previsão do art. 708-B do mesmo RICMS/97, *in verbis*:

*“Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.*

(...)

Além da entrega prevista no *caput* do art. 708-B, o contribuinte também pode ser intimado a corrigir arquivo magnético que porventura tenha apresentado com inconsistência, situação na qual deve o Fisco conceder o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, inclusive fornecendo Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, consoante determinam os §§3º e 5º do mesmo art. 708-B, abaixo transscrito:

*§ 3º Tratando-se de intimação para correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, deverá ser fornecida ao contribuinte Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas*

(...)

*§ 5º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para corrigir arquivo magnético apresentado com inconsistência, devendo utilizar, no campo 12 do Registro Tipo 10, o código de finalidade “2”, referente a retificação total de arquivo.*

O que se verifica no caso em exame, é que após a constatação de que os arquivos magnéticos foram apresentados com falta dos registros 54, 60R, 50, 61, 70 e 74, bem como com divergências de informações em relação aos livros e documentos fiscais e ainda com omissão de informações contidas em livros e documentos fiscais, referentes aos exercícios de 2009, 2010 e 2011, o contribuinte foi intimado (fl.19) a corrigir as irregularidades apontadas, contudo, somente lhe foi concedido o prazo de 05 (cinco) dias quando deveria ter sido concedido o prazo de 30 (trinta) dias, na forma do §5º do art. 708-B do RICMS/BA/97. Ademais, não consta nos autos que a Listagem Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas fora fornecida ao contribuinte, conforme manda o §3º do mesmo art. 708-B do RICMS/BA/97.

Além disso, constato que foi indicado erroneamente no Auto de Infração no campo “*Data de Ocorrência*” o último dia de cada mês.

Isto porque, ao ser intimado o contribuinte para corrigir arquivos magnéticos referentes a fatos pretéritos e este desatende a intimação, o não atendimento constitui uma infração, contudo, a ocorrência desta infração surge no momento em que expira o prazo para apresentação dos arquivos solicitados, e não na data dos fatos relativos aos elementos constantes nos referidos arquivos.

Portanto, o procedimento fiscal foi efetuado em desacordo com as determinações legais, o que inquia de nulidade o lançamento, por inobservância do devido procedimento legal na condução da ação fiscal.

Diante do exposto, considero nula esta infração.

Na forma do art. 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas.

Relativamente à infração 02, observo que o autuado apresenta relação das notas fiscais arroladas neste item da autuação. Afirma que o autuante lhe atribui o cometimento de infração, sem fundamentação legal, pois, equivocadamente, diz que as notas fiscais não geram créditos fiscais por terem sido emitidas por microempresas cadastradas no Simples Nacional.

Sustenta que todas as empresas emitentes mencionadas apuravam o imposto através de conta corrente fiscal o que dá direito ao crédito fiscal pelo adquirente. Registra que teve o cuidado de averiguar se as empresas mencionadas estavam inaptas junto à repartição fazendária e que à época dos fatos não estavam, ficando nessa condição muito tempo, após a emissão das referidas notas fiscais, conforme cópias reprográficas que anexa.

O autuante contesta a argumentação defensiva, afirmando que o autuado utilizou efetivamente e indevidamente crédito fiscal de aquisições oriundas de microempresas.

Em verdade, este item da autuação diz respeito a seis notas fiscais, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante de fl. 30, sendo as Notas Fiscais nºs 1079, 2409 e 2935, emitidas por Dinael Almeida Amorim, cuja situação cadastral, à época dos fatos, era microempresa, com forma de apuração do imposto conta corrente fiscal, conforme extrato “Dados Cadastrais” acostado aos autos à fl. 31 dos autos.

Já as Notas Fiscais nºs 0068 e 0109 foram emitidas por C. da Silva Santana, também microempresa, conforme extrato “Dados Cadastrais” acostado aos autos à fl. 38 dos autos, com forma de apuração do imposto conta corrente fiscal.

Quanto à Nota Fiscal nº 7.845, emitida por Indústria e Comércio de Madeiras Ltda., observo que se trata de empresa de pequeno porte que, de acordo com o extrato “Dados Cadastrais” constante no sistema da SEFAZ tem como forma de apuração do imposto, conta corrente fiscal.

É certo que mesmo tendo optado pela inscrição cadastral na qualidade de microempresa ou empresa de pequeno porte, o contribuinte ao apurar o imposto mediante conta corrente fiscal faz jus ao crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, cujas operações de saídas sejam tributadas normalmente, valendo dizer que, ao realizar tais saídas com tributação também destacará o imposto que poderá ser utilizado pelo adquirente, caso seja contribuinte do ICMS como é o caso do autuado.

Dessa forma, descabe a glosa de crédito fiscal de que cuida este item da autuação, sendo, portanto, insubstancial a infração.

Quanto à infração 03, observo que o autuado diz que está fundamentada na suposta utilização de crédito fiscal indevido, em razão de o emitente da nota fiscal se encontrar inapto junto à repartição fazendária, fato este inverídico, uma vez que as empresas MF Metalurgia em Alumínio Ltda.- ME, e Indústria e Comércio de Madeiras DF Ltda.-EPP, passaram à condição de inapta em 29/06/2011, portanto, dois anos após a emissão das respectivas notas, verificando-se, portanto, o grande equívoco cometido pelo autuante.

Constatou que esta infração diz respeito a quatro notas fiscais, no caso, Notas Fiscais nºs 299, 7.845, 8.351 e 8.352, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante de fl. 44 dos autos.

Verifico que no tocante à Nota Fiscal nº 0299, emitida por MF Metalurgia em Alumínio Ltda.- ME, em 10/01/2009, o contribuinte não se encontrava na situação de inaptidão no cadastro, conforme consulta feita no sistema da SEFAZ atinente a informações cadastrais do contribuinte, descabendo a exigência atinente a esta nota fiscal.

Quanto às Notas Fiscais nºs 7.845, 8.351 e 8.352, emitidas por Indústria e Comércio de Madeiras DF Ltda.-EPP, em 20/11/2009, 09/12/2009 e 08/12/2009, respectivamente, constatou que também descabe a exigência fiscal, haja vista que o contribuinte que não se encontrava na situação de inapto à época

dos fatos, conforme consulta no sistema da SEFAZ atinente a informações cadastrais do contribuinte emitente das referidas notas fiscais.

Diante disso, esta infração é insubsistente.

No respeitante à infração 04, verifico que o autuado aduz que em razão do valor irrisório poderia não contestar, contudo, o que está em jogo nesta infração, especificamente, não é o valor e sim a necessidade de provar o erro do autuante. Afirma que as mercadorias constantes nas notas fiscais arroladas neste item da autuação, à época da sua emissão figuravam como mercadorias tributadas, vindo a passar para o regime de substituição tributária em 01/01/2011, situação esta que entende ter o autuante a obrigação de conhecer.

Entretanto, admite que o crédito fiscal referente à Nota Fiscal nº 958, emitida por Maxplast Ind. de Art. de Plásticos Ltda., de fato, foi utilizado a mais no valor de R\$44,99.

Observo que este item da autuação envolve duas notas fiscais, no caso, as Notas Fiscais nºs 21.359 e 958.

No que tange à Nota Fiscal 0958 não existe discussão, haja vista que o próprio autuado reconheceu a irregularidade apontada.

Quanto à Nota Fiscal nº 21.359, constato que foi emitida em 24/08/2010, constando como descrição do produto “arga colante interna –ACI -20 kg – NCM 3214.90.00”, havendo o destaque do ICMS normal no valor de R\$581,52, assim como do ICMS-ST no valor de R\$203,53. Como o contribuinte se creditou do valor de R\$616,12, está sendo glosado o crédito fiscal no valor de R\$34,60, conforme demonstrativo de fl. 57.

Efetivamente, assiste razão ao autuado, haja vista que apenas em 01/01/2011 o produto discriminado na referida nota fiscal passou para o regime de substituição tributária. Ou seja, à época da ocorrência do fato gerador o tratamento dado à mercadoria era de tributação normal, razão pela qual plenamente admissível o creditamento levado e efeito pelo contribuinte.

Desse modo, a infração é parcialmente subsistente.

No tocante à infração 05, observo que se trata de Conhecimento de Transporte nº 1.664, emitido pela Transportadora Varnier Ltda., constando como valor da prestação (frete) R\$1.360,00 sobre o qual foi aplicada a alíquota de 7% - por ser originária do Paraná – o que resulta no ICMS no valor de R\$95,20. Como o autuado se creditou do valor de R\$106,41, por ter incluído o pedágio no valor de R\$160,00, gerando assim um crédito fiscal a mais no valor de R\$11,21, não resta dúvida que este item da autuação é subsistente.

No que concerne à infração 06, observo que diz respeito à Nota Fiscal nº 67.166, emitida por Tigre S/A – Tubos e Conexões, em 25/09/2010, constando na descrição dos produtos “tubo soldável NBR 5648” com NCM 39172300 e “adesivo PVC incolor bisnaga 17G”, NCM 35061090.

Alega o autuado que à época da emissão, figuravam como “mercadorias tributadas”, passando para o regime de substituição tributária em 01/01/2011.

Efetivamente, assiste razão ao autuado, haja vista que apenas em 01/01/2011 o produto discriminado na referida nota fiscal passou para o regime de substituição tributária. Ou seja, à época da ocorrência do fato gerador o tratamento dado à mercadoria era de tributação normal, razão pela qual plenamente admissível o creditamento levado e efeito pelo contribuinte.

Desse modo, a infração é insubsistente.

Quanto à infração 07, verifico que o autuado alega que todos os registros foram efetuados, impactando assim no estoque, caixa e impostos subsequentes. Diz que uma vez desconsiderados tais registros, teria aí omissão de entradas, contudo, o autuante optou, erroneamente, pela aplicação da alíquota de 17% sobre o valor total das notas fiscais e efetuou a cobrança, partindo do princípio que houvesse ocorrido um incêndio, uma inundação ou mesmo a perda de tais notas fiscais. Afirma que a

legislação lhe imputa uma “penalidade fixa” pela perda de tais documentos, no entanto, o procedimento fugiu dos padrões normais, acredita que por desconhecimento e não por má fé.

Vejo também que o autuante contesta a argumentação defensiva, afirmado que o autuado não comprova o alegado, pois não apresentou até o momento da informação fiscal as 1<sup>as</sup> vias das Notas Fiscais originais, conforme determina o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

No caso desta infração entendo que assiste razão ao autuante, haja vista que a escrituração do crédito fiscal deve ser feita em face da 1<sup>a</sup> via do documento fiscal originário.

Consoante estabelece o art. 204 do RICMS/BA/97, as vias dos documentos fiscais não se substituem nas respectivas funções, salvo na hipótese de extravio, caso em que deve ser feita imediata comunicação à repartição fazendária, o que não foi feito pelo contribuinte.

Noto que o autuado realizou a escrituração dos créditos fiscais glosados mediante cópias das notas fiscais, não apresentando qualquer justificativa plausível para tal fato.

Em verdade, o autuado não trouxe aos autos qualquer justificativa plausível capaz de esclarecer a razão pela qual os documentos originais não foram apresentados a Fiscalização para legitimar o creditamento efetuado.

Também não adotou qualquer providência no sentido de sanar ou oficializar a SEFAZ acerca de possível extravio.

É certo que a utilização de crédito fiscal pela sua relevância na apuração do imposto, tem um tratamento específico dado pelo legislador para sua legitimação, consoante estabelece o art. 97, inciso IX, do RICMS-BA/97, abaixo reproduzido:

*Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:*

(...)

*IX - em face de cópia de documento fiscal ou de qualquer de suas vias que não a primeira, ressalvada a hipótese de documento perdido, extraviado ou desaparecido, caso em que a admissão do crédito é condicionada à comprovação da ocorrência, por parte do contribuinte;*”

Dessa forma, considerando que o autuado mesmo devidamente intimado para esse fim, não apresentou os documentos fiscais originais, este item da autuação é subsistente.

No que diz respeito à infração 08, verifico que guarda similitude com a infração anterior (07), pois o creditamento foi realizado com outras vias das notas fiscais que não as 1<sup>a</sup> vias.

Vale aqui o que foi dito com relação à infração 07, ou seja, consoante estabelece o art. 204 do RICMS/BA/97, as vias dos documentos fiscais não se substituem nas respectivas funções, salvo na hipótese de extravio, caso em que deve ser feita imediata comunicação à repartição fazendária, o que não foi feito pelo contribuinte.

Diante disso, esta infração é subsistente.

No que tange à infração 09, observo que o autuado alega que é mais uma exigência fiscal improcedente. Salienta que na “xerox” do protocolo assinado pelo autuante este afirma ter recebido o livro Registro de Saídas de 2011. Ocorre, no entanto, que os seus livros são encadernados juntos, no caso, livro Registro de Entradas, livro Registro de Saídas e livro Registro de Apuração do ICMS.

Noto também que o autuante contesta a argumentação defensiva, afirmado que o autuado não comprova a entrega do livro Registro de Apuração do ICMS, referente ao exercício 2011, conforme Termo de apresentação de Livros e documentos a fl. 187.

Conforme consta no Auto de Infração, o contribuinte não teria apresentado o livro Registro de Entradas de Mercadorias, referente ao exercício de 2011, entretanto, na informação fiscal, o autuante diz que o livro não apresentado foi o Registro de Apuração do ICMS.

Indubitavelmente, inexiste na acusação fiscal a indispensável certeza e segurança sobre o que está sendo acusado o contribuinte, pois no Auto de Infração foi consignado que o autuado não entregou o livro Registro de Entradas, fato rechaçado pelo impugnante, enquanto na informação fiscal o autuante diz que não foi entregue o livro Registro de Apuração do ICMS.

Diante disso, considero nula esta infração, com fulcro no art. 18 do RPAF/99.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição do ato, a salvo de falhas, consoante o art. 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, sendo as infrações 01 e 09 nulas; as infrações 02, 03, 05, 06 insubsistentes; as infrações 07, 08 e 10 integralmente subsistentes; e a infração 04 parcialmente subsistente.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **130076.0007/13-0**, lavrado contra **COMERCIAL DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO PORTAL DA ILHA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$34.486,28**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR