

A. I. N ° - 269358.0008/13-3
AUTUADO - CCB – CIMPOR CIMENTOS DO BRASIL S/A
AUTUANTE - JOSÉ LUÍS SOUSA SANTOS
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 06.10.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0193-04/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS INTERNAS DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA (CIMENTO). RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O sujeito passivo juntou cópias de documentos de devolução de mercadorias, os quais totalizam o exato valor exigido. Infração 01 descaracterizada. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. a) LIVROS FISCAIS. a.1) ESCRITURAÇÃO EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES.** O contribuinte foi intimado para corrigir a sua escrituração fiscal digital, com a discriminação dos equívocos a serem eliminados, mas não o fez. Infração 02 caracterizada. **a.2) DIVERGÊNCIA ENTRE OS RECOLHIMENTOS E OS LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Nos documentos juntados à defesa, não há referências a eventuais cancelamentos das operações que fundamentaram a exigência. Infração 05 caracterizada. **b) NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE AQUISIÇÕES NO REGISTRO DE ENTRADAS. b.1) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das entradas não escrituradas. **b.2) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das entradas não escrituradas. Infrações 03 e 04 parcialmente elididas, após a dedução dos valores relativos a entradas em estabelecimentos de terceiros. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/03/2014, traz a exigência de ICMS e de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico total de R\$ 34.208,24, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

INFRAÇÃO 01 – Retenção e recolhimento a menor do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes nas vendas efetuadas para contribuintes localizados neste Estado (saídas de cimento em 2011 e 2012; anexos I e II do Auto de Infração). R\$ 980,98 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 02 – Escrituração de livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares. Consta que o contribuinte, quando regularmente intimado, omitiu-se de retificar a escrituração fiscal digital (EFD). Multa de R\$ 280,00, prevista no art. 42, XVIII, “b” da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 03 – Entradas tributáveis sem registro na escrita (EFD; anexo III). Multa de R\$ 27.659,99, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 04 – Entradas não tributáveis sem registro na escrita (EFD; anexo IV). Multa de R\$ 2.431,02, prevista no art. 42, XI da Lei 7.014/1996.

INFRAÇÃO 05 – Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS não escriturado nos livros próprios (EFD; anexo V). R\$ 2.856,25 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/1996.

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 98 a 102, através da INTERCEMENT BRASIL S/A, sucessora por incorporação (cópias de procuração e substabelecimento às fls. 104 a 106).

Inicia comprometendo-se a exibir o instrumento original de mandato no prazo de 15 dias, nos termos do art. 37 do CPC (Código de Processo Civil), e aduzindo a tempestividade da peça, postada via SEDEX no dia 03/05/2014 (fl. 97).

No mérito da primeira infração, argumenta que o auditor não levou em conta as notas fiscais de devolução nºs 35.547, 39.853, 40.990, 42.238, 44.913, 49.363, 49.300, 51.004 e 53.347, devidamente escrituradas, as quais somam o exato valor ora cobrado (fls. 138 a 146).

Quanto à infração 02, sustenta que não há necessidade de retificação da EFD no que se refere às notas 38.003 e 38.015, pois os valores do imposto normal e substituído foram apurados no RAICMS (livro Registro de Apuração do ICMS) e recolhidos.

Segundo alega, não ocorreu a infração 03, em razão dos fatos a seguir aduzidos.

- a) NFs (notas) de entrada 5.660 e 135.535: apesar de emitidas pelos fornecedores, as mercadorias não circularam e não ingressaram no seu estabelecimento.
- b) NFs 7.701, 7.820, 130.703, 17.534, e 19.835: *“tiveram suas operações anuladas pelas notas fiscais nºs 9.144, 8.013, 133.401, 17.571 e 20.508, respectivamente, conforme anexos”*.
- c) NFs 8.013, 9.144, 133.401, 17.571 e 20.508: *“trata-se de notas fiscais emitidas pela anulação das notas fiscais nºs 7.820, 7.701, 130.703, 17.534 e 19.825, respectivamente, conforme anexos”*.
- d) NFs 121.194, 158.044, 161.058, 161.883, 162.811, 162.812 e 189.314: *“são notas fiscais de clinquer, emitidas pela unidade CAF [Campo Formoso], entretanto a mercadoria não chegou à BRU [Brumado]”*.
- e) NF 209.668: *“lançada equivocadamente com data de emissão em 18/05/2011, quando o correto seria em 18/08/2011, conforme consta, motivo pelo qual não foi encontrada pela Fiscalização, conforme anexo”*.
- f) NFs 326.480 e 326.803: *“emitidas indevidamente, conforme anexos”*.

Assim, afirma que a imputação não procede.

Relativamente à quarta infração, da mesma forma que na anterior, aduz que os documentos fiscais não foram escriturados porque as mercadorias não chegaram à unidade de Brumado, apesar de a emissão ter sido efetuada na de Campo Formoso.

Nos seus dizeres, a NF 17.799 não teve origem em qualquer pedido e não foi recebida, tendo sido devolvida. Já as NFs 45.702, 12.214, 7.112 e 7.202 não foram escrituradas *“porque tiveram a operação de entrada anulada”*.

Por fim, no que tange à quinta e última infração, afirma que: *“(...) as notas fiscais de saída nºs 38.003 e 38.015 não acobertaram nenhuma operação de saída tributável de mercadoria, pois se trata de notas fiscais anuladas de pleno direito e que não acobertaram qualquer saída de mercadoria”*.

Requer que o lançamento de ofício seja julgado improcedente.

Na informação fiscal (fls. 170 a 179), o auditor acolhe sem ressalvas as razões defensivas atinentes à infração 01, destacando que os valores apurados nos anexos I e II da peça inicial se referem a devoluções de mercadorias sujeitas à substituição tributária, o que constitui direito de crédito.

Quanto à segunda acusação, afirma que o impugnante foi intimado a retificar a escrituração fiscal digital (EFD; fls. 09 e 175), com a discriminação dos equívocos a serem eliminados, além de exposição pessoal ao preposto encarregado do setor fiscal.

As correções não se limitam às notas 38.003 e 38.015, em razão de que, na sua concepção, não prospera o argumento defensivo.

Passa, em seguida, a comentar as alegações de impugnação concernentes à infração 03, uma a uma.

- a) NFs 5.660 e 135.535: *“uma consulta ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica do Ministério da Fazenda (...) deixa claro que tais documentos fiscais foram emitidos com destino à fiscalizada, com status de autorizadas, sem qualquer registro de cancelamento ou evento posterior informador da não realização da operação”*.
- b) NFs 7.701, 7.820, 130.703, 17.534, e 19.835: as provas de fls. 147 a 152 afastam a pretensão fiscal.
- c) NFs 8.013, 9.144, 133.401, 17.571 e 20.508: acolhe a alegação de que são notas emitidas em função da anulação das NFs 7.820, 7.701, 130.703, 17.534 e 19.825. Propõe a manutenção das multas especificadas às fls. 176/177, por ter sido ultrapassado o prazo regulamentar para cancelamento no procedimento eletrônico padrão, registrando que tais documentos estavam elencados na intimação não cumprida (infração 02).
- d) NFs 121.194, 158.044, 161.058, 161.883, 162.811, 162.812 e 189.314: A seu ver, o defendente incorreu em contradição, pois as notas foram emitidas pelo estabelecimento de CNPJ 10.919.934/0013-19 (CIMPOR – Campo Formoso), com destino à unidade auditada. *“Uma consulta ao Portal da Nota Fiscal Eletrônica do Ministério da Fazenda (...) deixa claro que tais documentos fiscais foram emitidos com destino à fiscalizada, com status de autorizadas, sem qualquer registro de cancelamento ou evento posterior informador da não realização da operação”*. Registra que o sujeito passivo tem capacidade tecnológica apta a coibir a prática da emissão de notas fiscais eletrônicas contra si sem o conhecimento prévio.
- e) NF 209.668: não acata a defesa, posto que o autuado não comprovou o registro do documento na EFD em qualquer data.
- f) NFs 326.480 e 326.803: mantém a autuação, por entender que a argumentação do contribuinte foi genérica e destituída de prova. As notas foram emitidas por JR DELIVERY COMERCIAL LTDA. e dizem respeito à complementação do ICMS, não havendo qualquer registro posterior de cancelamento ou invalidação. Na verdade, o que ocorreu foi omissão de escrituração na EFD.

Da mesma forma que na terceira infração, não há razão plausível para o acolhimento da impugnação da infração 04, pois as notas eletrônicas relacionadas no anexo IV do lançamento de ofício foram autorizadas e emitidas, sem registro posterior de cancelamento. Agrava-se a situação, tendo-se em vista que o emitente faz parte do mesmo grupo empresarial do defendente.

A única comprovação que o contribuinte conseguiu efetuar foi referente à nota 17.799, cuja *“operação inversa”* restou patenteada no documento de fl. 156, em razão de que solicita a dedução de R\$ 22,73 do anexo IV.

As alegações referentes à quinta infração, conforme aduz, também são destituídas de fundamento, pois as notas foram autorizadas e emitidas, sem registro posterior de cancelamento, ressalva ou invalidação.

De forma contraditória, o auditado, ao impugnar a infração 02, afirmou que esses mesmos documentos foram normalmente escriturados, com a respectiva apuração do imposto (NFs 326.480 e 326.803), o que não corresponde à realidade.

Pleiteia a declaração de procedência parcial da autuação.

Após a diligência de fl. 182, os originais da outorga de poderes foram juntados às fls. 185/186.

VOTO

Com respeito à primeira acusação, o sujeito passivo juntou, às fls. 138 a 146, cópias de documentos de devolução de mercadorias, os quais totalizam o exato valor do ICMS-ST (imposto por substituição tributária) exigido pelo fisco, com informações, nos campos destinados aos dados adicionais, dos motivos da não concretização dos negócios, datas, números das notas originárias etc.

Infração 01 descaracterizada.

Ao refutar a imputação 02, o contribuinte sustentou que não havia necessidade de retificação da EFD no que se refere às notas 38.003 e 38.015, pois os valores do imposto normal e substituído foram apurados no RAICMS (livro Registro de Apuração do ICMS) e recolhidos.

Constato, conforme muito bem assinalado pelo autuante, que o defendente foi intimado para corrigir sua escrituração fiscal digital (EFD; fls. 09 e 175), com a discriminação dos equívocos a serem eliminados, mas não o fez. As correções solicitadas não se limitaram às notas 38.003 e 38.015, pelo que não acolho a tese de defesa.

Infração 02 caracterizada.

Passo a julgar, item a item, as questões relativas ao mérito da terceira infração.

Mas, antes disso, devo ressaltar que a eventual devolução das mercadorias constantes de um hipotético documento fiscal não afasta da sociedade empresária a obrigação acessória de registrar a entrada e a saída respectiva (devolução). Afinal, ninguém devolve algo que não tenha jurídica e lícitamente ingressado na sua esfera de direitos. Tal raciocínio vale para as imputações 03 (NFs 7.701, 7.820, 130.703, 17.534, e 19.835) e 04 (NFs 17.799, 45.702, 12.214, 7.112 e 7.202), pois em ambas foram alegadas devoluções, que em nada influenciam na caracterização dos dois ilícitos tributários.

- a) NFs 5.660 e 135.535: os documentos eletrônicos foram emitidos com destino ao defendente, e constam com o status de autorizados nos sistemas desta Secretaria, sem qualquer registro de ressalva ou evento posterior que demonstre a não realização da operação. Não desconheço a jurisprudência deste Conselho acerca do que é necessário para a comprovação das operações interestaduais, no caso, a de fl. 26, com a qual, inclusive, concordo. Entretanto, nada deve ser tomado como absoluto quando se trata de julgar, pois cada caso possui as suas especificidades, as quais devem ser analisadas sob o prisma da razoabilidade. O sistema de notas fiscais eletrônicas possui uma função que avisa ao destinatário as respectivas emissões. Não há qualquer indício de que o autuado tenha se manifestado contrariamente ao cadastramento digital de quaisquer dos documentos em tela. É certo que a esta altura a Secretaria da Fazenda da Bahia já deveria, quando das passagens dos veículos, por intermédio dos prepostos que atuam em postos fiscais, ter adotado o procedimento de efetuar a leitura ótica dos códigos das notas fiscais eletrônicas, para que assim restasse demonstrada a internalização / circulação das mercadorias no território baiano, já que os equipamentos necessários existem. Ocorre que, até o presente momento, infelizmente, não

foram tomadas as referidas medidas. O particular, com a mera negativa da circulação da mercadoria, não pode fazer uso da dificuldade do administrador público no sentido de implementar rotinas de fiscalização, com vistas a não pagar o que é devido ao Erário, pois todos os elementos constantes do processo indicam não lhe assistir a mínima razão.

- b) NFs 7.701, 7.820, 130.703, 17.534, e 19.835: os documentos de fls. 147 a 152, efetivamente, comprovam as devoluções. Entretanto, consoante o acima exposto, a obrigação tributária acessória de escriturar as notas independe de tais fatos (devoluções), do que concluo que a exigência é legítima.
- c) NFs 8.013, 9.144, 133.401, 17.571 e 20.508: são documentos fiscais de entrada em estabelecimentos de terceiros (fls. 147 a 152), em virtude das devoluções analisadas no item anterior. Por isso, a acusação não procede, não sendo cabível exigir multa de qualquer espécie, muito menos daquela proposta pela fiscalização às fls. 176/177.
- d) NFs 121.194, 158.044, 161.058, 161.883, 162.811, 162.812 e 189.314: Aqui valem os mesmos raciocínios expendidos no item “a”. Assinale-se que o que existe, em face da tecnologia ofertada aos contribuintes atualmente, é uma mera negativa do cometimento da infração (art. 143 do RPAF/1999), agravada pelo fato de o emitente ser do mesmo grupo empresarial do autuado.
- e) NF 209.668: não acolho a alegação de defesa, pois o impugnante não trouxe cópia do livro Registro de Entradas (RE) para comprovar a escrituração no período correto.
- f) NFs 326.480 e 326.803: mais uma vez, não foi apresentado o RE. Ao teor das cópias de fls. 154/155, são notas fiscais complementares de ICMS, cuja escrituração é obrigatória.

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. 142, RPAF/1999).

A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do mesmo Regulamento).

Infração 03 parcialmente elidida, em razão do acolhimento das razões defensivas inerentes às NFs 8.013, 9.144, 133.401, 17.571 e 20.508. Por conseguinte, o valor deve ser alterado de R\$ 27.659,99 para R\$ 16.922,49, com a modificação nas ocorrências de março de 2011 de R\$ 427,99 para R\$ 214,62, maio de 2011 de R\$ 20.327,45 para R\$ 10.326,19, março de 2012 de R\$ 156,00 para R\$ 78,00 e junho de 2012 de R\$ 444,90 para R\$ 0,00 (zero).

No que se refere à quarta infração, o defendente limitou-se a aduzir que não recebeu as mercadorias. Assim, tomo como fundamento os mesmos motivos expostos nos itens “a” e “d” da imputação anterior, juntamente com os arts. 142/143 do RPAF/1999, os quais não repetirei em observância à necessidade de clareza e concisão.

A situação das NFs 17.799, 45.702, 12.214, 7.112 e 7.202, também já foi acima apreciada.

O auditor afirmou, com acerto, que a única comprovação que o contribuinte conseguiu efetuar foi referente à nota 17.799, cuja “*operação inversa*” teria restado patenteada no documento de fl. 156, em razão de que solicitou a dedução de R\$ 22,73 do anexo IV.

De fato, à fl. 156 foi apresentada cópia do espelho da nota eletrônica de entrada nº 17.799, cujo emitente é outra pessoa jurídica e que trata da devolução dos itens especificados na NF 15.519, de 10/12/2011.

Ou seja, o referido documento se destina a comprovar o ingresso de mercadorias em outra sociedade empresária, não na do contribuinte autuado, em razão de que não seria cabível exigir do mesmo que o escriturasse no seu Registro de Entradas.

Insta sublinhar que há uma inexplicável incongruência de informações, pois uma NF emitida no dia 12/01/2011, a exemplo da de fl. 156, não pode cancelar operação futura, do dia 10 de dezembro do mesmo ano, de acordo com o que está escrito nos dados adicionais.

De todo modo, comprovada ou não, a entrada ocorreu em estabelecimento distinto do autuado.

Infração 04 parcialmente elidida, de R\$ 2.431,02 para R\$ 2.408,29, com a dedução de R\$ 22,73 no valor da ocorrência de janeiro de 2011.

Quanto à infração 05 (falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS não escriturado nos livros próprios; EFD; anexo V; demonstrativo e documentos às fls. 86 a 88), o impugnante, mais uma vez, limitou-se a alegar que “(...) *as notas fiscais de saída nºs 38.003 e 38.015 não acobertaram nenhuma operação de saída tributável de mercadoria, pois se trata de notas fiscais anuladas de pleno direito e que não acobertaram qualquer saída de mercadoria*”.

Em relação a essas mesmas notas (38.003 e 38.015), asseverou, de forma estranhamente contraditória, no primeiro parágrafo de fl. 100, terem sido regularmente escrituradas nos livros próprios, com o pagamento do imposto.

Trata-se de fatos sujeitos à incidência do tributo em enfoque, devidamente destacado nos campos denominados “*VALOR DO ICMS*”, com quantias transportadas para o levantamento de fl. 86. Nos campos de dados adicionais dos documentos de fls. 138 a 166 não existem referências a eventuais cancelamentos das operações constantes das notas 38.003 e 38.015, de fls. 87/88.

Infração 05 caracterizada.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$ 22.467,03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269358.0008/13-3**, lavrado contra **CCB – CIMPOR CIMENTOS DO BRASIL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.856,25**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$19.610,75**, previstas no art. 42, XVIII, “b”, IX e XI da Lei 7.014/1996, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei 9.837/2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE / RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR