

A. I. N° - 269511.3009/16-5
AUTUADO - M J GONÇALVES & CIA LTDA
AUTUANTE - LUIS ANTONIO MENESES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/05/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0045-03/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS COM ISENÇÃO. b) MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. c) MERCADORIAS DESTINADAS A CONTRIBUINTE DIVERSO DO INDICADO NO DOCUMENTO FISCAL. d) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infrações subsistentes. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração subsistente. 3. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O INFORMADO EM DOCUMENTOS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração caracterizada. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO RECOLHIMENTO A MENOS. Infração subsistente. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%, calculada sobre o valor comercial das mercadorias que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Infrações 08 e 09 caracterizadas e não contestadas. Rejeitada a preliminar suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/09/2016, para exigir o crédito tributário no valor de R\$55.563,05, através das seguintes infrações:

Infração 01 - **01.02.03**. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias beneficiadas com isenção do imposto nos meses de janeiro a dezembro de 2015. Exigido o valor de R\$2.122,98, acrescido multa de 60%;

Infração 02 - **01.02.06**. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária nos meses janeiro a dezembro de 2015. Exigido o valor de R\$17.445,41, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 17 e CD à fl. 15;

Infração 03 - **01.02.13**. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias destinadas a contribuinte diverso do indicado nos documentos fiscais no mês de julho de 2015. Exigido o valor de R\$ R\$4.928,00, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 18 e CD à fl. 15;

Infração 04 - **01.02.40**. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em valor superior ao destacado nos documentos fiscais nos meses de fevereiro a dezembro de 2015. Exigido o valor de R\$3.621,18, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 19 e CD à fl. 15;

Infração 05 - 02.01.03. Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis nos meses de agosto, setembro e novembro de 2015. Exigido o valor de R\$260,91, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 20 e CD à fl. 15;

Infração 06 - 03.01.04. Recolhimento a menos de ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos nos meses de setembro e outubro de 2015. Exigido o valor de R\$4.523,69, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 21 e CD à fl. 15;

Infração 07 - 03.02.02. Recolhimento a menos de ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro de 2015. Exigido o valor de R\$17.340,44, acrescido da multa de 60%. Demonstrativo à fl. 22 e CD à fl. 15;

Infração 08 - 16.01.01. Entradas no estabelecimento de mercadorias ou bens sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro a dezembro de 2015. Exigido o valor de R\$3.282,97, decorrente da aplicação da multa de 1% sobre o valor das mercadorias não registradas. Demonstrativo à fl. 23 e CD à fl. 15;

Infração 09 - 16.01.02. Entradas no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro a dezembro de 2015. Exigido o valor de R\$2.037,47, decorrente da aplicação da multa de 1% sobre o valor das mercadorias não registradas. Demonstrativo à fl. 24 e CD à fl. 15.

O Autuado apresenta peça defensiva, fls. 30 a 38, articulando os argumentos a seguir enunciados:

Inicialmente o Defendente afirma que o Auto de Infração é improcedente.

Observa que a presente autuação não merece acolhida, devendo ser declarada nula ante a existência de diversas irregularidades nos levantamentos fiscais que ocasionam o cerceamento do seu direito de defesa e conseqüentemente a nulidade da ação fiscal como um todo, de acordo com a previsão do art. 18, inciso IV, do RAPAF-BA/97.

Menciona que a atividade administrativa do lançamento tem como objetivo constatar a ocorrência do fato gerador, identificar sua base de cálculo, identificar e aplicar a alíquota cabível, com isso calculando o montante do tributo devido.

Pondera que no caso dos presentes autos houve uma afirmação genérica acerca de eventual erro, inexistindo quaisquer demonstrativos integrantes do Auto de Infração a atestar a concretização dos fatos geradores da obrigação tributária.

Observa que esse Órgão de julgamento já teve oportunidade de rechaçar auto de infração eivado de nulidade nesse particular, conforme se extrai do julgado ACÓRDÃO JJF Nº 0026/01-16, cuja ementa transcreve.

Diz restar claro que inexistindo certeza ou liquidez do crédito reclamado pelo fisco, ofende-se ao contraditório e à ampla defesa, o que enseja a nulidade de todo o procedimento fiscal, conforme resta sedimentado na jurisprudência deste Conselho, citando o Acórdãos nº 0954/99 e o Acórdão nº 2173-12/01, reproduzindo as respectivas ementas.

Sustenta que de fato, sem lhe ter concedido a faculdade de atuar sua defesa por não lhe dar acesso ao documento em que se teria consubstanciado o seu comportamento tributário, o procedimento fiscal acabou lhe denegando também a plena participação contraditória e por via de consequência, retirando qualquer legitimidade à decisão que confirmou o auto.

Sustenta que um procedimento só se legitima uma vez assegurado o devido processo contraditório com todos os meios de defesa inerentes a ele, sob pena de nulidade integral do ato político a que ele se oriente.

Assevera que a limitação ao seu direito a ter acesso aos *motivos* - ou seja, às notas fiscais das operações cujo recolhimento se teria dado a menos - que deram azo à exigência, não repercutindo apenas na ofensa ao contraditório em seu sentido estrito - àquele devido processo legal do ponto de vista *formal* - mas também no desatendimento ao devido processo em sentido *material*, justamente porque resultará ausente a *fundamentação objetiva* da decisão administrativa a ser proferida neste autos.

Pondera que ausentes esses fundamentos de fato ilustrativo da ilegitimidade da cobrança porque também ilegítimo o ato em que se esteia, citando o ensinamento de Araújo Cintra.

Registra que sem a comunicação expressa dos motivos determinantes da exigência fiscal, porque obstadas ao seu conhecimento das notas fiscais das operações cujo recolhimento se teria dado a menos, o Auto de Infração não faz qualquer prova a respeito destas operações, de maneira que não pode em tais condições realizar sua contestação de forma satisfatória. Observa que o laconismo do auto com informações genéricas, quais os seus documentos de origem para provar a sua vinda de outro Estado com a tributação interestadual reduzida, bem assim para identificar a natureza das mesmas e seu destino, caracterizam cerceamento do direito de defesa, inutilizando-o como elemento probante da existência do crédito tributário devido.

Destaca que a falta de indicação das operações inquinadas não dá causa somente ao cerceamento da defesa administrativa da autuada - vício que viria atingir todo o ato administrativo - mas também à negativa de possibilidade de controle deste mesmo ato, impossível que se faz a aferição da legalidade do auto.

Observa que por outros motivos não é que, também no caso das notas fiscais de ICMS, a doutrina expressiva de Celso Antônio Bandeira de Mello firma com rigor a nulidade do procedimento administrativo que se embasa somente sobre alegações ou indícios, mas não sobre fatos que se sujeitem ao crivo contraditório do contribuinte.

Diz que considerando carecer a ação fiscal ora atacada de elementos indispensáveis para se determinar com segurança a infração apontada, uma vez que o levantamento está eivado de vícios insanáveis que inquinam, de nulidade a peça acusatória, alternativa não resta aos Julgadores diante da fragilidade e inconsistência da autuação, senão a decretação da nulidade de todo o Auto de Infração.

Destaca que a fiscalização apurou que houve equívoco na utilização de crédito fiscal pelo contribuinte e portanto, procedeu ao lançamento da exação e imputou multa no importe de 60% do crédito tributário reclamado, nos termos da alínea 'a', inciso VII, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Observa que a afirmação da autoridade fiscal atesta que houve simples erro decorrente de interpretação da - extensa e complexa - legislação tributária do Estado da Bahia.

Diz que nessa perspectiva infere-se que inexistente dolo, má-fé em sua conduta em relação às Infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 07, tendo apenas se equivocado na interpretação da legislação tributária, o que demonstra a aplicabilidade do art. 158, do RPAF-BA/99.

Frisa que texto semelhante é o que se encontra no art. 42, §7º, da Lei 7.014/96. Prossegue assinalando que, demonstrada a ausência de dolo, fraude ou simulação, deve-se aplicar ao presente caso o quanto estatuído nos citados dispositivos.

Registra que nesse sentido, em recente decisão a 2ª Câmara de Julgamento do CONSEF/BA, decidiu consoante decisão prolatada no Acórdão CJF Nº 0148-12/15, cuja ementa transcreve.

Afirma que o art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, pode ser aplicado perfeitamente ao caso em tela, haja vista que em momento algum houve falta de recolhimento do imposto, conforme já demonstrado e atestado pelo próprio Autuante, bem como também restou demonstrado que a infração supostamente praticada não decorreu de dolo, fraude ou simulação, mas simplesmente erro na interpretação da legislação estadual.

Arremata assinalando que diante da inexistência de dolo, fraude ou simulação quando do lançamento do imposto, cumpre a esse Órgão de Julgamento proceder a redução da multa imposta para o patamar de 20%, na esteira do precedente desse CONSEF trazido à baila.

Conclui pugnando pela nulidade do Auto de Infração, em razão da inexistência de quaisquer demonstrativos integrantes do auto de infração a atestar a concretização dos fatos geradores da obrigação tributária. Caso esse Órgão de Julgamento entenda que não é caso de nulidade do auto de infração, requer, diante da inexistência de dolo, fraude ou simulação quando do lançamento do imposto, cumpre a esse Órgão de Julgamento proceder à redução da multa imposta para o patamar de 20%, na esteira do precedente desse CONSEF trazido à baila.

O Autuante presta informação fiscal fls. 47 a 49, na forma a seguir resumida.

Depois de sintetizar as razões de defesa e reproduzir o teor da acusação fiscal articula os argumentos que se segue:

Afirma que a arguição de nulidade feita pela Impugnante em sua peça de Defesa, sob a alegação de falta de demonstrativos no Auto de Infração que teria ocasionado em cerceamento de direito de defesa não representa a realidade dos fatos. Apesar da procura exaustiva por irregularidades nos levantamentos fiscais como genericamente suscitado pela Impugnante, não se pode identificar qualquer situação motivadora de dar causa à nulidade do Auto de infração, conforme preceitua o art. 18, do RPAF-BA/99.

Assevera que os trabalhos de fiscalização seguiram todas as normas legais desde o início dos procedimentos fiscais até a lavratura do auto ora em lide, com observância de todos os aspectos formais como produção dos termos de fiscalização, determinação segura das infrações, estando todas elas perfeitamente caracterizadas com descrição, enquadramento legal, demonstrativos analítico e resumo do débito, arquivos XML das NFes, com os correspondentes arquivos PDF dos DANFES, arquivos da EFD - Escrituração Fiscal Digital, com os Registros Fiscais de Entradas e Saídas deles extraídos, e demais elementos probatórios todos gravados em mídia CD, anexado à fl. 15.

Pelo expendido sustenta que a alegação de cerceamento de direito de defesa não pode prosperar visto que o contribuinte possui pleno conhecimento de tudo o quanto é exigido no Auto de Infração, conforme Intimação com o respectivo Aviso de Recebimento - AR de fls. 26/27 que atestam o recebimento das fotocópias dos demonstrativos que embasaram a autuação, bem como da cópia da mídia (CD) onde se encontram gravados todos os arquivos mencionados no auto.

Quanto ao pedido de redução de multa para as Infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 07, informa que todas essas infrações são por descumprimento de obrigações tributárias principais e implicaram falta de recolhimento de imposto ou em seu recolhimento a menos que o devido, sendo, pois, descabido tal pedido.

Pondera que em relação às Infrações 08 e 09, não se faz necessário prestar informação, pois houve o reconhecimento tácito das mesmas, uma vez que o Impugnante não as questionou.

Destaca que diante de tudo o quanto exposto, a Defesa demonstrou-se totalmente vazia e desconexa com a realidade fática dos elementos que compõem a autuação, tendo apenas o objetivo de procrastinar a lide.

Conclui pugnando a procedência do Auto de Infração.

Na fl. 54, a 3ª JJF converteu os autos em diligência à INFAZ JUAZEIRO, para que fosse intimado o Impugnante para entrega do CD acostado à fl. 15 e raberto o prazo de defesa.

O Defendente à fl. 57 declara ter recebido cópia do CD contendo os arquivos com os demonstrativos de apuração, entretanto não se manifestou nos autos no prazo regulamentar.

VOTO

De plano cabe enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante sob o fundamento de cerceamento de defesa pelo fato de que ocorrera afirmação genérica acerca de eventual erro nos demonstrativos integrantes do Auto de Infração a atestar a concretização dos fatos geradores das exigências tributárias objeto da autuação. Sustentou também o Defendente que ao lhe denegar o acesso aos documentos em que se teria consubstanciado a acusação fiscal restou claro a inexistência de certeza e liquidez do crédito exigido e a ofensa ao contraditório e à ampla defesa.

Observe, depois de examinar as peças que integram os autos, precipuamente o atendimento à diligência solicitada por esta 3ª JF para que fosse entregue ao Autuado cópia do CD acostado à fl. 15, no qual constam todos os arquivos analíticos, DANFES e NF-e (Formato XML), fls. 57 a 59, atinentes às nove infrações, inclusive sendo informado pela Representante Legal do Autuado que além de receber o CD, acessou o seu conteúdo no momento da entrega e confirmou os registros dos documentos nele contidos. Ocasão em que expressamente foi informado a reabertura do prazo de defesa. Entretanto, transcorrido o prazo legal o Impugnante não se manifestou nos autos.

Assim, fica evidenciado nos autos que mesmo removido o óbice que lastreou as alegações articuladas em sede de preliminar de nulidade e transcorrido o prazo de reabertura de defesa concedido, o sujeito passivo manteve-se silente. Logo, entendo superada a apontada ofensa ao contraditório e a ampla defesa.

Nestes termos, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa. Ademais, constato que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo a multa apurada consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O presente PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o Auto de Infração cuida de nove infrações à legislação do ICMS cometidas pelo impugnante, na forma circunstanciada e enunciada no preâmbulo do Relatório com o enquadramento legal das irregularidades infringidas e a tipificação das multas cabíveis.

Em sua impugnação o sujeito passivo não apresentou qualquer questionamento em suas razões de defesa no tocante aos itens 08 e 09. Assim, ante a inexistência de lide em torno dessas infrações, ficam mantidas as acusações fiscais a elas atinentes.

No que diz respeito ao mérito das Infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 07, o Impugnante não apontou de forma objetiva qualquer inconsistência e nem contestou o cometimento desses itens, além das razões articuladas em sede de preliminar, já enfrentadas.

Logo, entendo que uma vez afigurarem-se nos autos todas essas Infrações devidamente lastreadas em demonstrativos sintéticos, fls. 16 a 24 e analíticos, CD fl. 15, inclusive com cópias dos DANFES, todos entregues ao Autuado, entendo restarem devidamente caracterizadas as Infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 07.

Quanto ao pleito do Defendente para que seja reduzida a multa aplicada de 60% em relação aos itens 01, 02, 03, 04, 05, 06 e 07 da autuação para o patamar de 20%, com fundamento no §7º, do art. 42, da Lei 7.014/96,

Observe que as referidas infrações decorreram de descumprimento de obrigação principal, portanto, descabe a aplicação no presente caso do citado dispositivo do art. 42, da Lei 7.014/96, bem como do art. 158, do RPAF-BA/99 citado pela defesa.

No que se refere ao pedido de redução de multa por descumprimento de obrigação principal, observo que falece competência a este Órgão julgador.

No tocante aos Acórdãos indicados na defesa como precedentes de julgados deste CONSEF, não se prestam como paradigma para redução da multa pretendida, por se referirem a questões distintas das tratadas nos presentes autos

Nos termos supra expendidos, restam caracterizadas todas as nove Infrações.

Logo, concluo pela subsistência da autuação.

Ante o exposto, voto pela Procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269511.3009/16-5**, lavrado contra **M J GONÇALVES & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.242,61**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, respectivamente, no inciso VII, alínea “a”, e no inciso II, alíneas “f”, “e”, e “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$5.320,44**, previstas nos incisos IX e XI, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR