

A. I. Nº - 276468.0004/17-5
AUTUADA - INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.
AUTUANTE - HEITOR PERRELLA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 17/05/2018

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0060-05/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DESTINADOS AO USO E CONSUMO. As mercadorias objeto da exigência fiscal são para uso e consumo, não cabendo à utilização dos respectivos créditos fiscais. Infração reconhecida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o declarado e escriturado nos livros e documentos fiscais. Infração reconhecida. 3. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR INFORMADO EM DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS, EM DECLARAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS E/OU ARQUIVOS ELETRÔNICOS. O autuante em sede de informação fiscal acata os argumentos defensivos da empresa, diante da inexistência de valor a ser lançado. Infração insubstancial. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 27 de setembro de 2017 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$53.165,26, além de multa de 60%, bem como multa pelo descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. 01.02.02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, referente aos meses de janeiro, julho e novembro de 2013 e janeiro e março de 2014. Monta o débito apurado R\$16.841,50, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 2. 03.01.01. Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto no total de R\$4.733,73, para ocorrências no período de agosto de 2013 e junho e agosto de 2014, além de multa de 60%.

INFRAÇÃO 3. 03.01.04. Contribuinte recolheu a menos 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 agosto e novembro de 2014, sendo lançado imposto de R\$1.925,32, bem como multa de 60%.

INFRAÇÃO 4. 16.01.01. Entrada de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, totalizando R\$29.664,71, pela aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, para ocorrências no período de janeiro a dezembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014.

Tempestivamente, a autuada, por seus advogados, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 98 a 122, onde, inicialmente, firma tempestividade, argumentando da ausência de provas cabais que comprovem o ilícito tributário imputado na infração 04, o que, na sua ótica, conduziria à nulidade absoluta, uma vez que todo e qualquer procedimento de fiscalização

tributária consiste num procedimento administrativo, em que a observância das formalidades legalmente estabelecidas consiste numa verdadeira expressão da segurança jurídica e da proteção à liberdade dos administrados, restando respeitado o artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, que assegura o contraditório e a ampla defesa aos litigantes tanto em processo judicial como administrativo.

Fala que no processo administrativo fiscal o contraditório traduz-se na faculdade do autuado (sujeito passivo) de manifestar sua posição sobre os fatos ou documentos trazidos pelo autuante (sujeito ativo), como também sobre as decisões proferidas no processo. É o sistema pelo qual a parte tem garantia de tomar conhecimento de todos os atos processuais e de reagir contra esses.

Esclarece estar na legislação estadual que o Auto de Infração deve conter alguns elementos para que seja válido, sendo certo que a ausência ou não atendimento de alguns requisitos maculam o auto de infração de nulidade por vício formal.

No caso em tela, assevera não haver qualquer comprovação de que as notas fiscais remanescentes, objetos da autuação ora impugnada, foram recebidas pela empresa e, em contrapartida, não registradas no seu SPED Fiscal, impossibilitando a defesa.

Dize não ter qualquer comprovação do ilícito que lhe foi imputado, pois não se prova nada com a simples juntada de planilha indicativa da relação das notas fiscais supostamente sem a escrituração fiscal, não havendo qualquer comprovação do ilícito imputado, pois não se prova nada sem a juntada de documentos comprobatórios da ocorrência das operações de entradas e do seu não registro nos livros competentes.

Assim, entende pela ausência de provas da acusação fiscal, capaz de permitir à ilação quanto à certeza e liquidez do crédito tributário formalizado, não restando dúvidas de que referido Auto de Infração deve ser declarado nulo, pois a ampla defesa e o contraditório são cláusulas pétreas na Constituição de 1988 (artigo 60, §4º), e qualquer ato tendente a tolhê-los ou suprimi-los estará eivado de nulidade absoluta.

Observa que as formalidades prescritas para a peça de autuação são indispensáveis para conhecer a amplitude e a extensão da fiscalização efetuada, bem como conhecer o resultado da ação fiscal sem saber exatamente os termos em que está sendo acusado, não é possível a sua defesa de forma efetiva, completa.

Diz ter a Autoridade Fiscal se baseado em meras presunções fiscais para demonstrar a ocorrência de infração tributária, entretanto, não comprovou a entrada de mercadorias no estabelecimento da empresa autuada sem o correspondente registro fiscal.

Sublinha a flagrante falta de provas que sequer foram produzidas pelo agente fiscal para uma acusação tão grave e severa a um contribuinte que sempre manteve uma relação harmoniosa com o Fisco Estadual, e o fato de, a despeito da citada autoridade concluir que houve suposta infração à legislação estadual por parte do contribuinte, não cuidou de produzir prova atestando a ocorrência de tal fato infracional, dado até mesmo a impossibilidade material, uma vez que não ocorreu dito no mundo dos fatos.

Neste sentido, fala ser o Auto de Infração nulo porque não foram produzidas as provas do ilícito fiscal, bem como lhe foram sonegadas informações indispensáveis ao exercício de sua ampla defesa, o que de pronto deve ser apreciado por este Órgão.

Traz doutrina, representada por Hugo de Brito Machado, em apoio a tal entendimento, pontuando restar hialino a nulidade absoluta do Auto de Infração em epígrafe, tendo em vista a ausência de provas cabais que comprovem as alegações do agente fiscal.

Aborda a seguir, ainda a nulidade da autuação referente ao ano de 2014, frente a erro na apuração do crédito tributário supostamente devido, uma vez que a infração 04 versa sobre a entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, referentes ao ano de 2013, e a acusação fiscal decorre da verificação da existência

da emissão de notas fiscais no ambiente eletrônico destinadas à autuada e não registradas no seu SPED Fiscal, conforme a descrição realizada no Auto de Infração.

Passa a pormenorizar os argumentos defensivos preliminares, iniciando pela de que a obrigação tributária é relação jurídica patrimonial que faz surgir direitos subjetivos e deveres correlatos. Esta relação jurídica é gênero de duas espécies: a obrigação tributária que se traduz no pagamento de quantia em dinheiro e os deveres instrumentais consubstanciados nos inúmeros comportamentos nos modais deônticos permitido, proibido e obrigatório que tornam possível a apuração dos valores devidos. Traz doutrina a respeito, através de Paulo de Barros Carvalho.

Aborda o conceito de lançamento tributário, e o fato de o Auto de Infração ser o suporte físico que traduz em linguagem competente o ato jurídico administrativo do lançamento por meio do qual se introduz a norma individual e concreta no ordenamento positivo.

Após mencionar que os fatos se deram em 2013, ainda que estejam indicadas notas fiscais referentes ao ano de 2014 no demonstrativo em anexo assevera não haver que se exigirem débitos referentes ao mencionado ano, pelo que devem ser excluídos do lançamento.

Fala da inocorrência da infração 3, trazendo ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre a expressa vedação de se considerar antecipadamente qualquer conduta do sujeito passivo como sendo adotada com má-fé, asseverando que em nenhum instante causou qualquer lesão ao fisco estadual.

Aborda, a seguir, o princípio da verdade real axioma que deve orientar a realização de toda e qualquer ação fiscalizatória, colacionando doutrina de José Arthur Lima Gonçalves, para concluir que o mesmo deve nortear, de modo irrestrito, a realização de toda e qualquer atividade fiscalizatória da administração pública.

Consoante se vislumbra da autuação referente à infração 03, a empresa é acusada de não declarar valor de ICMS em seu SPED Fiscal referente às operações albergadas pelos documentos nºs 1735440 e 1805564 e, no entanto, conter imposto destacado nas notas fiscais eletrônicas.

Consigna que, diferentemente do que acusa o autuante, não há o que se falar em recolhimento a menor do ICMS devido sobre as operações consubstanciadas nas Notas Fiscais nºs 1735440 e 1805564, uma vez que relativamente à primeira, (chave de acesso nº 2914 0800 8500 4674 5500 1001 7354 4015 2380 4689), o citado documento fora emitido em 01/08/2014 para regularizar a operação de transferência realizada em 17/07/2014 através da Nota Fiscal nº 1724525 (chave de acesso nº 2914 0700 0487 8500 4674 5500 1001 7245 2519 8993 6014).

Anota que do cotejo do Documento Fiscal nº 1724525, verifica que houve erro na sua emissão quanto os produtos: REFRIGERANTE COLA GRF 12X250ML INDAIA REFRI (CÓDIGO DO PRODUTO 1000064006) E REFRIGERANTE GUARANÁ GRF 12X250ML INDAIA REFRI (CÓDIGO DO PRODUTO 1000064012), já que saíram sem valor unitário e, consequentemente, sem base de cálculo e valor do ICMS.

Assim, e de forma a regularizar a operação, principalmente no que tange ao recolhimento do imposto, emitiu a Nota Fiscal nº 1735440 (chave de acesso 2914 0800 8500 4674 5500 1001 7354 4015 2380 4689), objeto da autuação, com o fito exclusivo de complementar o imposto incidente sobre operação ocorrido em mês pretérito.

Tal fato pode ser perfeitamente verificado da simples análise do referido documento, já que consta no campo natureza da operação a informação: “*NF complementar de imposto e no campo dados adicionais a referência ao documento fiscal originário, de nº 1724525 (chave de acesso nº 2914 0700 0487 8500 4674 5500 1001 7245 2519 8993 6014)*”.

Por outro lado, anota ter o imposto incidente sobre a citada operação, no importe inicial de R\$1.902,24 sido recolhido em 05/09/2014, conforme DOC. 04, com os acréscimos moratórios, em documento de arrecadação em separado, nos termos do § 1º, do artigo 83, do RICMS/BA, conforme consulta de pagamento ora citado que traz e a conclusão a que chegou o digno agente fiscal,

quanto ao recolhimento a menor do ICMS, conforme acima narrado, não corresponde à realidade fática da situação no caso concreto.

No que tange ao ICMS destacado no Documento Fiscal nº 1805564, no importe de R\$23,08, aduz que o mesmo não incide na operação consubstanciada na referida nota. Da análise do documento, constata que se trata de operação de saída referente à devolução de compra de material de uso e consumo, no caso: CORREIA TRANSP. X-332 (0,750X0,680M) FVZ.

Como é cediço, a operação de entrada do referido bem no seu estabelecimento, nos termos do artigo 310 do RICMS/BA ocorreria sem o creditamento do imposto, conforme se comprova com o registro da Nota Fiscal de entrada nº 14.088, no SPED Fiscal da empresa.

Portanto, inobstante o destaque do imposto do referido documento fiscal, não há o que se falar em registro do documento com débito do ICMS e, consequentemente, falta de recolhimento do imposto sobre a operação consignada na nota fiscal de devolução frisa.

Pontua ser o presente lançamento improcedente simplesmente porque não houve qualquer recolhimento a menor e em virtude de inexistência de reais pressupostos de fato, as conclusões lapidadas naquele ato administrativo configuram-se como inexatas.

Após breves pinceladas a respeito de obrigações tributárias e a Escrituração Fiscal Digital (EFD), ressalta que tendo em vista a substituição ocorrida pela instituição dessa nova forma de escrituração, trazendo para o caso em tela, deve registrar todas as notas de entradas e saídas, a fim de que, quando da apuração realizada do imposto devido e ou fiscalização realizada, não ocorra nenhuma divergência em relação aos valores lançados.

Nesse caso, se informou no corpo do presente Auto que deixou de informar na Escrituração Fiscal Digital algumas notas fiscais de entradas, aplicando, portanto, em decorrência dessa suposta falta de informação, a penalidade prevista no artigo 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96.

Considerando a análise de todas as notas autuadas, a discussão permanece em relação às notas fiscais que indica em planilha, entendendo que o presente Auto de Infração não merece prosperar.

Registrar que da análise da relação das notas fiscais de entradas tidas como não escrituradas, ora guerreadas, verifica-se a ocorrência de várias inconsistências que fulminam o vergastado lançamento de ofício tais como:

- Notas fiscais com uso não autorizado (denegadas);
- Notas fiscais destinadas a empresas diversas da autuada;
- Notas fiscais escrituradas;
- Nota fiscal com valor divergente;
- Notas fiscais que não fazem parte do acervo fiscal da empresa, seja por divergir das operações de entradas realizadas pela empresa, seja por desconhecimento do faturamento das mesmas em seu favor, conforme será versado oportunamente em tópico específico pela empresa.

Se o agente fazendário tivesse o zelo de cotejar os referidos documentos fiscais, cuja chave de acesso se encontra disponível no vergastado demonstrativo, o mesmo constataria que algumas notas autuadas, não possuem valor fiscal, pois sofreram denegação e outras sequer pertencem à empresa fiscalizada, conforme demonstraremos a seguir.

Das quinze notas fiscais referentes ao exercício de 2013 que remanesceram: duas tiveram o uso denegado, doze não constam a empresa Indaiá como destinatária e uma fora devidamente registrada no SPED da autuada.

Fala que as Notas Fiscais denegadas na forma do DOC. 05 são as de nºs: 000.011.779 e 000.011.780, conforme consulta completa dos Documentos Fiscais realizados no portal da nota fiscal eletrônica, ambas sofreram denegação e uso por situação do destinatário, o que impediu a finalização da operação.

Já as Notas Fiscais que não pertencem à autuada, consoante DOC. 06 são: 000.007.600, 000.007.744, 000.007.954, 000.008.357, 000.008.618, 000.008.869, 000.009.066, 000.009.339, 000.010.019, 000.010.409, 000.010.663 e 000.010.726, todas pertencentes à empresa MC ATACADO DE ALIMENTOS LTDA. CNPJ Nº 07.537.573/0001-06.

Garante que a Nota Fiscal de nº 84568, que fora escriturada, conforme SPED FISCAL [DOC. 07] demonstrado através da cópia do respectivo registro.

Relativamente ao período de 2014, verifica a improcedência da acusação quanto às setenta e três notas persistentes, uma vez que os Documentos Fiscais de nºs 13779, 17996, 18088, 20192, 20214, 26515, 29465, 29543, 31380, 35514, 36034, 36321, 46244, 58027, 68311, 70878, 84351, 84922, 85046, 106912, 107132, 107299, 111363, 142737, 156108, 156109, 157427, 162603, 184868, 184871, 187536, 237396, 352307, 352309, 413963, 442115, 442119, 920724, 1104601, 1135908, 1177298, 1180632, 1180633, 1180634, 1192756, 1216735, 1275323, 1277797, 1277819, 1747899, 1847060, 1847062, 1847063, 1847064, 1847065, 1847066, 1847068, 1847069 inseridos no DOC. 08 foram emitidos em nome da autuada, entretanto não possuem o aceite da mesma, ou seja, em todas as notas fiscais supracitadas a empresa autuada consta como destinatária, contudo, não participou da operação de circulação de mercadoria, assegura.

As notas fiscais acima citadas, emitidas equivocadamente em seu nome, não constam no acervo fiscal da empresa, portanto, não tinha como adotar nenhuma conduta relativa aos malsinados documentos, já que não somente desconhecia a existência dos mesmos como também não realizara as operações consubstanciadas nas citadas notas fiscais.

Como já suscitado, não há nos presentes autos nenhum documento comprobatório de que as operações descritas nos citados documentos tenham se concretizado.

Assim, considerando a não realização das citadas operações de entrada, com o efetivo ingresso de bens/mercadorias em seu estabelecimento, não há o que se falar em dever instrumental de registro dos documentos na Escrituração Fiscal Digital da empresa, protesta.

Aponta que as Notas Fiscais nºs 12579, 10897, 12058, 11393, 11391 integrantes do DOC. 9 não pertencem à autuada, sequer possuem menção à mesma como participante da operação de circulação de mercadoria, fato que impede o registro no SPEED FISCAL e, consequentemente, a sua inclusão no montante apontado como devido.

Registra ainda que o autuante, no que se refere à Nota Fiscal nº 36.034, exigiu, equivocadamente, multa no percentual de 100% do valor do item EMULSAO LARANJA RB 10898 SB, e neste caso, o Documento Fiscal de nº 36034 (2014), totaliza o valor de R\$23.840,04. O valor dos dois itens é R\$11.674,80 e R\$11.030,00 e as multas de 1% que incidem sobre os mesmos deveriam ser R\$116,75 e R\$110,30, respectivamente, quando na realidade constou como valor de multa a repetição do valor de R\$11.030,00 e não o valor de R\$110,30.

Portanto, independentemente dos demais argumentos defensórios, deverá, de pronto, ser excluído o valor de R\$10.919,70, exigido erroneamente a título de multa incidente sobre a Nota Fiscal nº 36.034.

Diz que além da inexistência de provas a fundamentar a vergastada autuação, ainda se verifica diversas impropriedades e inconsistências no Relatório elaborado pela fiscalização para demonstrar a suposta ocorrência de omissão de escrituração das notas fiscais de entradas na Escrituração Fiscal Digital da empresa, uma vez que do simples cotejo dos dados que compõem o levantamento fiscal, verifica que o agente fazendário cometeu, dentre outros, os seguintes equívocos:

- Incluiu diversas notas que se encontravam devidamente registradas no SPED Fiscal da empresa;
- Inclusão de notas tendo como destinatária empresa diversa da autuada;
- Inserção de notas fiscais com denegação de uso;
- Consideração de notas fiscais de entradas emitidas, mas não entregues à Impugnante.

Aduz que a Constituição Federal, em seu artigo 37, estabelece que a administração pública deverá obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consoante transcrição.

Não obstante a mencionada Carta listar apenas alguns dos princípios que a administração pública deve seguir, de forma exemplificativa, é certo que também devem ser observados outros princípios que se apercebem pelo contexto constitucional, como o princípio da verdade material.

Tece considerações acerca do princípio da eficiência citando a doutrina, e destaca, da mesma forma, entendimento doutrinário sobre o princípio da razoabilidade, destacando trecho de Hely Lopes Meirelles, ressaltando que a atuação da administração pública deve se balizar pela presteza, perfeição e rendimento funcional, observando-se ainda a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública.

Fala ter sido a auditoria-fiscal realizada operada sem conferir adequadamente a situação de fato das operações que foram objeto de autuação, gerando diversas incorreções, sem levar em consideração os erros e as distorções contidos nos Relatórios gerados automaticamente pelo simples batimento entre os arquivos eletrônicos disponíveis nos sistemas informatizados na SEFAZ, bem como a documentação comprobatória apresentada pelo contribuinte quando da fiscalização.

O Fisco Estadual, ao realizar fiscalização de forma apressada, sem buscar a realidade dos fatos, lavrou auto de infração eivado de incorreções e, pela presunção de higidez do ato administrativo praticado, impõe injustamente ao contribuinte o ônus de contrapor-se às conclusões incorretas a que chegou o fiscal, obrigando-o a amealhar elementos de prova que em outro caso seriam desnecessários para comprovação do que deveria ter sido diligentemente observado pela autoridade autuante, por meio de simples análise dos documentos fiscais e contábeis da Impugnante quando de sua fiscalização.

O exercício da função estatal pelo agente público deve ser conduzido escrupulosamente posto que a atuação descuidada da autoridade pública pode gerar uma série de danos ao administrado, como se vê no presente caso, em que a fiscalização conduzida de forma leviana impôs ao contribuinte uma série de encargos indevidos.

Ademais, a conduta da auditoria-fiscal ao malferir princípios estabelecidos em lei, também fulminou, por fim, o princípio da legalidade.

Por essas razões, verificada a pobre análise dos documentos fiscais e contábeis realizada pela auditoria-fiscal quando da fiscalização que ensejou a lavratura do Auto de Infração, fala ser imprescindível decidir pela imprestabilidade da fiscalização procedida para fundamentar o auto de infração lavrado, reconhecendo-se a sua improcedência.

Tece, a seguir, diversas considerações acerca do princípio da verdade material, e após trazer trecho doutrinário de Vitor Hugo Mota de Menezes, sobre o mesmo, aduz que no processo administrativo são consideradas todas as provas e os fatos novos, ainda que sejam favoráveis ao interessado, mesmo que não tenham sido alegados ou declarados. Pela orientação deste princípio, o órgão administrativo de julgamento deverá buscar a verdade objetiva dos fatos, independentemente de haver sido provado ou alegado pelas partes.

Desta forma, assegura serem ampla defesa e o contraditório matérias de direito e garantia individual, cláusulas pétreas, sendo inadmissível toda e qualquer forma de tolhê-los.

Fala que a presunção fiscal que serviu de base à autuação não espelha com veracidade as operações realizadas, uma vez que o trabalho fiscal, data máxima vênia, possui inconsistências aviltantes que merecem reparos e de forma a comprovar os equívocos cometidos pelo autuante e, consequentemente, a insubsistência da ação fiscal, colaciona cópia impressa de alguns documentos fiscais demonstrando as inconsistências, bem como CD ROOM contendo cópia das notas fiscais comprovando a improcedência do lançamento.

Caso se entenda que a prova acostada não seja suficiente para ilidir a imputação fiscal, imprescindível a realização de um exame pericial de forma a demonstrar a inocorrência da falta de recolhimento do ICMS imputado na infração 3 e das operações de entradas que ensejaram a imputação da multa ora impugnada quanto à infração 4.

Registra que, para o atendimento dos princípios da ampla defesa e da verdade material no Processo Administrativo Tributário, deverão lhe ser asseguradas condições que possibilitem trazer para o processo administrativo todos os elementos necessários para esclarecer a verdade dos fatos, e no presente caso, a prova pericial é de suma importância para a solução da causa. A inviabilidade da sua realização, nos termos em que é solicitada, acarretará enormes prejuízos, tendo em vista a sua importância à solução da controvérsia.

Diante dos fatos expostos, em sede de mérito, pugna pela improcedência do Auto de Infração, com provimento da presente Impugnação, determinando que a Impugnação seja recebida com suspensão de exigibilidade do montante discutido, por aplicação imediata dos artigos 151, inciso III e 206 do CTN, especialmente para fins de obtenção de Certidão de Regularidade Fiscal Estadual, em sede de preliminar, que seja anulado o Auto de Infração sob reproche ante a ausência de provas cabais que comprovem o ilícito tributário, ensejando a nulidade deste, que se determine diligência aos órgãos competentes das Secretarias das Fazendas de Origem dos emitentes, para que apresentem relatório circunstanciado das alegações ora postas e a comprovação de que a maioria das divergências apontadas originaram-se de fornecedores desconhecidos, cujas operações jamais tiveram sua participação, e ao final, considerando todas as verdades nestes autos esposadas, inclusive a serem comprovadas em perícia técnica, que se declare a improcedência, *in totum*, do lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe.

Ad argumentandum tantum, caso o presente Auto de Infração em debate não seja julgado improcedente *in totum* por ser nulo de pleno de direito, ou ainda, improcedente por inocorrência da infração indicada no mesmo, o que se cogita somente em hipótese, necessária seria decretada a parcial procedência pelo erro crasso cometido em relação à multa exigida sobre a Nota Fiscal nº 36.034, objeto da Infração 4.

Junta documentos de fls. 125 a 653.

Em 10 de janeiro de 2018, a defesa protocola documento de fls. 657 e 658 na qual requer a extinção do crédito tributário pertinente às infrações 1, 2 e 4, diante do seu pagamento, consoante documentos de arrecadação de fls. 662 a 667.

Informação fiscal prestada pela autuante às fls. 669 a 671 aponta que nas infrações 1 e 2 o contribuinte não apresentou defesa específica, incidindo quanto a elas apenas suas alegações gerais de Direito apresentadas no decorrer da Defesa. Em relação às demais, faz breve resumo dos argumentos defensivos.

Na infração 1 esclarece se tratar de crédito fiscal indevido relativo a aquisição de material de uso e consumo, em relação ao qual não houve defesa específica, seja quanto ao fato de os bens serem de uso e consumo ou ao direito ao uso desse crédito fiscal, sendo a legislação baiana clara na proibição de crédito na aquisição de material de uso e consumo, se posicionando pela manutenção integral deste item.

Quanto à infração 2, diz se referir a ICMS declarado e recolhido a menor, sendo explícita a legislação de que o ICMS deve ser recolhido, e no caso presente, o imposto declarado não foi integralmente recolhido.

Na infração 3, indica que o contribuinte comprova de maneira cabal que a Nota Fiscal nº 1735440 foi emitida para regularizar a operação de transferência realizada em 17/07/2014 através da Nota Fiscal nº 1724525, a qual saiu sem base de cálculo e valor do ICMS e que o imposto incidente sobre a citada operação, de R\$1.902,24 fora recolhido em 05/09/2014, na forma do Doc. 04, com os acréscimos moratórios, em documento de arrecadação em separado, nos termos do §1º, do artigo 83, do RICMS/12, conforme consulta de pagamento, à fl. 108.

Quanto ao ICMS destacado na Nota Fiscal nº 1805564 no importe de R\$23,08, diz se tratar de devolução de material de uso e consumo, não incidindo o imposto.

Dessa forma, acata a defesa do contribuinte e acolhe a improcedência desta infração 3.

Para a infração 4, sobre a comprovação de recebimento das notas fiscais, resta inequívoca a declaração dos emitentes expressa por meio da emissão de notas fiscais idôneas que jamais foram contestadas pelo Autuado, já que tem disponível no portal da empresa na SEFAZ informação de todas as notas fiscais que lhes são dirigidas, e quanto aos vícios no levantamento acima mencionados, o Contribuinte não especificou nenhum, apenas fez uma alegação geral, sem base material.

Quanto a multa, afirma estar expressamente estabelecida em nossa legislação, sendo independente da existência de prejuízo ao Erário.

Dessa forma, mantém integralmente este item do lançamento, opinando pela manutenção deste item.

Anota ter o contribuinte apresentado petição às folhas 657 e 658 para extinção do crédito tributário pertinente às infrações 1, 2 e 4 em razão do pagamento de R\$22.204,43, R\$6.192,82 e R\$12.438,20, conforme fls. 662 a 667 dos autos, com base no benefício obtido pelo Concilia Lei nº 13.803/17, mantendo a defesa da infração 3.

Pugna pela procedência das infrações 1, 2 e 4, e reafirma o acatamento das alegações do Contribuinte e se manifesta pela improcedência da infração 3.

Na assentada do julgamento, compareceu a advogada da empresa, a qual apresentou memoriais, bem como realizou sustentação oral na qual reafirmou a improcedência da infração 03.

VOTO

O lançamento constitui-se em quatro infrações arroladas pela fiscalização, todas objeto de impugnação por parte da empresa autuada em um momento inicial.

O Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade.

Observo que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso. Ainda assim a autuada aventureu preliminar, a qual abordo neste momento, e diz respeito a argumentação de que os fatos geradores ocorreram em 2013, e ainda que estejam indicadas notas fiscais referentes ao ano de 2014 no demonstrativo em anexo, não há que se exigirem débitos referentes ao mencionado ano, pelo que devem ser excluídos do lançamento.

Rejeito tal argumento, uma vez que da simples leitura das infrações, se verifica que as ocorrências apontadas dizem respeito aos anos de 2013 e 2014, somente podendo creditar tal argumento a não observação de tal fato pelo sujeito passivo.

Desta forma, deverão ser mantidas todas as ocorrências listadas na autuação, sujeitas a análise de seu mérito, o que somente poderá determinar a exclusão de uma ou todas elas, conforme apreciação e o convencimento do julgador.

No mérito, fazem parte inicial da lide, como já visto as infrações 1, 2, 3 e 4. Todavia, diante do reconhecimento e posterior pagamento das infrações 1, 2 e 4, de forma explícita pela empresa autuada, deixaram de fazer parte da discussão e da lide, sendo consideradas procedentes.

Remanesce apenas e tão somente a infração 3, a qual versa sobre recolheu a menos 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.

A defesa, de forma clara, em sua peça, trouxe os devidos esclarecimentos acerca da inexistência da acusação, com cópia dos documentos fiscais que de forma efetiva, comprovaram que a acusação não poderia prosperar com o que concorda o autuante, solicitando, em sede de informação fiscal, a improcedência da mesma, reforçada pelos memoriais apresentados.

Em verdade, a matéria em lide se restringe a duas operações: a primeira delas de número 1.735.440, emitida em 01 de agosto de 2014, se refere a operação de complementação de imposto, da Nota Fiscal nº 1.724.525 emitida em 17 de julho de 2014, a qual se referia a operação de transferência para estabelecimento localizado na cidade de Anápolis, de mercadorias a saber, Refrigerante Cola grf 12x250 ml Indaiá Refri, Refrigerante Guaraná grf 12x250 ml Indaiá Refri e Refrigerante Limão grf 12x250 ml Indaiá Refri, dos quais apenas este último item foi oferecido à tributação pelo ICMS, estando o campo respectivo devidamente zerado em relação aos demais itens.

Desta maneira, a nota em comento foi emitida para regularizar a complementação do imposto devido pela operação, sendo o tributo devido recolhido em 25 de setembro de 2014 no Banco Itaú agência Aldeota, Fortaleza, acrescido do acréscimo moratório, o que torna eventual lançamento improcedente, pela inexistência de qualquer débito em relação a tal operação.

A segunda é a de número 1.805.564, emitida em 04 de novembro de 2014, a qual se reporta a operação de devolução de compra de peças para manutenção de máquinas e equipamentos, sendo a mercadoria Correia Transp. X332 (0,750x0,680M) FVZ. Tal operação, na forma do artigo 310 do RICMS/12 não propicia a utilização do crédito na entrada da mercadoria no Estado da Bahia, na forma do registro extraído do SPED da autuada. Desta maneira, descabe qualquer débito para a operação do imposto, senão para devolver o imposto ao remetente da mercadoria, pela devolução da mercadoria.

Desta maneira, embasado em tais elementos, acolho o posicionamento do autuante, vez que as provas colacionadas pela defesa, de forma plena e efetiva demonstram que a acusação fiscal é inexistente, e por tal motivo julgada improcedente.

Logo, diante do reconhecimento das infrações 1, 2 e 4, e a improcedência da infração 3, o lançamento é parcialmente procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 276468.0004/17-5, lavrado contra **INDAIÁ BRASIL ÁGUAS MINERAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.575,23**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “b” 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\$29.664,71**, prevista no inciso IX, do mesmo artigo e Lei citados, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores reconhecidos e recolhidos.

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

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR