

A. I. Nº - 299131.3003/16-7
AUTUADO - Q FERRO COMÉRCIO DE METAIS E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - LUIZ MORAES DE ALMEIDA JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ SANTOS ANTONIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - 26.08.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0133-02/19

EMENTA: ICMS. 1. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE CRÉDITO. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. Verificado que os cálculos e valores adotados pelo Autuante estão corretos, Infração 01 subsistente. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS.** Confirmada a acusação de ocorrências de operações de saídas de mercadorias não escrituradas nos Livros Fiscais próprios Infração subsistente. **3. RECOLHIMENTO A MENOR. a) ALÍQUOTA DIVERSA DAS SAÍDAS DE MERCADORIAS ESCRITURADAS.** Confirmado tratar-se de mercadorias tributadas pelas saídas. Compensação com crédito fiscal extemporâneo exige competência específica e procedimento regulamentar próprio. Infrações subsistentes. **4. OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. VENDA COM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. VALOR SUPERIOR AO FORNECEDOR PELA FINANCEIRA E ADMINISTRATIVA.** Presunção de omissão de saídas de mercadorias prevista no inciso VI do art. 4º, da lei 7.014/96, não mitigada. Infração subsistente. **5. MULTA POR DESCUMPRIMENTO ACESSÓRIA. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS.** Não restou caracterizado o cerceamento da defesa, como também o não atendimento por parte do Autuante ao inciso II do §4º do art. 28 do RPAF, de modo a assinalar-se a nulidade prevista na alínea “a” do inciso IV do art. 18 também do RPAF. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade também em relação às demais infrações. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/2016, para exigir o crédito tributário no valor de R\$97.626,37, através das seguintes infrações:

Infração 01 – **01.02.40.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is), nos meses de fevereiro, março, junho, julho e novembro de 2013 e junho de 2014. Exigido o valor de R\$2.020,54, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 – **02.01.02.** Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Refere-se a notas fiscais de saídas que não foram escrituradas no livro fiscal próprio, nos meses de outubro a dezembro de 2013, janeiro a abril, junho, julho e novembro de 2014. Exigido o valor de R\$44.533,30, acrescido da multa de 100%;

Infração 03 – **03.02.02.** Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro

a novembro de 2013 e janeiro a dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$3.009,03, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 – **03.02.05**. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2013 e 2014. Exigido o valor de R\$5.996,83, acrescido da multa de 60%.

Infração 05 – **05.08.01**. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, 2013 e 2014. Exigido o valor de R\$40.639,00, acrescido da multa de 100%.

Infração 06 – **16.01.02**. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de agosto de 2012, julho, outubro a dezembro de 2013 e junho de 2014. Exigido o valor de R\$1.427,64.

O Autuado apresenta peça defensiva, fls. 43 a 49, inicialmente, descreve resumidamente as infrações, alega preliminar de nulidade reclamando que para a cobrança do crédito tributário, é necessária a comprovação de sua existência. Todo aquele que é credor e, portanto, tem direito a receber uma obrigação, deve possuir provas da existência de seu direito. Geralmente, essa prova é feita por meio de um título ou documento.

Disse que a documentação da existência da dívida tributária é feita por meio de um ato administrativo que formaliza o crédito tributário denominado lançamento. Portanto, o lançamento é um ato de concretização da lei tributária efetuada pela autoridade administrativa competente para arrecadar e fiscalizar o tributo.

Salienta que ao documentar a existência do crédito tributário, a administração pública está impedida de praticar o que se denomina de ato administrativo discricionário. Porque o ato de lançamento corresponde à modalidade de ato administrativo vinculado, ou seja, a lei indica para a administração pública somente um caminho a seguir, não existem diversas alternativas legais a serem escolhidas. A administração está impedida de seguir caminho diverso daquele apontado por lei. Não pode ultrapassar seus limites sob pena de agir com abuso de poder. Logo, ato administrativo vinculado à lei.

Esclarece que, o referido Auto de Infração apresenta erro na construção do lançamento em todas as infrações apontadas, que acarreta vício insanável do lançamento, por contrariar o art. 142 do Código Tributário Nacional-CTN.

Assevera que quando foi apurado neste Auto de Infração débitos fiscais sem calcular corretamente o montante devido porque cobrou imposto maior que o devido, conforme expõe:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.40: afirma que as Notas Fiscais Eletrônicas nºs 37037, 37038, 37202, 37203, que constam no Anexo 6 como utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais relacionados, foram escrituradas utilizando o crédito correto;

INFRAÇÃO 02 – 02.01.02: pontua que o fisco deixou de verificar que o imposto recolhido nos DAEs dos períodos de apuração desta infração foram maiores que o valor que consta na apuração da EFD justamente porque o imposto das referidas notas foram incluídas no pagamento, ou seja, recolhimento espontâneo.

INFRAÇÕES 03 – 03.02.02 e 04 – 03.02.05: ressalta que as mercadorias constantes nas referidas Notas Fiscais são roldanas NCM 8302.20.00, que foram entradas sem utilização de crédito fiscal e saídas também sem utilização de débito fiscal, o fisco apurou o debito do imposto nesta infração sem abater o crédito fiscal, conforme determina o art. 269, X, a, 1, do RICMS/2012, vez que estes não foram utilizados na escrita fiscal referente as notas fiscais de compras das mercadorias objeto desta infração, ferindo o princípio da não cumulatividade.

INFRAÇÃO 05 – 05.08.01: assinala que analisando a relação das autorizações das Administradoras de Cartões de Créditos que compõe o referido Anexo I, verificou que o fisco deixou de excluir as notas fiscais eletrônicas e os cupons fiscais, conforme planilha, DANFES e cupons ora aqui anexados, da relação apresentada no referido Anexo I, apurando assim, débito fiscal inexistente.

INFRAÇÃO 06 – 16.01.02: alega que o fisco relaciona no anexo 7 notas fiscais identificadas pelo número, sem registro na escrita fiscal, mais não menciona quais são as mercadorias não tributadas, bem como também não coleciona nos autos as referidas notas fiscais, cerceando o seu direito de defesa vez que, não diz não vender nenhuma mercadoria não tributada e não foram apresentadas as referidas notas fiscais.

Pede a anulação do referido Auto de Infração por vício insanável do lançamento, com fundamento no art. 142 do CTN.

Na análise do mérito, passa a fazer luz de suas razões pelos motivos, contestando cada infração do referido Auto de Infração como segue:

Infração 01 – 01.02.40: discorre que na realidade o fisco utilizou o Anexo 6 deste Auto de Infração como base do fato gerador desta suposta infração, não observando se realmente os créditos utilizados na escrituração fiscal, das notas fiscais que compõe o referido Anexo 6, foram maiores que o destacado nas referidas notas fiscais. E afirmou estar anexando os DANFES das Notas Fiscais Eletrônicas, abaixo relacionadas com a chave de acesso, bem como o relatório registro Fiscais dos Documentos de Entradas de Mercadorias e Aquisição de Serviços gerado pelo Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, provando que os créditos foram utilizados corretamente.

Período	Num/Doc.	Chave de Acesso
01/11/2013	36653	29131033042730001933550000000366531814619077
09/11/2013	37037	29131133042730001933550000000370371098626468
09/11/2013	37038	29131133042730001933550000000370381659616056
14/11/2013	37202	29131133042730001933550000000372021761514028
14/11/2013	37203	29131133042730001933550000000372031654976262

Conclui que o débito apurado não é realmente o devido porque os créditos das notas fiscais acima constam no referido anexo como crédito utilizado indevidamente, acarretando vício insanável do lançamento, devendo ser cancelada a exigência fiscal, por desobediência do art. 142 do CTN.

Infração 02 – 02.01.02: esclarece que, as notas fiscais que constam no anexo 7 como base do fato gerador desta infração, constam na apuração do débito do ICMS Normal dos respectivos meses ora cobrados, vez que por erro do sistema de informática estas notas fiscais não foram importadas para o bloco C da EFD, mais foram incluídas no cálculo da apuração do ICMS para recolhimento do ICMS Normal, porque este imposto é calculado pelo sistema de gestão.

Porém, diz que o fisco não observou que os valores recolhidos nos períodos de apuração do ICMS e objeto desta infração são maiores que o valor apurado na EFD. Portanto, diz que o imposto ora cobrado nesta infração já foi pago espontaneamente pela autuada ficando totalmente prejudicada esta autuação, por erro na construção do lançamento que acarreta vício insanável, uma vez que o débito apurado não é realmente o devido. Desse modo, deve ser cancelada a exigência fiscal, por desobediência do art. 142 do CTN, onde anexa cópia dos recibos das EFD e dos DAES do ICMS Normal recolhido dos períodos fiscalizados.

Infração 03 – 03.02.02: explica que o fisco utilizou o Anexo 4 deste Auto de Infração como base do fato gerador desta suposta infração. Porém, as mercadorias constantes nas referidas Notas Fiscais são roldanas NCM 8302.20.00, que foram entradas sem utilização de crédito fiscal e saídas também sem utilização de débito fiscal. Desta forma, utilizado o princípio da não cumulatividade o fisco deveria apurar o débito fiscal abatendo o crédito presumido conforme determina o art. 269, X, “a”, 1 do RICMS/2012, vez que estes não foram utilizados na escrita fiscal referente as notas fiscais de compras das mercadorias objeto desta infração, diz ter anexado os DAFES das notas fiscais

eletrônicas de entradas. Desta forma, entende que o débito apurado nesta infração é maior que o devido, desobedecendo assim, o art. 142 do CTN, pois o fisco não calculou corretamente o montante do tributo devido, causando erro na construção do lançamento que acarreta vício insanável do lançamento que obriga o cancelamento da exigência fiscal.

Infração 04 – 03.02.05: disse que o fisco utilizou o Anexo 5 deste Auto de Infração como base do fato gerador desta suposta infração. Também neste caso, as mercadorias constantes dos cupons fiscais são roldanas NCM 8302.20.00, que foram entradas sem utilização de crédito fiscal e saídas sem utilização de débito fiscal. Por consequência, utilizado o princípio da não cumulatividade o fisco deveria apurar o débito fiscal abatendo o crédito presumido conforme determina o art. 269, X, “a”, 1 do RICMS/2012, vez que estes não foram utilizados na escrita fiscal referente as notas fiscais de compras das mercadorias objeto desta infração. Como já dito na infração 03 – 03.02.02, o débito apurado nesta infração é maior que o devido desobedecendo assim, o art. 142 do CTN, pois o fisco não calculou corretamente o montante do tributo devido, causando erro na construção do lançamento que acarreta vício insanável do lançamento que obriga o cancelamento da exigência fiscal.

Infração 05 – 05.08.01: aduz que esta infração o fisco utilizou o Anexo 1 deste Auto de Infração como base do fato gerador desta suposta infração. Porém, analisando a relação das autorizações das Administradoras de Cartões de Créditos que compõe o referido Anexo I, verificou que o fisco deixou de excluir as notas fiscais eletrônicas e os cupons fiscais conforme planilha, DANFES e cupons anexados, da relação apresentada no referido Anexo I, apurando assim, débito fiscal inexistente, ocasionando, erro na construção do lançamento que acarreta vício insanável do lançamento, razão pela qual não há alternativa senão cancelar a exigência fiscal, por ferir o art. 142 do Código Tributário Nacional.

Infração 06 – 16.01.02: observou que o fisco utilizou o Anexo 7 deste Auto de Infração como base do fato gerador desta infração. No entanto, o referido anexo relaciona notas fiscais identificadas pelo número, sem registro na escrita fiscal, mas não menciona quais são as mercadorias não tributadas, bem como também não coleciona nos autos as referidas notas fiscais, cerceando o seu direito de defesa vez que, afirma não ter operado com nenhuma mercadoria não tributada. Como também diz não ter vendido mercadorias não tributadas e não foram apresentadas as notas fiscais, cerceando direito de defesa, por isso entende ter havido contrariedade do art. 142 do Código Tributário Nacional, por erro na construção do lançamento que obriga o cancelamento da exigência fiscal.

Sustenta pela insubsistência e improcedência do Auto de Infração, vez que os débitos apurados não foram corretamente calculados conforme determina o art. 142 do CTN ocasionado assim, crédito tributário maior que o devido, tornando totalmente improcedente esta Autuação. Requer que seja acolhida a presente impugnação, para o fim de assim ser decidido, julgando totalmente improcedente esta Autuação cancelando-se o suposto Débito Fiscal reclamado por ser de Direito e merecida Justiça.

Na informação fiscal, fls. 459/463, o autuante verifica que o autuado em sua peça defensiva alegou erro de todo o lançamento do Auto de Infração, no qual o fiscal faz suas contestações:

Infração 01: observa que o autuado alega que as Notas Fiscais Eletrônicas n^{os} 36653, 37037, 37038, 37202, 37203, que constam no Anexo 6 como utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais relacionados, foram escrituradas utilizando o crédito correto. Reporta confirmando a infração, dizendo que na pasta 1 (CD anexo), constam as provas do cometimento do ilícito, que são as cópias das NFe n^{os} 36653, 37037, 37038, 37202, 37203 e do Livro de Entradas. Comparando-se as notas e o livro, constata-se que no Livro, o valor do ICMS creditado é maior do que o constante nas referidas NFe.

Infração 02: verifica que o autuado reclama que o fisco deixou de verificar que o imposto recolhido nos DAES dos períodos de apuração desta infração foi maior que o valor que consta na

apuração da EFD, justamente porque o imposto das referidas notas foi incluído no pagamento, ou seja, recolhimento espontâneo. No entanto, o fiscal confirma a infração e diz que na Pasta 2 (CD anexo), anexou os Livros de Saídas 2013 a 2014 e as cópias das NF-e's de Saídas. Explicando que confrontou o feito entre as notas e os Livros, pede observar-se que as referidas notas de saída não estão registradas, o que consequentemente, reduziu o recolhimento de ICMS nos respectivos meses, originando assim a infração supracitada.

Infrações 03 – 03.02.02 e Infração 04 – 03.02.05: pontua que o autuado impugna que as mercadorias constantes nas referidas Notas Fiscais e Cupons Fiscais são roldanas NCM 8302.20.00, que foram entradas sem utilização de crédito fiscal e saídas também sem utilização de débito fiscal, o fisco apurou o débito do imposto nesta infração sem abater o crédito fiscal, conforme determina o art. 269, X, “a”, 1 do RICMS/2012, vez que estes não foram utilizados na escrita fiscal referente as notas fiscais de compras das mercadorias objeto desta infração, ferindo o princípio da não cumulatividade.

Destaca que estas infrações se referem às saídas através de NFe (Infração 3) e às saídas por cupom fiscal (Infração 4). Esclarece que o autuado adquiriu produtos de tributação normal, de fornecedor simples nacional que dá direito a crédito de 10%, conforme consta no rodapé das NFe (Art. 269, X, a, 1 do RICMS-BA), sendo que o mesmo não escriturava os créditos na entrada. Ele acreditava que, como não se creditava na entrada, ele não precisaria se debitar nas saídas. O que está errado, pois as saídas são tributadas a 17%. Dessa forma, mesmo ele se creditando de 10%, ainda assim deveria recolher a diferença do ICMS ao Estado. Da maneira que vinha registrando, ele simplesmente zerava a conta de ICMS e recolhia menos imposto do que deveria. Reproduz o Art. 269, X, “a”, 1 do RICMS-BA.

Reafirma que o autuado tem direito a um crédito presumido no tipo de transação descrito no dispositivo citado, sendo que só caberia ao mesmo a tarefa de acolher o crédito e, no momento da saída, efetuar a apuração subtraindo do débito. Portanto, orientou o autuado a, futuramente, efetuar planilha demonstrativa das suas notas fiscais de entrada nas aquisições internas de mercadorias junto a microempresa ou empresa de pequeno porte industrial optante pelo Simples Nacional, para o período desejado e entrar, via processo, junto a sua INFAZ, para que possa ser verificado o cabimento e assim usufruir de seu direito legal, creditando-se do imposto que era devido.

Infração 05: discorre que o autuado analisando a relação das autorizações das Administradoras de Cartões de Créditos que compõe o referido Anexo I, onde disse ter verificado que o fisco deixou de excluir as notas fiscais eletrônicas e os cupons fiscais, conforme planilha, DANFES e cupons ora aqui anexados, da relação apresentada no referido Anexo I, apurando assim, débito fiscal inexistente.

Confirma a infração 5, juntando dentro da Pasta 3 (CD anexo), a cópia da planilha que originou a infração supra: *planilha: 1-02149445000163_TEF-NOVO*. Lembra que esta planilha é a mesma que já faz parte originalmente do Auto de Infração.

Chama a atenção para o demonstrativo X1, no qual relaciona as vendas por cupom fiscal mês a mês e o respectivo intervalo de cupons emitidos. Até o número de série da máquina emissora do cupom-ECF é informado neste documento. Ainda, na mesma planilha, destaca o demonstrativo X2. Este, por sua vez, traz as NFes emitidas mês a mês, mostrando o nr. da nota inicial e a final emitido em cada período.

Disse que essa planilha, bem como os demonstrativos em destaque, ratifica a apuração que efetuou das vendas através de cartão de crédito/débito, na qual, para efeito da infração apontada, considerou todas as notas e cupons fiscais que tem relação com essas vendas de cartões, considerando ainda o índice de proporcionalidade.

Afirma que a defesa do autuado é confusa e não deixa claro o que esta pedindo. Diz ela: “...que o fisco deixou de excluir as notas fiscais eletrônicas e os cupons fiscais conforme planilha, DANFES

e cupons anexados, da relação apresentada no referido Anexo I...”

Ressalta que não encontrou uma planilha sequer, anexa ao processo e nenhum DANFE ou cupons anexados para análise. Como também não ficou claro o que ele quer dizer com: “...o fisco deixou de excluir as notas fiscais eletrônicas e os cupons fiscais...”

Pondera pela manutenção do Auto de Infração, uma vez que o autuado faz alegações confusas e vazias, e não apresenta provas do que contesta.

Infração 06: pondera que o autuado alega que o fisco relaciona no anexo 7 notas fiscais identificadas pelo número, sem registro na escrita fiscal, mais não menciona quais são as mercadorias não tributadas, bem como também não coleciona nos autos as referidas notas fiscais, cerceando o seu direito de defesa vez que, não vendem nenhuma mercadoria não tributada e não foram apresentadas as referidas notas fiscais.

O autuante informa confirmando a infração 06. Diz novamente, que no Art. 217 a 247 do RICMS trata-se de cobrança de multa de 1% sobre as notas fiscais não registradas, independente de serem tributadas ou não, uma vez que a multa é a mesma para ambas as situações. Consigna que se trata de notas destinadas a ele e constantes no SPED fiscal, portanto acessível pelo próprio contribuinte quando bem quiser e entender. Ainda assim disse ter anexado todas as notas fiscais eletrônicas em mídia digital dentro da Pasta 3 (CD anexo).

Finaliza concluindo que não foram elaborados novos demonstrativos. Informa que o anexo às pastas 1, 2, 3 e 4 (CD anexo) são documentos que o autuado recebeu impresso ou em meio digital, quando da ciência do Auto.

Pede pela total procedência, uma vez que restou demonstrado com provas documentais, que todas as infrações estão pautadas e seguem legitimamente o que está preconizado no RICMS-BA.

Em diligência às fl. 467, para a entrega da informação fiscal e CD fls. 459 a 464 com reabertura de prazo de 60 dias, bem como ao órgão de origem atender as determinações do §3º art. 8º do RPAF/99.

A empresa foi intimada do teor da diligência em 13/01/2017, fls. 469 a 470 e não se pronunciou.

O relator original Antônio Cesar Dantas de Oliveira devolveu o processo em 20/03/2015 fls. 472, sendo este distribuído para Alvaro Barreto Vieira, fl. 473, sendo posteriormente devolvido e redistribuído por conta da aposentadoria deste para o atual relator.

VOTO

Compulsando os autos, em linhas gerais, verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos. Entretanto, a defesa apresentou questionamento que em seu entendimento inquinariam o presente lançamento de crédito tributário de nulidade, os quais enfrentarei preliminarmente.

Em linhas gerais as arguições de nulidade se deram em razão de alegação de erro de cálculo, que afastou a *prima facie* em virtude de que durante o exame do mérito, que explanarei adiante, foram revistos os cálculos de todas as infrações que poderiam ser afetadas e em nenhum caso apurei inconsistências por esse tipo de erro, ou por falta de sustentação fática documental. Portanto afastou as arguições de nulidade também nesses aspectos.

Porém, especialmente em relação a infração 06, foi apresentada arguição específica, tendo a defesa alegado que não recebeu informação detalhadas em relação as notas fiscais, nas planilhas que a acusa de ter dado entrada de mercadorias não tributáveis em seu estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Sendo assim, passei a averiguar a pertinência da arguição de nulidade sob o argumento de que os referido documentos fiscais não foram anexados aos autos nem foram listadas no demonstrativo do levantamento fiscal o rol das mercadorias das respectivas notas fiscais não escrituradas.

Nessa esteira, verifiquei que houve uma diligência cujo teor consta às fl. 467, com o objetivo de que fosse realizada entrega da informação fiscal e CD fls. 459 a 464 com reabertura de prazo de 60 dias, se fazendo mister registrar que empresa autuada foi intimada do teor da diligência em 13/01/2017, fls. 469 a 470 e não se pronunciou.

Nessa esteira, também verifiquei que no CD que acompanhou os documentos objeto da diligência supra relatada, consta um arquivo dentro da Pasta 3, onde estão inseridas todas as notas fiscais indicadas na planilha que dá suporte a exação fiscal proposta pela INFRAÇÃO 06.

Por isso verifico que de fato não há cabimento na alegação de cerceamento de defesa, posto que no demonstrativo que sustenta a acusação fiscal em relação à infração 06, fl. 39, estão discriminadas todas as NF-e envolvidas, de modo que poderiam ser localizadas no arquivo constante do CD já referenciado acima onde constam todas as informações complementares que se referem aos documentos fiscais objeto da autuação.

Desta forma, entendo não estar caracterizada o cerceamento da defesa, como também o não atendimento por parte do Autuante ao inciso II do §4º do art. 28 do RPAF, de modo que restou afastada a nulidade prevista na alínea “a” do inciso IV do art. 18 também do RPAF, tendo em vista constar dos autos todos os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Destarte, considero afastada a nulidade da infração 06.

Adentrando ao mérito, passo à abordagem do relativo à infração 01 que abarca a acusação de que a Impugnante teria utilizado crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, compulsando os autos verifiquei que a exação em referência tem por espeque a escrituração fiscal da Contribuinte, a qual foi sopesada pelo Autuante de forma eletrônica e automatizada com os dados constantes dos documentos fiscais eletrônicos emitidos pelos seus fornecedores, que foram colhidos diretamente da base de dados nacional da nota fiscal eletrônica, conforme constam do site: <http://www.nfe.fazenda.gov.br/portal/principal.aspx>.

Para examinar a pertinência dessa acusação fiscal, utilizei os elementos fundantes da acusação que constam em arquivo eletrônico às fl. 40 deste PAF, a partir dos quais verifiquei, adotando para exame os documentos fiscais apontados pela defesa como exemplo de que houve erro no levantamento fiscal (NF-es: 36653, 37037, 37038, 37202, 37203), os quais comparei com os constantes da NF-es e concluí que o ICMS apropriado como crédito pela Impugnante em sua escrituração fiscal digital estava superior, de modo que confirmei que os cálculos empreendidos pelo Autuante estão escorreitos, conforme demonstração a seguir:

DT EMISSÃO	NUM/DOC.	ICMS NA EDF/REM	ICMS NA NF-e	DIF AUTUADA
01/11/2013	36653	259,72	231,80	27,92
09/11/2013	37037	672,18	599,93	72,25
09/11/2013	37038	560,44	500,19	60,25
14/11/2013	37202	692,68	618,22	74,46
14/11/2013	37203	174,66	155,80	18,86

Deste modo, como a defesa não apontou nenhuma outra inconsistência, concluo que o lançamento do crédito tributário a que se refere a infração 01 atendeu ao que dispõe o art. 142 do CTN, e considero a infração subsistente.

A infração 02 acusa a Impugnante de não recolher ICMS devido em relação às operações de saídas de mercadorias não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, porquanto disse o Autuante ter apurado que diversas notas fiscais não foram escrituradas. Para proceder a verificação da subsistência dessa acusação fiscal passo a apurar a pertinência da alegação defensiva de que os

respectivos débitos de ICMS apurados pelo Autuante não foram corretamente calculados porque a despeito de haver concordado que, por erro do seu sistema de escrituração fiscal, estas notas fiscais, de fato, não foram importadas para o bloco C da EFD, porém, isso não teria influenciado em pagamento a menos na apuração mensal, pois afirmou que as referidas notas fiscais foram incluídas no cálculo da apuração do ICMS para recolhimento do ICMS Normal, porque este imposto é calculado pelo sistema de gestão.

Todavia, verificando a assertiva da defesa de que os DAES de recolhimento espontâneo das diferenças apontadas na infração 02 estariam anexados ao PAF, verifiquei que constam diversos DAES constantes, às fls. 83, 127, 148, 158, 174, 185, 225, 227, 229, 248, 252, 254, 259, 261, 265, 267, 269, 272, 275, 279, 281, 283286, 288, 293, 295, 316, 318, 320, 322, 324, 329, 332, 335, 336, 339, 341, 344, 348, 365, 367, 371, 373, 391, 407, 433, 435, porém nenhum deles se refere ao recolhimento espontâneo do ICMS NORMAL, pois todos se referem ao ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Entretanto, estes não se prestam para fundamentar o argumento defensivo em tela.

Deste modo, considerando que a própria Impugnante admite que os documentos fiscais de vendas objeto da acusação fiscal não foram escriturados e de fato restou apurado que não foram, e considerando ainda que não apresentou as provas de ter recolhido o respectivo ICMS em relação a parte da apuração normal, como alegou, concluo pela subsistência da infração 02.

Analisando às contra razões em relação à infração 03 que se refere a acusação de que a Impugnante recolheu a menos ICMS em razão de ter aplicado alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias, em primeiro detendo atenção a alegação de que as mercadorias constantes nas referidas Notas Fiscais seriam ROLDANAS NCM 8302.20.00, e que suas respectivas entradas se deram sem utilização de crédito fiscal, fato este que, no entendimento da defesa, justificaria as saídas também sem a oneração do débito fiscal. Verifico não haver cabimento a este argumento, pois a decisão sobre o direito ao crédito e quanto a incidência do débito não se dá ao alvedrio do contribuinte, e neste passo deve o mesmo se submeter ao quanto estabelece a legislação do ICMS do Estado da Bahia.

Desta forma, analisando a mercadoria objeto da infração 02 “ROLDANAS NCM 8302.20.00”, verifico tratar-se de mercadoria sob a qual não incide qualquer benefício que a afaste da tributação segundo a legislação tributária deste Estado, como também não está sujeita ao regime de substituição tributária, situações estas que justificariam o procedimento fiscal adotado pela Impugnante.

Ainda quanto à infração 03, em relação ao argumento de que em respeito ao princípio da não cumulatividade o fisco deveria apurar o débito fiscal abatendo o crédito presumido conforme determina o art. 269, X, “a”, 1 do RICMS/2012, devo esclarecer que o lançamento do crédito tributário de ofício, conforme prescreve o art. 142 do CTN, se restringe a “*verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível*”.

Daí se depreende que não há falar em compensação de créditos fiscais não escriturados, sob a alegação de que não teriam sido apropriados no tempo certo pela Impugnante, pois quanto a estes, existe uma legislação específica, uma rotina administrativa própria e competência administrativa definida para a sua devida cognição e juízo sobre este direito, *ex vi* do art. 314 e 315 do RICMS/2012.

Art. 314. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte no próprio mês ou no mês subsequente em que se verificar:

I - a entrada da mercadoria e a prestação do serviço por ele tomado ou a aquisição de sua propriedade;

II - o direito à utilização do crédito.

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.

§ 1º Formulado o pedido de autorização para escrituração extemporânea de crédito e não havendo deliberação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua protocolização, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do respectivo valor;

§ 2º Sobrevindo decisão contrária ao pleito, o contribuinte, no mês da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

§ 3º A escrituração dos créditos autorizada pelo fisco ou nos termos do § 1º deste artigo deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar.

§ 4º Na escrituração extemporânea do crédito fiscal autorizado pelo titular da repartição fazendária, o contribuinte deverá lançar cada documento fiscal no registro de entradas, salvo se o documento fiscal já tiver sido lançado. Grifei.

Sendo assim, não há falar em ofensa ao princípio da não cumulatividade e ao art. 142 do CTN, portanto, igualmente restou afastado esse argumento.

Outrossim, a despeito de ter alegado a defesa de que anexou aos autos as notas fiscais de compras das mercadorias objeto desta infração, registro que compulsando os documentos constantes do presente PAF não localizei os alegados documentos fiscais. Resta, portanto, subsistente a infração 03.

Em relação à infração 04, ressalto que tem a mesma sorte da infração 03, posto que se refere a mesma acusação fiscal, em relação as mesmas mercadorias, diferindo apenas em relação ao documento fiscal que foi utilizado para acobertar as saídas, o qual na infração 03 foi a NF-e e nesta infração 04 foi o CUPOM FISCAL, desta forma entendo subsistente a infração 04, pelos mesmos motivos já expostos acima.

A infração 05 diz respeito a presunção de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de apuração de que a declaração da Impugnante de suas vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito se deram em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, com espeque no inciso VI do §4º do art. 4º, da lei 7.014/96. Nesse aspecto, verifiquei que acusação fiscal atendeu às normas específicas inclusive impondo ao valor das saídas omitidas o percentual proporcional às saídas tributadas da Impugnante.

Entretanto, pelo outro lado, verifiquei que a Impugnante não logrou êxito em contrapor a acusação fiscal, pois se limitou evasivamente a dizer que “o fisco deixou de excluir as notas fiscais eletrônicas e os cupons fiscais conforme planilha, DANFes e cupons anexados, da relação apresentada no referido Anexo I”, pois não consta dos autos o referido ANEXO I, onde alegou ter demonstrado os documentos que o fisco deveria ter excluído do levantamento fiscal, como também não apontou os motivos pelos quais os pretensos documentos deveriam ter sido excluídos, de modo que o argumento defensivo fica prejudicado para o fim de relativizar a presunção legal em tela, por não se mostrar adequado a exigência do inciso IV do art.8º, §5º do art. 123, art. 140 e 141 todos do RPAF. Destarte, restou subsistente a infração 05.

Adentrando ao exame da infração 06 que se refere a apuração de ter ocorrido entrada de mercadoria no estabelecimento da Impugnante sem o devido registro na escrita fiscal, verifico inicialmente a alegação de que o fisco ao relacionar no anexo 7 notas fiscais identificadas pelo número, sem registro na escrita fiscal, não mencionou quais são as mercadorias não tributadas, bem como também não colecionou nos autos as referidas notas fiscais, cerceando o seu direito de defesa vez que, disse não vender nenhuma mercadoria não tributada e que não foram apresentadas as referidas notas fiscais, ressalto que este argumento já foi abordado na quando do exame preliminar das arguições de nulidade, quando foi esclarecido que os documentos fiscais a que se refere a infração 06, constam em arquivo magnético constante do CD que fora fornecido a Impugnante por ocasião do cumprimento da diligência requerida, realizada com a entrega da informação fiscal e CD fls. 459 a 464 com reabertura de prazo de 60 dias, se fazendo mister registrar que empresa autuada foi intimada do teor da diligência em 13/01/2017, fls. 469 a 470 e não se pronunciou, desta forma reiteramso a insubsistência dessa alegação.

Adentrando ao mérito da infração 06 observo que a discussão de se tratarem ou não de mercadorias tributáveis inócua, primeiro porque tendo meios para infirmar a acusação fiscal, posto que obteve através da diligência já referida todos os documento necessários, a defesa malogrou. E segundo porque, ainda que comprovasse tratarem-se de fato de mercadorias tributáveis em nada afetaria a imputação fiscal, pois a multa pela não escrituração de documento fiscal é a mesma.

Porém querendo a defesa comprovar a sua assertiva de que se tratam de mercadorias tributáveis sugiro fazer o quanto antes uma denúncia espontânea, pois desde já estou recomendando a Infaz de origem que sejam renovados os procedimentos para averiguação da pertinência da cobrança do ICMS devido em relação aos documentos em questão, caso se tratem de aquisição de mercadorias tributáveis e ensejem a cobrança pela entrada no estabelecimento, ou mesmo por presunção de omissão de saídas. Deste modo afasto a presente alegação.

Quanto a alegação de que os cálculos não foram corretamente efetuados, a despeito de que a defesa não demonstrou objetivamente o pretenso erro de cálculo, pude verificar das planilhas que os cálculos estão absolutamente corretos, restando afastado o referido argumento. Voto pela procedência da infração 06.

Deste modo, voto pela procedência do presente Auto de Infração, devendo ser mantido do valor do crédito tributário originalmente lançado de **R\$97.626,37**, conforme discriminado a seguir:

INFRAÇÕES	ICMS	MULTA	TOTAL
01	2.020,54		2.020,54
02	44.533,30		44.533,30
03	3.009,03		3.009,03
04	5.996,83		5.996,86
05	40.639,00		40.639,00
06		1.427,64	1.427,64
TOTAL	96.198,73	1.427,64	97.626,37

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299131.3003/16-7**, lavrado contra **Q FERRO COMÉRCIO DE METAIS E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$96.198,73**, acrescido das multas de **60%** sobre R\$11.026,43 e de **100%** sobre R\$85.172,30, previstas no art. 42, incisos VII “a”, II “a”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.427,64**, revista no art. 42, XI do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR