

PROCESSO - A. I. Nº 294888.0004/19-6
RECORRENTE - DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6ª JJF nº 0027-06/19
ORIGEM - INFAZ COSTA DO CACAU (ITABUNA)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0353-12/20-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO DIREITO AO CRÉDITO. Apreciando os argumentos do Recurso, constato que não foram apresentadas as provas que pudessem elidir o lançamento, nem tampouco se configurou qualquer cerceamento de defesa, tendo em vista as provas do processo, que foram apresentadas ao Recorrente para que pudesse exercer o seu direito à defesa, e bastava para isso, apresentar os documentos que embasaram os créditos glosados no auto de infração. Negada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 25/03/2019, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$189.871,85 (cento e oitenta e nove mil, oitocentos e setenta e um reais e oitenta e cinco centavos), em decorrência da seguinte imputação:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.42 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Referente a créditos de ICMS, lançados a título de ajuste no RAICMS sem a devida comprovação, apesar de devidamente intimado. Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro dos exercícios de 2015 a 2017. Enquadramento legal: Arts. 31 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 309 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

O Contribuinte foi notificado do Auto de Infração, em 29/03/2019, e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 28/05/2019, peça processual que se encontra anexada ao PAF às fls. 86/102. A impugnação foi formalizada através de petição subscrita por representante legalmente constituído, conforme instrumento de procuração, anexado aos autos às fls. 104. Presta informação fiscal de fls. 106/112. A 6ª JJF decidiu pela Procedente do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

O Auto de Infração em lide totalizou o valor principal de R\$189.871,85 (cento e oitenta e nove mil, oitocentos e setenta e um reais e oitenta e cinco centavos) e é composto de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

A autuada impugna o lançamento arguindo preliminarmente a nulidade da autuação em razão de entender que: (i) a lavratura do auto de infração deve, necessariamente, ocorrer no local da inspeção; e (ii) não existe clareza na autuação, tendo em vista que a autuante teria deixado de informar as notas fiscais e os valores corretos que geraram a emissão da notificação.

Após análise dos elementos que compõem o presente PAF, não acolho a preliminar de nulidade apresentada na Impugnação, pois entendo que: (i) a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível; (ii) foram determinados, com segurança, a Infração e o infrator; (iii) foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e (iv) não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Portanto, o mesmo está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do Art. 18 do RPAF/BA, aprovado

pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Ademais, saliento que eventuais omissões ou incorreções e a não observância de exigências formais da legislação não acarretam nulidade desde que seja possível se determinar a natureza da Infração, o Autuado e o montante do débito tributário, conforme dispõe o § 1º, do art. 18 e o “caput” do art. 19 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

O art. 39, §1º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) estabelece que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração. Assim, não procede o argumento defensivo de que este lançamento de ofício deve ser anulado em razão da sua lavratura não ter ocorrido no estabelecimento da autuada.

“RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99)

(...)

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...)

§ 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

(...)”

Verifico que os demonstrativos que embasaram o lançamento encontram-se nos anexos do Auto de Infração, apensados às fls. 11 a 78 do PAF e na mídia de CD inserida às fls. 79, e detalham a metodologia aplicada para apuração do valor exigido. Documentos que foram entregues ao Contribuinte por ocasião da ciência da autuação, conforme recibos de fls. 11; 25; 39 e 84.

Entendo que as irregularidades constatadas pela Fiscalização à luz da legislação tributária estão demonstradas nos mencionados anexos (fls. 11 a 78), além de contidos na mídia de CD (fls. 79), contendo todos os elementos que comprovam o cometimento da infração, elementos estes que foram obtidos da escrita fiscal do Contribuinte (EFD) e nos sistemas informatizados da SEFAZ/BA, tais como o Sistema de Informações do Contribuinte (INC).

Nestes Demonstrativos restou evidenciado que a autuação se deu em razão da constatação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, pelo Contribuinte, configurada pelo lançamento a título de Ajustes a Crédito no LRA sem a devida comprovação, caracterizando a existência de motivação necessária para a efetuação do Lançamento de Ofício pela autuante.

Ressalto que o Sujeito Passivo produziu sua Peça Defensiva, conforme acostada ao processo às fls. 86/102, na qual abordou questões de mérito, sem esbarrar em obstáculos que pudessem impedi-lo de desenvolver sua tese defensiva, não havendo, portanto que se falar em ausência de descrição clara e precisa da Infração, e consequentemente, em ausência de contraditório e cerceamento do direito de defesa.

No mérito, a defendente combate a autuação alegando que: (a) os créditos utilizados foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal correspondente, todos devidamente comprovados nos autos; (b) carência das provas produzidas; e (c) vedação constitucional ao confisco.

Colocados os argumentos acima, adentro ao exame de cada um deles mediante as considerações a seguir consignadas.

Quanto à imputação fiscal que versa sobre a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, o Sujeito Passivo combate a acusação fiscal apresentando apenas argumentos relacionados a uma suposta falta de clareza e precisão na lavratura do Auto de Infração, consubstanciados na falta da discriminação das notas fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento efetuado e na afirmação de que “os créditos utilizados pela Recorrente foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal correspondente, todos devidamente comprovados nos autos” (SIC). Não acolho tais alegações defensivas apresentadas pela defendente, pois entendo que o lançamento de ofício foi efetuado com a clareza e precisão necessárias, possibilitando a determinação da natureza da Infração e tornando evidente o enquadramento legal, não acarretando nulidade conforme dispõe o § 1º, do art. 18 e o “caput” do art. 19, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99).

Ademais, constato que restou comprovado nos autos que o contribuinte fora intimado para apresentar os documentos fiscais comprobatórios do direito ao crédito e que não o fez, conforme Intimações de fls. 7 e 8.

Observe que toda a argumentação defensiva inerente à alegação de carência das provas produzidas apresentada pela impugnante se refere a infrações que nada tem a ver com aquela que deu origem ao presente Auto de Infração, não se aplicando ao caso concreto. Portanto, também não a acolho.

Relativamente ao mérito da infração, o Art. 31 da Lei nº 7.014/96 estabelece que o direito ao crédito fiscal “está condicionado à existência e idoneidade da documentação” fiscal. Portanto, pressupõe que todo crédito fiscal apropriado pelo Contribuinte esteja respaldado por documentos idôneos.

“Lei nº 7.014/96

(...)

Art. 31. O direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenham sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

(...)”

Nesse diapasão, observei que não há no PAF, documentos e/ou quaisquer outros elementos probatórios que comprovem a legitimidade do crédito fiscal que, segundo a autuante, fora apropriado pelo Contribuinte, capazes de combater a imputação fiscal descrita parágrafos acima, já que, na dicção do Art. 123, §5º do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), caberia à Autuada apresentar provas capazes de elidir a exigência fiscal, na fase de Impugnação do Lançamento.

Como nenhuma prova documental foi apresentada na Peça de Defesa interposta, considero que houve apenas a negativa de cometimento da infração, fato que, à luz do disposto no Art. 143 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), não desonera o Contribuinte de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Concluo, portanto, pela manutenção do lançamento do crédito tributário correspondente a esta Infração.

No que tange às alegações defensivas relativas à suposta natureza confiscatórias da exigência tributária (imposto e seus acréscimos), inclusive a multa aplicada no percentual de 60%, concretizada pelo Auto de Infração em lide em razão da imputação fiscal, em se considerando que os mesmos estão previstos nos arts. 2º e 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96 e no art. 102 da Lei nº 3.956/1981, não acolho a postulação defensiva. Não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, I e III do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Saliento, todavia, que essa matéria poderá ser submetida ao Poder Judiciário por intermédio de ações próprias.

Ressalto, por último, que as decisões judiciais reproduzidas na peça defensiva não alteram os entendimentos acima expostos, visto que as mesmas não são vinculantes para o Estado da Bahia, além do fato do Erário Estadual não ter figurado como parte nas ações que resultaram nos Acórdãos mencionados pela impugnante.

Pelas razões acima expostas, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Foi apresentada Recurso Voluntário às fls.133/49, sendo que inicialmente relata a tempestividade da peça recursal, alega preliminarmente nulidade para dois fatos e depois reclama quanto ao mérito.

Nas razões preliminares, alega **nulidade do Auto de Infração pela falta de termos**. Frisa que o Auto de Infração é um ato jurídico que produz efeitos jurídicos e exige todos os requisitos necessários para sua validade jurídica para tanto, ou seja, que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e que obedeça à forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104 do CC).

Afirma que o ato administrativo é praticado por autoridade pública competente (art. 42, I do Decreto nº 7.629/99), que tem por finalidade apurar infrações, mas sempre de maneira vinculada, ou seja, seguindo as exatas prescrições da lei. E que, sua inobservância, acarreta na sua anulabilidade. Reproduz o art. 18, incisos II, IV, “a” do RPAF/BA.

Disse que com a leitura do referido dispositivo, percebe-se que houve descumprimento no presente Auto de Infração, pois houve flagrante Cerceamento ao Direito de Defesa e a falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração, como restará comprovado de forma mais robusta com as informações de mérito que adiante serão demonstradas.

Pontua que a modalidade de ato vinculado o auto de infração deve conter os exatos e precisos ditames determinados na lei específica, o que, como veremos, não ocorre, já que vícios existem. Dentre eles a grave falta de um documento essencial para o seguimento do feito, acarretando, por certo, a nulidade do ato. E que esse ato se depreende que inexistente documento se não estiverem presentes todos os elementos indispensáveis, assim não teremos um auto de infração, administrativamente considerado, sendo que fere de morte a validade do ato administrativo. Impossível a ratificação posterior do erro fatal, eis que as condições materiais já não mais permanecem.

Diz que um documento sem qualquer valor, seja probatório, seja meramente indiciante, porque

aquilo que é nulo não pode gerar qualquer efeito juridicamente relevante. Cita definição do Professor Hely Lopes Meirelles, onde diz que o jurista evidencia que um ato administrativo praticado em desconformidade com disposto em lei, que fere diretamente ao princípio da extraterritorialidade, devendo ser decretado nulo, afastando seus efeitos principais e secundários.

Afirma que no presente Processo Administrativo Fiscal o ilustre autuante no afã de desenvolver seu mister, suprimiu direitos fundamentais do contribuinte para o completo exercício do seu direito de defesa consagrado na Carta Magna (art. 5º LIV da C.F.), o Princípio do Devido Processo Legal é assegurado a todos, isto é, todas as pessoas deverão ter no processo os seus direitos respeitados para que não ocorra nenhuma arbitrariedade.

Sustenta que a empresa não tomou ciência, sequer, que estava sendo fiscalizada e, que não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco. Da mesma forma também não foi intimada a apresentar livros ou documentos. Reproduz o art. 26 do RPAF e pontua que tal fato não se observa no presente PAF nenhum dos documentos acima elencados.

Ressalta que as vias do Processo Administrativo Fiscal devem ser cópias fieis umas das outras. Portanto, se não estão com esta composição, macula o processo, dificultando a defesa técnica do contribuinte. Neste sentido deve ser nulo o presente procedimento fiscal. Destaca lições de Alberto Xavier (in “Do Lançamento, Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário”, Ed. Forense, 2 ed., pág. 124).

Por fim, requereu a nulidade pela falta de um elemento essencial, como expresso na lei (art. 26 da Lei nº 7.651/2013 que regulamenta o Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF).

Outra nulidade é **por cerceamento do direito de defesa devido ao formato inadequado dos demonstrativos**. Disse que os demonstrativos foram apresentados em formato PDF (Adobe Acrobat Reader), o que impossibilita que a empresa possa importar os dados em bancos de dados, com o intuito de que se permita, de forma automatizada, fazer suas conferências e cruzamentos de informações, para poder se defender de forma adequada, dentro do prazo. O PDF apresentado é não editável.

Contesta que o formato apresentado deve ser, pelo menos, em EXCEL, pois da forma que estão postos fica a empresa sujeita a uma metodologia de gincana estudantil para poder exercer seu Direito de Defesa.

Explica que o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece em seu § 3º do art. 8º, que os demonstrativos devem ser apresentados pelo menos em formato TEXTO ou TABELA, exatamente porque nestes formatos há a possibilidade da defendente importar os dados de forma integral e analisa-los de forma automatizada e rápida. Acrescenta que esse demonstrativo possui 333 páginas, sendo impossível analisar de forma correta de forma manual como está posto. E pior, não há ordem alfabética na listagem das mercadorias, o que comprova que foi incorretamente formatado o relatório no sistema da SEFAZ.

Consigna que a informatização da apresentação dos documentos e livros fiscais por parte das empresas, exigida pelo Fisco em meio eletrônico, quer sejam as notas fiscais eletrônicas ou a escrituração fiscal e contábil digital o são desta forma de maneira a facilitar e agilizar o trabalho do Fisco e também do Contribuinte, mas as rotinas de auditoria também precisam evoluir no mesmo sentido, com relatórios e demonstrativos que proporcionem ao sujeito passivo a possibilidade de alimentar seus bancos de dados internos e poder fazer os cruzamentos apropriados, de forma a se defender de forma adequada, e até entender da forma apropriada o que lhe está sendo imputado.

Destaca que a simples omissão de documento essencial para validade do ato jurídico, o Termo de Início de Fiscalização, por si só, fulmina o procedimento de fiscalização do ilustre auditor fiscal, bem como do auto de infração. Agravado com a indevida formatação da apresentação dos arquivos digitais que demonstram os cálculos das infrações fulmina por completo o procedimento de lançamento fiscal, devendo o mesmo ser, de plano, declarado NULO.

Reitera que nos autos só foi apresentado um resumo de apuração mensal sem informar analiticamente, por NF quais operações tiveram a suposta irregularidade de utilização de alíquota diversa. Pergunta que *“como pode a Autuada se defender se não sabe qual operação (nota fiscal) está sendo autuada?”*. Afirma que o fisco deveria ao imputar a irregularidade informar no universo de operações quais não estavam de acordo a legislação.

Registra que o Auto de Infração deve indicar a conduta individualizada do contribuinte, visto que a falta desse requisito viola, a um só tempo, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. A consequência da ausência da individualização da conduta da Autuada conduz à nulidade do auto de infração. Cita posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre violação de princípios (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 772).

Alude que princípios constitucionais foram violados pelo Autuante, pois a falta da individualização da conduta da Autuada prejudicou o exercício constitucional da ampla defesa e do contraditório, assim como do devido processo legal. Transcreve o artigo 5º, LV da Carta Magna de 1988.

Salienta que não consta do auto de infração em comento a individualização da conduta da Autuada, cerceando o seu direito de Ampla Defesa e Contraditório, visto que não pode defender-se de algo sem saber exatamente do que está sendo acusada e, se conclui que as formas instrumentais do processo possuem o condão de garantir o contraditório, a ampla defesa, a segurança jurídica e, consequentemente, uma justa prestação jurisdicional a todos que necessitem. Transcreve julgado da 3ª JF do CONSEF (A-0037-03/12).

Por fim, requer a decretação da nulidade e passa a reclamar quanto às questões de mérito dos autos.

Reclama quanto ao **erro material da infração 1** em relação à acusação feita e descrita nos autos, pois sustenta que a recorrente recolheu imposto à menor, fruto de creditamento sem comprovação. Vários itens não foram considerados, o que levou o nobre Auditor Fiscal a lançar de forma equivocada.

Contesta em relação aos **outros créditos do Simples Nacional** e frisa que os contribuintes que calculam o imposto pelo regime de conta corrente fiscal de apuração do terão direito ao crédito correspondente ao ICMS incidente sobre as suas aquisições de mercadorias de ME ou EPP optante pelo Simples Nacional, desde que, destinadas à comercialização ou industrialização e observado, como limite, o ICMS efetivamente devido pelas optantes pelo Simples Nacional em relação a essas aquisições.

Pontua que o crédito a ser utilizado corresponderá ao percentual de ICMS previsto nos Anexos I ou II da Lei Complementar nº 123/06 para a faixa de receita bruta a que a ME ou a EPP estiver sujeita no mês anterior ao da operação e que o recorrente utiliza os créditos das aquisições de ME e PP enquadradas no simples nacional, conforme permitido pela legislação, lançado em outros créditos na apuração do ICMS. Cita a Nota Fiscal nº 9634 da ALUMINIO FORTBRILHO LTDA, de 25/04/2017, que comprova o não creditamento direto na escritural fiscal digital, no registro de entradas, ocorrendo o creditamento em outros créditos na apuração do ICMS.

Sustenta que inexistente crédito indevido, pois os valores lançados em outros créditos referem-se em parte a créditos de aquisições de optantes do simples nacional.

Alega **créditos em relação à devolução de aquisições de mercadorias enquadradas na ST**. Destaca que o CFOP 5411 - Devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária é utilizado para classificar neste código as devoluções de mercadorias adquiridas para serem comercializadas, cujas entradas tenham sido classificadas como “Compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária”.

Ressalta que por razões operacionais devolve ao fornecedor aquisições de mercadorias enquadradas na substituição tributária na condição de substituído tributário, cuja as entradas originais, não foi utilizado o crédito fiscal, sendo que o recorrente lança em outros créditos os

valores constantes na nota fiscal de devolução com o fito de anular os efeitos do débito, tendo em vista que na entrada original não houve creditamento por parte da autuada. Pede pela improcedência do Auto de Infração.

Defende em relação à **multa aplicada diz ofende princípios constitucionais da Razoabilidade, Proporcionalidade e de Proibição de Tributação com efeito de confisco**. Disse que o art. 150, IV da CF/88 define os fins confiscatórios onde a proibição de utilizar multas tributárias com efeito confiscatório, é posição, unânime, da mais abalizada doutrina e da jurisprudência consolidada dos Tribunais Pátrios. Cita ensinamentos de Leonardo e Silva de Almendra Freitas, entendimento do saudoso Ministro Amílcar Falcão, refuta os argumentos expendidos por ultrapassada corrente de pensamento acerca da não-extensão da vedação imposta pelo princípio do não confisco às multas tributárias.

Junta jurisprudência do STF que no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551-1/RJ (j. 24/10/2002), cuja relatoria foi incumbida ao Eminentíssimo Ministro Ilmar Galvão, reconheceu a proibição da utilização das multas tributárias com efeito confiscatório. Destaca que tal jurisprudência citada proíbe a utilização de tributos com intuito confiscatório às multas tributárias, afigura-se perfeitamente claro o caráter confiscatório das multas em tela eis que fixadas em montantes exagerados, desproporcionais e que equivalem, no somatório dos itens do Auto de Infração, valor maior que aquele eventualmente devido a título de imposto.

Acrescenta que as multas nesses patamares ferem o princípio de vedação ao confisco, tal fixação vai ainda de encontro aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. Volta a citar entendimento do Procurador do Município do Rio de Janeiro Rogério Leite Lobo a partir do estudo das obras dos Grandes Mestres e denota-se que a aplicação de multas nestes patamares, tendo em vista o grande peso que a carga que os tributos lançados perfaz sobre o total da tributação dos empresários do ramo da Impugnante, além de ser confiscatória, inviabiliza plenamente suas atividades, ensejando a sua redução, sob pena de fere os princípios constitucionais da vedação ao confisco, proporcionalidade e razoabilidade.

Cita outras jurisprudências: STF - no julgamento do RE nº 81.550/MG, Relator o notável Ministro Xavier de Albuquerque – que coibiu a imposição de multas fixadas em patamares elevadíssimos; decisão proferidas pelos TRF da 1ª e 5ª Regiões, em que as multas impostas são reduzidas ao patamar de 30%, ante o reconhecimento do caráter confiscatório que permeiam multas em percentuais de 60%.

Disse que tais decisões impõem no sentido de que a multa imposta à Impugnante no importe de 60%, do montante lançado, se afiguram confiscatórias, desproporcionais e sem qualquer razoabilidade, aviltando, por conseguinte, além destes, o princípio constitucional da capacidade contributiva, sendo medida de rigor, ante a inexistência de prejuízos à apuração dos tributos lançados, nem ao desenrolar da ação fiscal, bem assim a inexistência de dolo por parte da Impugnante, pleiteia-se a sua relevância, excluindo-a integralmente e liberando a recorrente de seu pagamento.

Afirma que a autoridade fiscal envidou máximos esforços a fim de ofertar condições mínimas de trabalhos, ofertando-lhe todos os livros, notas fiscais e arquivos magnéticos que continham diversas informações, planilhas com as movimentações, entre outras informações, dentre outros, para que os procedimentos tributários por ela adotados pudessem ser aferidos pelos fiscalizadores.

Entende que a multa aplicada ser desproporcional e, especialmente, desmedida a aplicação das multas nos patamares indicados pela D. Autoridade Fiscal, bem como a imputação de multas nas infrações do auto de infração, com caráter doloso, eis que não agiu com DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Sustenta que não há qualquer indício que tenha havido dolo por parte da Impugnante, quanto às supostas infrações.

Pugna pelo reenquadramento das multas aplicadas em todos os itens do Auto de Infração,

principalmente aqueles imputados com dolo, eis que aplicadas de forma impessoal e sem qualquer prova de tais circunstâncias, com o correspondente cancelamento das multas infligidas e subsidiariamente, pleiteia a redução das multas a patamares aceitáveis, quais sejam mínimos estabelecidos em lei.

Invoca o que preceitua o Art. 158 do RPAF, pois a empresa não incorreu em nenhum dolo, fraude ou simulação, bem como não impediu a realização de nenhuma etapa da Fiscalização, nem deu causa que a obrigação tributária principal fosse prejudicada, pedindo que seja CANCELADA pelo CONSEF a presente multa.

Pede por **diligência ou perícia** em face de flagrantes erros constatados nas planilhas demonstrativas da infração, requeremos a realização de diligências e perícias para se comprovar o erro do Fisco em especial por não considerar como crédito fiscal os valores realmente recolhidos a título de antecipação parcial.

Finaliza requerendo que:

- acolhimento da preliminar de nulidade suscitada por ofender frontalmente ao devido processo legal, bem como aos princípios constitucionais;
- superada a preliminar solicitada, a infração 1 seja totalmente improcedente pelas razões fáticas e jurídicas apresentadas, e, sobretudo pelo correto creditamento dos valores pagos a título de antecipação parcial;
- que a multa aplicada seja reduzida, tendo em vista os princípios da razoabilidade, da capacidade contributiva e da vedação ao confisco e;
- produção de todos os meios de prova admitidos em Direito.

Registro a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Dra. Rebeca Brandão de Jesus - OAB/BA nº 58.327.

VOTO

Trata o presente Recurso Voluntário, de lançamento em única infração, por utilização de crédito fiscal sem lastro documental, julgado Procedente em decisão de primeiro grau neste Conselho de Fazenda. Em pedido preliminar de nulidade, alega ausência de termos de fiscalização e que houve flagrante cerceamento ao Direito de Defesa e a falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração

Sustenta que a empresa não tomou ciência, sequer, que estava sendo fiscalizada e, que não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco. Da mesma forma também não foi intimada a apresentar livros ou documentos. Reproduz o art. 26 do RPAF e pontua que tal fato não se observa no presente PAF nenhum dos documentos acima elencados.

Outra nulidade arguida, foi por cerceamento do direito de defesa devido ao formato inadequado dos demonstrativos. Disse que os demonstrativos foram apresentados em formato PDF (Adobe Acrobat Reader), o que impossibilita que a empresa possa importar para bancos de dados, com o intuito de que se permita, de forma automatizada, fazer suas conferências e cruzamentos de informações, para poder se defender de forma adequada, dentro do prazo. O PDF apresentado é não editável. Por fim, requer a decretação da nulidade e passa a reclamar quanto às questões de mérito dos autos.

Colocado os argumentos pela nulidade, constato que à fl. 6 há um termo de início de fiscalização assinado pelo autuante em 31/01/2019, e à página seguinte, há uma intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, com postagem em 11/03 de 2019, e ciência em 12/03/2019. Além disso, há uma segunda intimação, postada em data anterior, 31/01/2019, com ciência no mesmo dia (fl.82). Além disso, muitas decisões judiciais não têm acatado a nulidade em processos fiscais por

ausência de termos de início ou intimações, sem comprovação de prejuízos à defesa.

Há um demonstrativo sintético da infração às fls. 17, onde aparece a coluna dos créditos totais apurados, e a seguir as colunas de antecipação parcial (recolhimento) e de outros créditos com ocorrências não especificadas, com a diferença lançada entre o crédito total e o crédito comprovado (antecipação parcial).

Entre as fls. 13 e 78, há cópias dos registros de apuração do ICMS, além dos DAE de pagamentos. À fl. 79, consta o CD com os levantamentos fiscais, e à fl. 84 um recibo em que o procurador da empresa, Joadison Silva dos Santos, devidamente identificado com procuração do cartório de tabelionato e protestos da cidade de Ibicaraí, assina o supracitado recibo, em que consta: DECLARO QUE RECEBI CÓPIA DE CD/MÍDIA CONTENDO DEMONSTRATIVOS DAS INFRAÇÕES RELATIVAS AO AUTO DE INFRAÇÃO Nº 2948880004196.

Consultando o CD, constato que todos os arquivos estão em EXCEL, e não em PDF como argumentado, e certamente o CD entregue ao contribuinte é idêntico. Não procedem as alegações pela nulidade. Não há qualquer cerceamento de defesa, como foi alegado.

Reclama ainda que quanto ao erro material da infração em relação à acusação feita e descrita nos autos, e que vários itens não foram considerados, o que levou o nobre Auditor Fiscal a lançar de forma equivocada.

Cita a Nota Fiscal nº 9634 da ALUMINIO FORTBRILHO LTDA, de 25/04/2017, que comprova o não creditamento direto na escritura fiscal digital, no registro de entradas, ocorrendo o creditamento em outros créditos na apuração do ICMS. Sustenta que inexistente crédito indevido, pois os valores lançados em outros créditos referem-se em parte a créditos de aquisições de optantes do simples nacional.

Alega créditos em relação à devolução de aquisições de mercadorias enquadradas na ST. Destaca que o CFOP 5411 - Devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária é utilizado para classificar neste código as devoluções de mercadorias adquiridas para serem comercializadas, cujas entradas tenham sido classificadas como “Compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária”.

Analisando as provas do processo, constato que à fl. 13, há o resumo da apuração do ICMS onde aparece o valor de R\$9.174,22 como total dos ajustes a crédito. Tal valor foi considerado indevido no demonstrativo do autuante, por falta de comprovação. À fl. 8 consta a seguinte intimação feita em 11/03/2019 - FICA O CONTRIBUINTE INTIMADO A APRESENTAR COMPROVAÇÃO DOS VALORES LANÇADOS A TÍTULO DE OUTROS CRÉDITOS – COLUNA AJUSTES DE CRÉDITOS DO LIVRO DE APURAÇÃO, REFERENTES AOS EXERCÍCIOS DE 2015/2016/2017, QUE ESTÃO SENDO FISCALIZADOS DE ACORDO OS 500243/19.

Há ainda intimação de mesmo teor, à fl. 8, porém de data anterior, 31/01/2019. Em ambas consta ciência do autuante. Embora o Recorrente tenha apresentado uma série de justificativas quanto à legalidade destes créditos, não consta nenhuma prova anexada ao processo, e examinando o CD que acompanha a peça recursal, fl. 164, consta apenas cópia em PDF do auto de infração e cópia em word do Recurso Voluntário. Fica claro que alegar e não provar, não há como conferir razão ao recorrente.

Defende em relação à multa aplicada que ofende princípios constitucionais da Razoabilidade, Proporcionalidade e de Proibição de Tributação com efeito de confisco. Neste caso, falece competência a este Conselho de Fazenda quanto às questões de eventuais inconstitucionalidades aplicadas, mas é certo que no próprio auto de infração, fl. 3, consta que a multa de 60% que foi aplicada, inc. VII, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, fica reduzida em até 90% se antes do prazo para impugnação ocorrer o pagamento de forma integral. Além disso, 35% de redução se for pago antes da inscrição em dívida ativa, e 25% se pago antes de execução de crédito tributário.

Apreciando os argumentos do Recurso, constato que não foram apresentadas as provas que

pudessem elidir o lançamento, nem tampouco se configurou qualquer cerceamento de defesa, tendo em vista as provas do processo, que foram apresentadas ao Recorrente para que pudesse exercer o seu direito à defesa, e bastava para isso, apresentar os documentos que embasaram os créditos glosados no auto de infração.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **294888.0004/19-6**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$189.871,85**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS