

A. I. N° - 278996.0001/19-8
AUTUADO - AUTOMETAL S/A
AUTUANTE - EDUARDO ANDRÉ MOREIRA TOSTA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18/05/2020

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0053-03/20

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MATERIAL DE CONSUMO. 2. DIFERIMENTO. RECEBIMENTO DE REFEIÇÕES PARA ALIMENTAÇÃO DE EMPREGADOS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DIFERIDO. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. 5. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ENTRADAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Conforme alegações defensivas, o autuado não impugnou as infrações 01 a 05, informando que optou pelo pagamento do débito relativo a esses itens. Infrações subsistentes. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1%, calculada sobre o valor comercial das mercadorias que tenham entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 22/03/2019, refere-se à exigência de crédito tributário no valor total de R\$209.532,44, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de dezembro de 2014; janeiro, março a dezembro de 2015; janeiro a agosto, outubro a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$3.900,84. Multa de 60%.

Infração 02 – 02.04.03: Falta de recolhimento do ICMS deferido nas entradas de refeições destinadas a consumo por parte dos funcionários do autuado, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$86.516,73. Multa de 60%.

Infração 03 – 03.02.05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de junho, julho e agosto de 2015. Valor do débito: R\$14.021,09. Multa de 60%.

De acordo com a descrição dos fatos, trata-se de saídas interestaduais título de transferência de mercadorias adquiridas para revendam com base de cálculo abaixo do custo de aquisição.

Infração 04 – 06.05.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo e/ou consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a abril, julho,

setembro, novembro e dezembro de 2014; março de 2015; fevereiro, abril, julho, agosto e novembro de 2016. Valor do débito: R\$26.033,72. Multa de 60%.

Infração 05 – 08.25.02: Falta de recolhimento do ICMS devido por responsabilidade solidária, referente às aquisições de outra Unidade da Federação de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, não tendo sido feita a retenção, nos meses de dezembro de 2014; janeiro a dezembro de 2015; janeiro, março a julho de 2016. Valor do débito: R\$22.716,75. Multa de 60%.

Infração 06 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2015; janeiro a abril, julho a dezembro de 2016. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$56.343,31.

O autuado apresentou impugnação às fls. 73 a 81 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e diz que é empresa regularmente constituída, que, de acordo com seus atos constitutivos, dedica-se essencialmente à industrialização, comercialização, importação e exportação de peças e componentes automotivos destinados à indústria automotiva.

Informa que na consecução de suas atividades empresariais está obrigado a recolher diversos tributos e dentre eles o ICMS, e apesar de cumprir regularmente com todas suas obrigações e deveres fiscais, foi recentemente surpreendido com a lavratura do presente auto de infração, consignando a ocorrência de diversas infrações.

Independentemente da concordância com a autuação, informa que optou pelo pagamento dos itens de 01 a 05, e o item 06 será objeto de defesa.

Entende que a infração 06 não merece prosperar, uma vez que as acusações fiscais se divorciam por completo da realidade fática das operações mercantis realizadas pela empresa, todas feitas segundo a legislação tributária vigente. Nesse sentido, destaca que grande parte das Notas Fiscais indicadas como não escrituradas pela Autoridade Fiscal foram canceladas em razão da devolução/não aceitação da mercadoria, de forma que se mostra impossível a referida escrituração fiscal.

Acrescenta que tais notas se referem a operações não tributadas que não representam qualquer prejuízo ao Fisco. Por isso, entende restar claro que referido item do auto de infração mostra-se dissociado da realidade, razão pela qual deve o lançamento ser integralmente cancelado seja por sua nulidade ou pelo mérito da discussão.

Diz que o lançamento padece de nulidade. Diversamente do que apressadamente concluiu a Fiscalização, não houve falta de escrituração de entrada de quaisquer mercadorias, bens ou serviços tributáveis ou não. As notas fiscais autuadas foram escrituradas extemporaneamente, canceladas pelo seu emissor, ou ainda recusadas pelo próprio impugnante

Ressalta que apesar de algumas notas fiscais terem sido escrituradas extemporaneamente, é certo que a infração na forma como imputada não ocorreu, o que é cabalmente comprovado no livro Registro de Apuração do ICMS, relativamente ao período de janeiro de 2015 a dezembro de 2016. Também alega que parte das notas não escrituradas foram, na verdade, canceladas pelo seu emissor ou recusadas, o que igualmente afasta a acusação fiscal.

Para a realização do cancelamento, o emissor da nota fiscal indicada pela fiscalização procedeu a emissão de nova nota fiscal de entrada, com a indicação no campo "informações complementares" do número da nota fiscal cancelada. Diante desse contexto, destaca que o referido procedimento de cancelamento está expressamente previsto no artigo 92, §1º do RICMS/BA, que transcreveu.

Afirma que, diante do cancelamento dos documentos fiscais e da não recepção da respectiva mercadoria, não procedeu (e nem deveria proceder) à escrituração dos referidos documentos fiscais indicados pela Fiscalização. Dentre as notas fiscais apontadas pelo Fisco como não escrituradas, parte delas refere-se a mercadorias recusadas. Nestes casos, o impugnante recusou o

recebimento da mercadoria e informou no verso da nota fiscal a razão da recusa, conforme determina o artigo 235, §22 do RICMS/BA e Artigo 54, § 35 do Convênio s/nº de 15/12/1970.

Entende que o Fisco não analisou profunda e exaustivamente a documentação fiscal da empresa antes de lavrar o presente auto e imputar-lhe a prática das infrações recorridas. Ao assim proceder e lavrar o auto de infração sem apurar os fatos e provas relativos às operações em questão, a Fiscalização novamente violou o disposto nos artigos 142 e 149 do Código Tributário Nacional, uma vez que, no exercício de sua atividade vinculada e obrigatória, não pode jamais o Fisco furtar-se de seu dever investigar de forma específica e minuciosa a situação concreta que poderá ensejar eventual lançamento após a conclusão dos trabalhos fiscalizatórios. Sobre o tema, menciona ensinamentos de Leandro Paulsen.

Assegura, restar claro que a infração em comento está absolutamente desvincilhada da realidade dos fatos e da verdade material que permeia as suas operações, impondo-se o imediato cancelamento da autuação quanto à infração descrita no item 06 do Auto de Infração e, consequentemente, das penalidades impostas, seja porque no mérito não prospera ou porque também aqui a Fiscalização violou o disposto nos artigos 142 e 149 do CTN.

Alega que além das razões acima expostas, o auto de infração também não merece prosperar em razão de vícios processuais existentes em sua essência. Nesse sentido, ressalta que a Fiscalização não demonstrou a ocorrência das infrações que imputa, tendo lavrado um auto de infração absolutamente lacônico.

Diz que se verifica da autuação em comento, o lançamento revela vagueza e generalidade em seu conteúdo acusatório, sem demonstrar em nenhum momento quais fundamentos e fatos teriam levado a Fiscalização a concluir ter havido infração à lei tributária pelo impugnante.

Contudo, a Constituição Federal dispõe em seu artigo 53, LV que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Isso significa que a parte litigante, no caso o contribuinte, tem o direito de se defender das acusações, o que inclui o conhecimento amplo das supostas infrações e de quaisquer fatos ou circunstâncias correlatas.

Também alega que a Administração, jungida ao art. 142 do CTN, e devendo observância ao princípio da verdade material, deve buscar e demonstrar o contexto fático que teria ensejado o lançamento, o que definitivamente não aconteceu neste caso dos autos. Nesse sentido, reproduz ensinamento Celso Antônio Bandeira de Mello e Odete Madauar.

Conclui que o auto de infração é nulo por violação ao art. 142 do CTN, e aos princípios da verdade material, do contraditório e da ampla defesa, que regem o processo administrativo fiscal, sendo de rigor o cancelamento do item 06, autuação remanescente no Auto de Infração combatido.

Requer seja a Impugnação Administrativa julgada procedente, cancelando-se a multa descrita no item 06 do presente Auto de Infração, tendo em vista que a Fiscalização não se atentou a todos os fatos envolvidos, uma vez que as Notas Fiscais não foram escrituradas por se mostrarem indevidas (seja porque as mercadorias foram recusadas, seja porque foram escrituradas extemporaneamente, sem qualquer prejuízo ao Fisco), comprovando-se a impossibilidade de manutenção da autuação em comento.

O autuante presta informação fiscal às fls. 91 a 93 dos autos. Quanto à preliminar de nulidade, diz que às fls. 79 a 81, o autuado discorre sobre o que entende ter sido afrontado o seu direito ao contraditório e à ampla defesa.

Diz que isto não se constata na sua abordagem de mérito das fls. 75 a 78. Demonstrou ter entendido as demais infrações.

No mérito, afirma que o autuado alegou a existência de notas fiscais canceladas. Nas fls. 74/75, alegou que "...grande parte das Notas Fiscais indicadas como não escrituradas pela Autoridade Fiscal foram canceladas em razão da devolução/não aceitação da mercadoria, de forma que se mostra impossível referida escrituração fiscal. Ademais, mesmo que assim não fosse, tais notas referem-se a operações não tributadas que não representam qualquer prejuízo ao Fisco". Diz que o defendantee não apresentou prova do cancelamento de nenhuma dessas Notas Fiscais.

Quanto ao argumento de Notas Fiscais escrituradas extemporaneamente, ressalta que, da mesma forma que a alegação anterior, o autuado declara às fls. 75 (último parágrafo) que "...não deixou de escriturar a entrada de quaisquer mercadorias, bem ou serviços tributáveis ou não, as notas fiscais autuadas foram escrituradas extemporaneamente, canceladas pelo seu emissor ou ainda recusadas pela própria Impugnante ... apesar de algumas notas fiscais terem sido escrituradas extemporaneamente, é certo que as infrações na forma como imputadas não ocorreram, o que é cabalmente comprovado no Livro de Apuração do ICMS, relativamente ao período de janeiro a dezembro de 2016".

Ressalta que as Notas Fiscais não são escrituradas no livro de Registro e Apuração do ICMS e sim no livro de Registro de Entradas, e foi exatamente neste livro que a fiscalização verificou que as Notas Fiscais relacionadas no demonstrativo de fls. 47 a 54 não foram registradas. Também afirma que embora o autuado alegue, não comprovou o registro dessas Notas Fiscais, mesmo no livro de Registro e Apuração do ICMS.

Diz que se trata de Notas Fiscais não tributadas pelo imposto estadual e não conseguiu entender como seriam escrituradas nas linhas de ajustes (Outros Créditos, Outros Débitos, Diferença de Alíquota, Estorno de Débito ou Estorno de Crédito) no livro RAICMS.

Conclui que as alegações defensivas estão desacompanhadas de qualquer tipo de prova admitida em direito. A simples negativa do cometimento da infração não é suficiente para elidir a ação fiscal. Há de se apresentar provas. No caso concreto, cópias das Notas Fiscais canceladas ou das entradas emitidas pelo fornecedor, desfazendo a operação.

Da mesma forma, o defendantee deveria comprovar na sua escrita fiscal o registro das Notas Fiscais que alega ter escriturado extemporaneamente. Portanto, o autuado carece de qualquer tipo de razão em sua defesa.

Assim, o autuante requer a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O defendantee alegou que o auto de infração não merece prosperar, em razão de vícios processuais existentes em sua essência, ressaltando que a Fiscalização não demonstrou a ocorrência das infrações que imputa, tendo lavrado um auto de infração absolutamente lacônico.

Disse que se verifica da autuação em comento, que o lançamento revela vaguezza e generalidade em seu conteúdo acusatório, sem demonstrar em nenhum momento quais fundamentos e fatos teriam levado a Fiscalização a concluir ter havido infração à lei tributária pelo impugnante.

Observo que o presente lançamento foi efetuado de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

Rejeito a preliminar de nulidade, uma vez que a descrição dos fatos, o enquadramento legal e os demonstrativos anexados ao Auto de Infração, permitem o conhecimento da acusação imputada ao contribuinte e do imposto lançado, possibilitando o pleno exercício do direito de defesa. Os fatos descritos no Auto de Infração estão materialmente comprovados por meio dos demonstrativos

elaborados pelo autuante, a defesa foi apresentada a contento, constatando-se que o contribuinte tomou conhecimento das imputações tratadas na autuação fiscal, e das matérias por ele questionadas.

No mérito, o autuado apresentou alegações defensivas quanto à infração 06, informando que optou pelo pagamento dos itens de 01 a 05, e o item 06 será objeto de defesa, tendo apresentado petição à fl. 87, solicitando a emissão de DAE para pagamento do débito, conforme quadro que elaborou. Dessa forma, concluo pela subsistência dos itens não impugnados, considerando que não há lide a ser decidida.

A infração 06 refere-se à entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2015; janeiro a abril, julho a dezembro de 2016. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$56.343,31.

A legislação prevê a aplicação de multa de 1% sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, para mercadorias sujeitas à tributação, bem como em relação às mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96).

A falta de escrituração ou lançamento de notas fiscais de forma incompleta em livros fiscais, impede a realização de auditorias fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS. Ou seja, a falta de escrituração de notas fiscais causa dificuldades para a fiscalização desenvolver procedimentos fiscais, por isso, é aplicada multa, conforme estabelece o art. 42, incisos IX da Lei 7.014/96, haja vista que interessa ao Estado manter o controle das entradas de mercadorias e prestações realizadas, e a falta de escrituração dos documentos fiscais impede o mencionado controle. A multa é estabelecida em dispositivo de lei, que não condiciona sua aplicação à ocorrência de prejuízo ao erário estadual.

O defendente alegou que não houve falta de escrituração de entrada de quaisquer mercadorias, bem ou serviços tributáveis ou não. Disse que as notas fiscais autuadas foram escrituradas extemporaneamente, canceladas pelo seu emissor, ou ainda recusadas pelo próprio impugnante

O autuado não apresentou qualquer comprovação das alegações defensivas, não trouxe aos autos a prova necessária para sustentar seus argumentos. Neste caso, o impugnante deveria exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo.

De acordo com o mencionado art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, e a simples negativa do cometimento da infração, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

O autuado também alegou que apesar de algumas notas fiscais terem sido escrituradas extemporaneamente, é certo que a infração, na forma como imputada, não ocorreu, o que é cabalmente comprovado no livro Registro de Apuração do ICMS, relativamente ao período de janeiro de 2015 a dezembro de 2016.

Entretanto, além de o defendantee não ter indicado as notas fiscais que foram escrituradas, se referiu ao livro RAICMS, que não é destinado ao registro de documentos fiscais, como ressaltou o autuante, haja vista que o livro adequado é o Registro de Entradas.

Em relação às aquisições de mercadorias, a legislação estabelece que a escrituração deve ser efetuada no Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias, bens ou serviços tributáveis ou não, e a falta de escrituração

constitui irregularidade por descumprimento de obrigação acessória, punível com multa. (art. 217 do RICMS-BA/2012).

A legislação prevê a aplicação de multa, calculada sobre o valor comercial da mercadoria que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, em relação a mercadorias sujeitas à tributação, bem como, mercadorias não tributáveis (art. 42, inciso IX da Lei 7.014/96).

Não acato as alegações defensivas, considerando que ao determinar a necessidade de registro na escrita fiscal de toda e qualquer entrada de mercadoria no estabelecimento, a pretensão da legislação é de se manter os controles fiscais e o fluxo de mercadorias, desde o ingresso até a saída do estabelecimento. Neste caso, mesmo em relação a mercadorias não destinadas à comercialização ou não tributáveis, não se pode garantir um controle efetivo sem o necessário registro das entradas e saídas de mercadorias. Mantida a exigência fiscal constante na infração 06.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 278996.0001/19-8, lavrado contra **AUTOMETAL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$153.189,13**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a”, “e” e “f” e inciso VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de **R\$56.343,31**, prevista no art. 42, inciso IX da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA