

A. I. Nº - 298574.0007/20-0
AUTUADO - TIMAC AGRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FERTILIZANTES LTDA.
AUTUANTE - JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO
ORIGEM - DAT METRO/INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 30/11/2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-02/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL RELATIVO ÀS ENTRADAS DE MERCADORIAS UTILIZADAS NA INDUSTRIALIZAÇÃO DE PRODUTOS, CUJAS SAÍDAS OCORRERAM COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Exigência fiscal alterada em sede de informação fiscal, através de novos demonstrativos elaborados pelo autuante. Infrações 01 e 02 parcialmente mantidas. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.** Diante do fato de não terem sido trazidos aos autos elementos de provas capazes de elidir as infrações 03, 04 e 05, as mesmas ficam mantidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado, foi lavrado em 29 de maio de 2020 e refere-se à cobrança de crédito tributário no valor de R\$79.135,86, além de multas de 60% e pelo descumprimento de obrigação acessória, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **01.05.07.** Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias utilizadas na industrialização de produtos cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção do imposto, no valor de R\$24.076,27, multa de 60%, nos meses de junho a agosto de 2015.

Informa o autuante: “*O Contribuinte não realizou o estorno de crédito fiscal relacionado com operações, com terceiros, de mercadorias/produtos não classificados como matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem e demais insumos utilizados no processo fabril. Vide DEMONSTRATIVO DA FALTA DE ESTORNO DO ICMS – OPERAÇÃO COM TERCEIRO – ART’S. 264, XVIII, ‘C’ E 266, III, DO RICMS/12*”.

Infração 02. **01.05.07.** Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias utilizadas na industrialização de produtos cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção do imposto, no montante de R\$44.261,50, além de multa de 60%, para ocorrências constatadas nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2015, janeiro, abril, junho a novembro de 2016, março, junho a agosto, outubro a dezembro de 2017.

Apona o autuante que “*O Contribuinte não realizou o estorno de crédito fiscal relacionado com operações, com terceiros, de mercadorias/produtos não classificados como matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem e demais insumos utilizados no processo fabril. Vide DEMONSTRATIVO DA FALTA DE ESTORNO DO ICMS – OPERAÇÃO COM TERCEIRO – ART. 266, III, DO RICMS/12*”.

Infração 03. **16.01.01.** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada operação, totalizando R\$3.616,39, correspondente a fatos

ocorridos nos meses de outubro a dezembro de 2015, abril, julho e novembro de 2016, abril, junho e outubro de 2017.

Infração 04. **16.01.02.** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, cominada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor de cada operação, no total de R\$6.385,03, para fatos constatados em junho, julho, novembro e dezembro de 2015, fevereiro, maio, setembro, outubro e dezembro de 2016, março, maio, julho, setembro e novembro de 2017.

Infração 05. **16.01.06.** Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de R\$796,67, para fato verificado no mês de dezembro de 2017.

Tempestivamente, a autuada, por seu advogado, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 29 a 41, onde, após firmar ter atendido ao prazo para impugnação do lançamento, ainda que protocolada via e-mail, diz que a autuação ora debatida engloba todas as infrações.

Após transcrição do artigo 30, inciso II, da Lei nº 7.014/96, e artigos 312, inciso II, 264, inciso XVIII, alínea “c” e 266, inciso III do RICMS/12, aponta que no caso ora analisado, as entradas de mercadorias para revenda havidas no período objeto de auditoria pela Fiscalização não geraram somente saídas internas, visto que efetivou, também, operações interestaduais, que resultaram, dessa forma, em operações de saídas tributadas, cuja manutenção do crédito relativo ao ICMS é garantido em razão da necessária aplicação do princípio da não cumulatividade.

Fala que o embasamento legal utilizado para proceder a limitação de aproveitamento do crédito nas entradas de produtos para revenda, representado pelo artigo 266, inciso III, não procede, visto que o referido dispositivo legal cuida exclusivamente da manutenção dos créditos de itens produzidos e vendidos com a redução de base prevista no Convênio ICMS 100/1997.

Portanto, a vedação quanto ao aproveitamento dos créditos ora glosados resulta em flagrante violação ao princípio da não-cumulatividade, uma vez que a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre o ICMS, erigiu como princípio básico deste imposto a técnica da não-cumulatividade, isto é, determinou que o imposto devido em cada operação fosse compensado com o montante cobrado nas operações anteriores, arremata.

Após copiar o teor do artigo 155, inciso II, § 2º, alíneas “a” e “b”, da Carta Magna, invoca ter o artigo 20 da Lei Complementar 87/1996, seguido à risca, o comando do constituinte.

Salienta que a não-cumulatividade também está prevista na legislação vigente no Estado da Bahia, conforme pode ser apurado a partir da leitura do artigo 28 da Lei 7.014/96, consoante reprodução.

Nota, portanto, que a legislação de regência do ICMS prevê, de forma clara, o direito ao aproveitamento dos créditos decorrentes de bens adquiridos e utilizados no processo seu produtivo, devendo ser salientado que no caso ora analisado, o ICMS aproveitado foi devidamente calculado considerando os estornos determinados pela legislação de regência do imposto.

Em relação ao ICMS sobre mercadorias (caso concreto), ressalta a regra-matriz do direito ao crédito e a regra-matriz de incidência, conforme lição de Osvaldo Carvalho:

Regra-Matriz de Incidência do ICMS:

- (A) Critério Material: realizar operação relativa à circulação de mercadorias entre pessoas distintas;
- (B) Critério Espacial: âmbito territorial do(s) Estado(s) envolvido(s) na operação;
- (C) Critério Temporal: momento da saída da mercadoria; saída da mercadoria do estabelecimento remetente;
- (D) Critério Pessoal: Estado(s) envolvidos na operação (sujeito(s) ativo(s)) e Fornecedor; e,

(E) Critério Quantitativo (base de cálculo): valor da operação.

Regra-Matriz de Direito ao Crédito do ICMS:

(A) Critério Material: crédito de ICMS incidente na operação de compra de mercadorias;

(B) Critério Espacial: Território do(s) Estado(s) envolvido(s);

(C) Critério Temporal: prazo previsto no(s) respectivo(s) regulamento(s) do ICMS;

(D) Critério Pessoal: Sujeito ativo e Estado (sujeito passivo); e,

(E) Critério Quantitativo: base de cálculo: valor da operação circulação da mercadoria e alíquota.

A técnica da não-cumulatividade foi minuciosa e rigidamente tratada na Constituição Federal de 1988 que encerrou todas as hipóteses de exceções ao direito de crédito do contribuinte, vedando-o tão-somente nas operações com mercadorias ao abrigo da isenção ou não-incidência, podendo a legislação infraconstitucional dispor em sentido contrário apenas nestas hipóteses.

Entende restar indene de dúvidas que o termo constitucional “montante cobrado” significa montante devido, que na presente hipótese corresponde também ao montante efetivamente recolhido, sendo tais argumentos corroborados pela doutrina pátria, conforme se depreende do magistério de Roque Antônio Carrazza reproduzido em trechos.

Isto significa que o direito à compensação permanece íntegro ainda que um dos contribuintes deixe de recolher o tributo ou a Fazenda Pública de lançá-lo (salvo, é claro, por motivo de isenção ou não-incidência). Basta que as leis de ICMS tenham incidido sobre as operações ou prestações anteriores para que o abatimento seja devido, e o abatimento, pois, é, sem dúvida, categoria jurídica de hierarquia constitucional. Melhor dizendo, é direito constitucional reservado ao contribuinte do ICMS, que nenhuma lei, decreto, portaria, interpretação, etc.; podem amesquinhar, finaliza.

Sendo assim, o artigo 155, parágrafo 2º, I da Constituição Federal confere ao contribuinte do ICMS o direito público subjetivo, oponível ao Estado ou ao Distrito Federal, de fazer o abatimento quando presentes os requisitos constitucionais, conclui.

Reconhece se estar, pois, diante de típica norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que, como quer José Afonso da Silva, independe, para irradiar efeitos, da edição de regras inferiores que lhe explicitem o conteúdo ou o alcance.

Tem como certo que o Texto Supremo introduziu, nesse passo, uma compensação obrigatória, e nesse sentido, o direito ao crédito do ICMS caracteriza uma relação jurídica autônoma cujo antecedente único é a incidência do imposto na operação anterior, mediante o respectivo destaque na nota fiscal, não se cogitando de mais nenhuma outra condição à vazão desse direito de abater ou compensar o referido imposto, à exceção das regras de estorno proporcional do imposto, que foram devidamente aplicadas quando necessário e na forma prevista na legislação de regência do imposto.

Assim, não há como se deixar de contestar a ilegalidade do Estado da Bahia em obstar o respectivo creditamento do ICMS decorrente das operações realizadas, lhe sancionando, entende.

No caso ora analisado, fala não restarem dúvidas de que houve a incidência do imposto na etapa anterior, devidamente destacado em documento fiscal, bem como houve o estorno proporcional dos créditos na forma como determinado na legislação estadual.

Garante que ao restringir o crédito do imposto, a Fiscalização acaba por violar, ainda que de forma reflexa, o princípio da legalidade, previsto no artigo 150, inciso I, da Constituição Federal vigente, o qual assegura que nenhum tributo será criado ou aumentado a não ser através de lei, e neste sentido, traz ensinamento de Hugo de Brito Machado.

No momento em que a Fiscalização Fazendária veda o direito ao crédito, se dá verdadeira majoração do tributo, pois aí não poderá compensar o crédito pago em uma operação de aquisição de mercadorias com a totalidade de seus créditos fiscais, assevera.

Frisa que como decorrência do princípio da legalidade, somente lei pode fixar e alterar os principais elementos constitutivos dos tributos, ocasionando eventual elevação de carga tributária, e não pode o Fisco, com arrimo em uma interpretação equivocada da legislação tributária vigente no Estado da Bahia, e com uma análise deficiente dos documentos fiscais que dão suporte aos créditos aproveitados, e, mais ainda, desconsiderando os elementos apresentados quando do procedimento de auditoria fiscal, vir a exigir ICMS que de fato não é devido, e a partir do momento em que lhe é vedado o creditamento do ICMS a que tem direito, está ocorrendo verdadeira majoração do tributo.

Verifica que também em razão de violação reflexa ao princípio da legalidade, não há como prosperar o Auto de Infração ora contestado, o qual, também com base nesse argumento, merece ser julgado totalmente improcedente.

Em especial no que se refere à infração 02, salienta que o agente fiscalizador se equivocou ao mencionar no texto do Auto que não teria efetuado o estorno de crédito relativo as entradas das mercadorias utilizadas na industrialização de produtos, referente aos fatos ocorridos a partir de 09/2015, e cujas saídas subsequentes foram beneficiadas pela isenção, considerando que a partir do período supramencionado não mais prevalecia a figura da isenção com manutenção de crédito integral, previsto no inciso XVIII, alínea “c” do artigo 264.

Considerando a operação interestadual de revendas de mercadorias, assim mencionada nas memórias de cálculos constantes do Auto de Infração, e perfazendo o total da infração de R\$44.261,50, com sustentação no artigo 266, inciso II, do RICMS/12, garante ter apresentado à Fiscalização os seus demonstrativos de estorno, com indicação no livro de apuração no campo “estorno de crédito”, proporcionalizado e levando em consideração o coeficiente para o aproveitamento do crédito fiscal correspondente ao total das saídas interestaduais das revendas sobre o total geral das revendas de fertilizantes.

Com o coeficiente de aproveitamento aplicado sobre a base contábil correspondente às entradas de produtos para revendas, o valor do crédito excedente aos 70% de base de cálculo das saídas restaram considerados como estorno de crédito no livro de apuração, anota.

Constata que o método de cálculo do coeficiente de crédito fiscal apresentado pelo Auto de Infração ora combatido diverge totalmente da metodologia apurada, vez que considera como denominador de cálculo o total das saídas interestaduais, utilizando CFOP alheios à operação de revenda de fertilizantes, tais como: remessa de armazenagem, simples faturamento, remessa para conserto, devolução de uso e consumo, devolução de ativo imobilizado.

Diz ser impossível, então, estar correta a apuração levada à efeito pelo Auto de Infração, em razão de, justamente, não considerar os diversos tipos de saídas interestaduais, que foram contabilizadas no cálculo efetivado.

Conclui que, dessa forma, a regra de proporcionalidade utilizada para apurar os créditos de ICMS a que tem direito está correta, apurando todos os créditos fiscais a que a mesma tem direito a aproveitar, restando assim improcedente a glosa levada à efeito pelo Auto de Infração ora combatido no que se refere às infrações 01 e 02.

Para as infrações 03, 04 e 05 cuidam de entradas, sem registro na sua escrita fiscal, de bens ou serviços sujeitos à tributação, mercadorias não tributáveis e mercadoria ou serviço tomado, respectivamente, anota.

Acontece que a apuração levada à efeito pelo Auto de Infração não considerou notas fiscais emitidas pelos seus fornecedores, que em momento posterior, todavia, restaram canceladas, pontua, e nestes casos, não havendo tempo hábil para o cancelamento da operação, restaram emitidas outras notas fiscais para o seu desfazimento (da operação).

Cita que no Dicionário Jurídico de Maria Helena Diniz, desfazimento possui o seguinte significado:

a) ato de desfazer;

b) desconstituição de um negócio jurídico;

c) eliminação de efeitos de um ato negocial nulo ou anulável. (In: Dicionário Jurídico, 3ª Ed. Saraiva, 2007, p. 105).

Dessa forma, fala não restarem dúvidas de que o expediente fiscal ora combatido deveria considerar, no que se refere às infrações 03, 04 e 05, todas as operações canceladas e desfeitas para fins de apurar o correto crédito tributário devido no caso ora analisado.

Pede a devida *vênia* para a anexar, posteriormente, demonstrativo referindo as notas fiscais que foram canceladas ou que foram objeto de desfazimento da operação, para que, aí sim, venha a ser apurado o correto crédito tributário eventualmente devido.

Requer, finalmente, seja recebida e devidamente processada a presente impugnação, para que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração, conforme razões de mérito apresentadas na presente petição, afastando-se, dessa forma, o crédito tributário exigido pelo mesmo.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 66 a 72, inicialmente, requer a reunião dos lançamentos que indica, para contemplar a economia processual.

Esclarece que o Auto de Infração, Demonstrativo de Débito e os demais demonstrativos, elaborados a partir da EFD entregue pelo Sujeito Passivo, indicam os elementos material, espacial, temporal, pessoal e quantitativo cumprindo normas atinentes ao lançamento tributário em questão.

Em relação à ausência de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, da infração 01, diz se tratar de lançamento administrativo de falta de estorno de crédito fiscal relativo às entradas no estabelecimento industrial de mercadorias/produtos não classificados como matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem e demais insumos utilizados na fabricação dos produtos do Contribuinte. O DEMONSTRATIVO DA FALTA DE ESTORNO DO ICMS - OPERAÇÃO COM TERCEIRO - ART'S. 264, XVIII, "C" E 266, III, DO RICMS/12 indica as operações fiscais de CFOP 2152 (Transferência para comercialização), que evidencia a aquisição de mercadorias/produtos não submetidos ao processo de fabricação do sujeito passivo.

Destaca que a obrigatoriedade do estorno de crédito fiscal visa cumprir, em especial e de forma adequada, os Princípios da Não Cumulatividade e da Legalidade citados, por meio de renomados doutrinadores, pela defesa.

Após reproduzir o teor do artigo 30, inciso II, da Lei 7.014/96 e aqueles do RICMS/12 que embasaram a autuação, registra que a natureza jurídica do Instituto da Redução de Base de Cálculo do ICMS é a de Isenção Tributária, contudo, em nova análise, observa que não foi considerado o crédito fiscal relativo às saídas interestaduais com redução de base de cálculo fixada pelo Convênio ICMS 100/97 combinado com o artigo 266, III, do RICMS/12, notadamente, sobre a manutenção integral do crédito fiscal mencionado.

Apresenta novos demonstrativos de cálculo que alteram o valor histórico da infração 01 para R\$14.378,41.

Na infração 02, diz se tratar o lançamento administrativo de falta de estorno de crédito fiscal relativo às entradas no estabelecimento industrial de mercadorias/produtos não classificados como matérias-primas, produtos intermediários, materiais de embalagem e demais insumos utilizados na fabricação dos produtos do Contribuinte, conforme demonstrativo elaborado, que indica as operações fiscais para comercialização - CFOP 2102, 2118 e 3102, que evidencia a aquisição de mercadorias/produtos não submetidos ao processo de fabricação do sujeito passivo.

Destaca que a obrigatoriedade do estorno de crédito fiscal visa cumprir, em especial e de forma adequada, os Princípios da Não Cumulatividade e da Legalidade citados, por meio de renomados doutrinadores, pela defesa.

Após reproduzir, mais uma vez, a legislação que calçou a autuação, e pontuar ser a natureza jurídica do instituto da Redução de Base de Cálculo do ICMS a de Isenção Tributária, observa que,

em nova análise, não foi considerado o crédito fiscal relativo às saídas interestaduais com redução de base de cálculo fixada pelo Convênio ICMS 100/97 combinado com o artigo 266, III, do RICMS/12, notadamente, sobre a manutenção integral do crédito fiscal mencionado.

Apresenta novo demonstrativo de débito, o qual altera o valor histórico da infração 02 para R\$7.701,54, nos meses indicados.

Quanto às infrações 03, 04 e 05, indica não ter a defesa especificado com provas as operações fiscais para, ao menos, refutar a acusação fiscal. Dessa forma, ao não cumprir o ônus de comprovar os fatos alegados, surge a imposição das condutas descritas nos artigos 140, 141 e 143 do RPAF/99, o que faz com que as mesmas sejam mantidas nos seus valores históricos iniciais.

Conclui no sentido de que, ao acolher as alegações defensivas, em parte, o Auto de Infração é procedente no valor histórico alterado para R\$32.878,04, sendo parcialmente procedente.

Presente na sessão de julgamento, o Dr. Luiz Felipe Schmitt Mussnich, OAB 44.671/RS, o qual declinou da sustentação oral, sob o argumento de que o relatório contemplou todos os pontos arrolados na peça defensiva apresentada, e reiterando os argumentos defensivos já postos.

VOTO

O presente lançamento constitui-se em cinco infrações arroladas pela fiscalização, sendo todas elas objeto de impugnação por parte da empresa autuada.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através de Intimação Para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, enviada através do DT-E em 04/02/2020 (fl. 08).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 14 a 22, de forma amostral, estando, entretanto, de forma completa inserida na mídia de fl. 24.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte, e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

A empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou o aspecto das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Em relação às questões preliminares apontadas na defesa, se referem apenas a atos de comunicação, não tendo qualquer repercussão quanto ao julgamento ora realizado, não trazendo qualquer prejuízo para as partes envolvidas.

Na apreciação de mérito, observo que as infrações 01 e 02 possuem o mesmo fato, e mesma base legal, se reportando a falta de estorno de crédito fiscal tomado, relativamente a produtos posteriormente comercializados com isenção.

A tese defensiva é a de que teria sido violado o princípio da legalidade, diante de majoração do tributo, bem como haveriam operações tributadas, tidas pelo autuante como isentas, o que demandaria a improcedência da acusação formulada. Em sede de informação fiscal, como já relatado, o autuante refez o levantamento, realizando os ajustes tidos como necessários, o que implicou em redução dos valores originalmente lançados para ambas as infrações.

Em relação a eventual violação do princípio da legalidade, esclareço se tratar de garantia constitucionalmente prevista, ao dispor a Carta Magna em seu artigo 150:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”.

Daí, se percebe claramente que tal princípio vem a se constituir em instrumento necessário para se atingir o ideal da segurança jurídica, se prestando a garantir que os tributos sejam cobrados segundo normas objetivas, que permitem assegurar a imprescindível segurança nas relações entre o Fisco e os contribuintes, ao assegurar que os tributos não poderão ser instituídos ou alterados arbitrariamente pelo Poder Executivo.

No presente caso, como exaustivamente citado tanto pelo contribuinte, como pelo autuante, inclusive mediante transcrição de trechos da legislação, existe a necessária base legal para a exação fiscal, não se podendo falar, pois, que tal ato venha a se constituir em majoração de tributo, como pretende a defesa.

Em relação ao argumento de não ter sido respeitado o princípio da não cumulatividade, esclareço, de igual modo, não pode ser acolhido, diante do fato de que foram atendidos os requisitos não somente da Constituição Federal, bem como da Lei Complementar 87/96.

A própria redação das mesmas, de igual teor “Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias utilizadas na industrialização de produtos cujas saídas subsequentes ocorreram com isenção do imposto”, v ao encontro, inclusive, ao afirmado pela defesa, de que “A técnica da não-cumulatividade foi minuciosa e rigidamente tratada na Constituição Federal de 1988 que encerrou todas as hipóteses de exceções ao direito de crédito do contribuinte, vedando-o tão-somente nas operações com mercadorias ao abrigo da isenção ou não-incidência, podendo a legislação infraconstitucional dispor em sentido contrário apenas nestas hipóteses”.

Estamos a falar, como visto, em operações amparadas por isenção, e como tal, com suporte legal para, como regra geral, se estornar os créditos tomados nas entradas dos produtos que redundaram nas saídas isentas, sendo esta a regra insculpida no artigo 30 da Lei 7.014/96:

“Art. 30. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

II - for integrada ou consumida em processo de industrialização, produção, geração ou extração, quando a saída do produto resultante não for tributada ou estiver isenta do imposto”.

Ou seja: o lançamento possui a devida base legal, sem qualquer nódoa que o venha a macular, quer por nulidade, que por ilegalidade, não sendo o estorno do crédito uma faculdade ou opção do contribuinte, mas uma obrigação estipulada na norma legal.

Sob o aspecto material, ou seja, operações sobre as quais incidiria a tributação, bem como operações que não corresponderiam a saídas, tomadas pelo autuante, este, em sede de informação fiscal, refez os cálculos, após reconhecer equívocos quanto aos valores tidos como devidos apontados inicialmente, especialmente quanto a manutenção do crédito fiscal nas saídas de mercadorias, elaborando novos demonstrativos, os quais se encontram às fls. 69 (infração 01) e 71 (infração 02), os quais se apresentam consistentes e coerentes com os dados apresentados na EFD elaborada e transmitida pelo contribuinte autuado.

Ressalto que nos termos do artigo 127, § 8º, do RPAF/99, restou dispensada a ciência do sujeito passivo por ocasião do refazimento do demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela autuada, o que não lhe trouxe qualquer prejuízo.

Logo, acato os novos levantamentos elaborados, e tenho as infrações 01 e 02 como parcialmente procedentes, em R\$14.378,40 e R\$7.701,53, respectivamente, e cujo teor reproduzo abaixo:

Infração 01

2015

Junho R\$ 3.710,94

Julho R\$ 4.782,59

Agosto R\$ 5.884,87

Infração 02

2015

Setembro R\$ 24,67

Dezembro R\$ 2.597,12

2016

Janeiro R\$ 209,75

Abril R\$ 2.048,17

Junho R\$ 972,95

Julho R\$ 9,58

Setembro R\$ 147,44

Outubro R\$ 474,50

2017

Junho R\$ 101,84

Julho R\$ 22,20

Novembro R\$ 1.093,31

Quanto às infrações 03, 04 e 05, a arguição defensiva comum é a de que todas as operações foram desfeitas e/ou canceladas, sendo garantido que as provas seriam trazidas posteriormente aos autos.

Todavia, isso não aconteceu até o presente momento. A legislação processual do Estado da Bahia, especialmente a Lei 3.956/1981, que vem a se constituir no Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), estabelece a seguinte regra:

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo o direito de ampla defesa na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada de todas as provas que tiver desde que produzidas na forma e prazos legais”. (Grifei).

Já o RPAF/99, em perfeita sintonia com a Lei, estipula que:

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

(...)

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior”.

Assim, cabia à empresa autuada demonstrar de forma cabal a pertinência do argumento defensivo trazido, o que, repito, não ocorreu, tendo em vista o fato de que, até o presente momento não constam nos autos qualquer documento que venha a se contrapor à acusação relativa a tais infrações, vez somente ela dispor dos dados que evidenciariam a pertinência do argumento posto.

Desta maneira, plenamente cabível a aplicação do teor dos artigos 142 “A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária” e 143 “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”, ambos do RPAF/99, o que desemboca na procedência das infrações 03, 04 e 05 nos valores originalmente lançados.

Ante as expostas razões, o lançamento é tido como procedente em parte, em R\$ 38.878,04, de acordo com a seguinte demonstração:

Infração 01 R\$14.378,41 Procedente em parte

Infração 02 R\$ 7.701,54 Procedente em parte

Infração 03 R\$ 3.616,39 Procedente

Infração 04 R\$ 6.385,03 Procedente

Infração 05 R\$ 796,67 Procedente

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298574.0007/20-0**, lavrado contra **TIMAC AGRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE FERTILIZANTES LTDA.**, devendo ser intimado o contribuinte a recolher ICMS no valor de **R\$22.079,93**, acrescido da multa de 60%, previstas no artigo 42, incisos VII, alínea “b” da Lei 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$10.798,09**, prevista no artigo 42, IX, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR