

**A. I. Nº** - 206856.0007/18-3  
**AUTUADO** - DATEN TECNOLOGIA LTDA.  
**AUTUANTE** - JOILSON MATOS AROUCA  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉUS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 17/02/2021

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0001-03/21-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DOCUMENTO FISCAL INIDÔNICO. **b)** IMPOSTO DESTACADO A MAIS EM DOCUMENTOS FISCAIS. Infrações não impugnadas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. **a)** NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O Autuado logrou êxito em elidir a acusação fiscal. Fato reconhecido pelo Autuante em sede de informação fiscal. Infração insubsistente. **b)** NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. 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. O Autuado logrou êxito em elidir parcialmente a acusação fiscal. Fato reconhecido pelo Autuante em sede de informação fiscal, que refez o levantamento fiscal reduzindo o valor do débito. Infrações parcialmente subsistentes. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2018, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$84.190,09, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 01.02.11. Utilização indevida crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falso ou inidôneo, nos meses de fevereiro e março de 2014. Exigido o valor do R\$84,21, acrescido da multa de 100%;

Infração 02 - 01.02.41. Utilização indevida crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de março e abril de 2014. Exigido o valor do R\$56,78, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 02.01.02. Falta de recolhimento no prazo regulamentares de ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de abril e julho de 2013 e julho de 2014. Exigido o valor do R\$27.545,14, acrescido da multa de 100%;

Infração 04 - 16.01.01. Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro e março de 2014. Exigido a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$58.191,58.

O Autuado apresenta impugnação às fls. 80 a 95, depois de registrar a tempestividade da peça defensiva e reproduzir o teor das infrações objeto da autuação alinha os argumentos a seguir resumidos.

Informa que está procedendo à extinção dos créditos tributários correlatos às Infrações 01 e 02, mediante pagamento, cujo comprovante de quitação colaciona às fls. 108 e 109.

Apresenta preliminar de nulidade, com base no Parágrafo Único, do art. 142, do CTN, em face da ausência de elementos suficientes para determinar a infração por vício na constituição do crédito tributário.

Observa que tais requisitos quando não presentes, implicam nulidade da autuação, pois sua ausência resulta na impossibilidade de se identificar com segurança a infração cometida, preterindo seu direito de defesa.

Registra que a fiscalização procedeu à autuação sem a chancela de investigações necessárias, não havendo qualquer elemento objetivo, ou seja, qualquer indício fático-probatório, de que os valores lançados na conta autuada se referem a valores atinentes a serviços tomados.

Afirma haver incerteza no que tange à definição da base de cálculo do lançamento, posto que, a fiscalização não fez qualquer filtragem dos lançamentos para validar se todos os valores ali lançados correspondem a valores pagos a título de contraprestação a serviços tomados.

Revela que a configuração do fato gerador é requisito mínimo para o processamento do lançamento tributário. Diz não ser crível admitir que a simples existência de uma conta contábil como a fiscalizada, justifique a lavratura de um auto de infração. Continua frisando que se fosse o contrário, se houvesse uma conta de ativo com o título “ingressos isentos”, por exemplo, na qual fossem lançadas todas suas receitas, a fiscalização não acataria de plano a informação e questionaria imediatamente, a origem dos ingressos.

Menciona que, para ter validade, o lançamento tem que ser claro, de modo, tanto a estar provado o fato gerador, como correto e claramente tipificado, além de indicar, de forma clara e precisa, o sujeito passivo da obrigação tributária. Observa que quaisquer ambiguidades o invalidam. Arremata declarando que para se afastar por completo toda e qualquer dúvida, impõe-se que o lançamento se faça acompanhar da prova.

Continua registrando que, no presente caso, a fiscalização, se quer, indicou na descrição da infração qual o demonstrativo a que ela se refere, dificultando a análise e o exercício do seu direito de defesa.

Assevera que tal prova deve ser produzida pela Fisco (ou quem as alega - art. 333, I, do CPC) e não pelo contribuinte, porque é do Fisco, de acordo com a lei, o dever de lançar nos moldes do art. 142, do CTN. Depois de reproduzir ensinamentos sobre esse tema da lavra dos juristas pátrios, Ives Gandra, Aliomar Baleeiro e Hely Lopes Meirelles, arremata assinalando que restou devidamente evidenciada a flagrante nulidade da autuação.

Ao cuidar da Infração 03, frisa que de acordo com a descrição, a fiscalização lhe acusa de não recolhimento de ICMS referentes a operações não escrituradas. Diz tratar-se especificamente das operações que foram suportadas pelas Notas Fiscais de nºs 18411, 18731, 20881, 20882, 20883, 20884, 28655, 28656, 28657, 28658, 28659 e 38660.

Observa que as referidas notas fiscais foram canceladas razão pela qual não podem ser objeto de escrituração e/ou recolhimento de imposto. Por isso, afirma que a exigência ora impugnada, em verdade, trata-se cobrança de ICMS sobre operações com notas fiscais canceladas.

Sustenta não haver que se falar em qualquer pendência de recolhimento de ICMS nos casos em análise, posto que as operações que de fato ocorreram foram objeto de outras notas fiscais substitutas com o devido destaque e recolhimento do imposto.

Revela ainda ser sociedade empresária que se dedica, entre outras atividades, montagem, fabricação, distribuição, manutenção, comércio, reparação e instalação de produtos de informática, conforme atesta o seu contrato social. Diz ser beneficiária do incentivo instituído pelo Dec. nº 4.316/95 e que não foi considerado pela fiscalização, uma vez que as operações de saída vinculadas ao seu processo industrial são neutralizadas por crédito fiscal de 100%, não havendo que se falar em falta de recolhimento do imposto.

Diz que, pelo expendido, não houve qualquer prejuízo ao Erário, razão pela qual a infração ora impugnada deverá ser cancelada.

Conclui pugnando pelo cancelamento dessa infração, ante o cancelamento comprovado das notas fiscais que foram objeto da autuação

No que concerne à Infração 04, inicialmente afirma que a exigência não merece prosperar, tendo em vista que parte do crédito exigido está sendo cobrado em duplicidade, tendo em vista que as notas fiscais referentes ao período de 01/01/2014 a 30/05/2014 já foram motivo de apontamento no Auto de Infração nº 0181184.1003/14-1 de 06/10/2014, conforme diz comprovar os documentos que colaciona às fls. 146 a 151.

Continua destacando que no tocante às demais notas fiscais indicadas na autuação, a fiscalização não considerou que foram escrituradas de forma extemporânea, conforme quadro que colaciona à fl. 91, de forma exemplificativa. Diz que em razão do grande volume de operações apresenta demonstrativo em formato Excel de todas as notas fiscais que foram escrituradas de forma extemporânea acompanhadas das telas que comprovam a respectiva escrituração.

Arremata assinalando que, desta forma resta, comprovada a inconsistência da autuação desse item do Auto de Infração que deverá ser cancelado.

Ainda com relação à multa aplicada, objeto da Infração 04, revela não constar dos autos qualquer referência que o descumprimento da obrigação acessória tenha implicado falta de recolhimento do imposto, pois apesar de se tratar de operações tributáveis, não houve lançamento de infração específica para a cobrança de crédito tributário, razão pela qual destaca não ter havido qualquer prejuízo ao erário.

Depois de assinalar que, como foi imputada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação que se por acaso existente deveria ser provada pelo Autuante, o que não se verifica, assevera ser claramente aplicável o disposto no §7º, do art. 42, da Lei 7.014/96, com o propósito de cancelar ou reduzir a multa aplicada, na medida em que, *i*) não houve falta de recolhimento do imposto; e *ii*) não lhe foi imputada a prática de dolo, fraude ou simulação.

Roga pela revisão da dosimetria da penalidade com base no dispositivo supra citado, cujos requisitos foram devidamente atendidos em homenagem aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade o cancelamento ou a redução da multa aplicada, citando alguns precedentes de julgados deste CONSEF.

Arremata frisando que devem prevalecer no presente caso o princípio da finalidade e os critérios de adequação entre meios e fins e da adoção de formas simples, admitindo-se o cancelamento/redução da autuação, quando comprovado que não houve prejuízo ao Erário e que não houve dolo, fraude ou simulação.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direitos admitidos, especialmente a realização de diligência fiscal por auditor estranho ao feito.

Conclui pugnando pela insubsistência das Infrações 03 e 04.

O Autuante presta informação fiscal às fls. 264 a 266, depois de reproduzir o teor da acusação fiscal e sintetizar as razões de defesa, apresenta os seguintes argumentos.

Com relação à Infração 03 destaca que o Autuado demonstra que as notas fiscais de saída relacionadas no levantamento fiscal que deu origem a cobrança de ICMS por falta de escrituração, na realidade não foram escrituradas porque foram canceladas e emitidas outras em seu lugar, contudo, estas informações não constavam no pacote de arquivos magnéticos. Assinala que, depois de confrontadas as informações pertinentes, concorda com as alegações da Defesa.

Quanto à Infração 04, afirma que parcialmente procede os argumentos do Autuado. Explica que parte dos valores apurados no levantamento fiscal já tinha sido objeto de fiscalização e autuação anterior e que embora tivesse conhecimento do lançamento dos valores já cobrados, não teve

acesso aos demonstrativos analíticos que lhe revelaria quais as notas fiscais consideradas naquela ocasião.

Prossegue esclarecendo que, além do fato supracitado, restou comprovado que outras tantas notas fiscais, inclusas no levantamento em análise, tiveram os lançamentos realizados extemporaneamente, o que invalida a cobrança em relação àquelas efetivamente lançadas, mesmo que algumas delas com período de até nove meses.

Registra que em sua Impugnação, o Autuado relaciona algumas dessas notas indicando onde estas foram lançadas e, também, faz juntada de “todas as telas que comprovam a escrituração fiscal” não relacionando os lançamentos aos documentos listados no levantamento que deu origem a autuação, dando a entender que todas as notas fiscais constantes do levantamento tinham sido escrituradas. Frisa que fez o cotejamento dos documentos fiscais que foram efetivamente lançados, ainda que extemporaneamente, com os relacionados no levantamento e deste cotejamento verificou que faltou serem lançadas notas fiscais no montante de R\$2.613.802,66, conforme planilha EXCEL anexada em meio magnético.

Constam às fls. 272 e 273 que o Autuado foi intimado a tomar ciência do teor da informação fiscal e do demonstrativo da Infração 04, elaborado pelo Autuante e não se manifestou nos autos.

## VOTO

Cabe, de plano, enfrentar a preliminar de nulidade suscitada pelo Impugnante, atribuindo como vício na constituição do crédito tributário a ausência de elementos suficientes para determinar com segurança a infração preterindo seu direito de defesa.

Ao compulsar as peças que constituem a acusação fiscal, constato que não deve prosperar a pretensão da defesa. As infrações apuradas tratam de irregularidades de simples apreensão e de nítida identificação da circunstância da ocorrência do fato gerador cometido pelo Autuado e foram devidamente descritas, juntamente com o enquadramento legal e acompanhadas de demonstrativo de apuração indicando individualizadamente cada operação que resultou no débito exigido. Tanto é assim, que os elementos constantes dos autos, cujas cópias, lhe foram entregues, acompanhados de demonstrativos, sintéticos e analíticos, fls. 04 a 74, permitiram ao Defendente apresentar sua impugnação abordando suas razões de defesa alinhando todos os argumentos que entendeu pertinentes.

No tocante à alegação de que a fiscalização sequer indicou na descrição da infração, qual o demonstrativo a que ela se refere, dificultando a análise e o exercício do seu direito de defesa, também não acolho a alegação, haja vista que em cada um dos demonstrativos constam a clara identificação da infração a que se refere.

Assim, nos termos expendidos, e por constar que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e multa apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do presente Auto de Infração, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo.

No que concerne à diligência solicitada pelo Impugnante, por não vislumbrar qualquer necessidade de informações adicionais para o deslinde da matéria ora em questão, uma vez que os elementos coligidos nos autos são suficientes para se firmar o juízo e convicção, indispensáveis para a decisão da lide, indefiro o pedido com fundamento nas alíneas “a” e “b”, do inciso I, do art. 147, do RPAF-BA/99.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de quatro infrações à legislação baiana do ICMS, consoante descrição pormenorizada no preâmbulo do relatório.

As Infrações 01 e 02 foram reconhecidas pelo Impugnante, apresentando, inclusive, comprovação do pagamento do débito exigido, fls. 108 e 109. Logo, ante a inexistência de lide, ficam mantidas as Infrações 01 e 02.

Infração 03 trata da falta de recolhimento do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de abril e julho de 2013 e julho de 2014, consoante demonstrativo acostado à fl. 73.

Em sede de defesa, o Impugnante refutou a acusação asseverando que as notas fiscais arroladas foram canceladas razão pela qual não podem ser objeto de escrituração e/ou recolhimento de imposto. Sustentou que a exigência, ora impugnada, deve ser cancelada por se tratar de cobrança de ICMS sobre operações com notas fiscais canceladas.

O Autuante ao proceder a informação, destacou que o Impugnante demonstrou que as notas fiscais de saída relacionadas no levantamento fiscal que deu origem a cobrança de ICMS por falta de escrituração, na realidade não foram escrituradas porque foram canceladas e emitidas outras em seu lugar. Sustentou que, depois de confrontar as informações pertinentes, concorda com as alegações pela Defesa.

Ao examinar as peças que compõem a acusação fiscal desse item da autuação, verifico que as alegações da defesa são pertinentes, considerando também que o próprio Autuante, uma vez que as notas fiscais arroladas no levantamento fiscal foram canceladas.

Assim, acolho o entendimento do Autuante que, depois constatar o efetivo cancelamento das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal, acolheu a tese da Defesa. Por isso, considero que acusação fiscal desse item da autuação restou descaracterizada.

Concluo pela insubsistência da Infração 03.

A Infração 04 acusa o Impugnante de entradas no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2013 a novembro de 2014, conforme demonstrativo acostado às fls. 04 a 65 e CD à fl. 75.

O Defendente alegou que as notas fiscais não escrituradas na EFD, apontadas pela fiscalização, parte delas está sendo cobrada em duplicidade, uma vez que já foram objeto de exigência através do Auto de Infração nº 018184.1003/14-1. Alegou ainda que a outra parte das notas fiscais foram escrituradas em sua EFD em datas extemporâneas carregando aos autos planilha no formato Excel, discriminando as notas fiscais registradas em datas posteriores acompanhadas com as respectivas telas de sua escrituração fiscal.

O Autuante sustentou que os argumentos do Autuado são parcialmente procedentes. Explicou que, de fato, parte dos valores apurados no levantamento fiscal já tinha sido objeto de fiscalização e autuação anterior. Afirmou que apurou também restar comprovado que outras tantas notas fiscais, inclusas no levantamento fiscal, tiveram lançamentos extemporâneos, o que invalida a cobrança em relação àquelas efetivamente lançadas, mesmo que algumas delas com período de até nove meses.

Frisou que fez o cotejamento dos documentos fiscais que foram efetivamente lançados, ainda que extemporaneamente, com os relacionados no levantamento e deste cotejamento verificou que faltou serem lançadas notas fiscais no montante de R\$2.613.802,66, conforme planilha EXCEL anexada em meio magnético, fl. 269.

Constato que a planilha apresentada pelo Autuante em mídia CD, acostada à fl. 267, contempla a exclusão das notas fiscais já lançadas no Auto de Infração 018184.1003/14-1, bem como as notas fiscais que foram escrituradas extemporaneamente e que resulta na redução do débito para R\$26.138,03.

Assim, acolho o novo demonstrativo elaborado pelo Autuante

Constam às fls. 272 e 273 que o Autuado foi intimado a tomar ciência do teor da informação fiscal e do demonstrativo da Infração 04, elaborado pelo Autuante e não se manifestou nos autos.

Concluo pela subsistência parcial a exigência fiscal quanto à Infração 04, no valor de R\$26.138,03, nos termos discriminado no demonstrativo a seguir

DEMONSTRATIVO INFRAÇÃO 04						
Auto de Infração x Julgamento						
Data de Ocorr.	Auto de Infração	Julgamento		Data de Ocorr.	Auto de Infração	Julgamento
<b>2013</b>				<b>2014</b>		
31/01/13	481,40	481,05		<b>a transp.</b>	<b>23.902,98</b>	<b>13.441,54</b>
28/02/13	100,22	48,76		31/01/13	10.195,46	5.129,78
31/03/13	164,19	164,19		28/02/13	548,66	213,85
30/04/13	258,77	258,77		31/03/13	3.777,18	118,36
31/05/13	170,24	169,52		30/04/13	419,57	47,76
30/06/13	925,64	925,64		31/05/13	234,00	79,58
31/07/13	344,97	344,97		30/06/13	715,61	662,30
31/08/13	241,00	208,78		31/07/13	1.682,99	1.673,26
30/09/13	4.642,00	4.642,00		31/08/13	1.082,24	1.060,47
31/10/13	2.121,35	2.111,24		30/09/13	364,93	338,61
30/11/13	1.987,86	1.985,26		31/10/13	2.182,80	2.172,69
31/12/13	12.465,34	2.101,36		30/11/13	11.397,54	1.199,83
<b>TOTAIS</b>	<b>23.902,98</b>	<b>13.441,54</b>			<b>56.503,96</b>	<b>26.138,03</b>

Quanto ao pedido do Autuado para cancelamento ou redução da multa aplicada na Infração 04, invocando o §7º, do art. 42 da Lei 7.014/96, pelo fato de que, segundo seu entendimento não ocorreria falta de recolhimento do imposto e não lhe fora imputada a prática de dolo, fraude ou simulação. Apresentou também o Autuado dois precedentes de julgados da Segunda Instância deste CONSEF.

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).

No que diz respeito às decisões da Câmara apontadas pela Defesa, consigno que essas decisões não refletem a posição majoritária da Segunda Instância do CONSEF.

Não acato as alegações do defendente, considerando que, além de caso não se poder, no presente afirmar, de forma inequívoca, que não ocorreu falta de pagamento do imposto, falece competência a essa Junta de Julgamento para cancelar ou reduzir multa prevista na legislação de regência.

Concluo pela subsistência parcial do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

DEMONSTRATIVO COMPARATIVO				
Auto de Infração x Jugamento				
INFRAÇÕES	Auto de Infração	Julgamento	Multa	
01	84,21	84,21	100%	PROCEDENTE
02	56,78	56,78	60%	PROCEDENTE
03	27.545,14	-	-	IMPROCEDENTE
04	56.503,96	26.138,03	1% FIXA	PROC. EM PARTE
	<b>84.190,09</b>	<b>26.279,02</b>		

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

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206856.0007/18-3**, lavrado contra **DATEN TECNOLOGIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$140,99**, acrescido das multas de 100%, sobre R\$84,21, e de 60% sobre R\$56,78, previstas, respectivamente, na alínea “j”, do inciso IV, no inciso III e na alínea “a”, do inciso VII, todos do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$26.138,03**, prevista no inciso IX, do art. 42 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 virtual das Sessões do CONSEF, 02 de fevereiro de 2021

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE/RELATOR

ARIVALDO DE LEMOS SANTANA - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA