

A. I. Nº - 299326.0027/19-5
AUTUADO - ETEP INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA.
AUTUANTE - ARLINDO AMORIM PEREIRA
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19.04.2021

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0009-05/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ENTRADAS DE MATERIAIS DE USO E CONSUMO. INFRAÇÃO 01. Com o intuito de refutar a acusação, o sujeito passivo juntou aos autos o anexo I, que contém apenas planilhas oficiais com justificativas e que não têm o condão de elidir a acusação ou de fundamentar as alegações defensivas, de que os materiais constituem insumos e de que não ocorreu repercussão econômica em determinados períodos (janeiro a abril de 2017). Infração 01 caracterizada. **b)** VALORES SUPERIORES AOS DESTACADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. INFRAÇÃO 02. Apresentada impugnação genérica, sem explicações específicas de como, em que quantias ou com que metodologia foram estornados os créditos indevidos confessadamente utilizados. Infração 02 caracterizada. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. INFRAÇÃO 03. Os artigos 247 e 249 do RICMS/12 determinam como deve ser elaborada a escrituração, sendo que, desta forma, o que se deve ter como válido é o que se tem no SPED. Infração 03 caracterizada. 3. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 04. Imputação 04 parcialmente elidida, mediante revisão elaborada pelo auditor fiscal. 4. DIVERGÊNCIAS ENTRE VIAS DAS MESMAS NOTAS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. INFRAÇÃO 05. Argumentação defensiva genérica, sem explicações específicas de como, em que quantias ou com que metodologia foram corrigidas as divergências de informações entre as vias das mesmas notas fiscais. Infração 05 caracterizada. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRESTAÇÕES SUCESSIVAS DE TRANSPORTE INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. INFRAÇÃO 06. Deve-se considerar como contrato o simples ajuste para a prestação de serviço de transporte, podendo ser expresso ou tácito, escrito ou não escrito. Infração 06 caracterizada. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITURAÇÃO. **a)** OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 07. **b)** COMPRAS DE MERCADORIAS E/ OU AQUISIÇÕES DE SERVIÇOS. INFRAÇÃO 08. Meras indagações ou a negativa do cometimento das irregularidades não desobrigam o sujeito passivo do ônus carrear ao PAF (Processo Administrativo Fiscal) elementos probatórios no sentido de afastar a presunção

relativa de legitimidade e veracidade da acusação. Infrações 07/08 caracterizadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado no dia 10/12/2019, para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$47.118,10, sob a acusação do cometimento das 08 (oito) irregularidades a seguir discriminadas:

Infração 01 – Utilização indevida de crédito, referente às entradas de materiais de uso e consumo (01/2015 a 12/2017, exceto 01 e 10/2016, 08 e 09/2017). R\$12.255,11 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 02 – Utilização indevida de crédito, em valores superiores aos destacados nos documentos fiscais (03/2015 a 12/2017, exceto 01, 07, 10 e 11/2016, 01, 02, 06, 08 e 09/2017). R\$3.615,01 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei 7.014/96.

Infração 03 – Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do imposto escriturado nos livros próprios (01 e 10/2016). R\$1.079,35 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

Infração 04 – Operações tributáveis tidas como não tributáveis (06, 07, 08, 10/2015, 02, 03, 04, 08, 09/2016 e 08/2017). R\$6.154,23 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Infração 05 – Recolhimento a menor, em decorrência de divergências de informações entre as vias das mesmas notas fiscais (09/2015, 03, 05, 07, 08, 09, 12/2016 e 03/2017). R\$633,98 e multa de 150%, prevista no art. 42, V, “c” da Lei 7.014/96.

Infração 06 – Falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal (01/2015 a 10/2017, exceto 05 e 09/2017). R\$15.297,38 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

Infração 07 – Entradas não tributáveis sem registro na escrita (01/2015 a 12/2016, 02, 05, 06, 07, 09, 10 e 11/2017). Multa de R\$8.075,17, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/96.

Infração 08 – Entradas de mercadorias ou contratação de serviços sem registro na escrita (12/2017). Multa de R\$7,87, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com defesa às fls. 127 a 143.

Aduz a tempestividade da peça e suscita preliminar de nulidade por cerceamento de direito de defesa, falta de elementos para se determinar, com segurança, as infrações, ausência de elementos indispensáveis para a validade do ato administrativo, bem como violação aos princípios da extraterritorialidade e do devido processo legal.

Não tomou ciência de que “*estava sendo*” fiscalizado, não recebeu cópia do Termo de Início de Fiscalização, não sabe se existe a via do Fisco do referido Termo e não foi intimado para apresentar documentos e livros.

No mérito da infração 01, alega que, “*apesar de a empresa ter se creditado na EFD dos valores autuados, é imperioso registrar que quando da apuração do ICMS a pagar, utilizando-se do benefício fiscal outorgado pelo Estado [Programa Desenvolve], a ora defendant excluiu do seu conta corrente fiscal os créditos autuados*”.

Em vários períodos sequer houve a utilização dos créditos, como janeiro a abril de 2017. Por outro lado, diversas mercadorias foram utilizadas diretamente no seu processo produtivo, o que ensejou o direito de crédito (anexo I).

Quanto à infração 02, sustenta que, apesar do creditamento indevido na EFD, os valores foram expurgados na apuração do ICMS devido com a utilização do benefício do Programa Desenvolve, conforme tenta demonstrar no anexo II.

Com respeito à terceira imputação, afirma que os valores autuados foram incluídos como débito do imposto na apuração dos valores pagos com o Programa Desenvolve, em conformidade com o anexo III.

Nos termos explicitados na planilha de fl. 134, argumenta que a infração 04 não merece prosperar, tendo em vista o fato de que tem relação com mercadorias remetidas para teste, com posterior retorno, sob o CFOP 6.949.

Ao refutar a quinta imputação, alega ter recolhido o imposto “*com os devidos valores destacados nos documentos fiscais, apesar de a geração por parte do Sistema SPED Fiscal ter ocorrido com os valores diferentes da nota fiscal*” (anexo V).

Na apuração do gravame (anexo V), os totais foram corretamente discriminados, inexistindo tributo a pagar.

No que diz respeito à infração 06, alega que, consoante o art. 298 do RICMS/12, transcrita à fl. 135, a substituição tributária somente é devida nas repetidas prestações vinculadas a contrato, que não existem no caso em tela.

Ademais, as transportadoras recolheram o ICMS e o pagamento em duplicidade geraria enriquecimento sem causa do Estado (declarações contidas no anexo VI).

Por fim, em referência às infrações 07/08, assinala que não foram apresentadas as cópias ou as chaves eletrônicas das notas fiscais de entrada supostamente não lançadas na escrita, motivo pelo qual indaga se as mercadorias e serviços foram efetivamente destinados ao seu estabelecimento e se os documentos são válidos.

Pugna pela nulidade desses itens do Auto de Infração.

Alega que as demais multas são confiscatórias e desproporcionais, pede a realização de diligência, protesta pela produção de provas e encerra requerendo o acolhimento das razões defensivas.

Na informação fiscal, de fls. 566 a 570, o autuante ressalta que o fiscalizado reconheceu o cometimento da infração 01, na medida em que disse ter se creditado na EFD dos valores autuados (fl. 132). Tais valores são referentes às notas fiscais escrituradas com o CFOP 1.556 pelo deficiente (fls. 23 a 49).

Relativamente à segunda imputação, a escrituração fiscal do sujeito passivo mostra que foram lançados créditos maiores do que os destacados nos documentos fiscais, o que foi admitido na própria defesa.

Transcreve os artigos 247 e 249 do RICMS/12 para asseverar que a legislação determina como deve ser elaborada a escrituração, sendo que, desta forma, nas suas palavras, o que há é o que se tem no SPED (infração 03).

Considerando a impugnação da infração 04, apenas a nota fiscal 3.125 tem a sua correspondente escriturada na EFD, razão pela qual a exclui do levantamento.

Conforme o quadro de fl. 568:

“As demais NF’s não estão escrituradas na EFD (local devido pela legislação) e/ ou este auditor não tem como confirmar que se refere a alguma devolução ou retorno de alguma outra NF com a mercadoria enviada ou, até mesmo, se é referente à complementação de envio de mercadoria enviada anteriormente, além de não ter encontrado amparo legal no envio de mercadoria sujeita à tributação e que saiu sem tributação em virtude de ser complemento do envio de mercadoria que, conforme observação na NF, é parte integrante de outra NF que deixou de seguir junto com as referidas notas.”

Desta forma, não há como esse auditor considerar que, de forma incontestável, NF’s não escrituradas e/ ou com a observação de que as mercadorias são complementos de mercadorias que faltaram ser enviadas em

outras NF's possam ser entendidas como NF's de retorno das mercadorias enviadas sem tributação ou complementos de envios anteriores".

Em virtude de tais raciocínios, elabora a revisão de fls. 571/572, de modo que a infração 04 restou com o seu valor modificado, de R\$6.154,23 para R\$2.942,70.

No tocante à infração 05, pontua que o deficiente reconheceu o fato da "geração por parte do Sistema SPED Fiscal ter ocorrido com os valores diferentes das notas fiscais" (fl. 134).

Quanto à infração 06, diz que agiu em conformidade com o Parecer DITRI 17.445/12, de 24/07/2012, reproduzido à fl. 569, segundo o qual deve-se considerar como contrato o simples ajuste para a prestação de serviço de transporte, podendo ser expresso ou tácito, escrito ou não escrito.

A previsão da responsabilidade por substituição de que trata o art. 298, II do RICMS/12 é imperativa e se alguém recolheu indevidamente o tributo tem o direito à repetição do indébito.

Entende que não há como acolher a contestação das infrações 07/08, visto que as informações referentes às notas fiscais em pauta constam das folhas 99 a 122, inclusive as chaves eletrônicas, suficientes para as respectivas identificações.

Tendo em vista a alteração na quarta infração, pugna pela PROCEDÊNCIA PARCIAL.

Intimado (fl. 575), o sujeito passivo não se manifestou.

VOTO

Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do ato administrativo, pois o auditor fiscal expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu as irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º; RPAF/99), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

As informações referentes às notas fiscais objeto das infrações 07/08, constam das folhas 99 a 122 ("Multa – Nota fiscal de entrada não lançada – Demonstrativo analítico"), inclusive as chaves eletrônicas, suficientes para as respectivas identificações.

Meras indagações ou a negativa do cometimento das irregularidades, não desobrigam o sujeito passivo do ônus de carregar ao PAF (Processo Administrativo Fiscal), elementos probatórios no sentido de afastar a presunção relativa de legitimidade e veracidade da acusação.

O Termo de Início de Fiscalização foi juntado à fl. 17, com assinatura de sócia da empresa.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários ao julgamento estão contidos nos autos. Indefiro o pleito de realização de diligência, fundamentado no art. 147, I, "a" do RPAF/99.

As imputações, de uma forma geral, estão lastreadas em farto material probatório, como demonstrativos analíticos etc.

O mérito da infração 01, trata da utilização indevida de crédito, referente às entradas de materiais de uso e consumo.

Com o intuito de refutar a acusação, o sujeito passivo juntou aos presentes autos o anexo I (fls. 145 a 159), que contém apenas planilhas oficiais com justificativas, e que não têm o condão de elidir a acusação ou de fundamentar as alegações defensivas, de que os materiais constituem insumos e de que não ocorreu repercussão econômica em determinados períodos (janeiro a abril de 2017).

Infração 01 caracterizada.

Quanto à infração 02 (utilização indevida de crédito, em valores superiores aos destacados nos documentos fiscais), o contribuinte alegou que, apesar do creditamento indevido na EFD, os valores foram expurgados na apuração do ICMS devido com a utilização do benefício do Programa Desenvolve, conforme tenta demonstrar no anexo II (fls. 160 a 387).

Trata-se de uma impugnação genérica, sem explicações específicas de como, em que quantias ou com que metodologia foram estornados os créditos indevidos confessadamente utilizados.

Infração 02 caracterizada.

Já em relação à infração 03 (falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do imposto escriturado nos livros próprios), afirmou o defendant, que os valores autuados foram incluídos como débito do imposto na apuração dos valores pagos com o Programa Desenvolve, em conformidade com o anexo III.

Concordo com o auditor, que transcreveu os artigos 247 e 249 do RICMS/12, para asseverar que a legislação determina como deve ser elaborada a escrituração, sendo que, desta forma, o que há é o que se tem no SPED.

Infração 03 caracterizada.

Em referência à quarta infração (operações tributáveis tidas como não tributáveis), apenas a nota fiscal 3.125, tem a sua correspondente escriturada na EFD, razão pela qual, foi excluída do levantamento em sede de revisão.

Conforme o quadro de fl. 568, nos dizeres do autuante:

"As demais NF's não estão escrituradas na EFD (local devido pela legislação) e/ ou este auditor não tem como confirmar que se refere a alguma devolução ou retorno de alguma outra NF com a mercadoria enviada ou, até mesmo, se é referente à complementação de envio de mercadoria enviada anteriormente, além de não ter encontrado amparo legal no envio de mercadoria sujeita à tributação e que saiu sem tributação em virtude de ser complemento do envio de mercadoria que, conforme observação na NF, é parte integrante de outra NF que deixou de seguir junto com as referidas notas."

Desta forma, não há como esse auditor considerar que, de forma incontestável, NF's não escrituradas e/ ou com a observação de que as mercadorias são complementos de mercadorias que faltaram ser enviadas em outras NF's possam ser entendidas como NF's de retorno das mercadorias enviadas sem tributação ou complementos de envios anteriores".

Acolho a revisão de fls. 571/572, elaborada pelo Fisco, de modo que a infração 04 fique com o seu valor modificado, de R\$6.154,23 para R\$2.942,70.

Infração 04 parcialmente elidida.

Relativamente à infração 05 (recolhimento a menor, em decorrência de divergências de informações entre as vias das mesmas notas fiscais), o próprio autuado assinalou ter recolhido o imposto *"com os devidos valores destacados nos documentos fiscais, apesar de a geração por parte do Sistema SPED Fiscal ter ocorrido com os valores diferentes da nota fiscal"* (anexo V).

Alegou, que na apuração do gravame (anexo V), os totais foram corretamente discriminados, inexistento tributo a pagar.

Mais uma vez, cuida-se de uma argumentação genérica, sem explicações específicas de como, em que quantias ou com que metodologia foram corrigidas as divergências de informações entre as vias das mesmas notas fiscais.

Infração 05 caracterizada.

A sexta imputação, trata da falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações sucessivas de transporte interestadual e intermunicipal.

O autuante, corretamente, agiu em conformidade com o Parecer DITRI 17.445/12, de 24/07/2012, reproduzido à fl. 569, segundo o qual deve-se considerar como contrato o simples ajuste para a prestação de serviço de transporte, podendo ser expresso ou tácito, escrito ou não escrito.

A previsão da responsabilidade por substituição de que trata o art. 298, II do RICMS/12, é imperativa, e se alguém recolheu indevidamente o tributo tem o direito à repetição do indébito.

Infração 06 caracterizada.

As alegações defensivas concernentes às infrações 07/08, já foram analisadas no julgamento da preliminar de nulidade.

Infrações 07/08 caracterizadas.

Quanto às multas, este órgão não tem atribuição para exercer controle de constitucionalidade ou para negar eficácia à norma emanada de autoridade superior (art. 167, I e III do RPAF/99).

Reduzo, todavia, a multa aplicada na Infração 05, de 150% para 100%, por força da alteração ocorrida no inciso V do art. 42 da Lei 7.014/96, dada pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19, aplicável com base no disposto no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, que autoriza a aplicação retroativa da legislação, quando comine penalidade menos severa.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$43.906,57.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299326.0027/19-5**, lavrado contra **ETEP INDÚSTRIA METALÚRGICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.824,53**, acrescido das multas de 60% sobre R\$34.111,20, e de 100% sobre R\$1.713,33, previstas no art. 42, II, “e” e “f”, VII, “a”, III e V, “c” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, e da multa no valor de **R\$8.083,04**, prevista no art. 42, IX da referida Lei, com os acréscimos de mora estatuídos na Lei 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2021.

TOLstoi Seara Nolasco - Presidente

Paulo Danilo Reis Lopes – Relator

Vladimir Miranda Morgado - Julgador