

A.I. Nº - 233000.0008/15-1
AUTUADO - EXTRATIVA METALQUÍMICA S/A.
AUTUANTE - FLÁVIO JOSÉ DANTAS DA SILVA
ORIGEM - INFAZ ITAPETINGA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/04/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0052-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. A acusação não se fundamentou em provas que sustentem a infração. Ofensa ao princípio da não-cumulatividade do ICMS. Documentos fiscais idôneos e tempestivamente escriturados na EFD. Infração insubsistente. **2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRATAÇÃO DE TRANSPORTADOR AUTÔNOMO OU EMPRESA NÃO INSCRITA NO ESTADO DA BAHIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO.** A lei atribui ao contratante de serviço de transporte, prestado por autônomo, a condição de sujeito passivo por substituição, sendo o contratante inscrito na condição de contribuinte normal. Valores do ICMS retido declarado nas DMAs, que se constitui em confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência de tributos e contribuições que não tenham sido recolhidas, Infrações caracterizadas. Indeferido o pedido de diligência. Reduzido o percentual da multa conforme alteração do percentual pela Lei nº 14.183/2019, com efeitos a partir de 13/12/2019. Afastada a discussão acerca da inconstitucionalidade da multa. Afastada a preliminar de nulidade. Autuada não elidiu a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2016, para exigir ICMS no valor histórico de R\$855.597,46, acrescido da multa pela constatação das infrações a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 01.02.10 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado, nos períodos de dezembro de 2013 e janeiro de 2014. ICMS exigido de R\$99.526,20, mais multa de 150%, tipificada no art. 42, inc. V, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 07.09.01 – Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa de transportadora não inscrita neste Estado, no período de fevereiro, junho a dezembro de 2012, janeiro a março, junho, julho, setembro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, janeiro a junho, agosto a outubro e dezembro de 2015. ICMS exigido de R\$756.071,26, mais multa de 150%, tipificada no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 8º, §6º da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. III, alínea “g”, item 2 do RICMS/2012.

A impugnação, protocolizada em 06/02/2017, apensada aos autos, fls. 23 a 37, tendo como signatários o patrono e o diretor-presidente da empresa, inicialmente afirma que teve ciência do presente Auto de Infração em 08/12/2016 e considerando o prazo de sessenta dias para apresentação de defesa, o prazo final é 06/02/2017, nos termos do art. 66 da Lei 9.784/99. Portanto, é tempestividade a defesa.

Relata que a autoridade fiscal ao proceder a fiscalização, considerou que foi utilizado indevidamente o crédito fiscal de ICMS e que teria a autuada deixado de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais, efetuadas por autônomo ou empresas transportadoras não inscritas no Estado da Bahia.

Afirma serem as autuações impróprias, já que está sendo desconsiderado todo o crédito de ICMS tomado. Acrescenta que o fiscal aplicou multa confiscatória de 150%, o que contraria o limite máximo, já consolidado pelos tribunais superiores, razões pelas quais, diz ser a autuação totalmente equivocada.

Argui que a alegação apontada pelo fiscal não possui consistência plausível que culmine na infração de utilização indevida de crédito fiscal, pois no que se refere a alegada falta de circulação de mercadoria ou da efetiva prestação de serviços, este não é o cerne para se definir a legitimidade ou não da tomada do crédito do ICMS.

Complementa que essas questões servem de pano de fundo à principal, qual seja, a comprovação de que o imposto destacado foi efetivamente lançado na origem, o que de fato, assevera ter ocorrido, conforme diz fazer prova com a documentação anexa: Livro de Registro de Saída e o Livro de Registro de Apuração de ICMS e DIAP da empresa MINERAÇÃO VILA NOVA LTDA., pois, entende que é isso que prescreve o RICMS/BA no seu art. 97, inc. VII, transcrito, ao estabelecer que não obstante o vício do documento, havendo comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado, a utilização do crédito é admitida.

Conta que a empresa MINERAÇÃO VILA NOVA LTDA., sua fornecedora, efetivamente lançou o ICMS das notas fiscais consideradas pela fiscalização como inidôneas. Portanto, se creditou do imposto que diz ser legítimo e regular, uma vez que desconsiderar a operação como tal, é desconsiderar a própria legislação baiana aplicável ao ICMS, ofendendo claramente o princípio da legalidade e da não-cumulatividade do ICMS.

Aduz que a lavratura do Auto de Infração limitou-se a análise da circulação ou não da mercadoria, deixando, contudo, de observar especificamente a legislação pertinente, cujo teor lhe resguarda, ressaltando que em momento algum a autoridade fiscal colocou em dúvida a origem do crédito do ICMS aproveitado.

Registra que através das planilhas apresentadas, não há a menor condição de compreender como foram alcançados valores tão absurdos, pelo simples motivo de que o método de cálculo para se chegar a tal quantia apresentado no Auto, não é compreendido, tampouco esclarecido.

Diz está sendo constrangida em seu patrimônio, sem o direito de saber com exatidão, todos os detalhes desse procedimento, e qual a fórmula, de forma minuciosa, foi utilizada pelo Poder Público para restringir sua propriedade. Portanto, entende que a declaração da nulidade do lançamento tributário se impõe.

Após resumir o teor das duas infrações, frisa que não pode ser responsabilizada pela falta de carimbos nas notas fiscais.

Argui que não se pode desconsiderar uma operação que realmente aconteceu pela falta de carimbos fiscais, uma vez que para legitimar o crédito do ICMS não se faz necessário carimbos fiscais, devendo-se apenas verificar a existência do crédito e o pagamento do imposto pela pessoa jurídica que ocupa a primeira posição na cadeia tributária, e isso de fato houve, garante.

Ressalta que a extração e beneficiamento do grafite é o seu objeto social principal e nesse contexto, o fato de todas as notas fiscais serem do Estado do Amapá, ocorre pura e simplesmente

porque a MINERAÇÃO VILA NOVA LTDA. é fornecedora de AREIA DE CROMITA e de ÓXIDO DE TÂNTALO, matérias primas, misturadas ao grafite para ser vendido aos seus clientes, utilizado na abertura de válvula gaveta de painéis de fundição.

Assevera que houve apenas a compra de matérias primas, de fundamental importância para a fabricação do seu produto, ou seja, o grafite.

Lembra ser da natureza do ICMS, a não-cumulatividade, assim, tem o direito de creditar-se de um imposto efetivamente recolhido e lançado, que, *in casu*, foi pago no momento da aquisição da mercadoria, haja vista que, o ICMS já estava embutido no preço da mercadoria.

Conclui que a empresa emitente das notas fiscais, a MINERAÇÃO VILA NOVA LTDA., está regularmente constituída e a operação que ocasionou a emissão da nota fiscal foi válida, ou seja, a fornecedora vendeu um de seus produtos de comercialização para um comprador de matéria prima para a misturar ao grafite. Portanto, comprou produto de sua necessidade e nessa operação exerceu seu direito de creditar-se do ICMS gerado, não havendo, nessas operações qualquer irregularidade que pudesse levar à autoridade fiscalizadora a desconsiderar todo o crédito do ICMS.

Assegura que as operações abrangidas pelas notas fiscais arroladas, realmente aconteceram, tendo apenas exercido o seu direito de creditar-se do ICMS embutido na própria mercadoria adquirida.

Explana que o sistema jurídico ocidental é orientado pela supremacia constitucional, isto é, as normas constitucionais são colocadas no vértice da hierarquia das fontes do direito, submetendo todas as demais, e em seguida adentra numa longa exposição da importância da constituição no arcabouço jurídico moderno.

Inferre que autoridade fiscal ao considerar todos os créditos fiscais utilizados como inidôneos, tendo como justificativa, razões inverídicas, joga por terra toda uma construção doutrinária e jurisprudencial relacionada aos princípios e regras constitucionais.

Conclui que desse modo, os princípios tributários que limitam o exercício do poder de tributar, tais como legalidade, anterioridade e irretroatividade, bem como aqueles que revelam técnicas de tributação como não-cumulatividade, seletividade, progressividade, todos princípios jurídicos de diferentes graus de concretização no Sistema Tributário, foram violados.

Acrescenta que tanto as regras como os princípios, antes de serem aplicadas, são interpretadas, sendo que não se interpreta ou se aplica isoladamente um dispositivo legal ou constitucional. Ademais, o sistema normativo é resultado da articulação entre princípios e regras, onde os princípios ocupam o vértice da pirâmide, estruturando e iluminando todo o sistema e as normas de hierarquia inferior.

Ensina que o princípio da não-cumulatividade permite que o crédito fiscal de todas as aquisições de bens e serviços, direta e indiretamente vinculados ao processo de produção e circulação de mercadorias e serviços tributáveis, seja oposto ao débito decorrente das operações mercantis de venda e assemelhados, garantindo a natureza jurídica ontológica dos chamados impostos sobre o consumo que devem ser suportados financeiramente pelo consumidor final das mercadorias e serviços.

Sendo este princípio próprio dos tributos que comportam, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro, de aplicação nos tributos indiretos, que por sua natureza devem ser não-cumulativos.

Portanto, não implica a não-cumulatividade em simples transferência econômica, mas de verdadeiro repasse jurídico do ônus tributário, apenas possível, nos tributos por sua natureza não-cumulativa.

Salienta que o aproveitamento do crédito gerado pelo ICMS deixa de ser exclusivamente decorrente da circulação de mercadoria, passando consequentemente a ter como enfoque a

existência ou não do crédito aproveitado. No caso em análise, a existência do crédito do ICMS é inconteste, sendo legítimo, portanto, todo o crédito de ICMS lançado.

Reproduz o art. 97, inc. VII do RICMS/2012 vigente, alegado pelo fiscal como dispositivo infringido, e destaca que nele está estabelecido que não obstante o vício do documento, havendo comprovação de que o imposto nele destacado foi efetivamente recolhido ou lançado, a utilização do crédito é admitida.

Assegura que a MINERAÇÃO VILA NOVA LTDA., sua fornecedora, efetivamente recolheu o ICMS destacado nas notas fiscais, objeto da presente autuação. Portanto, houve o efetivo pagamento do imposto, cujo crédito correspondente é legítimo e regular. Ignorar tal fato, ofende o princípio da não-cumulatividade, repisa.

Explica que ICMS, na atual Constituição Federal, manteve sua competência declinada aos Estados e ao Distrito Federal, determinando o legislador constituinte que o imposto, a ser instituído por estes entes, deve necessariamente, ser não-cumulativo, reproduzindo o art. 155, inc. II, §2º, incisos I e II, alíneas “a” e “b” da Constituição Federal, onde fica claro que qualquer mecanismo da não-cumulatividade há que ser sempre observado, fazendo nascer para o contribuinte, toda vez que este adquire uma mercadoria ou um serviço com incidência do imposto, um crédito fiscal.

Transcreve doutrina de Sacha Calmon, acerca do crédito misto (quase financeiro), abarcando o crédito do ativo imobilizado, dos bens de uso e consumo e de todos os insumos diretos e indiretos utilizados na produção e circulação de mercadorias e serviços.

Ressalta que o ICMS, de acordo com a Constituição, está expressamente estruturado pelo sistema “*imposto contra imposto*” e não pelo sistema “*mercadoria contra mercadoria*”, como quer entender o fiscal.

Conclui ter o seu direito ao crédito, para efeito de compensação com o débito do imposto e assim, exercer o seu direito, ao tomar o crédito do imposto pago antecipadamente pelo seu fornecedor, razão pela qual, não vê motivos para desconsiderar todos os lançamentos realizados entre as empresas.

Lembra que o art. 150 da Constituição Federal, transcrito, versa sobre as limitações do poder de tributar do Estado, contendo o inc. IV, expressamente a regra que proíbe a utilização do tributo com finalidade confiscatória, devendo-se estender a aplicação desta, às multas tributárias.

Argumenta que esta regra é indissociável do princípio da razoabilidade, pois, para se afirmar que o tributo é confiscatório, deve-se ater ao caso concreto.

Pondera mesmo não havendo expressado na Constituição, o princípio da vedação do confisco às multas, poderia a Administração Pública desconsiderar a aplicação de multas exorbitantes tendo em vista os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, que direcionam toda a atuação pública.

Conclui que a aplicação da multa de 150% não se mostra razoável, fato que se desconsiderado pelo fiscal, estará ele desconsiderando todo o ordenamento jurídico pátrio. Portanto, mesmo no âmbito administrativo, mais especificamente do poder de polícia, deve ser levado em consideração o princípio da proporcionalidade, cabendo ao Fisco quando da fixação das sanções, dosá-las de forma que não se apresentem como verdadeiros confiscos, transcrevendo magistério de Sacha Calmon Navarro Coelho.

Frisa que ao estabelecer a multa de 150%, o Auditor Fiscal desconfigura e desnatura a própria natureza e função da multa, pois, o que era para servir como instrumento sancionador e inibidor do Estado, transforma-se em inequívoca fonte de arrecadação, configurando-se como verdadeiros tributos ilegais, disfarçados sob a roupagem de penalidade pecuniária. Daí a necessidade da própria Administração Pública rever as suas autuações e aplicações sancionatórias, sem a necessidade de se levar ao Judiciário, questões basilares da teoria do ordenamento jurídico.

Ademais, já se tornou prática comum no Poder Judiciário, a redução de multas tidas como confiscatórias a limites razoáveis, assim, reproduzindo o art. 412 do Código Civil, diz ser inconcebível a aplicação de uma multa nestes patamares.

Conta que no caso do ICMS retido em que teria deixado de recolher, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais, efetuadas por autônomo ou empresa transportadora não inscrita no Estado da Bahia, sempre acreditou que estivesse em dia, já que “*realiza mensalmente o ICMS devido*”, sendo que se eventualmente ficou “*fora do parcelamento*”, fato que ocorreu justamente em razão do próprio Estado da Bahia não o inserir.

Ressalta que em outros parcelamentos anteriores, o ICMS retido em que teria deixado de recolher, na qualidade de sujeito passivo por substituição, foram inseridos no parcelamento, quando realizada mediante seu requerimento, o que torna ainda mais absurda a exigência de uma multa no patamar de 150%.

Assim, desde já, requer, não sendo o caso de total procedência da presente impugnação a redução da multa aplicada tendo em vista os princípios administrativos da razoabilidade e proporcionalidade.

Requer ainda na fase administrativa junto à INFAZ, a realização de prova documental visando demonstrar suas alegações, com base no art. 38, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.784/99.

Aguarda o acolhimento das preliminares, ora levantadas, declarando a nulidade do Auto de Infração e no mérito, requer a sua total improcedência, determinando o cancelamento do principal e dos acréscimos, por completa ausência de embasamento legal, com a consequente baixa na distribuição e arquivamento dos autos deste processo administrativo.

Na remota hipótese de não acolhimento da argumentação e não declaração da improcedência da ação fiscal, o que admite apenas para argumentar, tendo em vista a clareza dos argumentos esposados e a demonstração inequívoca da ilegalidade do lançamento, requer que seja acolhida a presente impugnação, para fins de reclassificação da multa aplicada.

Por fim, protesta comprovar o alegado por todos os meios de provas em direito permitidos, inclusive, caso se entenda necessário, sob pena de cerceamento de defesa.

Tendo em vista a aposentadoria do autuante, os autos foram encaminhados a um Auditor Fiscal estranho ao feito que prestou a informação fiscal às fls. 53 a 57, onde, acerca do argumento defensivo de que as planilhas apresentadas não permitem ao contribuinte compreender como foram alcançados os valores exigidos, destaca a simplicidade do cálculo apresentado na tabela, pois, uma vez considerada as notas fiscais inidôneas, o procedimento é simplesmente estornar os créditos das respectivas notas fiscais, fato que está claramente demonstrado na planilha.

Registra que apesar de afirmar a incompreensão dos cálculos, o contribuinte desenvolve todo o seu raciocínio de forma coerente, demonstrando compreensão com muita propriedade, acerca do princípio constitucional da não-cumulatividade, que não foi questionado na autuação, apenas procedido um estorno relativo a algumas notas fiscais, que a fiscalização entendeu como inidônea pelas características, restando patente que o contribuinte compreendeu claramente do que está sendo cobrado.

Conclui que nulidade suscitada, por falta de elementos essenciais a sua compreensão, restou totalmente prejudicada.

Conta que o autuante com bastante experiência na fiscalização de contribuintes da região em que atua, observou conforme diz a própria autuada, que a empresa fornecedora de AREIA DE CROMITA, a MINERAÇÃO VILA NOVA LTDA., sediada no Estado do Amapá, é uma fornecedora assídua deste produto e com diversas notas fiscais de entrada na empresa autuada.

Destaca que o contribuinte deixa claro a sua necessidade e constância da utilização da AREIA DE CROMITA em seu processo industrial, que se trata de um insumo que percorre cerca de 2.500 Km

para chegar até ao destino, atravessando alguns estados e não costuma fazer rotas muito diferentes, pela própria natureza dos caminhões que a transporta.

Conclui, ser razoável que após a comparação das notas fiscais registradas, se destaque o fato de apenas três delas, não contenham nenhum carimbo apostado nas notas ao longo de todo o trajeto, cujos valores envolvidos em cada uma das vendas, representam valores de créditos bastante expressivos.

Ressalta que sobre a questão, o contribuinte lança luz, quando escreve que o ponto principal se refere à comprovação de que o imposto destacado foi efetivamente lançado na origem, e isto de fato ocorreu. Para comprovar, traz como prova o Livro de Registro de Saída, o Livro de Registro de Apuração do ICMS e o DIAP da empresa MINERAÇÃO VILA NOVA LTDA., sendo que nenhuma documentação foi efetivamente acostada aos autos, fato que fortalece a autuação, e pelo qual solicita a permanência da infração 01.

Quanto a infração 02, pontua que o contribuinte sustenta sua defesa afirmando o ICMS retido que teria deixado de recolher, na qualidade de sujeito passivo por substituição, arguindo razões e atribuindo ao Estado uma obrigação que é sua responsabilidade.

Transcreve o art. 2º, incisos IV e VI, art. 8º, inc. V, §§ 2º e 4º da Lei nº 7014/96, e afirma que sendo o contribuinte conhecedor das suas obrigações tributárias, elaborou os demonstrativos anexos, fls. 07 a 09, onde encontram-se os valores de retenção declarados e não recolhidos pelo contribuinte. Portanto, não há que se falar em obrigação do Estado incluir em eventuais parcelamentos de débitos, algo já declarado pelo próprio contribuinte.

Frisa estar-se diante de um caso claro de imposto declarado e não recolhido, onde não paira nenhuma dúvida da certeza da autuação.

Solicita que o Auto de Infração seja totalmente procedente.

Participou da sessão em sustentação oral a representante da empresa a Drª Érica de Carvalho Esteves Rodrigues OAB/MG 97423, cujo instrumento de procuração foi remetida à Secretária da Junta, via e-mail, sendo-lhe informada a necessidade de apresentar o instrumento de substabelecimento do Advogado inicialmente nomeado como patrono da autuada, o Dr. Felipe Cioletti Silva.

Sustentou a impropriedade da glosa do crédito fiscal referente a infração 01, se mostrando surpresa diante do fato de não constar as provas que afirma ter apresentado ainda na fase fiscalizatória. Reafirma seu pedido de improcedência do Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

Conforme acima relatado, o Auto de Infração, em análise, imputa ao sujeito passivo, contribuinte inscrito na Cadastro Estadual na condição NORMAL, exercendo a atividade econômica de fabricação de outros produtos de minerais não-metálicos, extração de grafita, além de aluguel de outras máquinas e equipamentos comerciais e industriais, sem operador, a acusação do cometimento de duas infrações à legislação tributária, tempestivamente impugnadas.

O contribuinte tomou conhecimento do início da ação fiscal em 15/04/2016, conforme Termo de Início de Fiscalização, fl. 05, lavrado pelo autuante e cientificado da lavratura do Auto de Infração em 08 de dezembro de 2016, através de AVISO DE RECEBIMENTOS DOS CORREIOS – AR, fls. 19 e 20.

Indefiro o pedido de diligência formulado pela defesa tendo em vista o que dispõe o art. 147, inc. I, alínea “a” do RPAF/99, por considerar que nos autos contém os elementos suficientes para a formação da convicção dos julgadores na decisão da lide.

A defesa argui nulidade do lançamento sob o argumento que “*Através das planilhas apresentadas, não há a menor condição da autuada compreender como foram alcançados*

valores tão absurdos, e o motivo é simples: o método de cálculo para se chegar a tal quantia apresentado no auto não é compreendido e não esclarecido nas planilhas”.

Ressalto que a planilha referente a infração 01, apesar de singela, considero que contempla todos os elementos necessários para o entendimento do valor exigido, quanto a seu cálculo e origem dos valores, pois, contém a identificação da nota fiscal, a data de emissão, o remetente, valor das mercadorias, alíquota e o valor de crédito apropriado. Ademais a autuada revela na defesa apresentada ter, contrariamente ao alegado, compreendido perfeitamente a acusação que lhe foi imposta.

Quanto a infração 02, os valores exigidos decorreram da declaração do contribuinte, transmitida à SEFAZ através da DECLARAÇÃO DE APURAÇÃO MENSAL DO ICMS – DMA, conforme relatórios produzidos que mostram claramente os valores cobrados.

Portanto, o argumento defensivo não pode ser acatado.

Ademais, o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara. É possível se determinar com certeza a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observe que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha, tipificado no art. 18 do RPAF/99, que macule de nulidade o Auto de Infração no aspecto formal.

No mérito, a acusação fiscal refere-se a duas infrações. A primeira exige o ICMS por utilização indevida de crédito fiscal e a segunda pela falta de recolhimento do ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição, decorrente de prestações de serviços de transportes por autônomos ou empresas não inscritas no Estado.

A infração 01, conforme demonstrativo analítico, fl. 06, refere-se ao crédito fiscal do ICMS resultante da aquisição de mercadorias em três operações procedente do Estado do Amapá, acobertadas pelas notas fiscais de números: 000.389, 000.390 e 000.159, emitidas pela empresa MINERAÇÃO VILA NOVA LTDA., CNPJ nº 02.008.461/0001-36.

Apesar de não constar nos autos informação por parte do autuante, quanto as razões, fatos ou indícios que o levaram a considerar os créditos indevidos, haja vista que nenhuma cópia das citadas notas fiscais foram apensadas, em sede de informação fiscal, o Auditor que a prestou, informa que na defesa o contribuinte deixou claro a sua constante necessidade de utilização da AREIA DE CROMITA em seu processo industrial, fornecida pela empresa sediada no Amapá, justificando ter sido considerado indevido o crédito fiscal em razão de que *“Este insumo percorre cerca de 2.500 Km para chegar até o destino e, portanto, atravessa alguns estados e não costuma fazer rotas muito diferentes pela própria natureza dos caminhos que a transporta é, portanto, razoável que a comparação das notas fiscais chame a atenção de que apenas 3, das diversas notas de entradas, não contenham nenhum carimbo apostado nas notas ao longo de todo o trajeto”.*

A autuada defende a lisura da escrituração dos créditos, aduzindo que o autuante analisou apenas o aspecto da circulação da mercadoria, e considerando o crédito fiscal indevido, unicamente pelo fato de não constarem carimbos dos postos fiscais, confirmando o trânsito, contudo, não pode ser responsabilizada pela falta de carimbos nas notas fiscais, além de não levar em conta que para legitimar o crédito do ICMS, não se faz necessário a existência carimbos fiscais, devendo-se tão somente constatar a idoneidade do documento fiscal e a regularidade da operação para confirmar a validade do crédito fiscal.

Nesse sentido, aduz que as notas fiscais foram emitidas por empresa regularmente constituída; a operação comercial e a emissão da nota fiscal são plenamente válidas, pois, estava a fornecedora vendendo um de seus produtos de comercialização, enquanto a autuada, comprando matéria prima para a misturar ao grafite. Portanto, apenas exerceu o seu direito de creditar-se do ICMS embutido na própria mercadoria adquirida.

Diante da aridez das informações que circunstanciaram a autuação, na busca da verdade material, necessário se fez, proceder consultas ao PORTAL DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA DO ESTADO DA BAHIA, do SISTEMA NFE NOTA FISCAL ELETRÔNICA e ao EFDF – SISTEMA DE GESTÃO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL, que disponibilizam todas as informações quanto a emissão de notas fiscais eletrônicas, seus dados além da escrituração fiscal dos documentos, procedimento que foi levado a termo na análise do presente processo.

A tabela a seguir, relaciona todas as notas fiscais emitidas pela empresa MINERAÇÃO VILA NOVA LTDA., em operações de vendas de mercadorias destinadas a autuada, com o *status* de AUTORIZADA, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, dentre as quais identifiquei as notas fiscais arroladas na autuação, conforme tabela a seguir:

Chave de Acesso	Número NF-e	CNPJ/CPF Emit.	UF Emit.	Data Emissão	CFOP	Valor	ICMS	BC ICMS	Situação
'16130402008461000217550550000002971364817017'	000.297	02.008.461/0002-17	AP	24/04/2013	2.101	1.602,00	192,24	1.602,00	Autorizada
'16131002008461000217550550000003511783628161'	000.351	02.008.461/0002-17	AP	22/10/2013	2.101	360.000,00	8.640,00	72.000,00	Autorizada
'16131102008461000217550550000003571070242132'	000.357	02.008.461/0002-17	AP	25/11/2013	2.101	250.000,00	6.000,00	50.000,00	Autorizada
'16131102008461000217550550000003611646067486'	000.361	02.008.461/0002-17	AP	25/11/2013	2.101	1.200,00	144,00	1.200,00	Autorizada
'16131102008461000217550550000003621330277240'	000.362	02.008.461/0002-17	AP	25/11/2013	2.101	1.500,00	0,00	0,00	Autorizada
'16131202008461000136550550000001871077137872'	000.187	02.008.461/0001-36	AP	16/12/2013	2.101	100.000,00	2.400,00	20.000,00	Autorizada
'16131202008461000217550550000003891335142260'	000.389	02.008.461/0002-17	AP	23/12/2013	2.101	367.872,00	44.144,64	367.872,00	Autorizada
'16131202008461000217550550000003901752647119'	000.390	02.008.461/0002-17	AP	23/12/2013	2.101	368.712,00	44.245,44	368.712,00	Autorizada
'16131202008461000217550550000003951023846641'	000.395	02.008.461/0002-17	AP	30/12/2013	2.101	1.340.000,00	32.160,00	268.000,00	Autorizada
'16140102008461000217550550000004031812707479'	000.403	02.008.461/0002-17	AP	31/01/2014	2.101	92.801,02	11.136,12	92.801,02	Autorizada
'16140402008461000136550550000001881288024036'	000.188	02.008.461/0001-36	AP	10/04/2014	2.101	60.000,00	0,00	0,00	Autorizada
'16140602008461000217550550000004451132715529'	000.445	02.008.461/0002-17	AP	11/06/2014	2.101	200.000,00	4.800,00	40.000,00	Autorizada

Fonte: Portal na Nota Fiscal Eletrônica do Estado da Bahia - NFE - Nota Fiscal Eletrônica

Cabe registrar, que das três notas fiscais arroladas no levantamento, fl. 06, não se encontra o registro de emissão da nota fiscal de nº 000.159 de 31/01/2014, sendo que, pelos dados coincidentes (data de emissão e valor), esta nota corresponde a de número 000.403.

Constato, através do exame da EFD da autuada, que todas as notas fiscais foram tempestivamente registradas na sua escrita fiscal.

O indício de irregularidade das notas fiscais, apontada pelo fiscal, como indicativo da não circulação das mercadorias e, consequentemente, consideradas não ingressas no estabelecimento autuado, qual seja, o fato “*de que apenas 3, das diversas entradas, não contenham nenhum carimbo apostado nas notas ao longo de todo o trajeto.*”, não pode sequer ser avaliado, porquanto, não foi aportada aos autos nenhuma cópia física ou imagem em meio magnético das notas fiscais o que impossibilita de comparar as notas com e sem carimbos de registro no trânsito das mercadorias entre o Estado do Amapá e a Bahia, apesar de considerar que tal comparação, apenas baseada em cópias, não é o suficiente para descaracterizá-las como documento idôneo.

Outro aspecto a ser considerado é o fato das notas fiscais, serem documentos eletrônicos e, portanto, não existem fisicamente, sendo representadas graficamente pelo DANFE – DOCUMENTO AUXILIAR DA NOTA FISCAL ELETRÔNICA, que pela sua natureza, não substitui a nota fiscal eletrônica, mas facilita conhecer os seus dados, pois contém a chave de acesso que permite a consulta nos Portais da Receita Federal ou das unidades da Federação e se confirme ou não a existência e autenticidade desses documentos.

Para acompanhar o trânsito da mercadoria, deve ser impresso o DANFE, em papel comum, em única via, que trará impresso, em destaque, a chave de acesso para consulta da nota fiscal eletrônica e um código de barras unidimensional que facilitará a captura e a confirmação de informações da NF-e pelos Postos Fiscais de Fronteira dos demais Estados.

O código de barras facilita o registro do trânsito das mercadorias nos Postos Fiscais, cujos dados adicionais contidos neste código de barras serão utilizados para auxiliar o registro do trânsito de mercadorias acobertadas por notas fiscais eletrônicas.

Assim, o trânsito de mercadorias acobertadas por notas fiscais eletrônicas, será comprovado mediante os registros de passagens nos postos fiscais, que ainda não é viável em muitas unidades de fiscalização de trânsito, ou seja, a sua inexistência, não se constitui prova de que ocorreu ou não ocorreu o trânsito das mercadorias.

Trata-se, portanto, de um argumento frágil, sem nenhuma sustentação em provas, fato que reduz a imposição da acusação de uso indevido do crédito fiscal, às questões de direito.

Neste particular, o direito a apropriação do crédito fiscal, em respeito ao princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto, previsto nos artigos 19 e 20 da Lei Complementar nº 87/96, está contemplado na Lei nº 7.014/96, nos artigos 28, 29 e 31, *in verbis*:

Art. 28. O imposto é não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação com o montante cobrado nas anteriores por este Estado ou por outra unidade da Federação.

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior. (...)

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.

Ou seja, uma condição prévia imposta pela lei para apropriação do crédito fiscal é que seja comprovada a idoneidade da documentação que comprove a operação e a sua escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação.

O art. 44, inc. II da Lei nº 7.014/96, determina os critérios para se considerar um documento fiscal idôneo, conforme transcrito:

Art. 44. Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...)

II - inidôneo o documento fiscal que:

- a) omitir indicações;*
- b) não seja o legalmente exigido para a respectiva operação ou prestação;*
- c) não guardar os requisitos ou exigências regulamentares;*
- d) conter declaração inexata, estiver preenchido de forma ilegível ou conter rasura ou emenda que lhe prejudiquem a clareza;*
- e) não se referir a uma efetiva operação ou prestação de serviços, salvo nos casos previstos em regulamento;*
- f) embora revestido das formalidades legais, tiver sido utilizado com o intuito comprovado de fraude;*
- g) for emitido por contribuinte:*
 - 1 - fictício ou que não estiver mais exercendo suas atividades;*
 - 2 - no período em que se encontrar com a inscrição desabilitada.*

As situações acima postas, não foram observadas no caso em discussão, de forma que os documentos fiscais são idôneos, pois foram regularmente emitidos no ambiente da NOTA FISCAL ELETRÔNICA, encontram-se AUTORIZADAS, emitidas por contribuinte no pleno exercício de suas atividades, com sua inscrição ativa, tanto assim que emitiu as notas fiscais eletrônicas, somente autorizada a emissão, observados presentes estes parâmetros.

A mercadoria comercializada e acobertada pelas notas fiscais procedentes da MINERAÇÃO VILA NOVA LTDA. é a AREIA DE CROMITA, NCM 2610.00.90, que conforme consta no sítio da empresa, <http://www.mineracaovilanova.com.br/>, “A Cromita é a matéria-prima básica para produção de fluxantes siderúrgicos e para a indústria de fundição, como areia de moldagem. Também utilizada na área de revestimento de moldes de peças. A areia de cromita é constituída a partir do concentrado de cromita com teor de $\text{Cr}_2\text{O}_3 > 45\%$, seco e classificado fisicamente.”

Portanto, trata-se de matéria-prima usada na indústria de fundição, caso da autuada, não existindo qualquer restrição ao uso do crédito fiscal do ICMS decorrente destas aquisições conforme art. 310 do RICMS/2012, haja vista tratar-se de matéria-prima e que os produtos resultantes da industrialização são normalmente tributados nas saídas.

Registro que tendo a defesa afirmado que a comprovação de que o imposto destacado foi efetivamente lançado na origem, se daria através de provas que estariam aportadas aos autos, quais sejam: o Livro de Registro de Saída, o Livro de Registro de Apuração do ICMS e o DIAP da empresa remetente das mercadorias, efetivamente, como bem pontuou o Auditor em sede de informação fiscal, constato que tais documentos não constam apensos aos autos.

Entretanto, este fato, apesar de digno de registro, não influenciou na análise dos argumentos da defesa, tendo em vista que esta se deu com base nos registros eletrônicos disponíveis nos sistemas citados acima.

Destarte, não existem elementos fáticos e condicionantes legais que possam justificar a acusação de utilização indevida dos créditos fiscais decorrentes das operações listadas no levantamento, de forma que considero improcedente a infração 01.

A infração 02, encontra-se claramente demonstrada, uma vez que decorre de informações prestadas pelo próprio contribuinte, conforme extratos das consultas acostadas aos autos, fls. 07 a 09 e 11 nas DECLARAÇÕES DE APURAÇÃO DO ICMS – DMA, dos exercícios 2012 a 2015.

Inicialmente saliento que as informações prestadas pelos contribuintes através de arquivos eletrônicos, por eles transmitidos à SEFAZ, devem obrigatoriamente, por determinação legal, refletir a real movimentação empresarial, com repercussão tributária. E, portanto, implicam em repercussões jurídicas que provam a seu favor e em contra.

Assim estabelece o art. 129-A da Lei nº 3.956/81 – COTEB, que foi acrescentado pela Lei nº 9.837/2005 com efeitos a partir de 01/01/2006:

Art. 129-A. A declaração de obrigação tributária pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação, ou através de denúncia espontânea inadimplida, integral ou parcialmente, importa em confissão de dívida e torna constituído o crédito tributário, sendo dispensada a emissão de notificação fiscal para sua exigência.

Parágrafo único. Na falta de recolhimento no prazo regulamentar e decorridos 30 (trinta) dias da entrega da declaração ou de sua retificação, o crédito tributário poderá ser inscrito diretamente na Dívida Ativa Tributária, acrescido da penalidade aplicável, acréscimos moratórios e demais encargos previstos na legislação.

A defesa apenas argumenta que “sempre acreditou que estivesse em dia, já que realiza mensalmente o ICMS devido, sendo que se eventualmente ficou fora do parcelamento, se deu justamente em razão do próprio Estado da Bahia não o inserir”, e ressalta “que em outros parcelamentos anteriores, o ICMS retido em que a autuada teria deixado de recolher, na qualidade de sujeito passivo por substituição, foram inseridos no parcelamento, quando realizada seu requerimento”.

Ou seja, claramente a autuada admite não ter recolhido o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às prestações de serviços de transporte interestaduais e intermunicipais, efetuadas por autônomo ou empresa de transportadora não inscrita neste Estado, tendo o Auditor Fiscal que prestou a informação, declarado que “os valores de retenção declarados pelo contribuinte e não recolhidos, portanto, não há o que se falar que caberia ao estado incluir em eventuais débitos algo já declarado pelo próprio contribuinte”.

A DECLARAÇÃO E APURAÇÃO MENSAL DO ICMS – DMA, se constitui em uma das declarações econômico-fiscais, prevista no art. 254, inc. I do RICMS/2012, merecendo destacar o previsto no art. 255 do citado regulamento:

Art. 255. A Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) deverá ser apresentada mensalmente pelos contribuintes que apurem o imposto pelo regime de conta corrente fiscal.

§ 1º Para cumprimento do disposto neste artigo, observar-se-á o seguinte:

I - na DMA serão informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior, especificando as operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como os serviços utilizados ou prestados, por unidade da Federação, e outros elementos exigidos no modelo do referido documento, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS;

Da intelecção dos dispositivos acima transcritos, claramente, vê-se que as declarações de obrigação tributária pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais, se constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência de tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos.

Assim, considero procedente a infração 02.

Quanto ao argumento defensivo de que a multa de 150%, sugerida pelo autuante não se mostra razoável, valendo-se de argumentações quanto a sua inconstitucionalidade, razão pela qual requer a sua redução, lembro que este órgão de julgamento administrativo, quanto as questões constitucionais levantadas, não tem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma norma vigente, conforme art. 167, inc. I do RPAF/99 e relativamente ao pedido de redução, o indefiro, pois inexistente respaldo legal para tal.

Contudo, saliento que a multa prevista no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, que correspondia a 150% do imposto, foi reduzida para 100%, pela Lei nº 14.183/2019, com efeitos a partir de 13/12/2019. Portanto, de ofício, aplico a retroatividade da lei, consoante o art. 106, inc. II, alínea “c” do CTN para reduzir a multa de 150% para 100% do imposto, prevista no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **233000.0008/15-1**, lavrado contra **EXTRATIVA METALQUÍMICA S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$756.071,26**, acrescido das multas de 100% sobre R\$744.307,26 e de 150% sobre R\$11.364,00, previstas no art. 42, inc. V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inc. I, alínea “a” do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, de 17/08/2018, com efeitos a partir de 18/08/2018.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR