

**A. I. N°** - 277992.0004/19-9  
**AUTUADO** - BM INDUSTRIAL LTDA.  
**AUTUANTE** - ADILENE VIEIRA TEIXEIRA AMARAL  
**ORIGEM** - DAT METRO / IFEP INDÚSTRIA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 09.08.2022

### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0121-05/22-VD

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) DOCUMENTOS LANÇADOS EM DUPLICIDADE; b) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. b.1) CTRC; b.2) NFe. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 6 reconhecidas. Infrações procedentes. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Documentos juntados com a defesa não comprovam a escrituração das notas fiscais. Rejeitada a nulidade suscitada. Indeferido o pedido de realização de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 16/12/2019, exige tributos no valor de R\$ 142.952,71 em decorrência das seguintes infrações:

01. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento em duplicidade de CTRC (2015) - R\$ 2.520,00.
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado em documento fiscal (CTES - 2015) - R\$ 2.502,00.
03. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado em documento fiscal (NFe - 2015) - R\$ 28.720,90.
04. Recolheu a menor o ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente registradas (2015) - R\$ 19.086,73.
05. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios (2015) - R\$ 11.433,07.
06. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença de alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento (2015/2017) - R\$ 1.283,80.
07. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor das operações (2015/2017) - R\$ 77.406,21.

O autuado na defesa apresentada por meio da advogada Rita de Cassia Homem Barreto OAB-BA 20.486 (fls. 67 a 71), inicialmente reconhece as infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 6, e impugna apenas a infração 7 conforme passou a expor.

Ressalta que mantém um bom relacionamento com o Fisco, bem como reconhece a capacidade técnica do preposto fiscal, mas pretende demonstrar equívocos existentes no trabalho que acarretou cobrança indevida quanto a infração 7. Discorre sobre o direito de contestar a acusação contida na referida infração, visto que é assegurado aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, nos termos do art. 5º, LV da CF.

Suscita a nulidade da infração que acusa ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem a devida escrita fiscal, e para tanto aplicou-lhe a multa de 1% prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/96.

*“Frisa que houve lançamento na escrita fiscal, conforme livro fiscal de entrada, sendo juntadas alguns meses apenas como referência”, alegando que agiu de boa-fé, inexistindo dolo quanto a escrituração fiscal, bem como assegurado o direito da utilização do crédito fiscal, face ao Princípio Constitucional da Não-Cumulatividade e que o Estado ao adotar esta premissa, deve, também, conceder os créditos destacados nas notas fiscais vinculadas a estas mercadorias.*

Requer refazimento do demonstrativo de débito original, a fim de que sejam concedidos os créditos fiscais e na remota hipótese de a infração ser convalidada, pede que seja realizada uma diligência por estranho ao feito, para comprovar a inobservância das formalidades essenciais para a existência regular do processo.

No mérito, alega ser descabida a autuação por meio de *“presunção de operação ou prestação tributável não registrada, quando constatado diferença apurada mediante controle físico dos bens ou mercadorias, assim entendidos os confrontos entre número de unidades estocadas e o número de entradas e de saídas”* (art. 76. § 3º, VI, “a”, da Lei nº 7000/2001).

Discorre sobre o auto de infração como ato administrativo sempre regrado e vinculado, que para ter validade e eficácia jurídica deve preencher os requisitos essenciais (fundamentação fática, prova de materialização) sob pena de serem nulos, *“se exigirem tributos ou contribuições 1336-B [?] sem provar a ocorrência e a materialidade do fato gerador”*;

Discorre sobre o lançamento, cita doutrinadores, ressalta os PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE, VERDADE MATERIAL, TIPCIDADE CERRADA, previstos no art. 20 do RPAF/BA e afirma que no processo tributário, as provas devem ser carreadas aos autos, dando prevalência a obtenção da verdade material, motivo pelo qual a infração 7 deve ser anulada nos termos do art. 18 do RPAF/BA.

Neste contexto transcreve a Súmula nº 473 do STF que preconiza que a Administração Pública deve anular ou revogar seus próprios atos, o que deve ser aplicado na situação presente ao ver-se injustamente cobrada por algo inexistente.

Finaliza requerendo que seja reconhecida a nulidade ou improcedência da infração 7.

A autuante na informação fiscal prestada à fl. 93, ressalta que foi reconhecido o cometimento das primeiras seis infrações, impugnando apenas a infração 7.

Quanto à alegação de que houve lançamento na escrita fiscal, conforme livro fiscal de entrada, sendo juntadas alguns meses como referência, afirma que:

A infração questionada corresponde a multa por falta do cumprimento da obrigação acessória referente ao registro das notas fiscais de entradas, no livro entrada, que é apresentado mensalmente pelo contribuinte através da Escrituração Fiscal Digital - EFD à SEFAZ-Ba. A cópia anexada a essa informação fiscal do Livro de entrada retirada do Sistema SEFAZ-Ba (EFD), demonstra que as notas fiscais constantes na planilha da infração questionada não estão lançadas, cabendo assim a cobrança da multa conforme a Lei 7.014/96.

Conclui afirmando que conforme disposto no art. 40, constitui infração a inobservância de qualquer disposição contida na legislação do ICMS, e quanto a não escrituração das notas fiscais, há previsão específica no art. 42 da Lei 7.014/96.

Mantém a infração 7 na sua totalidade, conforme cópia da EFD juntada às fls. 94 a 100.

A Inspeção Fazendária intimou o estabelecimento autuado para tomar conhecimento da informação fiscal pelo Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) inclusive com o fornecimento da EFD juntada às fls. 93 a 100, não tendo o autuado se manifestado no prazo de dez dias concedido.

## VOTO

O Auto de Infração acusa o cometimento de sete infrações, sendo que as seis primeiras foram reconhecidas na impugnação apresentada. Portanto, não tendo sido contestada as infrações 1 a 6, fica mantida a procedência total destas infrações.

Com relação a infração 7, que aplica multa de 1% sobre o valor das operações com mercadorias não tributáveis, que deram entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, de um modo geral a patrona do autuado:

- i) Suscitou sua nulidade, por não ter verificado o lançamento no livro fiscal e não ter concedido o crédito fiscal correspondente;
- ii) Realização de diligência fiscal;
- iii) Improcedência da infração.

Quanto a nulidade suscitada, sob o argumento de que não foi averiguado o registro nos livros fiscais próprios e aproveitamento do crédito fiscal, entendo que se trata de questão de mérito que será apreciado no momento próprio.

Com relação ao pedido de realização de diligências fiscal para averiguar a escrituração das notas fiscais nos livros, observo que de acordo com o art. 150, I do RPAF/BA, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado.

Indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, "b" do mencionado diploma legal, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que são de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, como ocorreu e será apreciado no mérito a seguir.

No mérito, a infração 7 acusa ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem a devida escrita fiscal, que culminou na aplicação da multa de 1% (art. 42, IX da Lei 7.014/96).

Inicialmente, quanto a alegação de que foi aplicada a multa com base em presunção, constato que conforme demonstrativo de fls. 47 a 49, a autuante indicou as datas, a chave eletrônica da NFe, o CNPJ da empresa e o valor da operação que acusou não terem sido escrituradas na EFD.

Portanto, não se trata de exigência de imposto por presunção (art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96) e sim de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, descabendo esta alegação.

Quanto ao argumento de que não foi concedido o crédito fiscal que lhe é assegurado, observo que nem toda operação de aquisição de mercadorias gera crédito fiscal, a exemplo de aquisições de bens destinados a consumo do estabelecimento, mercadorias isentas ou com fase de tributação encerrada. E não há obrigação da fiscalização promover reconhecimento de crédito em infração que não acusa exigência de imposto e sim de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Com relação ao aproveitamento dos créditos fiscais das notas fiscais não escrituradas na EFD que foi objeto da autuação, observo que conforme disposto nos artigos 28 e 29 da Lei 7.014/96, o sujeito passivo pode fazer a escrituração extemporânea ou se fora do prazo, solicitar autorização da autoridade fazendária. Entretanto isso ocorre em processo autônomo e não no de lançamento de tributos de ofício. Por isso, fica rejeitado o pedido por falta de amparo legal.

Com relação a prova da ocorrência da escrituração das notas fiscais na EFD, observo que:

- i) A fiscalização juntou demonstrativo de fls. 47 a 49 e cópia dos DANFES, às fls. 51 a 60. Tomando como exemplo a NFe 23.149 (fl. 51) emitida pela COMPLETA COM. MAT DE CONST. LTDA em 08/07/2015, com valor de R\$ 21.113,00 o sujeito passivo juntou com a defesa cópia do livro Registro de Entrada relativo aos meses de 03/2015 a 10/2015 (fls. 80 a 91) e não faz prova da escrituração da referida nota fiscal na EFD, conforme dito pela autuante na informação fiscal;
- ii) Da mesma forma, foi relacionado no demonstrativo de fl. 47 a NFe 1323 emitida pela Brasil Metals Ltda. em 13/03/2015 que não consta lançamento no livro de Registro de Entrada de Mercadorias juntado com a defesa às fls. 80/81 e também na EFD. Portanto, os documentos juntados com a defesa não fazem prova da escrituração das notas fiscais que foi objeto da autuação.

Por tudo que foi exposto, tendo reconhecido as primeiras seis infrações, concluo que os documentos juntados com a defesa não elidem a infração 7, que deve ser integralmente mantida.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **277992.0004/19-9**, lavrado contra **BM INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 65.546,50**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 54.113,43 e de 100% sobre R\$ 11.433,07, previstas no art. 42, II, “a”, “f”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa fixa no valor de **R\$ 77.406,21**, prevista no inciso IX da citada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de julho de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR