

A. I. N° - 206878.0033/21-3
AUTUADO - ATC PISOS LTDA.
AUTUANTE - ANALCYR EUGÊNIO PARANHOS DA SILVA
INFAZ - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/12/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0289-04/22-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA Razões de defesa não elidem a autuação. Infração subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. MERCADORIAS TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Infração comprovada. Afastadas as arguições de nulidades. Indeferidos o pedido de realização de perícia e diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2021 e refere-se à cobrança de ICMS no valor total de R\$ 101.127,27, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 001.002.005 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, no valor de R\$ 79.245,44. Aplicada multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII, alínea "a" da Lei nº 7.014/96;

Infração 02 - 002.001.003 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor de R\$ 21.881,83. Aplicada multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei 7.014/96;

O autuado, através do seu representante legalmente habilitado, apresenta impugnação, fls. 21 a 31, e inicialmente fala sobre a tempestividade de sua apresentação.

Pede a nulidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa sob o argumento de que nos demonstrativos em meio magnético apresentados em CD estão apenas em formato PDF (Adobe Acrobat Reader), o que dificulta de forma bastante penosa para que a empresa possa importar os dados em bancos de dados, com o intuito de que se permita, de forma automatizada e célere, fazer suas conferências e cruzamentos de informações, para poder se defender de forma adequada, dentro do prazo.

Assevera que o PDF apresentado é não editável, e por mais que pudesse ser realizada tal edição, ao realizar a mudança de PDF para EXCEL, há uma perda significativa da qualidade do documento e acaba desorganizando toda a sua estrutura, o que dificulta ainda mais na realização da defesa.

Entende que o formato apresentado deve ser, pelo menos, em EXCEL, pois da forma que estão postos fica a empresa sujeita a uma metodologia dificultosa ao extremo para poder exercer seu Direito de Defesa. Ou até mesmo, que venham nos dois modelos, PDF e Excel.

Aduz que o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, estabelece em seu § 35 do art. 89, que os demonstrativos devem ser apresentados pelo menos em formato TEXTO ou TABELA, exatamente porque nestes formatos há a possibilidade de a defendente importar os dados de forma integral e analisa-los de forma automatizada e rápida, conforme texto do dispositivo citado cujo teor transcreveu:

Diz que nos dias atuais, com a informatização da apresentação dos documentos e livros fiscais por parte das empresas, exigida pelo Fisco em meio eletrônico, quer sejam as notas fiscais

eletrônicas ou a escrituração fiscal e contábil digital, o são desta forma de maneira a facilitar e agilizar o trabalho do Fisco e também do Contribuinte, mas as rotinas de auditoria também precisam evoluir no mesmo sentido, com relatórios e demonstrativos que proporcionem ao sujeito passivo a possibilidade de alimentar seus bancos de dados internos e poder fazer os cruzamentos apropriados, de forma a se defender de forma adequada, e até entender da forma apropriada o que lhe está sendo imputado. Para corroborar o seu entendimento transcreve Ementa relativa ao ACÓRDÃO JJF Nº 0037-03/12.

Em sendo assim, entende estar diante de uma situação de vício insanável no presente processo, razão pela qual se requer, a decretação de NULIDADE do auto. Entretanto, apenas pelo amor ao debate passas a aduzir maiores questões a serem debatidos e reanalisadas.

Preliminarmente, como é sabido, o auto de infração é um ato jurídico que produz efeitos jurídicos e, como tal, exige todos os requisitos necessários para sua validade jurídica para tanto, ou seja, que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e que obedeça à forma prescrita ou não defesa em lei (artigo 104 do CC).

E mais, é um ato administrativo, ou seja, é um ato jurídico praticado por autoridade pública competente (art. 42,1 do Decreto nº 7.629/99), que tem por finalidade apurar infrações, mas sempre de maneira vinculada, ou seja, seguindo as exatas prescrições da lei. E que, sua inobservância, acarreta na sua anulabilidade, como no caso em tela.

Transcreve o disposto no artigo 18 do Decreto nº 7.629/99, que instituiu o RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal) no âmbito do Estado da Bahia para afirmar que houve descumprimento no presente Auto de Infração pois houve flagrante Cerceamento ao Direito de Defesa e falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração, como restará comprovado de forma mais robusta com as informações de mérito que adiante serão demonstradas.

Na modalidade de ato vinculado o auto de infração deve conter os exatos e precisos ditames determinados na lei específica, o que, como veremos, não ocorre, já que vícios existem. Dentre eles a grave falta de um documento essencial para o seguimento do feito, acarretando, por certo, a nulidade do ato. Pela conceituação, depreende-se que inexistente documento se não estiver presente todos os elementos indispensáveis, assim não teremos um auto de infração, administrativamente considerado. Este dano é de tal monta que fere de morte a validade do ato administrativo. Impossível a ratificação posterior do erro fatal, eis que as condições materiais já não mais permanecem. Será um documento sem qualquer valor, seja probatório, seja meramente indiciante, porque aquilo que é nulo não pode gerar qualquer efeito juridicamente relevante.

Transcreve lições de defendida pelo Professor Hely Lopes Meirelles acerca da Teoria das Nulidades e afirma que no presente Processo Administrativo Fiscal o ilustre autuante no afã de desenvolver seu mister, suprimiu direitos fundamentais do contribuinte para o completo exercício do seu direito de defesa consagrado na Carta Magna (art. 59 LIV da C.F.), o Princípio do Devido Processo Legal é assegurado à todos, isto é, todas as pessoas deverão ter no processo os seus direitos respeitados para que não ocorra nenhuma arbitrariedade.

No caso, afirma que a empresa não tomou ciência, sequer, de que estava sendo fiscalizada. Não recebeu, em sua via do Auto de Infração, cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco. Da mesma forma também não foi intimada a apresentar livros ou documentos.

Transcreve o art. 26 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF e diz que não se observa no presente PAF nenhum dos documentos ali elencados.

Afirma que as vias do Processo Administrativo Fiscal devem ser cópias fieis umas das outras. Portanto, se não estão com esta composição, macula o processo, dificultando a defesa técnica do contribuinte. Neste sentido deve ser NULO o presente procedimento fiscal.

Destaca as lições de Alberto Xavier (/n “Do Lançamento, Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário”, Ed. Forense, 2 ed., pág. 124) e requerer a NULIDADE do Auto de Infração por ser condição que se impõe, uma vez que a falta de um elemento essencial, como expresso na lei (art. 26 da Lei 7.651/2013 que regulamenta o Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF).

Passa a se reportar aos erros materiais em relação à infração 01 afirmando que ao analisar de forma minuciosa o demonstrativo oferecido, no que tange o período de apuração de junho/2018 e fevereiro/2020, foram acrescentados pelo ilustre Auditor, operações internas, referentes ao Estado da BA, devendo assim haver a sua retirada do demonstrativo, bem como a declaração de nulidade da referida infração, conforme recortes do demonstrativo elaborado pela fiscalização que copiou.

Neste sentido, resta comprovado o erro material cometido na cobrança equivocada no que tange operações internas. Tal erro, já traz ao Auto muita incerteza e dúvidas acerca da realização da cobrança ora exigida.

Outro fato diz respeito à infração 001.002.005, na qual a Fiscalização cobra o imposto da Antecipação, supostamente por utilização indevida de crédito fiscal destacado em notas fiscais referentes às aquisições de mercadorias com pagamento do imposto por Antecipação Tributária. Em momento algum houve a creditação indevida de produtos pertencentes a ST. Ainda, é imperioso repisar a impossibilidade de exercer a ampla defesa e o contraditório no processo em tela, haja vista que não foi acostado ao AI a relação na integra dos supostos produtos isentos.

Acrescenta que apesar de na descrição da infração o autuante imputar a utilização indevida de crédito fiscal de produtos cujo pagamento ocorrerão por antecipação tributária, citando nos demonstrativos que os créditos indevidos são de produtos enquadrados na substituição tributária.

Em relação aos produtos constantes na relação apresentada, é cediço que os anexos constantes no RICMS listam os produtos enquadrados na antecipação tributária/substituição tributária. No cotejamento da relação com o demonstrativo entregue ao autuado, verifica-se de plano que diversos produtos não constam nos referidos anexos do RICMS/Ba, e logo não estão sujeitos ao regime de substituição tributária ou antecipação tributária e não encerram a fase de tributação.

Na infração em tela, a afirmativa do auditor não condiz com a realidade, visto que, a mera “especulação” sem a sua efetiva comprovação, em nada legitima a cobrança. O agente fiscal, com exercício profissional vinculado ao que rege o regulamento do procedimento administrativo fiscal, deverá se atentar a não apenas exigir o crédito fiscal que foi escriturado e que fora considerado indevido, devendo refazer toda a escrituração fiscal do contribuinte no intuito de verificar o exato momento em que este “suposto” crédito indevido foi efetivamente utilizado para, então e, tão somente, realizar o respectivo lançamento, nos termos do art. 142 do CTN.

Lembra que o fato gerador do ICMS se dá com a circulação da mercadoria, e não, como tentam alguns Agentes Fiscais, impor à escrituração de crédito fiscal indevido na escrita fiscal.

O mero entendimento do auditor fiscal com a mera constatação do registro contábil” de créditos indevidos acaba por não autorizar, conseqüentemente, a cobrança/lançamento de tributos, a não ser que fique devidamente comprovado que foi utilizado para diminuir o pagamento de imposto, o que não condiz com o caso em tela, visto a falta de seu refazimento e sua justa comprovação.

Portanto, em razão da falta de aplicação do princípio da verdade material, requer a empresa que sejam expurgados da presente infração os produtos que não fazem parte da antecipação tributária ou substituição tributária.

Em relação à infração 002.001.003 diz que mais uma vez o Auditor Fiscal incorreu em erro ao incluir nos supostos fatos geradores autuados de produtos tributados como não tributados, porém, ocorre que, na época destacada no demonstrativo, os produtos enquadravam-se na Substituição Tributária, sendo assim, a fase de tributação encontrava-se encerrada.

Afirma que diversas operações autuadas são de produtos isentos positivados pelo RICMS devendo

serem excluídos do lançamento fiscal por não serem tributados pelo ICMS. Corroborando com a afirmação supra traz à baila de forma exemplificativa as operações com pisos e cimento que ficam isentas do imposto, pois são produtos sujeitos ao regime de substituição tributária nos moldes do item 16, 17, 18, 19, 20 e 25 do Anexo 01 do RICMS-BA/12.

Nessa senda, uma vez adquirindo produtos sujeitos a substituição tributária, o tributo já fora pago na entrada da mercadoria. Neste diapasão, impõe-se se esclarecer, portanto, que o ICMS por substituição ou por antecipação já fora recolhido, encerrando-se, assim, a fase de tributação nas operações internas com esse produto, como disciplina o art. 290 do RICMS-BA/12.

Face a estes flagrantes erros constatados nas planilhas demonstrativas da infração, requer a realização, por Auditor Fiscal estranho ao feito de Perícia / Diligência.

Finaliza reiterando os pedidos formulados e que seja reconhecida a NULIDADE do lançamento, ou que no mínimo, seja determinada nova diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisados todos os documentos acostados pela Peticionária, com a consequente declaração de IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Por fim, em homenagem ao Princípio da Verdade Material, protesta pela posterior produção de todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente documental.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 45 a 50, transcrevendo o teor das infrações e em seguida faz um resumo dos argumentos defensivos e em rechaça todas as alegações defensivas.

Em relação a arguição de nulidade da ação fiscal em face dos demonstrativos terem sido entregues à empresa autuada no formato PDF ao invés do formato EXCEL é totalmente infundada, tendo em vista que a legislação vigente não prevê a obrigatoriedade da entrega de planilhas, demonstrativos ou documentos nesse segundo formato, pelo menos na fase que antecede a instauração do Processo Administrativo Fiscal. O artigo 46 do RPAF-BA não se manifesta neste sentido, na hipótese de intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, a intimação da lavratura do *Auto de Infração* (fl. 16 do PAF), foi realizada através do sistema Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), atendeu a todos os requisitos legais.

Assevera que diferentemente da versão da autuada, esta foi intimada a apresentar documentos fiscais em 23/07/2021, através do DT-e, conforme atestam as folhas 08 e 09 do PAF. Nos termos do inciso III do artigo 26 do RPAF-BA considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização.

Diante disso, considerando que a *Intimação* possui o mesmo condão do *Termo de Início de Fiscalização* no que tange ao momento do início da ação fiscal, a tese de nulidade, postulada pela defesa, cai por terra.

No que se refere a infração 01 diz que o argumento da defesa de que não foi acostada ao processo a relação na íntegra dos supostos “produtos isentos”, impossibilitando o exercício da ampla defesa e do contraditório, vai de encontro à própria natureza da autuação imposta, já que não há qualquer referência a produtos isentos no lançamento fiscal. Trata-se de operações com mercadorias subordinadas a um regime de tributação específico, em que o recolhimento do ICMS se dá por *Antecipação Tributária*, situação em que ocorre o encerramento da fase de tributação, já que não haverá mais nova incidência do imposto.

A solicitação de exclusão das operações internas identificadas no *Demonstrativo da Infração 001.002.005* por suposta ocorrência de erro material não pode ser acatada, tendo em vista que a infração está devidamente caracterizada. A autuada lançou e utilizou na escrita fiscal crédito indevido, destacado em notas fiscais eletrônicas (disponíveis em mídia digital à folha 15 do PAF) referentes a mercadorias adquiridas com o pagamento do imposto por *Antecipação Tributária*, nos termos do artigo 290 do RICMS-BA. As operações internas com essas mercadorias enquadram-se no dispositivo legal, pois ocorre no documento fiscal o registro da cobrança do ICMS

Substituição Tributária, realizado pelo contribuinte substituto. Assim, devido à natureza da operação, não é legalmente permitida utilização de crédito fiscal pelo adquirente das citadas mercadorias.

Ao assegurar que não houve creditação indevida de produtos pertencentes à *Substituição Tributária*, a empresa autuada está contrariando o que ela mesma praticou, já que houve a escrituração e utilização de crédito de ICMS referente a operações com mercadorias elencadas no *Anexo 1* do RICMS-BA, conforme lançamentos efetuados nos *Registros Fiscais dos Documentos Fiscais de Entradas de Mercadorias* e *Registros Fiscais da Apuração do ICMS*. Estes documentos fiscais foram obtidos a partir da Escrituração Fiscal Digital (EFD) do estabelecimento e reproduzidos, via SPED Fiscal, em arquivos eletrônicos disponibilizados em mídia digital anexada à folha 15 do PAF, em que há a comprovação inequívoca da apropriação indevida de crédito fiscal.

Ao contrário do que afirma a autuada, tanto na descrição da infração (fl. 1 do PAF), quanto no texto explicativo do *Demonstrativo da Infração 001.002.005* (fls. 10 a 13 do PAF) encontra-se indicado, precisamente, o cerne da exigência fiscal: “*Utilização indevida de crédito fiscal destacado em notas fiscais referentes às aquisições de mercadorias com pagamento do imposto por Antecipação Tributária, conforme previsão do artigo 290 do Regulamento do ICMS-BA aprovado pelo Decreto nº 13.780/12*”.

Diz que não procede, também, a imputação da autuada de que no cotejamento do demonstrativo entregue pelo autuante verifica-se que diversos produtos não constam nos anexos do RICMS, que trazem a especificação daqueles produtos enquadrados na *Antecipação Tributária* e *Substituição Tributária*. Este posicionamento é totalmente contrário à realidade dos fatos, uma vez que todas as mercadorias constantes nas notas fiscais eletrônicas relacionadas no *Demonstrativo da Infração 001.002.005* possuem o código NCM/SH (Nomenclatura Comum do Mercosul/Sistema Harmonizado) identificado no *Anexo 1* do RICMS-BA.

Apesar de acusar, em nenhum momento da sua impugnação a autuada aponta quais seriam os produtos que não estão sujeitos à *Substituição* ou *Antecipação Tributária* para um eventual expurgo.

Ao se reportar à infração 02 assevera que a arguição da defesa de que o autuante teria incorrido em erro, por incluir no demonstrativo da infração fatos geradores de produtos que na época em destaque no demonstrativo encontravam-se sujeitos ao regime de *Substituição Tributária*, é totalmente descabida, levando-se em conta a inexistência de qualquer correlação entre essa imputação e a infração em análise no presente Processo Administrativo Fiscal.

Informa que o *Anexo I* e o *Anexo II*, planilhas complementares do *Demonstrativo da Infração 002.001.003* (fl. 14 do PAF), foram formatados em PDF, gravados em arquivos eletrônicos integrantes da mídia digital anexada à folha 15 do PAF e entregues à empresa autuada através de *Intimação* via DT-e (fl. 16 do PAF). Estas planilhas trazem, em ordem cronológica, a relação das operações tributadas registradas em Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) e Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas (NFC-e), emitidas pela autuada, em que não houve o destaque e o consequente pagamento do imposto devido nessas operações, conforme comprovado nos lançamentos efetuados nos *Registros Fiscais dos Documentos de Saídas de Mercadorias*, documentos que se encontram disponibilizados na Escrituração Fiscal Digital (EFD) do estabelecimento e também gravados em meio eletrônico, no formato PDF, através da mídia digital acostada à folha 15 do PAF.

Afirma que os códigos NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul), registrados em NFES e NFCES e especificados nos *Anexos I e II* do *Demonstrativo da Infração 002.001.003*, são decorrentes de operações com mercadorias em que a fase de tributação não foi encerrada e estão, portanto, sujeitas à incidência normal do ICMS quando da circulação de mercadorias, de acordo com a legislação em vigor.

Entende que o contribuinte apesar de contestar o crédito tributário exigido, em momento algum do seu arrazoado foi capaz de apontar pelo menos um dos supostos “produtos isentos positivados” pelo RICMS-BA dentre aqueles relacionados nos dois anexos da *Infração 002.001.003*.

Finaliza opinando pela procedência integral do Auto de Infração 206878.0033/21-3.

VOTO

O presente Auto de infração lavrado em 30/09/2021 e diz respeito à cobrança de ICMS no valor total de R\$ 101.127,27, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 001.002.005 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, no valor de R\$ 79.245,44. Aplicada multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96;

Infração 02 - 002.001.003- Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escriturada, no valor de R\$ 21.881,83. Aplicada multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Argui o defendente, que não tomou ciência, sequer, que estava sendo fiscalizado, não recebeu em sua via do Auto de Infração cópia do Termo de Início de Fiscalização e não sabe se há este Termo na via do Fisco, e da mesma forma também não foi intimada a apresentar livros ou documentos, nos termos previstos no artigo 26 do RPAF/99, cerceando o seu direito e defesa.

Não é o que observo, pois o procedimento fiscal se iniciou em 23/07/2021, oportunidade em que o contribuinte foi intimado para apresentar os Livros e Documentos Fiscais conforme se verifica através do documento anexado à fl. 08, enviado via DTE.

Esclareço que, de acordo com o artigo 26, inciso III do RPAF/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização.

Também observo que, à fl. 16 dos autos, consta a cientificação da lavratura do Auto de Infração com envio dos papéis de trabalho que dão suporte ao presente lançamento.

Assim, o autuado foi cientificado do início dos trabalhos de auditoria na empresa, em cumprimento da Ordem de Serviço respectiva, assim como foi dado conhecimento do encerramento dos trabalhos e da lavratura do Auto de Infração, não havendo que se falar em cerceamento do exercício do direito de plena defesa.

Quanto ao argumento de terem sido os arquivos, contendo os demonstrativos entregues pelo autuante, formatados em PDF, tal fato não trouxe qualquer prejuízo à defesa, sequer cerceou seu direito ao exercício do contraditório, pois expressamente se defendeu do que lhe estava sendo imputado, inclusive, apresentando vários equívocos que teriam ocorrido no levantamento fiscal, o que denota pleno conhecimento de todo o teor da acusação, e o pleno exercício de seus direitos fundamentais.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Em relação à perícia requerida, pontuo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.

Também indefiro o pedido de diligência, haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção acerca da lide, como disposto no art. 147, inc. I, do RPAF/99.

No mérito, a infração 01 diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

O defendente alega ter ocorrido erro material, tendo em vista que, no seu entender, foram incluídas indevidamente, nos meses de junho/2018 e fevereiro/2020, notas fiscais que acobertam operações internas, e por isso, devem ser retiradas do levantamento elaborado pela fiscalização.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal não concorda com os argumentos defensivos e mantém integralmente autuação, asseverando que a empresa lançou e utilizou na sua escrita fiscal ICMS destacado nas notas fiscais eletrônicas indicadas no demonstrativo inserido no CD de fl. 15, referente a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, nos termos do art. 290, do RICMS/Ba. Esclarece que o fato de se tratar de operações internas não muda a natureza da operação, sendo portanto, vedada a utilização do crédito fiscal pelo adquirente da mercadoria, no caso a autuada.

Acompanho o entendimento do autuante, pois ao analisar o demonstrativo que deu respaldo à acusação, observo que nos meses de junho de 2018 e fevereiro de 2020, estão elencadas 03 e 01 notas fiscais, respectivamente, referentes a aquisições internas de mercadorias indicadas no Anexo I do RICMS/BA, item 8.30.1 – NCM 6907- *Cubos, pastilhas e artigos semelhantes de cerâmica, mesmo com suporte*, portanto, sujeitos à antecipação tributária, sendo vedada a apropriação dos seus respectivos créditos, que já foram concedidos no momento do cálculo do imposto relativo às operações subsequentes.

Foi também alegado pelo defendente que teriam sido incluídas notas fiscais referentes a aquisição de mercadorias que não estariam sujeitas ao regime de substituição tributária, porém não apresenta qualquer prova documental, sequer indica quais mercadorias seriam. Por outro lado, verifico que no levantamento elaborado pela fiscalização estão relacionadas mercadorias inseridas no Anexo I do RICMS/Ba, que indicam as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme a seguir:

ITEM	NCM	DESCRIÇÃO
“8.30. 1	6907	Cubos, pastilhas e artigos semelhantes de cerâmica, mesmo com suporte
8.31	6910	Pias, lavatórios, colunas para lavatórios, banheiras, bidês, sanitários, caixas de descarga mictórios e aparelhos fixos semelhantes para usos sanitários, de cerâmica

Assim, pelo que dispõe o art. 142 do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Consequentemente a infração 01 subsiste em sua totalidade.

No que se refere ao entendimento defensivo de que a fiscalização deveria refazer toda a escrituração fiscal para verificar o exato momento em que o suposto crédito indevido foi efetivamente utilizado, observo que o presente lançamento diz respeito a glosa de crédito fiscal, portanto, lançamentos pontuais, situação esta que não necessita da recomposição da sua escrita fiscal.

A infração 02 trata da falta de recolhimento do imposto, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O defendente alega que parte das operações deveriam ser canceladas em virtude da existência de itens não tributáveis. Aponta como exemplo as operações com pisos e cimento pois no seu entender, são produtos sujeitos ao regime de substituição tributária, nos moldes do item 16, 17, 18, 19, 20 e 25 do Anexo I do RICMS/12.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal não acata o argumento defensivo afirmando que foram elaboradas planilhas e nelas se encontram, em ordem cronológica, a relação das operações tributadas registradas em Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) e Notas Fiscais de Consumidor Eletrônicas (NFC-e), emitidas pela autuada, em que não houve o destaque e o consequente pagamento do imposto.

Assevera que estão indicados os códigos NCM (Nomenclatura Comum do Mercosul), e os mesmos são decorrentes de operações com mercadorias em que a fase de tributação não foi encerrada e estão, portanto, sujeitas à incidência normal do ICMS quando da circulação de mercadorias, de acordo com a legislação em vigor.

Concordo com o opinativo da autuante pois como restou comprovado através dos papéis de trabalho (anexo 1 e 2) a exigência recai sobre as operações de saídas que acobertavam mercadorias tributadas normalmente, enquanto que o sujeito passivo não as tributou.

Observe inclusive que os itens indicados pelo sujeito passivo, como isentos de tributação, no caso, pisos e cimento, sequer foram constam nos mencionados demonstrativos, pois a presente exigência, recai sobre produtos ausentes no Anexo I do RICMS, a exemplo dos a seguir relacionados:

NCM	DESCRIÇÃO
94036000	ARMARIO
57029200	TAPETE
44219900	ASSENTO SANIT
32141020	MASSA CORRIDA
22072019	ALCOOL EM GEL 70% 500ML
25151210	SOLEIRA
32141020	SELADOR ACRILICO
25232910	IMPERMEABILIZANTE MASSA
94069090	KIT VILDREX GABINETE

Neste caso, caberia ao mesmo apontar objetivamente as notas fiscais e respectivos itens que estariam incluídos indevidamente nos mencionados demonstrativos elaborados pela fiscalização, com as devidas justificativas e comprovações necessárias, o que não ocorreu. Assim sendo, a infração 02 é mantida integralmente.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206878.0033/21-3**, lavrado contra **ATC PISOS LTDA.**, devendo ser intimado autuado para efetuar do recolhimento do imposto de **R\$ 101.127,27**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, inciso VII, alínea "a", e inciso II, alíneas "a" da Lei 7.014/96 e os acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR