

A. I. Nº - 206878.0028/21-0
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 Nº 0291-04/22-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Infração comprovada. **b)** IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração comprovada. **2.** FALTA DE RECOLHIMENTO. SAIDAS DE MERCADORIAS. NOTAS FISCAIS e DE CUPOM FISCAL NÃO ESTRITURADOS NOS LIVROS FISCAIS. Razões de defesa não elidem a autuação. Infração parcialmente subsistente em razão da retificação a multa aplicada. Afastadas as arguições de nulidades. Indeferidos o pedido de realização de perícia e diligência Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. 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\$ 30.805,25, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 001.002.002 - Utilizou indevidamente credito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$ 56,63. Aplicada multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96;

Infração 02 - 001.00.039 - Utilizou indevidamente credito fiscal referente a imposto não destacado em documento fiscal, no valor de R\$ 2.795,73. Aplicada multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 002.001.002 - Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais. Aplicada multa de 100% prevista no art. 42, inciso III, alínea da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através do seu representante legalmente habilitado, apresenta impugnação, fls. 41 a 47, 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 § 3º 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.

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 reanalisados.

No tópico denominado DOS PRODUTOS ENQUADRADOS NA ST diz que diversas operações autuadas são de produtos isentos positivados pelo RICMS devendo serem excluídos do lançamento fiscal por não serem tributados pelo ICMS e transcreve o disposto no art. 290 do RICMS.

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 dos itens 16, 17, 18, 19, 20 e 25 do Anexo 01 do RICMS-BA/12.

Cita como exemplo alguns produtos, isentos de tributação, previstos no Anexo I do RICMS-BA/12 e comercializados pela Autuada:

16	Cimento
17	Tijolos, tijoleiras, tapa-vigas, blocos, telhas, elementos de chaminés, condutores de fumaça, manilhas, calhas, tubos, algerozes, ladrilhos, placas de pavimentação ou revestimento, cubos e pastilhas para mosaicos, desde que fabricados de argila ou barro cozido, vitrificados ou não
18	Pisos cerâmicos, azulejos e revestimentos cerâmicos em geral, louças sanitárias, metais sanitários
19	Ferros e aços não planos, para construção
20	Vidros para construção
25	Tintas, vernizes, ceras de polir, massas de polir, xadrez, piche, impermeabilizantes, removedores, solventes, aguarrás, secantes, catalisadores, corantes e outros produtos semelhantes, desde que também sujeitos a substituição tributária nas operações interestaduais por força de acordos específicos com as demais unidades da Federação

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.

Como anteriormente fora posto na presente defesa, a falta da apresentação dos demonstrativos, documento extremamente necessário para o exercício da ampla defesa e do contraditório, traz tamanha incerteza a lavratura do auto, que por si só já seria um grande motivo para a declaração de NULIDADE do auto. Porém, como é de sabedoria geral, além da falta dos demonstrativos, não se pode analisar de forma minuciosa os produtos de forma geral, já que, não tem como ser observada a sua classificação fiscal, muito menos a descrição da mercadoria.

Mais uma vez, reafirma ter tido a sua defesa prejudicada por falta de comprovação, bem como da apresentação dos demonstrativos, documento esse de extrema importância para análise do que se deve ou não ser rebatido.

Copia o teor das infrações e externa o entendimento de que para que sejam levadas a frente necessário se faz a sua comprovação, não devendo passar de mera descrição. Frisa que em momento algum houve a apresentação dos documentos inerentes à formalização do auto, restando assim prejudicado a análise do processo bem como, a sua continuidade, trazendo incertezas e iliquidez à sua exigência de pagamento do crédito tributário.

Referente a Infração 002.001.002, afirma que no compulso dos Autos, não há nenhuma comprovação material de que o contribuinte deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, como aduz o referido Auto de Infração. A devida comprovação de que não houve o recolhimento se faz necessário para que o AI não contenha vícios, e a simples afirmação, o torna extremamente frágil e vulnerável.

No caso de todo o processo administrativo fiscal, se faz necessário que comprove a veracidade das informações, já que inexistente qualquer documentação fiscal acerca do não recolhimento do ICMS pelo contribuinte. A forma genérica como foi listada a suposta infração, carente de um relatório detalhado e conciso, acaba por se tornar impossível comprovar que o contribuinte realmente tenha deixado de recolher o imposto em questão, existindo assim uma controvérsia do que foi apresentado no Auto de Infração e do quão alegado pelo pagante.

Frisa que o autuante deveria apresentar a relação dos DANFE'S que supostamente não foram recolhidos os impostos.

Ressalta que o autuante possui todas as informações fiscais necessárias para detalhar os supostos valores de ICMS devidos, e que a não apresentação dos mesmos, acarreta em prejuízo para o contribuinte, vez que está sendo cobrado por um fato do qual não existe comprovação fática, ocorrendo assim mais uma vez na completa NULIDADE do referido auto.

Face aos 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. 62 a 66, transcrevendo o teor das infrações. Faz um resumo dos argumentos defensivos e em seguida 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), realizada através do sistema Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e), atendeu a todos os requisitos legais.

No que se refere ao pedido da defesa para exclusão de operações com “produtos isentos positivados” do lançamento fiscal por motivo de ser resultado de operações não tributadas pelo ICMS é totalmente descabido, levando-se em conta a inexistência de qualquer correlação entre essa imputação e as infrações que deveriam ser objeto de análise no presente Processo Administrativo Fiscal. Isto posto, nenhuma das infrações relacionadas no *Auto de Infração* tem relação, direta ou indireta, com operações envolvendo mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária. Percebe-se, portanto, que todo o discurso impugnatório foi moldado em argumentos direcionados a uma infração que não é alvo do lançamento tributário em discussão.

Quanto a declaração da empresa autuada de que não teria recebido demonstrativos vai de encontro à realidade dos fatos, uma vez que ela própria admitiu, ainda no início da sua contestação, ter recebido demonstrativos, ainda que no formato PDF. Para se criticar o formato adotado nos demonstrativos elaborados pelo autuante é necessário que o sujeito passivo tenha tomado pelo menos conhecimento do material recebido. Além disso, a mídia digital apresentada pela requerente à folha 57 do PAF traz gravada a cópia do arquivo eletrônico enviado pela SEFAZ mediante *Intimação* via DT-e (fls. 37 e 37-A do PAF) contendo o *Auto de Infração* 2068780028/21-0 acompanhado dos 3 demonstrativos das *Infrações* 001.002.002, 001.002.039 e 002.001.002. Também foram entregues, através da mesma *Intimação* via DT-e, os 2 arquivos complementares da *Infração* 002.001.002: o ANEXO 1 e o ANEXO 2.

O *Demonstrativo da Infração* 001.002.002 (fl. 07 do PAF), o *Demonstrativo da Infração* 001.002.039 (fl. 12 do PAF), o *Demonstrativo da Infração* 002.001.002 (fl. 27 do PAF) e seus *Anexos* 1 e 2 (disponibilizados em arquivo eletrônico gravado em mídia digital à fl. 32 do PAF) possuem no total 68 páginas, ou seja, bem distante das mais de 430 páginas mencionadas pela defesa. Ainda que fosse o caso, a requerente dispõe do prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação, para apresentar sua impugnação.

A formatação dos demonstrativos das infrações e seus anexos, que foram fornecidos pelo fisco à empresa autuada, foi efetuada de modo que se permita o perfeito entendimento daquilo que está sendo cobrado pelo fisco. Para atender este escopo, encontram-se discriminados todos os documentos fiscais que fazem parte da autuação, indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no âmbito do *Auto de Infração*. Em relação às *Infrações* 001.002.002, 001.002.039 e 002.001.002, nos respectivos demonstrativos são especificados o nº do documento fiscal, a data de emissão, o CNPJ do emitente, a UF do emitente, o valor da base de cálculo do imposto, a alíquota e o valor do crédito tributário reclamado; no caso específico da *Infração* 002.001.002, nos respectivos anexos dos demonstrativos ainda são informados o nº do item, a NCM, a descrição do produto, a quantidade, a unidade, o CST e o CFOP. Neste sentido, não pode ser acolhida a acusação de que o autuante não teria apresentado a relação dos DANFES, com a indicação do suposto não recolhimento dos impostos.

Acrescenta que não procede a objeção da impugnante ao se reportar à *Infração* 001.002.002, quando justifica não haver qualquer comprovação material de que o contribuinte deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, como indicado no *Auto de Infração*. A autuada claramente se equivoca, visto que a infração em questão não tem relação direta com a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar e sim com a utilização indevida de crédito fiscal referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, circunstância não refutada.

As *Infrações* 001.002.039 e 002.001.002 foram citadas pela impugnante, porém, no se entender não foram rebatidas individualmente na petição acostada às folhas 41 a 47 do PAF.

Entende ter restado evidente que os argumentos levantados na defesa não passam de mero expediente procrastinatório, e reafirma os termos da autuação e requerer a procedência integral do *Auto de Infração* nº 2068780028/21-0.

VOTO

O presente *Auto de infração* lavrado em 30/09/2021 e diz respeito à cobrança de ICMS no valor total de R\$ 30.805,25, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 001.002.002 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$ 56,63. Aplicada multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96;

Infração 02 - 001.00.039 - Utilizou indevidamente crédito fiscal referente a imposto não destacado em documento fiscal, no valor de R\$ 2.795,73. Aplicada multa de 60% prevista no art. 42, inciso VII,

alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 002.001.002 - Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.

Argui o defendente, ter havido cerceamento do direito de defesa, sob o argumento de que os demonstrativos que deram sustentação ao presente lançamento, inseridos em meio magnético, que lhe foram entregues, na ciência do Auto de Infração, estão apenas em formato PDF (Adobe Reader).

Não há como prosperar essa preliminar de nulidade, pois tal fato não trouxe qualquer prejuízo à defesa, sequer cerceou seu direito ao exercício do contraditório, pois no caso das infrações 01 e 02 observo que são objeto de exigência apenas dois documentos fiscais, conforme se pode observar nas planilhas de fls. 07 e 08, não implicando em qualquer dificuldade para compreensão das referidas imputações.

No que se refere a infração 03, observo que foram elaborados dois demonstrativos, sendo que dizem respeito a documentos emitidos pelo próprio defendente, sendo que no Anexo I estão indicadas as Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e), totalizando 11 páginas, e no Anexo II as Notas Fiscais de Consumidor eletrônicas (NFC-e), contendo 55 páginas. Portanto, tal fato não trouxe qualquer prejuízo à defesa, sequer cerceou seu direito ao exercício do contraditório, pois se tratam de documentos de sua própria emissão, portanto, o sujeito passivo é conhecedor do seu inteiro teor.

Ademais, observo que a Fiscalização embasada na legislação do ICMS elaborou demonstrativos analíticos demonstrando individualmente em cada documento fiscal objeto da presente exigência o imposto destacado pelo contribuinte e que não foram lançados pelo recorrente no seu livro fiscal e consequentemente não foram oferecidas à tributação, caracterizando assim, a falta de recolhimento do imposto, conforme demonstrativos que anexou aos autos.

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, observo que o sujeito passivo apresentou, suma, as seguintes argumentações pugnando pela improcedência do Auto de Infração a saber:

- (i) Parte das operações autuadas 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.
- (ii) Especificamente em relação à infração 002.001.002 afirma que nos Autos, não há nenhuma comprovação material de que o contribuinte deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, como aduz o referido Auto de Infração. Externa o entendimento de que a fiscalização deveria apresentar a relação dos DANFES que supostamente não teriam sido recolhidos os impostos.

Assim sendo, constato que os argumentos acima transcritos em nada se relacionam com as infrações 01 e 02, que dizem respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a

aquisição de material para uso e consumo (infração 01) e imposto não destacado em documento fiscal infração 02).

Em contrapartida, observo que para embasar a exigência relativa à infração 01 foi elaborado o demonstrativo de fls. 07, onde se verifica que a exigência recai sobre as Notas Fiscais nºs 15.758 e 481.619, cópias às fls. 08 a 09, sendo que a primeira diz respeito a aquisição de *“suco de uva tinto integral e vinho branco”* e a segunda a *“Display em metal e MDF para 4 cubas”*.

Considerando que a empresa tem como atividade a comercialização de materiais de construção, presume-se que os referidos produtos foram destinados ao consumo do estabelecimento. Assim, com o autuado não trouxe aos autos provas para desconstituir o lançamento a infração subsiste em sua totalidade.

Para a infração 02 foi elaborado o demonstrativo de fl. 12 e se referem às notas fiscais 148 e 150, oriundas do estado da Paraíba, emitidas por *“RENATO ALVES DE BARROS”*, CNPF 29.493.116/001-91, em 03/02/2020.

De acordo com as fotocópias anexadas às fls. 23 a 16, verifica-se que não houve destaque do imposto, entretanto, foram registrados, na escrita fiscal do sujeito passivo, os valores de R\$ 2.696,73 e R\$ 99,00, relacionados as mencionadas notas fiscais, totalizando o valor ora exigido de R\$ 2.795,73, conforme cópias do *“REGISTRO FISCALIS DOS DOCUMENTOS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS E AQUISIÇÃO DE SERVIÇOS”*, anexado á fl. 16 do PAF restando, assim caracterizada a infração 02.

No que se relaciona à infração 03 - 002.001.002, verifico se encontra assim descrita: *“Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros próprios”*.

Verifico que as mercadorias objeto da autuação constam no *“ANEXO I - RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS TRIBUTADAS REGISTRADAS EM NOTAS FISCAIS ELETRÔNICAS (NF-e) EMITIDAS PELO ESTABELECIMENTO e ANEXO II- RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS TRIBUTADAS REGISTRADAS EM NOTAS FISCAIS DE CONSUMIDOR ELETRÔNICAS (NFC-e) EMITIDAS PELO ESTABELECIMENTO*.

Assim, foi apurado para o mês de novembro de 2020 o total do ICMS destacado nas Notas Fiscais Eletrônicas (NF-e) o valor de R\$ 5.205,82 e no Anexo II o total do ICMS destacados nas Notas Fiscais de Consumidor eletrônicas (NFC-e) de R\$ R\$ 22.747,05, totalizando o montante de R\$ 27.952,89, conforme demonstrado na planilha sintética de fl. 27. Ocorre que no referido mês, nenhum valor foi registrado no *“Registro de Apuração do ICMS- Operações próprias”*, a título de débito do imposto, conforme se verifica às fls. 29.

Portanto, não há como acatar o argumento defensivo de que nenhuma comprovação material foi apresentada comprovando a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, sendo também impertinente a afirmativa defensiva de que a fiscalização deveria apresentar a relação dos DANFES que supostamente não teriam sido recolhidos os impostos.

Quanto a alegada inclusão no levantamento de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, observo que os itens apontados pelo defendente, no caso pisos e cimento sequer foram indicados nos mencionados demonstrativos, pois a presente exigência, recai sobre produtos ausentes no Anexo I do RICMS, tanto que o sujeito passivo ao emitir os documentos fiscais as tributou, porém, os mencionados documentos fiscais encontram-se ausentes em sua escrita fiscal, portanto não foram oferecidos à tributação.

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. Entretanto, observo que foi aplicada a multa de 100%, quando no caso específico deve ser de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “f” da Lei 7.014/96, razão pela qual fica a multa retificada de 100% para 60%. Infração parcialmente subsistente, em razão da alteração da multa.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206878.0028/21-0**, lavrado contra **ATC PISOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 30.805,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, “a” e II, alínea “F” da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

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

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR