

PROCESSO	- A. I. N° 278858.0003/21-2
RECORRENTE	- SIMAC MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF n° 0034-04/23-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / INFRAZ DIAMANTINA

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0306-12/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Não foram apresentadas questões de mérito. Infração comprovada; **b)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Não foram apresentadas questões de mérito Infração parcialmente subsistente em razão da retificação da multa aplicada. Não acolhidas às arguições preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo autuado em razão da decisão contida no Acórdão 4ª JJF n° 0034-04/23-VD, relativo ao Auto de Infração em tela, lavrado em 26/06/2021, refere-se à exigência de R\$ 126.700,90, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 001.002.006 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, no montante de R\$ 16.599,77, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea "a", da Lei n° 7.014/96.

Infração 02 - 002.001.002 - Deixou de recolher, no prazo regulamentar ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, no valor de R\$ 1.286,29, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, alínea "a", da Lei n° 7.014/96.

Infração 03 - 002.001.003 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor lançado R\$ 108.814,84, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei n° 7.014/96.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 27/02/2023 e julgou o Auto de Infração Procedente em Parte por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

VOTO

O presente Auto de Infração está embasado em demonstrativos elaborados pela Autuante, e foram fornecidas ao Impugnante cópias dos mencionados demonstrativos. Não foi identificado qualquer prejuízo ao Contribuinte, a infração apurada foi descrita de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o débito apurado consoante o levantamento acostado aos autos, que é de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento.

O presente Auto de infração lavrado em 26/06/2021 e diz respeito à cobrança de ICMS no valor total de R\$ 126.700,90, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 001.002.006 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, no montante de R\$ 16.599,77, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea "a", da Lei n° 7.014/96.

Infração 02 - 002.001.002 - Deixou de recolher, no prazo regulamentar ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, no valor de R\$ 1.286,29, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, alínea "a", da Lei n° 7.014/96.

Infração 03 - 002.001.003 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor lançado R\$ 108.814,84, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea "a" da Lei n° 7.014/96.

O autuado, valendo-se de interpretação ao Art. 247, § 4º do RICMS/BA, arguiu que deveria ter sido intimado pela fiscalização, com a concessão de 30 dias para entrega ou retificação da EFD.

De inicio destaco que o presente Auto de Infração é resultante da Ordem de Serviço emitida em 31/03/2021, conforme se verifica às fls. 09, portanto, o referido § 4º do Art. 247 do RICMS/BA, já se encontrava revogado desde 01/11/2019, através do Decreto nº19.274 de 04/10/2019, com efeitos a partir de 01/11/2019. Ademais, as infrações objeto do presente lançamento não se relacionam a falta de entrega ou inconsistência no envio da EFD, passível de correção, intimado pelo Fisco nesse sentido.

Logo, no caso presente, ainda que o § 4º do Art. 247 do RICMS/BA estivesse vigente, não se trata de situação passível de concessão de prazo de trinta dias para correções de falta de entrega ou inconsistência na EFD, pois, de tudo que consta dos autos, tem-se que a ação fiscal tomou por base o exame levado a efeito na EFD do autuado, não tendo detectado a falta de entrega da mesma, ou apontado qualquer inconsistência nos arquivos magnéticos por ele transmitidos.

Destaco que os Acórdãos a que o deficiente se reportou os de nºs 0242-04/16 e 0403-12/17 tratam de questão diversa da ora analisada neste auto de infração, pois os mesmos se referem a situação em que a auditoria foi realizada com base em livros fiscais impressos pela empresa autuada, considerados sem validade jurídica, em razão dos arquivos da EFD apresentados pelo contribuinte conterem inconsistências.

Assim é que, por não vislumbrar falha procedimental do autuante ao não intimar o autuado, com concessão de prazo de trinta dias para, neste caso, processar o refazimento de sua escrita fiscal referente aos exercícios fiscalizados, no caso, 2018 a 2020, é que não acolho este pedido de nulidade do Auto de Infração.

Ademais, após examinar as peças componentes do presente Processo Administrativo Fiscal, verifico que estão presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e o fato gerador do débito tributário reclamado e no que tange aos aspectos formais e materiais do auto de infração.

A fiscalização constituiu o crédito tributário, registrando a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade cabível, tudo em absoluta consonância com o art. 142 do CTN, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visto que as infrações estão caracterizadas conforme demonstrativos apensos aos autos.

Constatou também que foram respeitados o direito à ampla defesa e ao contraditório inexistindo, assim qualquer vício ou falha que possa imputar nulidade ao Auto de Infração, não sendo detectada nenhuma ocorrência das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

No mérito, observo que não foram apresentados quaisquer questionamentos para contrapor aos levantamentos elaborados pela autuante, relativos a todas infrações, anexados ao PAF às fls. 11 a 92, cujas cópias foram entregues ao autuado via “Correios”, com data de entrega em 09/09/2021, conforme se verifica à fl. 98.

Vale salientar, que é responsabilidade exclusiva do Contribuinte a escrituração fiscal e a remessa dos arquivos magnéticos ao banco de dados da SEFAZ, devendo espelhar com fidedignidade os documentos fiscais, cabendo ao mesmo apontar as divergências, acaso existentes, entre os mencionados documentos fiscais e as informações contidas nos arquivos enviados por meio da EFD, o que não ocorreu no presente caso.

Assim, como o deficiente não se reportou, especificamente, sobre qualquer documento fiscal objeto da autuação, contrariando o disposto no art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, que assim estabelece; “O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”, e como tais provas se referem a documentos que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir as infrações, demonstrando as incorreções acaso existentes, porém, assim não procedeu.

Dessa forma, considerando o teor dos art. 142 e 143, do RPAF, que rezam que 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, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Consequentemente, as infrações objeto do presente auto de infração são totalmente subsistentes, tendo em vista que o autuado não apontou qualquer equívoco, por acaso existentes, nos demonstrativos elaborados pela fiscalização, que deram respaldo ao presente lançamento. Entretanto, observo, em relação à infração 02, 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 02 parcialmente subsistente, em razão da alteração da multa.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em função da alteração do percentual da multa de 100% para 60% na infração 02.

Inconformado com a decisão, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário.

Nas razões de direito aduz que se esta Câmara não decidir pela nulidade da ação fiscal, certamente julgará IMPROCEDENTE, consoante às razões de fato e de direito e expõe que a

instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo fiscal devem observar, entre outros, princípios como o da verdade material, da legalidade, da ampla defesa, do devido processo legal.

Aduz que é indispensável a demonstração pelo Fisco quanto ao critério adotado, a fonte e demais dados necessários ao entendimento e comprovação da acusação fiscal, bem como a falta de apreciação de todos os argumentos alegados na peça impugnativa configura inobservância aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Afirma que a função fiscal, exercício do poder da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido, controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Defende que na ausência de formalidade essencial, diante da ocorrência de vício insanável, em estrita consonância com o artigo 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, quando o lançamento não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, este Egrégio Conselho Fazendário Baiano deve decidir pela nulidade/improcedência do lançamento de ofício.

Nas razões recursais, com relação a infração 1 aduz que: *“a nobre autoridade fiscal cometeu erro procedural, ao incluir no levantamento fiscal as Notas Fiscais nºs 74029, 74117, 74501, 74591, 74684, 74779, 74988, 75122, 75303, 75346, 75526, 76283, 76812, 76888, 76932, 77022, 77116, 77367, 77448, 77561, 77633, 77931, 78196, 78203, dentre outras, contendo mercadorias tributadas normalmente, não sendo possível assim, a autuada ter se apropriado do crédito de ICMS com pagamento de imposto por substituição tributária, conforme se constata nas Notas Fiscais (Doc. 01)”.*

Exemplifica que as mercadorias e os seus respectivos códigos CST 000: “CAIXA PAD”, “REJ. ACRILI”, “CILINDRO F”, “GRAMPO R”, “TAMPA TA”, “CAIXA MO”, “PALHA DE”, “PLACA 4X2”, “ROLDANA” mercadorias tributadas integralmente relacionadas como se fossem mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Para infração 2 o atuado defende que as notas fiscais relacionadas no demonstrativo da autuante encontram-se devidamente registradas no livro de saída de mercadorias e cita as notas fiscais arroladas pela autuante no demonstrativo que fundamenta a imputação, a exemplo das Notas Fiscais de Saída nºs 22519, 22568, 22577, 22593, 22628, 22644, 22647, 22681, 22689, 22695, entre outras, encontram-se registradas, fato facilmente constatado no livro de registro de saída de mercadorias (Doc. 02).

Com relação a infração 03, defende que as Notas Fiscais de Saída nºs 21912, 21471, 21439, 21391, 20968, 21195, 19933, 19892, 19954, 20529, 20124, 23177, 21195, 21730, 20812, 21219, 21391, 22044, 22956, 23464, 23455, 23491, entre outras, possuem mercadorias substituídas, isentas ou que sofrem redução de base de cálculo, devendo, portanto, devem ser excluídas do demonstrativo apresentado.

Requer que seja determinada diligência in loco com o objetivo de comprovar o defendido no Recurso Voluntário para a infração 1 se proceda a exclusão de todas as mercadorias tributadas integralmente que foram relacionadas no Auto de Infração e para a infração 3 sejam excluídas de todas as mercadorias isentas, substituídas e com redução de base de cálculo.

A Autuada requer que o CONSEF/BA decrete a nulidade total do auto de infração em apreço, e se assim não entender decrete a improcedência do auto de infração, para que se faça justiça.

Requer ainda que que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Autuada.

Registrada o impedimento do conselheiro João Vicente Costa Neto, sendo substituído do conselheiro Fernando Antonio Brito de Araújo.

É o relatório.

VOTO

O presente Auto de Infração formaliza a exigência de crédito tributário de R\$ 126.700,90, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 001.002.006 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas

com pagamento do imposto por antecipação tributária, no montante de R\$ 16.599,77, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 002.001.002 - Deixou de recolher, no prazo regulamentar ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, no valor de R\$ 1.286,29, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 002.001.003 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor lançado R\$ 108.814,84, mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO

Tenho que não assiste razão a recorrente, porque no PAF em debate, foram respeitados os pressupostos de validade processual, estando presentes os requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, com a correta indicação do autuado, com a indicação dos montantes e dos fatos geradores dos débitos tributários cobrados pelas 3 infrações objeto do auto de infração reclamado, bem como estão preenchidos aos aspectos formais e materiais do auto de infração, nos moldes do art. 142 do CTN.

Destaco que, houve cumprimento as determinações legais, já que o lançamento, foi apontado a descrição do fato infracional de forma clara, sendo possível identificar com certeza e clareza a natureza da infração, a autuada e o montante do débito tributário, bem como a multa, além dos dispositivos legais e regulamentares infringido.

Registro também que foi observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, considerando que demonstrativos que acompanharam o auto de infração, caracteriza de forma cristalina as infrações.

Dito isto, afasto a preliminar de nulidade do auto de infração, vez que não existe no auto de infração objeto do recurso, qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Passo a análise do mérito.

No mérito o recorrente traz informações novas em relação as 3 infrações.

De logo, registro que é de responsabilidade exclusiva do Contribuinte a escrituração fiscal e a remessa dos arquivos magnéticos ao banco de dados da SEFAZ, devendo espelhar com fidedignidade os documentos fiscais, cabendo ao mesmo apontar as divergências, acaso existentes, entre os mencionados documentos fiscais e as informações contidas nos arquivos enviados por meio da EFD, o que não ocorreu no PAF até o julgamento da JJF.

Apenas, no momento do Recurso Voluntário o contribuinte trouxe aos autos informações que busca elidir as infrações, demonstrando as incorreções.

O Recorrente no que toca a **infração 01**, traz fato novo e indica que: “*a nobre autoridade fiscal cometeu erro procedural, ao incluir no levantamento fiscal as Notas Fiscais nºs 74029, 74117, 74501, 74591, 74684, 74779, 74988, 75122, 75303, 75346, 75526, 76283, 76812, 76888, 76932, 77022, 77116, 77367, 77448, 77561, 77633, 77931, 78196, 78203, dentre outras, contendo mercadorias tributadas normalmente, não sendo possível assim, a autuada ter se apropriado do crédito de ICMS com pagamento de imposto por substituição tributária, conforme se constata nas Notas Fiscais (Doc. 01).*”

Confrontando o anexo “*CRÉDITO INDEVIDO NA ENTRADA DE MERCADORIAS COM ICMS SUBSTITUÍDO*” com as notas juntadas aos autos e relacionadas acima verifico que o Autuante, apenas levantou itens e suas respectivas NCM’s que não o foram tratadas pelo Recorrente como tributadas que utilizou indevidamente o crédito, já que os itens são Substitutos Tributários, conforme Anexo I do RICMS. Tendo em vista que o autuado em seu Recurso Voluntário não apresentou quais mercadorias foram indevidamente incluídas na autuação, limitando-se a relacionar as notas fiscais, entendo correta a autuação **restando subsistente a infração 01**

Já no que tange a **infração 02**, no recurso, o recorrente aduz que que as notas fiscais relacionadas no demonstrativo da autuante encontram-se devidamente registradas no livro de saída de mercadorias e cita as notas fiscais arroladas pela autuante no demonstrativo que fundamenta a imputação, a exemplo das Notas Fiscais de Saída nºs 22519, 22568, 22577, 22593, 22628, 22644, 22647, 22681, 22689, 22695, entre outras, encontram-se registradas, fato facilmente constatado no livro de

registro de saída de mercadorias (Doc. 02).

Com relação ao DOC.02, destaco não ser um documento hábil para constituir prova, pois não se trata do livro de registro de saídas extraído do SPED-ICMS, conforme determinado no RICMS-BA, que serviu de base para o levantamento da infração.

Diante do exposto acima, vejo não assistir razão a autuada, uma vez que ela não apresentou a escrita do SPED-ICMS, **sendo correta a infração 02.**

Por fim, em relação a infração 03 defende o recorrente que as Notas Fiscais de Saída n^{os} 21912, 21471, 21439, 21391, 20968, 21195, 19933, 19892, 19954, 20529, 20124, 23177, 21195, 21730, 20812, 21219, 21391, 22044, 22956, 23464, 23455, 23491, entre outras, possuem mercadorias substituídas, isentas ou que sofrem redução de base de cálculo, devendo, portanto, ser excluídas do demonstrativo apresentado.

Da leitura dos itens das notas fiscais, relacionadas no parágrafo anterior, os quais foram relacionadas no anexo ao Auto de Infração denominado de *“Saídas de Mercadorias Tributadas como não tributadas”*, constato que os itens são tributados pelo ICMS, e foram classificados de forma incorreta como isentos ou substituição tributária. Analisando as notas fiscais, é possível a utilização dos códigos “CST” 040 e 060, que não corresponde o “CST” de mercadorias tributadas.

Dito isto, **deve ser mantida a infração 03.**

Por fim, indefiro o pedido de diligência das infrações 01 e 03, pois a Recorrente não apresentou provas que venham a modificar o auto de infração e considero que todos os documentos constantes no PAF são suficientes para o deslinde da lide.

Quanto as intimações alusivas ao presente feito sejam dirigidas exclusivamente aos Patronos da Autuada são válidas através do art. 108 e incisos seguintes do RPAF.

Pelas razões acima expostas, sou pela manutenção parcial do Auto de Infração, conforme a decisão piso.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n^º 278858.0003/21-2, lavrado contra **SIMAC MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 126.700,90, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos VII, “a” e II, alíneas “a” e “f” da Lei n^º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIM TOMÉ ARRUTY – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS