

A. I. Nº - 206905.0008/13-5
AUTUADO - GERAIS ELETROMÓVEIS LTDA.
AUTUANTES - MARIA IRACI B. DE SÁ TELLES, WALTER KUHN e ALMIR DE SANTANA ASSIS
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 07/10/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0215-03/14

EMENTA: ICMS. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. **a)** FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), no prazo estabelecido na legislação tributária, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações no período de apuração. Infração subsistente. **b)** FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) A QUE ESTAVA OBRIGADO. Infração comprovada. **2.** OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. Ficou comprovado que não houve recolhimento do ICMS relativo às operações com mercadorias destinadas à comercialização. Mantida a exigência fiscal. **3.** DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO. Autuantes reconheceram que as operações se referiam a combustíveis, mercadorias sujeitas à substituição tributária, pedindo a exclusão deste item da autuação. Infração insubsistente. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/12/2013, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$629.997,80 em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou entregou o mencionado arquivo sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de fevereiro de 2011 a dezembro de 2012. Exigida multa no valor de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$31.740,00.

Infração 02: Falta de atendimento a intimação para entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de fevereiro de 2011 a dezembro de 2012. Exigida multa de 1%, totalizando R\$217.083,70.

Infração 03: Descumprimento de obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo, nos meses de março a junho, setembro, novembro e dezembro de 2009. Valor do débito: R\$370.440,04. Multa de 60%.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a agosto, outubro e dezembro de 2010. Valor do débito: R\$10.734,06. Multa de 60%.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 298 a 323 do PAF. Inicialmente, comenta sobre a tempestividade da defesa e reproduz os itens da autuação fiscal. Suscita nulidade da infração 04, alegando que uma simples análise comparativa entre a descrição dessa infração e o seu demonstrativo de débito, constata-se que não foram preenchidos requisitos formais previstos no RPAF, regras procedimentais que obrigatoriamente deveriam ser cumpridas pelos agentes administrativos, em virtude de suas atividades serem plenamente vinculadas, especificamente no tocante ao inciso IV, do art. 39, que transcreveu. Diz que foi imputado ao autuado a infração de não recolhimento do ICMS decorrente da diferença de alíquota referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de uso e consumo do estabelecimento. Entretanto, o demonstrativo elaborado pelos autuantes aponta a falta de recolhimento total do ICMS devido nas operações (alíquota de 17%) e não a diferença entre as alíquotas interna e interestadual. Ou seja, a infração é pelo não recolhimento da diferença de alíquotas, entretanto o demonstrativo de débito aponta a falta de recolhimento do ICMS da operação, observando, como dito acima, tão somente a alíquota interna. Não foi considerado, portanto, o ICMS destacado nas notas fiscais de entrada, que deveria ser observado para efeito do cálculo da diferença de alíquotas.

Alega que, do mesmo modo, o demonstrativo de débito não observa que parte das operações estava sujeita a redução de base de cálculo e nos termos do art. 72 do RICMS/BA, o imposto relativo à diferença de alíquotas, supostamente devido, deveria seguir o mesmo percentual da redução da base de cálculo concedida na operação de entrada. Logo, para que se atribua validade à infração 04, importante saber se a autuação foi pelo não recolhimento da diferença de alíquotas do ICMS, ou falta de recolhimento do ICMS nas operações, apontando-se, no demonstrativo de débito o valor devido, abatendo-se o valor destacado nas entradas, o que não fizeram os autuantes.

Afirma que se constata, facilmente, que o demonstrativo de débito não discrimina separadamente cada fato, (valor devido – valor destacado nas entradas – diferença cobrada). Ressalta que a inobservância das exigências previstas no art. 39 do RPAF, acima mencionadas, eivou de vício insanável a infração 04 objeto de apreciação, pois um demonstrativo de débito que não discrimina o valor devido, o valor destacado nas entradas e a diferença cobrada, prejudica o exercício pleno do direito de defesa do autuado, haja vista que não se identifica, com precisão, a infração cometida.

Diz que é forçoso concluir que os autuantes não respeitaram os preceitos procedimentais inerentes à sua atividade, não preenchendo, assim, as formalidades necessárias à validade da autuação, o que autoriza a decretação de nulidade da infração 04 nos termos do art. 18, II e IV do RPAF, uma vez que acarretou cerceamento ao amplo direito de defesa do Autuado, em virtude de que não se identificou, com precisão, a infração cometida. Requer seja acolhida a preliminar argüida, declarando nula infração 04.

Infrações 01 e 02: O defendente diz que foi acusado de não entregar o arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou entregá-la sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos nos arts. 247, 248, 249 e 250 do RICMS/2012.

Primeiramente, alega que até 31/03/2012 esteve vigente no Estado da Bahia o Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997 e, somente a partir de 1º de abril de 2012, passou a vigor o novo Regulamento de ICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012. Logo, em relação aos fatos geradores ocorridos antes dessa data, aplica-se o RICMS/1997 aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997.

Diz que tal introdução se faz necessário pelo fato de que os autuantes não observaram a correta aplicação da legislação, o que, através de uma simples análise, evidenciará a insubsistência da autuação. Reproduz o Capítulo VII do RICMS/1997 vigente até 31/03/2012, relativamente à Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Alega que o art. 897-B, inciso I, do RICMS/1997, é claro ao dispor que a Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório a partir de 01/01/2011, para os contribuintes do ICMS cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais). Ou seja, no exercício de 2011, somente contribuintes com faturamento em 2010, superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais) eram obrigados a enviar a Escrituração Fiscal Digital (EFD).

Diz que os autuantes cobram no presente lançamento tal obrigação referente de fevereiro/2011 a dezembro de 2012. Entretanto, o Autuado, afirma que em 2010, não possuía faturamento superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), o que afasta a obrigação de entregar a Escrituração Fiscal Digital (EFD) mensal a partir de 01/01/2011. Ressalta que somente a partir de janeiro de 2012, nos termos do art. 897-B, inciso I, do RICMS/1997, passou-se a exigir tal obrigação acessória do autuado já que o seu faturamento em 2011 ficou entre R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais) e R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais). Salienta que o RICMS/2012, vigente a partir de 1º de abril de 2014 trouxe a mesma redação do RICMS/1997.

Entende que restou demonstrada a insubsistência da autuação em relação ao exercício de 2011, nos termos do art. 897-B, inciso I, do RICMS/1997, já que em 2010 o autuado não possuía faturamento superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), o que afasta a obrigação de entregar a Escrituração Fiscal Digital (EFD) naquele exercício. Reconhece que a partir de janeiro de 2012 estava obrigado a entregar a Escrituração Fiscal Digital (EFD) naquele exercício, conforme lhe impõe o art. 897-B, inciso II, do RICMS/1997, vigente até 31/03/2012 e art. 248, inciso II, do atual RICMS/2012 e assim procedeu, conforme comprovantes que acostou aos autos.

Informa que, por questões operacionais, a Escrituração Fiscal Digital (EFD) foi entregue zerada, mas a obrigação de entregar foi devidamente cumprida, o que afasta a infração imputada. Salienta que tanto o art. 897-E, do RICMS/1997, vigente até 31/03/2012, quanto ao art. 251 do RICMS/2012 asseguram ao contribuinte o direito de alterar totalmente as informações constantes no arquivo da EFD, mediante autorização da INFAZ.

Justifica afirmando que, por questões operacionais, não conseguiu alimentar as informações necessárias no arquivo da EFD. Como existia a possibilidade de alteração posterior do total dessas informações, optou por cumprir tal obrigação acessória, enviando os arquivos da EFD zerados para posteriormente, como previsto no RICMS-BA, mediante autorização da INFAZ, fosse procedida a retificação total de tais informações, o que foi requerido à inspetoria e estranhamente, até a presente data, omitido ao autuado. Diz que a documentação que acostou aos autos comprova que não houve descumprimento de obrigação acessória pois os arquivos da EFD foram devidamente entregues, o que evidencia, do mesmo modo, a insubsistência da autuação (infrações 01 e 02) em sua totalidade.

Salienta que a obrigação acessória imposta era de entrega mensal dos arquivos da EFD, inexistindo até a promulgação da Lei nº 12.917, de 31/10/13 (DOE de 01/11/13) qualquer imposição ou penalidade pela entrega da EFD zerada, como se depreende da análise do art. 42, inciso XIII-A, alínea “I”, da Lei 7.014/1996, acrescentado pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/2010, efeitos a partir de 31/03/2010 a 31/10/13. Que, somente com a promulgação da Lei nº 12.917, de 31/10/13 (DOE de 01/11/13) alterou-se a redação da alínea “I” do inciso XIII-A do caput do art. 42 e passou-se a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas.

Conclui que até 31/10/13 não havia qualquer multa pela entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD sem as informações exigidas na legislação, não sendo devido, portanto, a multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo, exigida pelos Autuantes em relação aos exercícios de 2011 e 2012.

O defendente transcreve o art. 150, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, afirmando que o mencionado dispositivo consagra o princípio da irretroatividade da Lei. Diz que no presente caso, os fatos geradores ocorreram nos exercícios de 2011 e 2012, sendo aplicada a multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “I” da Lei 7.014/1996, que transcreveu. Ressalta que a multa aplicada somente foi instituída com a Lei nº 12.917, de 31/10/13, com efeitos a partir da publicação que ocorreu no DOE de 01/11/2013. Portanto, inaplicável aos fatos geradores pretéritos a esta data.

Afirma que restou demonstrado que a multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, aplicada ao estabelecimento autuado, violou o art. 106, inciso I, do CTN, já que inovou o ordenamento jurídico com a criação de uma nova sanção, e não poderia ser utilizada retroativamente.

Diante da demonstração de que os fatos imputados ao autuado ocorreram antes da vigência da Lei 12.917, de 31/10/13, que instituiu a multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entrega sem as informações exigidas na legislação, por observância do princípio constitucional da irretroatividade da Lei Tributária, requer sejam julgadas insubsistentes/improcedentes as multas impostas nas infrações 01 e 02.

Caso mantidas as multas impostas nas infrações 01 e 02, o defendente alega que a penalidade merece ser reduzida/cancelada posto que presentes os requisitos autorizadores da sua redução. Diz que a obrigação principal, qual seja, de pagamento do ICMS, só ocorre quando da realização do fato gerador do imposto, ou seja, quando da realização da hipótese de incidência (operação de saída) o que foi devidamente cumprido pelo autuado. Que a Escrituração Fiscal Digital - EFD foi devidamente entregue, no entanto, por razões operacionais, foram entregues zeradas, ficando evidenciado que se houve alguma infração, esta não representou descumprimento de qualquer obrigação principal.

Diz que no presente caso, quando da efetiva ocorrência da hipótese de incidência, o ICMS foi devidamente recolhido. Que a suposta infração imputada decorre de uma interpretação plausível dos RICMS/1997 e RICMS/2012, bem como na alínea “I” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/96, dispositivo vigente até 31/10/2013, de que não repercutiu em redução do pagamento do imposto, inexistindo, portanto, qualquer prejuízo para o Estado da Bahia. Logo, agiu com boa-fé, efetivando os devidos pagamentos dos tributos devidos.

Entende que as infrações 01 e 02 se referem ao descumprimento de obrigação acessória irrelevante, já que as informações constantes nas DMAs entregues são suficientes para que a SEFAZ/BA procedesse qualquer análise da escrita fiscal e efetuasse o lançamento de eventual tributo devido, não acarretando qualquer prejuízo para o fisco. Logo, a multa imposta lhe onera em absurdo e estratosférico valor de quase R\$250.000,00, (duzentos e cinquenta mil reais). Que ficou evidenciado ausência de dolo, fraude ou simulação.

Frisa que tal circunstância (inexistência de dolo, fraude ou simulação) fica claramente demonstrada, a partir do momento em que o ICMS foi devidamente recolhido e que as razões para não atendimento de tal obrigação acessória de entrega da EFD com todas as informações exigidas pela legislação encontra-se amparada em fundamento plausível, aliado à inexistência, à época dos fatos geradores, do dispositivo legal que prevê a aplicação das multas impostas ao autuado. Sobre a aplicação de multas, reproduz ensinamentos de Sacha Calmon Navarro.

Entende que embora o artigo 136 do Código Tributário Nacional contenha previsão no sentido de que a intenção do agente ou a efetividade do dano sejam irrelevantes para a responsabilidade por infrações, existem posições doutrinárias que consideram necessária a investigação do elemento subjetivo da conduta para a cominação de penalidades.

Lembra que vários dispositivos do Código Tributário Nacional contrariam o entendimento de que a responsabilidade por infrações tributárias é sempre e somente objetiva. O artigo 112 do

CTN, por exemplo, prescreve a exclusão de aplicação de multa quando ocorrerem dúvidas referentes ao fato ocorrido, às circunstâncias envolvidas ou à culpabilidade *lato sensu* do agente. O artigo 137 do CTN exclui expressamente a responsabilidade de terceira pessoa, em nome e por conta da qual teria sido praticado o ato pelo agente, por infrações nos casos nele descritos, por ausência de dolo específico (incisos II e III). Acrescenta que na seara do direito tributário, existe previsão legal específica prevendo o recurso à equidade nos artigos 108 e 172 do Código Tributário Nacional, que transcreveu.

Argumenta que o órgão julgador pode dispensar/reduzir a multa acessória, conforme facultado pelo §§ 7º e 8º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois não houve dolo, fraude ou simulação, e não houve falta de recolhimento do imposto. Diz que existem inúmeros precedentes nas decisões desse Conselho em que a multa pelo descumprimento da obrigação acessória é reduzida, a exemplo dos Acórdãos nº01009-12/06, 0542-12/06, 0383-12/06 e 0405-12/06.

Também ressalta que há previsão nos parágrafos 7º e 8º, do artigo 42, da Lei 7.14/96 que autoriza o CONSEF a dispensar/reduzir a multa quando verifica que o descumprimento da obrigação não foi por dolo, fraude ou simulação do contribuinte e, no caso específico, sem subtração de tributo do Estado, tem a finalidade exatamente de permitir que o CONSEF com base nessa autorização possa dimensionar e racionalizar a aplicação de multas levando em consideração a razoabilidade e proporcionalidade que limitam a multa, até porque a mesma não pode possuir natureza confiscatória.

Entende ser possível a aplicação da equidade às multas por infrações tributárias, e vários doutrinadores já se manifestaram, como o Mestre Aliomar Baleeiro. Diz que se vê a clara possibilidade de aplicação da equidade no presente auto de infração, flexibilizando concepções rígidas que defendem a previsão e aplicação de multas por infrações tributárias em percentuais ou valores não sujeitos a limites, ou também que propugnam pela completa irrelevância, para fins de aplicação de penalidade, de aspectos subjetivos relacionados à conduta do agente.

Sobre essa questão, cita o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, e conclui que restou demonstrado que não há má-fé, dolo ou intenção fraudulenta, pois não há intenção deliberada do contribuinte de esquivar-se do cumprimento de obrigação tributária acessória através de subterfúgios, até porque todos os lançamentos foram devidamente escriturados e lançados. Requer sejam reduzidas ou canceladas as multas impostas pelas infrações 01 e 02.

Infração 03: Alega que melhor sorte também não merece a autuação. Informa que as notas fiscais relacionadas pelos autuantes acobertaram operações internas realizadas pelo autuado em 2009. Todas as aquisições das mercadorias foram para comercialização, cujos fornecedores são estabelecimentos inscritos no Estado da Bahia, microempresas e empresas de pequeno porte, que recolhem seus tributos pelo Sistema Simplificado de recolhimento para empresas desse porte.

Afirma que não possui elementos para verificar se uma nota fiscal foi emitida de forma idônea ou não, em especial, se os números da AIDF constantes nas notas não constam no INC do contribuinte. As mercadorias foram adquiridas pelo Autuado, devidamente entregues, e para acobertar tais operações foram emitidas as respectivas notas fiscais. Salienta que tais notas de entrada foram devidamente escrituradas pelo Autuado em seu livro de Registro de Entrada de mercadorias, como reconhecem os autuantes e devidamente recolhido o ICMS devido em tal operação.

Observa que em relação às referidas notas, não houve qualquer destaque de ICMS, o que evidencia que não foi aproveitado qualquer crédito do referido imposto, demonstrando-se que não houve qualquer prejuízo para o Estado da Bahia. Entende que, se houve alguma infração, esta deve ser imputada aos fornecedores das mercadorias que emitiram as Notas Fiscais em desacordo com a legislação do ICMS. Jamais ao adquirente que agiu de boa-fé, lançou devidamente tais notas em seu livro de Registro de Entrada de mercadorias e recolheu devidamente o ICMS incidente sobre as vendas dessas mercadorias.

Conclui que não há qualquer imposto a ser exigido do Autuado, já que este foi devidamente recolhido, não tendo sido aproveitado qualquer crédito de ICMS nas operações com essas mercadorias relacionadas nas notas fiscais apontadas.

No tocante à multa imposta, alega que, diferentemente da descrição da infração, não houve falta de cumprimento da obrigação principal, já que o ICMS foi devidamente recolhido. Que os próprios autuantes reconhecem a ausência de dolo do Autuado o que evidencia, na verdade, que o que houve foi o descumprimento de uma obrigação acessória descrita no art. 193 do RICMS/1997 por parte dos fornecedores das mercadorias, emitentes das referidas notas, e não do Autuado.

Repisa que, se houve o descumprimento, tão somente, de uma obrigação acessória, forçoso reconhecer que este órgão julgador pode dispensar/reduzir a multa acessória, conforme facultado pelos §§ 7º e 8º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois não houve dolo, fraude ou simulação, e não houve falta de recolhimento do imposto. Que existem inúmeros precedentes nas decisões desse Conselho em que a multa pelo descumprimento da obrigação acessória é reduzida, a exemplo dos Acórdãos nº01009-12/06, 0542-12/06, 0383-12/06 e 0405-12/06.

Reitera a tese sustentada anteriormente, afirmando que restou demonstrado que não há má-fé, dolo ou intenção fraudulenta, pois não há intenção deliberada do contribuinte de esquivar-se do cumprimento de obrigação tributária acessória através de subterfúgios, até porque todos os lançamentos foram devidamente escriturados, sendo lançado e recolhido o ICMS devido. Em sendo assim, requer seja julgada insubsistente/improcedente a infração 03, ou ao menos, reduzida ou cancelada a multa imposta nesta infração.

Infração 04: Menciona que apesar de exigido pelo Estado da Bahia, a cobrança da diferença de alíquotas nas operações interestaduais com bens destinados ao consumo ou ao ativo fixo do contribuinte, não encontra respaldo na Lei Complementar nº 87/96.

Entende que, uma vez não disciplinado na Lei Complementar, estão impedidos os Estados-Membros de exigirem diferença de alíquotas, posto que, neste aspecto, invadida está a competência de legislar, já que esta matéria necessariamente deveria estar prevista por Lei Complementar. Que além de não haver previsão na Lei Complementar nº 87/96, tal imposição fiscal desrespeita o disposto no art. 146, inciso III, alínea "a", bem como no art. 155, inciso XII, alínea "f", ambos da Constituição Federal.

Sobre o tema, reproduz ensinamentos de Hugo de Brito Machado e Hugo Segundo, dizendo que a diferença entre alíquotas presta-se especialmente para elevar a participação do Estado de destino na repartição do ICMS incidente na operação interestadual, em face da sistemática adotada para a realização do princípio constitucional da não-cumulatividade do imposto.

Salienta que em face do aproveitamento do crédito fiscal, é que o legislador complementar não estabeleceu normas sobre a diferença de alíquota do ICMS para as operações de aquisição de mercadorias destinadas a integrar o ativo fixo e ao consumo. Isto porque o pagamento deve gerar, à luz da Constituição Federal, um crédito ao contribuinte, diminuindo, na mesma proporção, a arrecadação tributária do Estado. Não obstante, registra que este aproveitamento do crédito tributário, pela sistemática do crédito financeiro adotada a partir de 1996 com a Lei Complementar nº 87/96 não vem sendo aplicado em virtude das sucessivas prorrogações do prazo para tanto fixado, que, aliás, é objeto de numerosas discussões face ao preceito constitucional de que se trata de imposto sujeito à não-cumulatividade.

Também alega que apesar da falta de previsão na Lei Complementar 87/1996, o autuado não cometeu a infração imputada. Isso porque os autuantes não consideraram o crédito de ICMS existente nas notas fiscais sujeitas à diferença de alíquotas. Diz que os autuantes incluíram no demonstrativo de débito notas fiscais de aquisição de combustíveis.

Informa que os combustíveis utilizados para abastecimento de seus veículos foram adquiridos em Estados da Federação onde ocorre o transporte de mercadoria própria, sendo caracterizado,

portanto, como operação interna para consumidor final não havendo exigência do ICMS uma vez que a mercadoria já foi recebida com o imposto substituído, tendo sido encerrada a fase de tributação, aliado ao quanto previsto no RICMS/1997.

Assegura que recolheu R\$1.538,65 a mais de ICMS referente à diferença de alíquota no ano de 2010, tendo direito à restituição desse valor recolhido indevidamente. Para comprovar tais alegações, anexa planilha com cálculo detalhado da diferença de alíquota de todas as entradas no ano de 2010 com CFOP 2.551 e 2.556, bem como das notas fiscais referentes a essas entradas. Requer a improcedência da infração 04.

Por fim, o defendente requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito que atestará, após a análise da documentação apresentada, que o Autuado não cometeu as infrações descritas na presente autuação. Pede que seja acolhida a preliminar argüida, sendo declarada a nulidade da infração 04. No mérito, requer seja julgada improcedente/insubsistente as infrações e multas imputadas na presente autuação. Caso seja mantida a autuação, requer a redução ou cancelamento das multas impostas, nos termos dos parágrafos 7º e 8º, do artigo 42, da Lei 7.014/96.

Os autuantes prestaram informação fiscal às fls. 455 a 461 dos autos. Fazem uma síntese das alegações defensivas e esclarecem que até 31/03/2012 esteve vigente no Estado da Bahia o Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997, somente a partir de 1º de abril de 2012 passou a vigor o novo Regulamento de ICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012. Logo, em relação aos fatos geradores ocorridos antes dessa data, aplica-se o RICMS/1997 aprovado pelo Decreto nº 6.284/1997.

Dizem que o defendente reconhece que a partir de janeiro de 2012 estava obrigado a entregar a Escrituração Fiscal Digital (EFD) naquele exercício, conforme lhe impõe o art. 897-B, inciso II, do RICMS/1997, vigente até 31/03/2012 e art. 248, inciso II, do atual RICMS/2012 e assim procedeu, conforme comprovantes anexos.

Apresentam o entendimento de que, se a EFD substitui os livros fiscais de Entrada, Saída e Apuração do ICMS, a Auditoria não pode ser realizada porque não existem livros Fiscais. A alegação da autuada de que se pode apurar o imposto apenas pela DMA demonstra um total desconhecimento do que seja a Auditoria Fiscal e como ela se efetua.

Se a EFD substitui a escrituração dos livros: Registro de Entrada de mercadorias - RE, Registro de Saída de mercadorias, Registro de Apuração do ICMS - RAICMS; temos que a falta de lançamento de documentos fiscais de entrada e saída em livros próprios, ou seja, RE e RS enseja a aplicação de multa conforme estabelecia o RICMS vigente em 2012 e a Lei 7.014/96 que estabelecem multas para a falta de lançamento de documentos fiscais nos livros fiscais próprios:

Também entendem que a Lei 12.917 retroagiu em sua aplicação para beneficiar o contribuinte, pois se não fosse esta retroação haveria que se aplicar multa conforme o previsto acima, nos incisos IX e XI da Lei 7.014/96, correspondentes a 1% sobre entradas de mercadorias sem tributação não escrituradas no RE e 10% sobre as entradas de mercadorias com tributação entradas no estabelecimento sem o registro na escrita fiscal. Acrescentam, ainda, que foi modificado não foi a obrigatoriedade da escrita fiscal, registro de documentos nos livros fiscais próprios, e sim o instrumento que se utiliza para registrar entradas e saídas de mercadorias.

Ainda considerando a defesa e sua argumentação, entendem que a Lei retroagiu na aplicação da multa para beneficiar o contribuinte, uma vez que poderiam ter sido aplicadas multas de 1% e 10% sobre as entradas não escrituradas, para mercadorias não tributadas ou com fase de tributação encerrada e para mercadorias tributadas, respectivamente, a partir das informações da DMA, sendo estes os valores maiores. A DMA é uma informação prestada pelo próprio contribuinte.

Quanto à infração 03 esclarecem que se as mercadorias foram adquiridas para comercialização, transitaram com notas fiscais cujas AIDFs não existem no INC - Sistema de Informações do

Contribuinte. Logo, este evento (não autorização da AIDF) pela SEFAZ enseja, no mínimo, a possibilidade de que o documento fiscal que acobertou a operação seja inidôneo.

Dizem que há operações internas realizadas por este contribuinte, operação esta confirmada por ele mesmo, em sua defesa, conforme se pode ver nos documentos originais às folhas 64 a 158, e especificamente as folhas 81, 95, 110, 111, 126, 128, 130, 131, 165, 132, 154, cujas quantidades de mercadorias constantes nas notas fiscais, nem sequer poderiam ser transportadas em um único veículo rodoviário. No caso específico das mercadorias constantes dos documentos fiscais às folhas do processo acima mencionadas, estas são normalmente transportadas em caminhões tipo baú.

Para que o contribuinte comprovasse que as mercadorias foram adquiridas dos contribuintes cujas notas fiscais se encontram as folhas 64 a 158, o mesmo foi intimado a comprovar o pagamento da aquisição de mercadorias das inscrições de contribuintes dos quais o autuado diz que adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais as folhas 64 a 158. Cópia da intimação, assinada pela autuada se encontra a folha 17 do processo. Nenhuma comprovação do pagamento da aquisição destas mercadorias foi apresentada pelo autuado, nem à época da fiscalização, quando foi intimado, e nem em sua defesa apresentada as folhas indicadas no início da presente informação fiscal.

Dizem que o autuado não apresentou comprovação de que o ICMS destas mercadorias foi recolhido, e nem apresentou comprovação de que estas mesmas mercadorias, com indicação das marcas do vendedor foram por ele vendidas e que foi recolhido o ICMS.

Também informam que à época da realização dos procedimentos fiscais foi solicitada a realização de diligência às Inspetorias de origem dos contribuintes, cujas notas fiscais de saída se encontram as folhas 64 a 158 do processo. O pedido de diligência tinha como objetivo verificar a emissão das referidas notas fiscais junto aos contribuintes. Porém somente 1 diligência retornou com a informação constante às folhas 159 a 161 do PAF. Ainda aguardamos os demais resultados de diligência até hoje. A folha 161 deste processo há a cópia de 1 declaração de um dos fornecedores que diz textualmente que "nunca soube da existência dos talões de notas fiscais," cujos originais de números correspondentes se encontram as folhas 151 a 158 do processo.

Os autuantes esclarecem que jamais e em lugar nenhum do PAF está escrito que reconhecem que o ICMS das mercadorias constantes das notas fiscais as folhas 64 a 158 tenha sido recolhido. Embora tenha identificado a escrituração das notas fiscais no Livro RE, pelos motivos acima referidos, uma cópia destas notas fiscais e uma via do Auto de Infração foram enviadas ao Inspetor Fazendário da Inspetoria de Barreiras, conforme o processo número 002302/2014-1. Ao processo acima foi solicitada também a apensação do processo 440804/2013-8, com resultado de diligência já mencionada acima.

Entendem que está claro que não há comprovação de recolhimento do ICMS, nem nas entradas e nem nas saídas das mercadorias referentes as notas fiscais, cujos originais se encontram as folhas 64 a 158 do processo. Desse modo, dizem que fica mantido o lançamento do ICMS da infração 03 tal como se encontra no PAF.

Quanto a infração 04 os autuantes reconhecem as alegações do contribuinte e solicitam que a mesma seja retirada integralmente do PAF. Informam que foram comparados os lançamentos do papel, folhas 202 a 204, com documentos da defesa, folhas 345 a 351 e documentos fiscais nas demais folhas seguintes do PAF. Pedem que o auto de infração em referência seja julgado parcialmente procedente, com a exclusão da infração 04.

Intimado para tomar conhecimento da informação fiscal, o defendente apresentou manifestação às fls. 469 a 476. Alega que apesar do esforço dos autuantes em justificar a manutenção das infrações 01 e 02, é forçoso concluir que é impossível manter as referidas imputações. Lembra que os autuantes acusam o defendente de não entregar o arquivo eletrônico da Escrituração

Fiscal Digital- EFD- ou entregá-la sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos nos arts. 247, 248, 249 e 250 do RICMS-BA/2012.

Ressalta que o art. 897-B, inciso I, do RICMS/1997, é claro ao dispor que a Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório a partir de 01/01/2011, para os contribuintes do ICMS cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais). Ou seja, no exercício de 2011, somente contribuintes com faturamento em 2010 superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais) eram obrigados a enviar a Escrituração Fiscal Digital (EFD).

Frisa que os autuantes cobram no presente lançamento tal obrigação de fevereiro/2011 a dezembro de 2012. Entretanto, o autuado, em 2010, não possuía faturamento superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), o que afasta a obrigação de entregar a Escrituração Fiscal Digital (EFD) mensal a partir de 01/01/2011, fato esse desconsiderado pelos autuantes quando da apreciação da defesa.

Informa que somente a partir de janeiro de 2012, nos termos do art. 897-B, inciso I, do RICMS/1997, passou-se a exigir tal obrigação acessória do Autuado já que o seu faturamento em 2011 ficou entre R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais) e R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), e o RICMS-BA/2012, vigente a partir de 1º de abril de 2014 trouxe a mesma redação do RICMS/1997.

Dessa forma, o defendente entende que restou demonstrada pela defesa a insubsistência da autuação em relação ao exercício de 2011, nos termos do art. 897-B, inciso I, do RICMS/1997, já que em 2010 a Autuada não possuía faturamento superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), o que afasta a obrigação de entregar a Escrituração Fiscal Digital (EFD) naquele exercício.

O autuado reconhece que a partir de janeiro de 2012 estava obrigado a entregar a Escrituração Fiscal Digital (EFD), conforme lhe impõe o art. 897-B, inciso II, do RICMS/1997, vigente até 31/03/2012 e art. 248, inciso II, do atual RICMS/2012 e assim procedeu, como reconhecem os Autuantes nas informações fiscais. Alega que, por questões operacionais, a Escrituração Fiscal Digital (EFD) foi entregue zerada, mas a obrigação de entregar foi devidamente cumprida, o que afasta a infração imputada. Diz que o art. 897-E, do RICMS/1997, vigente até 31/03/2012, bem como o art. 251 do RICMS/2012 asseguram ao contribuinte o direito de alterar totalmente as informações constantes no arquivo da EFD, mediante autorização da INFAZ. Por isso, conclui que não houve descumprimento de tal obrigação acessória, afirmando que os arquivos da EFD foram devidamente entregues, o que evidencia, do mesmo modo, a insubsistência da autuação (infrações 01 e 02) em sua totalidade.

Salienta que a obrigação acessória imposta era de entrega mensal dos arquivos da EFD, inexistindo até a promulgação da Lei nº 12.917, de 31/10/13 (DOE de 01/11/13) qualquer imposição ou penalidade pela entrega da EFD zerada, como se depreende da análise do art. 42, inciso XIII-A, alínea “L”, da Lei 7.014/1996, acrescentado pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10 a 31/10/13. Que somente com a promulgação da Lei nº 12.917, de 31/10/13 (DOE de 01/11/13) alterou-se a redação da alínea “L” do inciso XIII-A do caput do art. 42 e passou-se a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas. Ou seja, até 31/10/13 não havia qualquer multa pela entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD sem as informações exigidas na legislação, não sendo devido, portanto, a multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo, exigida pelos Autuantes em relação aos exercícios de 2011 e 2012. Afirma que restou demonstrado que a multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, aplicada à Autuada, violou o art. 106, inciso I, do CTN, já que inovou o ordenamento jurídico com a criação de uma nova sanção e não poderia ser utilizada retroativamente.

Diante da demonstração de que os fatos imputados à Autuada ocorreram antes da vigência da Lei 12.917, de 31/10/13, que instituiu a multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entrega sem as informações exigidas na legislação, por observância do princípio constitucional da irretroatividade da Lei Tributária, reitera os argumentos defensivos para que sejam julgadas insubsistentes as multas impostas nas infrações 01 e 02.

Infração 03: O defendente reitera os argumentos defensivos, afirmando que as informações fiscais não foram capazes de desconstituir a defesa. Diz que as notas fiscais relacionadas pela autuante acobertaram operações internas realizadas pelo autuado em 2009, todas aquisições de mercadorias para comercialização, cujos fornecedores são estabelecimentos inscritos no Estado da Bahia, microempresas e empresas de pequeno porte, que recolhem seus tributos pelo Sistema Simplificado de recolhimento para empresas desse porte.

Reitera a alegação de que não possui elementos para verificar se uma nota fiscal foi emitida de forma idônea ou não, em especial, se os números da AIDF constantes nas notas não constam no INC do contribuinte. Afirma que as mercadorias foram adquiridas por seu estabelecimento, devidamente entregues, e para acobertar tais operações foram emitidas as respectivas notas fiscais. Saliencia que tais notas de entrada foram devidamente escrituradas em seu livro de Registro de Entrada, como reconhece o autuante e devidamente recolhido o ICMS devido em tal operação quando da venda da mercadoria ao consumidor final, como atestam as cópias dos livros digitalizadas e acostada à manifestação.

Ressalta que se observa nas referidas notas, que não houve qualquer destaque de ICMS, o que evidencia que não foi aproveitado qualquer crédito do referido imposto, demonstrando-se, portanto, que não houve qualquer prejuízo para o Estado da Bahia. Entende que se houve alguma infração, esta deve ser imputada aos fornecedores das mercadorias que emitiram as Notas Fiscais em desacordo com a legislação do ICMS. Jamais ao adquirente que agiu de boa-fé, lançou devidamente tais notas em seu Livro de Registro de entrada de Mercadorias e recolheu devidamente o ICMS incidente sobre as vendas dessas mercadorias. Reafirma que não há qualquer imposto a ser exigido do autuado, já que este foi devidamente recolhido, não tendo sido aproveitado qualquer crédito de ICMS nas operações com essas mercadorias relacionadas nas notas fiscais apontadas.

Por fim, reitera os argumentos defensivos para que sejam julgadas improcedentes as infrações e multas imputadas na presente autuação. Caso seja mantida alguma das infrações, requer a redução ou cancelamento das multas impostas, nos termos dos parágrafos 7º e 8º, do artigo 42, da Lei 7.014/96.

À fl. 479 os autuantes prestaram nova informação fiscal, dizendo que não há nova alegação defensiva, além daquelas constantes na impugnação inicial. Dessa forma, os autuantes dizem que não há qualquer manifestação a apresentar, sobre as alegações do autuado às fls. 469/476. Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, com a exclusão da infração 04.

O defendente apresenta petição às fls. 485 a 490, pedindo a juntada das EFDs retificadas. Repete as alegações apresentadas na impugnação inicial e manifestação posterior, inclusive, que em 2010, não possuía faturamento superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), o que afasta a obrigação de entregar a Escrituração Fiscal Digital (EFD) mensal a partir de 01/01/2011, fato esse desconsiderado pela autuante quando da apreciação da defesa.

Entende que não é razoável o raciocínio de que a EFD substitui os livros fiscais de Entrada, Saída e Apuração do ICMS e com a entrega da Escrita Fiscal Digital zerada seria o mesmo que não escriturar tais livros. Diz que todos os livros estão e sempre estiveram à disposição do fisco. Somente as EFD foram entregues zeradas. Os livros não. Tanto que a infração imputada foi de entrega das EFD's zeradas e não de falta de escrituração dos livros de Entrada, Saída e Apuração

do ICMS, cujas cópias seguem em arquivo digital, ora apresentados. Somente com a intimação para apresentação de tais livros e sua não entrega pelo contribuinte se poderia imputar a infração ausência de escrituração contábil. Diz que em nenhum momento o auto de infração imputa isso à Autuada, muito pelo contrário. Fere a lógica do razoável a interpretação dada pela Autuante após análise dos argumentos defensivos de que a Autuada não fez nenhuma escrituração de notas fiscais de entrada, saída e apuração do ICMS. Reitera os argumentos defensivos para que sejam julgadas insubsistentes as multas impostas nas infrações 01 e 02.

VOTO

Inicialmente, quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência por fiscal estranho ao feito, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi constatada dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação.

O primeiro item do presente Auto de Infração trata da falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou entregou o mencionado arquivo sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de fevereiro de 2011 a dezembro de 2012. Exigida multa no valor de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$31.740,00.

Infração 02: Falta de atendimento a intimação para entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de fevereiro de 2011 a dezembro de 2012. Exigida multa de 1%, totalizando R\$217.083,70.

Consta, na descrição dos fatos que o autuado entregou a EFD zerada nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, período em que estava obrigado a entregar a Escrituração Fiscal Digital. Considerando que o contribuinte não dispunha de informações de notas fiscais de entrada e saída e ainda de apuração de ICMS na EFD, foram utilizadas as informações constantes em DMAs apresentadas pelo contribuinte.

O defendente alegou que foi exigido no presente lançamento a obrigação referente ao período de fevereiro/2011 a dezembro de 2012. Entretanto, afirma que em 2010 não possuía faturamento superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), o que afasta a obrigação de entregar a Escrituração Fiscal Digital (EFD) mensal a partir de 01/01/2011. Ressalta que somente a partir de janeiro de 2012, nos termos do Art. 897-B, inciso I, do RICMS/1997, passou-se a exigir tal obrigação assessoria da Autuada já que o seu faturamento em 2011 ficou entre R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais) e R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais).

Sobre essa alegação, observo que em consulta ao cadastro no Ambiente Nacional do SEPD – EFD, consta a informação de que o estabelecimento autuado encontra-se obrigado a entregar Escrituração Fiscal Digital (EFD) mensal a partir de 01/01/2011, conforme extrato da referida consulta à fl. 24 do presente PAF. O Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) foi instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e é administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Neste caso, apesar de ter apresentado alegações sobre o limite da receita do estabelecimento, o defendente está obrigado a entregar, mensalmente, a EFD.

O autuado também alegou que por questões operacionais, a Escrituração Fiscal Digital (EFD) foi entregue zerada, mas a obrigação de entregar foi devidamente cumprida, o que afasta a infração imputada. Ressaltou que tanto o art. 897-E, do RICMS/1997, vigente até 31/03/2012, quanto ao art. 251 do RICMS/2012 asseguram ao contribuinte o direito de alterar totalmente as informações constantes no arquivo da EFD, mediante autorização da INFAZ.

Entendo que tal alegação defensiva não exime a obrigação do contribuinte de enviar Escrituração Fiscal Digital (EFD) correta, haja vista que, conforme estabelecem os arts. 897-E do RICMS-BA/97

e 251 do RICMS-BA/2012, “havendo necessidade de alteração parcial ou total das informações constantes do arquivo da EFD já transmitido, o contribuinte deverá retransmiti-lo com todas as informações”.

Quando existem informações a serem prestadas ao Fisco o contribuinte está obrigado a fazê-lo. A omissão dessas informações acarreta penalidades e a obrigatoriedade de reapresentação do arquivo integral, de acordo com as regras estabelecidas pela Administração Tributária. Neste caso, se o autuado enviou a Escrituração Fiscal Digital (EFD) “zerada”, deveria providenciar a necessária retificação antes de qualquer ação fiscal, e a remessa de arquivo retificador da EFD, após o prazo de entrega, depende de autorização da inspetoria da circunscrição fiscal do contribuinte. Tais providências não foram comprovadas nos autos pelo defendente.

O defendente alegou, ainda, que até a promulgação da Lei nº 12.917, de 31/10/13 (DOE de 01/11/13) não existia qualquer imposição ou penalidade pela entrega da EFD zerada, como se depreende da análise do art. 42, inciso XIII-A, alínea “I”, da Lei 7.014/1996, acrescentado pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10 a 31/10/13. Que, somente com a promulgação da Lei nº 12.917, de 31/10/13 (DOE de 01/11/13) alterou-se a redação da alínea “I” do inciso XIII-A do caput do art. 42 e passou-se a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas.

Em outro julgamento proferido por esta JJF, foi acatada a alegação defensiva de que até 31/10/13 não havia qualquer multa pela entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD sem as informações exigidas na legislação, não sendo devido multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo, relativamente aos exercícios de 2011 e 2012.

Entretanto, considerando que a omissão de informações nos arquivos da Escrituração Fiscal Digital - EFD acarreta penalidades e a obrigatoriedade de reapresentação do arquivo integral, de acordo com as regras estabelecidas pela Administração Tributária, verificou-se que no presente processo, ficou comprovado que o autuado foi intimado em 05/12/2013 (fls. 19/20), para apresentar outros arquivos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, e não consta nos autos que o defendente tenha atendido à mencionada intimação, haja vista que os recibos de entrega apresentados pelo defendente às fls. 513 a 518, comprovam que as escriturações referentes aos meses de janeiro, março, maio, julho, setembro e novembro de 2012 foram enviadas pela internet em 05/05/2014. Ou seja, após a lavratura do presente Auto de Infração.

Os autuantes também argumentaram que, se a EFD substitui os livros fiscais de Entrada, Saída e Apuração do ICMS, a Auditoria não pode ser realizada porque não existem livros Fiscais. Sobre essa questão, observo que de acordo com o art. 897-A do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos ou art. 247 do RICMS-BA/2012, a Escrituração Fiscal Digital – EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.

No § 1º do referido artigo consta a informação de que a EFD substitui os seguintes livros: i) Registro de Entradas; ii) Registro de Saídas; iii) Registro de Inventário; iv) Registro de Apuração do ICMS; v) documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP. Neste caso, entendo que não é razoável admitir-se analisar os antigos livros, mesmo que escriturados pelo contribuinte.

O impugnante alegou, ainda, que o órgão julgador pode dispensar/reduzir a multa acessória, conforme facultado pelo §§ 7º e 8º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois não houve dolo, fraude ou simulação, e não houve falta de recolhimento do imposto. Entretanto, não pode ser acatado o pedido apresentado pelo autuado, tendo em vista que não ficou comprovado nos autos que a falta de cumprimento da obrigação acessória não implicou falta de recolhimento de tributo, consoante

o disposto no art. 158 do RPAF/99, e falta de apresentação dos elementos solicitados mediante intimação causou impedimento para a fiscalização desenvolver auditorias fiscais. Os elementos foram solicitados para verificar se o imposto foi pago correta e integralmente, por isso, não se pode dizer que o descumprimento da obrigação acessória não trouxe prejuízo à fiscalização e que não houve falta de recolhimento de tributo.

Considerando que o arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), no prazo estabelecido na legislação tributária, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações no período de apuração e não ficou comprovado nos autos o cumprimento à intimação para apresentação dos referidos arquivos, concluo pela subsistência das infrações 01 e 02.

Infração 03: Descumprimento de obrigação tributária principal, ocorrendo infração diversa das previstas em lei, na qual não houve dolo, nos meses de março a junho, setembro, novembro e dezembro de 2009. Valor do débito: R\$370.440,04.

Consta no Demonstrativo à fl. 60 que se trata de “consolidação do ICMS, por mês, das Notas Fiscais cujas AIDF nelas impressas não constam no INC do remetente”.

Foi alegado nas razões de defesa que as notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal acobertaram operações internas realizadas pela autuada em 2009, são aquisições de mercadorias para comercialização, cujos fornecedores são estabelecimentos inscritos no Estado da Bahia, microempresas e empresas de pequeno porte, que recolhem seus tributos pelo Sistema Simplificado de recolhimento para empresas desse porte.

Afirma que não possui elementos para verificar se uma nota fiscal foi emitida de forma idônea ou não, em especial, se os números da AIDF constantes nas notas não constam no INC do contribuinte. As mercadorias foram adquiridas pela Autuada, devidamente entregues, e para acobertar tais operações foram emitidas as respectivas notas fiscais. Salienta que tais notas de entrada foram devidamente escrituradas pela Autuada em seu livro de Registro de entrada de Mercadorias.

Observa que em relação às referidas notas, não houve qualquer destaque de ICMS, o que evidencia que não foi aproveitado qualquer crédito do referido imposto, demonstrando-se, portanto, que não houve qualquer prejuízo para o Estado da Bahia. Entende que, se houve alguma infração, esta deve ser imputada aos fornecedores das mercadorias que emitiram as Notas Fiscais em desacordo com a legislação do ICMS. Jamais ao adquirente que agiu de boa-fé, lançou devidamente tais notas em seu livro de Registro de Entrada de mercadorias e recolheu devidamente o ICMS incidente sobre as vendas dessas mercadorias.

Conforme estabelece o art. 209 do RICMS-BA/97, vigente à época, será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento que não guardar os requisitos ou exigências regulamentares. No caso em exame, foi constatado que as AIDF constantes nas notas fiscais objeto da autuação não constam no INC do contribuinte emitente, por isso, os referidos documentos fiscais são considerados inidôneos para as operações realizadas, porque a sua impressão e utilização não foram devidamente autorizadas, tornando-os imprestáveis para os fins a que se destinaram.

Em relação a operação efetuada com documento fiscal inidôneo, o tratamento que se dá é o mesmo para operação desacompanhada de documento fiscal. Ou seja, quando se constata aquisição ou entrada de mercadorias sem documentos fiscais, exige-se o imposto com base na presunção legal de ocorrência de operações ou prestações sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção. (art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96).

Os autuantes informaram e está comprovado pelas intimações às fls. 17/18 dos autos, que o defendente foi intimado, em relação às notas fiscais se encontram às folhas 64 a 158, a comprovar o pagamento da aquisição de mercadorias, e nenhuma comprovação do pagamento da aquisição

destas mercadorias foi apresentada pelo autuado, nem à época da fiscalização, quando foi intimado, e nem em sua defesa apresentada.

Também foi informado pelos autuantes, que à época da realização dos procedimentos fiscais foi solicitada a realização de diligência às Inspetorias de origem dos contribuintes, cujas notas fiscais de saída se encontram as folhas 64 a 158 do processo. O pedido de diligência tinha como objetivo verificar a emissão das referidas notas fiscais junto aos contribuintes. Porém somente 1 diligência retornou com a informação constante às folhas 159 a 161 do PAF, constando à fl 161 deste processo cópia de uma declaração de um dos fornecedores que diz textualmente que "nunca soube da existência dos talões de notas fiscais," cujos originais de números correspondentes se encontram as folhas 151 a 158 do processo.

Constatado que não houve comprovação de recolhimento do ICMS em relação às entradas, bem como nas saídas das mercadorias referentes às notas fiscais, cujos originais se encontram as folhas 64 a 158 do presente processo. Dessa forma, ficou comprovado que não houve recolhimento do ICMS relativo às operações com mercadorias destinadas à comercialização. Mantida a exigência fiscal.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a agosto, outubro e dezembro de 2010. Valor do débito: R\$10.734,06.

Relativamente à diferença de alíquotas, a Lei 7.014/96, prevê a incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra unidade da Federação, quando as mercadorias forem destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente (art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96), conforme demonstrativo às fls. 290 a 292 do PAF.

O defendente suscitou a nulidade desta infração 04, alegando que uma simples análise comparativa entre a descrição da infração e o seu demonstrativo de débito, constata-se que não foram preenchidos requisitos formais previstos no RPAF. Ressalta que um demonstrativo de débito que não discrimina o valor devido, o valor destacado nas entradas e a diferença cobrada, prejudica o exercício pleno do direito de defesa da Autuada, haja vista que não se identifica, com precisão, a infração cometida.

Também alegou que não foi considerado o ICMS destacado nas notas fiscais de entrada, que deveria ser observado para efeito do cálculo da diferença de alíquotas. Que, do mesmo modo, o demonstrativo de débito não observa que parte das operações estava sujeita a redução de base de cálculo e nos termos do art. 72 do RICMS/BA.

Analisando o demonstrativo elaborado pelos autuantes, constato que não foram indicados os dados relativos ao tipo de mercadoria, a origem, a alíquota interestadual, inexistindo nos autos as cópias dos correspondentes documentos fiscais. Neste caso, deveria ser decidido pela nulidade da autuação. Entretanto, de acordo com o parágrafo único do art. 155, do RPAF/99, não será declarada a nulidade, considerando a possibilidade de se decidir o mérito, o que farei a seguir.

O defendente alegou que foram incluídas no levantamento fiscal notas fiscais de aquisição de combustíveis. Informa que os combustíveis utilizados para abastecimento de seus veículos foram adquiridos em Estados da Federação onde ocorre o transporte de mercadoria própria, sendo caracterizado, portanto, como operação para consumidor final não havendo exigência do ICMS uma vez que a mercadoria já foi recebida com o imposto substituído, tendo sido encerrada a fase de tributação, aliado ao quanto previsto no RICMS/1997. Disse que recolheu a mais o valor de R\$1.538,65 de ICMS referente à diferença de alíquota no ano de 2010, tendo direito à restituição desse valor recolhido indevidamente.

Na informação fiscal, os autuantes acataram as alegações do contribuinte e solicitaram que esta infração fosse retirada integralmente do PAF.

Considerando que após a defesa apresentada e a informação fiscal inexistir lide a ser decidida, voto pela insubsistência desta infração e recomendo seja realizado novo procedimento fiscal e, mediante aplicação de outros roteiros de fiscalização, seja verificada a regularidade das operações efetuadas pelo autuado.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206905.0008/13-5**, lavrado contra **GERAIS ELETROMÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$370.440,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de **R\$248.823,70**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “I”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de setembro de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA