

A. I. Nº - 281394.0301/15-0
AUTUADO - MINERAÇÃO RIO GRANDE LTDA.- EPP
AUTUANTES - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 16.09.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0149-02/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. **a)** MERCADORIA TRIBUTÁVEL. MULTA DE 10%. Observado de ofício que o percentual da multa utilizada para o cálculo do débito, constante no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, foi modificado para o percentual de 1%, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito a partir de 11 de dezembro de 2015. Desta forma, o percentual da multa aplicada para o cálculo do débito do item em comento, cabe, com base no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica. Infração parcialmente procedente. **b)** MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Defesa não apresentou elemento capaz de elidir imputação. Infração procedente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O VALOR INFORMADO EM DOCUMENTOS FISCAIS E OS LANÇAMENTOS NOS LIVROS, EM DECLARAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS E/OU ARQUIVOS ELETRÔNICOS. Restou comprovado que os valores de ICMS lançados na escrita fiscal são inferiores aos valores destacados nas Notas Fiscais de saídas. Infração comprovada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. DE BENS DESTINADOS AO CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento. Defesa apresentou elementos capazes de elidir, parcialmente, o valor autuado. Refeitos os cálculos pelo autuado na informação fiscal. Infração parcialmente caracterizada. 4. IMPOSTO LANÇADO. NÃO RECOLHIDO. Infração subsistente. 5. ENTREGA DA EFD SEM INFORMAÇÕES EXIGIDAS NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. Defesa não comprovou entrega no prazo previsto na legislação. Infração mantida. Afastadas arguições de nulidade. Não acolhido pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2015, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$1.019.307,41, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10%. Valor histórico autuado R\$211,54.

INFRAÇÃO 02 - 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1%. Valor histórico autuado R\$343,55.

INFRAÇÃO 03 – 03.01.04 – Recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos fiscais e os lançamentos nos livros, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos. Valor histórico autuado R\$776.916,85.

INFRAÇÃO 04 – 06.02.01- Deixou de recolher ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento. Valor histórico autuado R\$22.741,41.

INFRAÇÃO 05 - 02.01.01 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, referente aos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, setembro, outubro e dezembro de 2014. Valor histórico autuado R\$202.534,06.

INFRAÇÃO 06 - 16.14.04 – deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da escrituração fiscal digital – EFD – ou o entregou sem informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, referente aos meses de janeiro a dezembro de 2014 Valor histórico autuado R\$16.560,00.

O autuado impugnou parcialmente o lançamento tributário, fls. 44 a 63, preliminarmente, ressaltando a tempestividade da defesa.

No que se refere à infração nº 01, diz que é totalmente improcedente, pois, conforme pode ser constatado no levantamento apresentado pelo Auditor, à fl. 18 do Auto de Infração, trata-se de operações com CFOP – Código Fiscal de Operações e Prestações - 6949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado.

Destaca que o Auditor Fiscal não anexou a referida Nota Fiscal a fim de ser identificado qual serviço foi prestado, não sendo de conhecimento da autuada.

Frisa que de acordo com o CFOP, trata-se de mercadoria sem tributação do ICMS, inclusive a empresa pela atividade de extração e britamento de pedras de acordo com o inciso do VII, do Art. 267, do RICMS, não pode utilizar de quaisquer outros créditos fiscais. Portanto não havendo nenhum prejuízo ao Estado/BA.

Solicita, caso não seja acatado os argumentos acima, por se tratar de produto não tributado, a aplicação da multa seria de 1% (um por cento), sobre o valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação, ou com a fase de tributação encerrada.

Requer que seja julgada nula a infração de nº 01, por falta de elementos que levem a compreensão da mesma, sob pena de cerceamento de defesa.

No que se refere à infração 02, destaca que, conforme pode ser constatado no levantamento apresentado pelo Auditor, à fl. 18 do Auto de Infração, trata-se de operações com CFOP – Código Fiscal de Operações e Prestações - 6949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado e que o Auditor Fiscal não anexou a referida Nota Fiscal das operações constantes da Autuação.

Frisa que de acordo com o CFOP, trata-se de mercadoria sem tributação do ICMS, inclusive a empresa pela atividade de extração e britamento de pedras de acordo com o inciso do VII, do Art. 267, do RICMS, não pode utilizar de quaisquer outros créditos fiscais. Portanto não havendo nenhum prejuízo ao Estado/BA.

Requer redução da multa de 10% para 1%.

Dessa forma, requer-se, pois pela anulação da referida infração 02, por falta de elementos à compreensão da mesma, sob pena de cerceamento de defesa.

No que se refere à infração 03, destaca que analisando a referida infração, assim como os fatos e documentos carreados aos autos, verificou que houve equívoco por parte do Agente fiscalizador, haja vista, que lavrou a referida infração sem observar a tributação a que o contribuinte estaria sujeito, aplicando à alíquota de 17%, em desacordo com o estabelecido no inciso VII, do Art. 267, do RICMS, porém, a alíquota aplicada pela autuada foi a de 4%, nas saídas internas de “**pedra britada e de mão**”, mormente porque, a atividade comercial principal da Autuada é a de extração e britamento de pedras. Não existindo, portanto, diferença entre o ICMS lançado na EFD e o destacado no documento fiscal, até porque é de fácil constatação que a apuração da EFD referente à infração 05 (cinco), é a mesma apurada na presente infração de nº 03 (três), conforme se verifica através dos demonstrativos de registros de apuração de ICMS, entre o período de janeiro a dezembro de 2014, conforme se comprova através do Anexo IV.

Repisa que se os valores constantes da presente infração, estão também sendo cobrado na infração de nº 05, com certeza está caracterizada a incidência de **Bis in idem**, o que é vedado por lei, sob pena de enriquecimento sem causa por parte do Estado da Bahia.

Ainda, consoante pode ser constatado no demonstrativo entregue em meio magnético, constantes às fls. 25/26 dos Autos, o mesmo não traz elementos necessários quanto ao imposto apurado na infração, como também não foi anexado ao auto as referidas notas para que a autuada pudesse confrontar com o referido levantamento. Além disso, não há a indicação da base de cálculo e alíquota aplicada, conforme estabelecido no RPAF, no art. 39, inciso IV, “b” e “c” para que a autuada pudesse confrontar com os valores do imposto indicados na suposta NF na coluna “VIIcmsNfe”, do citado demonstrativo, requerendo a anulação da infração, consoante prevê o art. 18, IV, “a”, do RPAF, por falta de elementos a compreensão da infração visto não ser possível determinar com segurança o montante do débito apurado, sob pena de cerceamento de defesa.

Em relação à infração 04, aduz que ao analisar a imputação, bem como os fatos e documentos pertinentes a mesma, sobretudo o Demonstrativo de Débito de Diferencial de Alíquota - Material de uso e consumo, extraiu que, mais uma vez, o agente fiscal agiu com desacerto ao aplicar a alíquota de 17% (dezessete por cento), porque, considerou-a como alíquota interna em relação aos produtos abaixo indicados, sendo que tais produtos, a lei estabelece à possibilidade da redução de base de cálculo de 12% (doze por cento) ou nos produtos com fase de tributação encerrada, conforme descrito abaixo:

- 1) O art. 267, inciso XVI, item “a” nº 7, em relação às operações com máquinas, aparelhos e equipamentos, de forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% (doze por cento) sobre o valor da operação das partes reconhecíveis como exclusiva ou principalmente destinadas às máquinas e aparelhos das posições 8425 a 8430: NCM 8431. Portanto as operações referente as notas fiscais nºs. 55368, 55368, 134811, 135844, 137057, 137781, 137521, 142850, 141930, 142471, 142168, item um da nota fiscal 142455, 57611, 143947, 183349 e 145574, tem seu NCM 8431, (anexo I);
- 2) O art. 266, III – “e”, da RICMS, obras de fios de ferro ou aço - NCM 7326.2 nas operações referente às Notas Fiscais nºs. 50288;
- 3) Os produtos “Pneus” nota fiscal nº 4425, tem sua fase de tributação encerrada, visto que o imposto foi retido pela indústria por força de convênio ICMS 85/93, e devidamente previsto no item 30.1 constante do anexo único do RICMS;
- 4) A nota fiscal 188 de 28/11/14 no valor de R\$ 17,2 mil, teve seu pagamento efetuado através de GNRE, no valor de R\$ 860,00, conforme (anexo II);
- 5) A nota fiscal nº 145461 refere-se à aquisição de maquina para selecionar, peneirar, separar, lavar, esmagar, moer, com os seus respectivos componentes, discriminado pelo fornecedor separadamente, pois a montagem se dar na área de produção do autuado. Portanto, sendo indicados estes, com NCM 8431 e 8474, assim gozando da redução de 12% (doze por cento), conforme anexo III.

Aduz que ainda apresenta equivocadamente diversas operações, as quais não podem prosperar em relação aos materiais adquiridos, porque tratam-se de mercadorias para emprego no processo produtivo.

Destaca, ainda, que os referidos materiais são exclusivamente utilizados na extração do mineral, e assim sendo, estão diretamente vinculados ao processo produtivo, visto que, são elementos

indispensáveis a produção do produto final extraído, assim como, o óleo diesel e a energia elétrica consumida, portanto, devendo serem classificados como insumos, não sendo assim devida a diferença de alíquota por não se tratar de material de uso/consumo como imputado pelo Agente Fazendário. Estes insumos de produção são indispensáveis no processo de transporte da extração, pois, sofrem desgaste durante o processo produtivo, até o seu total consumo. Assim vejamos:

- 1) *Quanto à correia transportadora ou de transmissão, de borracha vulcanizada reforçadas apenas com metal, constante da nota fiscal nº 4454;*
- 2) *Tela constante das notas fiscais nº 133862 e 145299;*
- 3) *As operações constantes referentes a Mantas, Telas, Fixadores, Suporte, Revestimentos, Rolo, Abandeira, Protetor de contar eixo constantes das notas fiscais nºs. 135160, 55504, 135862, 135842, 137528, 138284, item 3 da nota fiscal 137505, 56368, 141797, 142329, 143814, 143352, 143353, 141945, 145927, 145445, 145299, 145444, 144304, 144683 e 144846 ;*

Acrescenta que além do exposto acima, houve mais um equívoco na alíquota aplicada pelo autuante, por não ter o mesmo atentado ao que estabelece o Art. 266, Inciso I, “a”, do RICMS, que dá tratamento diferenciado as operações com máquinas, aparelhos e equipamentos relacionados no Anexo I do Conv. ICMS 52/91, de forma que a carga tributária seja equivalente a 8,80 % (oito inteiros e oitenta centésimos por cento); em relação às operações constantes das notas fiscais nºs. 55367, 135160, 55504, 135862, 135842, 137528, 138284, item 3 da nota fiscal 137505, 56368, 141797, 142329, 143814, 143352, 143353, 141945, 145927, 145445, 145299, 145444, 144304, 144683 e 144846, por serem esses produtos parte integrante de máquinas e aparelhos para selecionar, peneirar, separar, lavar, esmagar, moer, misturar ou amassar terras, pedras, minérios ou outras substâncias minerais sólidas (incluindo os pós e pastas) com NCM 8474 – Já os produtos constantes das notas fiscais 18090 com NCM 8207.19, refere-se ao conjunto e partes que compõem a broca.

Registra, que independentemente dos equívocos na apuração de diferença da alíquota de ICMS, a Autuada efetivou diversos pagamentos em relação ao referido imposto, conforme se comprova através do extrato de pagamento de ICMS emitido pela própria SEFAZ/BA, no Anexo VI, a seguir descritos: R\$ 1.759,94; R\$ 2.810,59; R\$ 32.334,12; R\$ 16.857,77; R\$ 1.156,95; R\$ 35.933,60; R\$ 3.163,34; R\$ 41.828,92; R\$ 1.251,15; R\$ 28.043,95; R\$ 5.313,03; R\$ 6.385,53; R\$ 36.104,48; R\$ 9.838,86; R\$ 59.933,97 e R\$ 4.043,16.

Assim sendo, diante do exposto acima, requer seja processada e julgada nula a referida infração 04 – 06.02.01, sob pena de incorrer o Estado da Bahia, na prática de uma injustiça imensurável em face da mesma.

Quanto à infração 05, também há de ser julgada improcedente, porquanto, a mesma não traz elementos necessários quanto ao imposto apurado, como também não foi anexado aos autos dados suficientes para que a autuada pudesse confrontar com os débitos e créditos consignados à fl. 34 dos autos, inclusive no CD anexado aos Autos. Também não consta nenhum dado subsistente, apresentando apenas o mesmo demonstrativo já citado que serviu de base para a imputação da infração de nº 03 (três).

Salienta que não há indicação da base de cálculo e alíquota aplicada nas operações de saídas, conforme prevê o estabelecido no RPAF, no art. 39, inciso IV, “b” e “c”.

Aduz que o autuado apurou corretamente o imposto e efetuou o seu pagamento, conforme pode ser visto nas apurações realizadas pela mesma e do extrato de pagamento obtido no sistema da Secretaria da Fazenda (Anexo V), portando indevida é a presente infração, conforme cópia do extrato de parcelamento anexo.

Dessa forma, pugna “pela improcedência da referida infração 05 – 02.01.01, conforme prevê o RPAF art. 18, inciso IV, “a”, haja vista ausência de elementos a compreensão da infração, sob pena de cerceamento de defesa.”

Em relação à infração 06, aduz que analisando a imputação e documentos, decerto a referida entende que não pode prosperar, pois não condiz com a realidade dos fatos, tendo em vista, que por um problema operacional da autuada, não foi constatado o envio no prazo legal dos arquivos

EFDs a essa Secretaria Fazendária, contudo, os referidos arquivos foram transmitidos posteriormente, consoante se comprova através dos recibos de entrega de escrituração fiscal digital referente aos meses calendário entre janeiro a dezembro de 2014, em anexos (Anexo VI).

Aponta outro motivo, para não proceder a presente infração, é que após intimação do preposto fiscal em 06/08/15, a empresa atendeu a intimação no prazo regulamentar, sanando a referida pendência encaminhando os referidos arquivos, conforme pode ser constatado no próprio CD anexado pelo Autuante ao referido processo fiscal.

Realça que se encontram descrito como arquivo “EFD”, sendo que os dados constantes dos arquivos enviados foram utilizados pelo autuante em diversos demonstrativos e serviram de base para outras infrações.

Diante do exposto acima, entende que não há que se falar em falta de “entrega”, ou “falta das informações exigidas”, tendo em vista que essa última afirmativa não foi relatada e apontada pelo auditor Autuante, seja por solicitação verbal e/ou escrita, conforme estabelece a legislação que determina que tais ocorrências sejam procedidas através de intimação.

Acrescenta que foi apresentado uma listagem-diagnostico com relação às possíveis inconsistências dos arquivos entregues, caso essa afirmativa fosse verdadeira, a fim de se proceder a correção. O certo é que, em vista da ausência desses elementos para que possam ratificar a afirmativa constante da infração, conforme prevê o § 3, do art. 708-B, do RICMS, a referida multa não devem prosperar.

Assegura que, pelos vícios e afirmativas inconsistentes por parte do agente fiscalizador, está comprovado que não houve a falta de entrega dos arquivos eletrônico da EFD. Assim sendo, é de rigor à anulação da referida infração. Ademais, com o advento da Lei nº 12.917, de 31/10/13, a partir de 01/11/13, alterou-se a redação da alínea “I” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, passando-se, a se exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações previstas, senão vejamos a atual redação dessa alínea “I”:

“I) R\$ 1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) 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.....”

Frisa que, conforme os dispositivos acima transcritos, fica claro que efetivamente a lei só passou a prevê multa pela entrega de arquivos eletrônicos da EFD, sem as informações exigidas a partir de 01/11/13, com o advento da Lei nº 12.917, de 31/10/13.

Aduz que a cobrança dessa multa é descabida e abusiva, uma vez que já foi considerada indevida conforme diversos julgamentos do Consef, já sendo pacificado através do “ACÓRDÃO JF Nº 0250-04/14 -7 do CONSEF.”

Argumenta que, em uma análise mais rigorosa, a citada multa só seria imputada em caso da impossibilidade de apuração do imposto devido, vez que o preposto fiscal dispunha de todos os elementos a exemplo das notas fiscais em meio eletrônico e da contabilidade da empresa, através dos seus registros, a fim de apurar possíveis irregularidades, supostamente cometidas pela empresa.

Salienta que a referida infração também não pode prosperar, pois, o agente fiscalizador ao imputar a multa em face da Autuada, imputou-lhe o maior valor de R\$ 1.380,00, por mês calendário referente ao período de janeiro a dezembro de 2014. Entretanto, a autuada mesmo que extemporâneo apresentou os referidos EFDs, do período indicado pelo agente fiscalizador, portanto, na pior das hipóteses, a multa não seria a de maior valor por mês calendário, mas sim a de valor reduzido, conforme prevê o inciso I, alínea “a”, do art. 57, da Lei nº 9.779/1999.

Ao fim, realça que a referida infração padece de sustentação, ferindo os princípios da estrita legalidade tributária e da irretroatividade da lei, devendo assim ser julgada nula de pleno direito a dita infração nº 06 – 16.14.04.

Ao final, requer que sejam anuladas às infrações e que seja a Autuada informada e notificada, a despeito de qualquer decisão do presente processo, no prazo hábil, no seu endereço cadastrado junto a esta Inspetoria Fazendária e, ainda ao seu advogado indicado à folha 62 dos autos.

Requer por fim, indicar todos os meios de provas admitidas no direito (art. 332 do CPC), especialmente, realização de perícia contábil, juntadas de novos documentos, dentre outras provas aplicáveis a presente matéria.

Na informação fiscal dos autuantes, fls. 167 a 168, em relação à infração 01, destaca que o contribuinte precisa escriturar todas as entradas e que a nota fiscal em questão é tributada. Aduz que mesma encontra-se em formato xml, no CD entregue ao contribuinte no arquivo “*Notas Fiscais de Entrada.rar*”, estando plenamente identificada no demonstrativo anexo ao Auto de Infração. Nele encontra-se a chave de acesso com a qual o contribuinte também pode consultar o Portal da Nota Fiscal Eletrônica.

Em relação à infração 02, destaca que o contribuinte precisa escriturar todas as notas fiscais de entrada, mesmo as não tributadas. Aduz que multa aplicada foi de 1%, estando em formato xml no CD, entregue ao contribuinte no arquivo *Notas Fiscais de Entrada.rar*, estando plenamente identificada no demonstrativo anexo ao Auto de Infração. Nele encontra-se a chave de acesso com a qual o contribuinte também pode consultar o Portal da Nota Fiscal Eletrônica.

Em relação à infração 03, aduz que no demonstrativo desta infração estão relacionados vários registros onde foi lançado na EFD valor inferior ao destacado na NFE. Nesta infração é cobrado o valor da diferença apurada entre a EFD e a NFE. As notas fiscais estão em formato xml no arquivo *Notas Fiscais de Saída.rar* e são as próprias notas fiscais emitidas pelo contribuinte. Assim como, é utilizada a sua própria EFD. O demonstrativo é bem claro. Nele, estão discriminados data, número, chave de acesso da NFE, valor lançado na EFD, valor lançado na NFE e a diferença. Segundo o RICMS/BA, Decreto 13.780/12:

“Art. 307. O débito fiscal somente poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.”

Observa que o contribuinte lança na EFD o ICMS considerando a redução prevista no RICMS, Decreto 13.780/12, Art. 267, Inciso VII, resultando em carga tributária de 4%. Entretanto, não utiliza o mesmo procedimento nas Notas Fiscais Eletrônicas. Consequentemente, o valor do ICMS destacado nas NFE's é maior que o lançado na EFD.

Em relação à infração 04, frisa que sobre redução de base de cálculo:

Art. 268. É reduzida a base de cálculo:

§ 4º Para fins de pagamento da diferença de alíquotas, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor da operação ou prestação, não devendo ser considerada qualquer redução da base de cálculo relativa à operação interna prevista neste artigo ou em outro dispositivo da legislação tributária estadual.

Diz que o Convênio ICMS 85/93 não inclui a NCM 40122000, PNEUS USADOS.

Informa que: “*NE 188 excluída.*”

Salienta que correia transportadora é utilizada para deslocar a pedra de um local para outro, não considera como insumo, não se integra ao produto final, havendo mero desgaste.

Afirmam que as telas são utilizadas para separar por tamanho os diversos tipos de pedra. Os diversos materiais relacionados são partes de máquinas utilizadas para peneirar, separar, lavar, esmagar, moer, misturar, amassar. Não considera como insumos, não se integram ao produto final. Mero desgaste.

Realça que as mercadorias da Nota Fiscal nº 18.090, como escrito, fazem parte do equipamento que é utilizado para perfurar, não se integram ao produto final, havendo mero desgaste, não constando nenhuma broca.

Ressalta que os valores R\$ 32.334,12, R\$ 16.857,77, R\$ 35.933,60, R\$ 41.828,92, R\$ 28.043,95, R\$36.104,48, R\$ 59.933,97 são receitas de ICMS REGIME NORMAL – INDÚSTRIA.

Em relação à infração 05, afirma que o Demonstrativo da folha 34 é um simples resumo das informações lançadas pelo contribuinte no Registro Fiscal de Apuração do ICMS – Operações Próprias, sendo a apuração feita pelo próprio contribuinte.

Em relação à infração 06, assegura que restou claro que o contribuinte não enviou o arquivo no prazo.

Ao final, opina pela procedência parcial da infração 04, acostando novo demonstrativo à folha 174 dos autos.

O autuado, fls. 179, recebeu cópia da informação fiscal e dos documentos acostados, sendo intimado para se manifestar.

Em nova manifestação defensiva, fl. 181, requer que sejam desconsideradas as informações prestadas, notadamente quantos às infrações de números 01,02, 03, 05, 06 e parte da infração 4, e consequentemente seja dada procedência no sentido de anular o auto de infração conforme requerido em sede de defesa administrativa, impugnados os demonstrativos de débitos anexos a informação fiscal.

O PAF foi submetido à Pauta Suplementar, do dia 23/08/2016, para discussão e definição sobre a realização de perícia, após leitura e ampla análise do Relatório e das peças do PAF, essa 2ª Junta de Julgamento Fiscal definido pela não necessidade de realização de perícia.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multa em decorrência de 06 infrações.

Não acolho as preliminares de nulidades requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizado pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas.

Além do mais, observo que o autuante na lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, consta a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais.

Devo destacar que nos demonstrativos constam diversos dados das notas fiscais, entre eles as datas, os números, séries e, principalmente, os números das Chaves dos Documentos Fiscais objeto da autuação, não sendo necessária a juntada de cópia das notas fiscais que embasaram os levantamentos fiscais, uma vez que, com os números das Chaves dos Documentos Fiscais qualquer pessoa pode consultar todos os referidos documentos no Site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, Portal da Nota Fiscal Eletrônica, possibilitando conhecer todos os elementos necessários à compreensão de cada documento fiscal objeto das infrações imputadas.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Quanto a necessidade de realização de perícia, cabe ressaltar, que conforme consta no relatório do presente voto, que o PAF foi submetido à Pauta Suplementar, do dia 23/08/2016, para discussão e definição, tendo essa 2ª Junta de Julgamento Fiscal definido pela não necessidade de realização de perícia, com haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação de convicção sobre a lide, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

No mérito propriamente dito, na infração 01 é imputado ao autuado ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 10%. Por sua vez, na infração 02 é imputado ao sujeito passivo ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1%.

Em sua defesa o sujeito passivo frisa que se trata de operações com CFOP – Código Fiscal de Operações e Prestações - 6949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado, não tendo o autuante acostado cópia da Nota Fiscal a fim de ser identificado qual serviço foi prestado, não sendo de conhecimento da autuada.

O argumento acima não é capaz de elidir a imputação, como já examinado na análise das preliminares de nulidade, pois nos demonstrativos constam diversos dados das notas fiscais, entre eles as datas, os números, séries e, principalmente, os números das Chaves dos Documentos Fiscais objeto da autuação, não sendo necessário a juntada de cópias das notas fiscais que embasaram os levantamentos fiscais, uma vez que, com os números das Chaves dos Documentos Fiscais qualquer pessoa por consultar todos os referidos documentos no Site da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, Portal da Nota Fiscal Eletrônica, possibilitando conhecer todos os elementos necessários à compreensão da mesma das infrações imputadas. Assim, caberia ao autuado apontar qualquer nota fiscal não deveria ser objeto da autuação, fato que não foi observado na defesa.

Quanto a alegação de não utilizar nenhum crédito fiscal, devo ressaltar que as autuações em tela (infrações 01 e 02) não tem nenhuma relação com a utilização ou não de crédito fiscal.

Em relação ao pedido de redução do percentual da multa para 1%, no tocante à infração 01, observo que o percentual da multa utilizada para o cálculo do débito, constante no artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, foi modificado para o percentual de 1%, conforme alteração promovida pela Lei nº 13.461/2015, com efeito a partir de 11 de dezembro de 2015. Desta forma, o percentual da multa aplicada para o cálculo do débito do item em comento, cabe, com base no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, a aplicação retroativa da multa mais benéfica, ficando o valor autuado reduzido para R\$21,15.

Cabe registrar que o percentual da multa aplicada na infração 02 foi 1%, não tendo cabimento o pedido defensivo de redução para 1%, pois esse foi o percentual indicado na infração 02.

Logo, a infração 01 restou parcialmente caracterizada, no valor de R\$ R\$21,15 e à infração 02 fica mantida integralmente.

Na infração 03 é imputado ao sujeito passivo ter recolhido a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos fiscais e os lançamentos nos livros, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que a alíquota aplicada pela autuada foi a de 4%, nas saídas internas de **“pedra britada e de mão”**, mormente porque, a atividade comercial principal da Autuada é a de extração e britamento de pedras. Alega, também, que os valores constantes da presente infração, estão também sendo cobrado na infração de nº 05.

Na informação fiscal o autuante destacou que no demonstrativo desta infração estão relacionados vários registros onde foi lançado na EFD valor inferior ao destacado na NF-e, sendo cobrado o valor da diferença apurada entre a EFD e a NF-e. As notas fiscais estão em formato **“xml”** no

arquivo “*Notas Fiscais de Saída.rar*” e são as próprias notas fiscais emitidas pelo contribuinte. Assim como é utilizada a sua própria EFD. O demonstrativo é bem claro. Nele, estão discriminados data, número, chave de acesso da NF-e, valor lançado na EFD, valor lançado na NF-e e a diferença. Observou, ainda, que o contribuinte lança na EFD o ICMS considerando a redução prevista no RICMS, Decreto 13.780/12, Art. 267, Inciso VII, resultando em carga tributária de 4%. Entretanto, não utiliza o mesmo procedimento nas Notas Fiscais Eletrônicas. Consequentemente, o valor do ICMS destacado nas NF-e é maior que o lançado na EFD.

Entendo que o argumento defensivo em relação à alíquota aplicada não pode ser acolhido, uma vez que a autuação comparou o ICMS destacado nas notas fiscais emitidas pelo próprio contribuinte autuado com os valores lançados pelo mesmo contribuinte.

Restou comprovado que as notas fiscais emitidas pelo contribuinte autuado, como por exemplo a cópia do DANFE nº 2.569 acostados às folhas 170, consta o ICMS destacado no valor de R\$41,94, possibilitando ao adquirente utilizar do referido crédito fiscal. Entretanto, esse não foi o valor considerado pelo contribuinte autuado para efeito de apuração do ICMS devido, uma vez que o mesmo lançou como ICMS da referida Nota fiscal o valor de R\$14,80, folha 171 dos autos.

Assim, de forma acertada, o autuante lançou no Demonstrativo à folha 25 dos autos o ICMS constante na Nota Fiscal emitida pelo autuado e consignou o valor lançada pelo mesmo contribuinte autuado na escrituração fiscal, apurando o valor da diferença que não foi recolhido na operação.

Também não pode ser acolhida a alegação defensiva de que os valores consignados neste item do Auto de Infração foram repetidos na infração 05, uma vez que nessa última é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Portanto, são infrações totalmente distintas.

Logo, à infração 03 fica mantida integralmente.

Na infração 04 é imputado ao autuado por deixar de recolher ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento.

Em sua defesa o sujeito passivo assegura que o agente fiscal agiu com desacerto ao aplicar a alíquota de 17% (dezessete por cento), porque, considerou-a como alíquota interna em relação aos produtos objeto da autuação, sendo que tais produtos, a lei estabelece a possibilidade da redução de base de cálculo de 12% (doze por cento) ou nos produtos com fase de tributação encerrada.

O argumento defensivo de redução de base de cálculo não pode ser acolhido, uma vez que a ocorrência do fato gerador encontra-se no inciso XV do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 e a base de cálculo encontra-se estabelecida no § 6º c/c inciso XI do artigo 17 da mesma lei, *in verbis*:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

XV - da entrada ou da utilização, conforme o caso, efetuada por contribuinte do imposto, de mercadoria, bem ou serviço, em decorrência de operação interestadual ou de serviço cuja prestação tenha sido iniciada em outra unidade da Federação, quando a mercadoria ou bem forem destinados ao seu uso, consumo ou ativo permanente ou quando o serviço não estiver vinculado a operação ou prestação subsequentes alcançadas pela incidência do imposto.

...

Art. 17. A base de cálculo do imposto é:

...

XI - nas hipóteses do inciso XV do art. 4º, o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem. (Redação vigente na da dos fatos gerados)

...

§ 6º Nos casos do inciso XI, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor ali previsto.

Na leitura dos dispositivos acima, a base de cálculo é o valor da operação ou prestação na unidade federada de origem, não existindo nenhuma previsão de redução de base de cálculo.

No mesmo sentido, o § 4º do artigo 268 do RICMS/12, veda, expressamente, qualquer redução de base de cálculo para efeito de apuração do ICMS diferença de Alíquota, *in verbis*:

Art. 268. *É reduzida a base de cálculo:*

...

§ 4º Para fins de pagamento da diferença de alíquotas, o imposto a pagar será o valor resultante da aplicação do percentual equivalente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sobre o valor da operação ou prestação, não devendo ser considerada qualquer redução da base de cálculo relativa à operação interna prevista neste artigo ou em outro dispositivo da legislação tributária estadual. Grifei.

Também não pode ser acolhido os argumentos defensivos de os itens *correia transportadora ou de transmissão, de borracha vulcanizada reforçadas apenas com metal, Tela Mantas, Telas, Fixadores, Suporte, Revestimentos, Rolo, Abandeira*, são insumos da produção, uma vez que se tratam de materiais de uso e consumo, ficando mantidos na autuação.

No tocante aos citados recolhimentos apontados na defesa, os mesmos são receitas de ICMS REGIME NORMAL – INDÚSTRIA, não estando comprovados que são relativos aos documentos apontados nos levantamentos fiscais em questão.

Quanto a alegação de existência no levantamento fiscal de mercadorias com fase de tributação encerrada, a mesma deve ser acolhida, inclusive, o próprio autuante revisou o levantamento fiscal excluindo a Nota Fiscal 188 de 28/11/14, teve seu pagamento efetuado através de GNRE, no valor de R\$ 860,00, conforme cópia acostada às folhas 79 a 81 dos autos, tendo acostado novo Demonstrativo à folha 174 dos autos, reduzindo abaixo:

MÊS/ANO	ICMS DEVIDO
JUL-14	11.225,69
AGO-14	1.155,16
OUT-14	782,17
NOV-14	8.718,39
TOTAL	21.881,41

Logo, à infração 04 restou parcialmente caracterizada no valor de R\$21.881,41.

Em relação à infração 05 é imputado ao autuado ter deixado de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Tal infração diz respeito aos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, setembro, outubro e dezembro de 2014.

Quanto a alegação defensiva de que os valores são os mesmos consignados na infração 03, já foi afastada quando do exame da referida infração.

Em sua defesa o autuado aduziu que apurou corretamente o imposto e efetuou o seu pagamento, conforme pode ser visto nas apurações realizadas pela mesma e do extrato de pagamento obtido no sistema da Secretaria da Fazenda (Anexo V), fls. 109 dos autos.

Por sua vez, na informação fiscal o autuante destacou que o Demonstrativo da folha 34 é um simples resumo das informações lançadas pelo contribuinte no Registro Fiscal de Apuração do ICMS – Operações Próprias, sendo a apuração feita pelo próprio contribuinte.

Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que confrontando o extrato de pagamento acostado pela defesa, fls. 109, com o levantamento fiscal, fl. 34 dos autos, observo que o autuante considerou no levantamento fiscal os valores recolhidos pelo contribuinte, tendo cobrado a diferença entre o ICMS declarado e o recolhido pelo próprio contribuinte autuado.

Logo, à infração 05 fica mantida.

Na infração 06 é imputado ao autuado ter deixado de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da escrituração fiscal digital – EFD – ou o entregou sem informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, referente aos meses de janeiro a dezembro de 2014.

Em sua defesa o autuado alegou que por problema operacional da autuada não foi constatado o envio no prazo legal dos arquivos EFD's a essa Secretaria Fazendária, contudo, os referidos arquivos foram transmitidos posteriormente, consoante se comprova através dos recibos de entrega de escrituração fiscal digital referente aos meses calendário entre janeiro a dezembro de 2014, atendendo intimação do preposto fiscal em 06/08/15. Realçou que se encontram descrito como arquivo “EFD”, sendo que os dados constantes dos arquivos enviados foram utilizados pelo autuante em diversos demonstrativos e serviram de base para outras infrações.

Entendo que o argumento defensivo não é capaz de elidir a imputação, uma vez que, na própria peça de defesa, o contribuinte autuado reconhece que não entregou os referidos arquivos nos prazos previstos na legislação.

Uma vez caracterizada a falta de entrega é devida a multa pelo descumprimento da obrigação acessórias, a qual foi corretamente aplicada pela fiscalização.

Quanto ao Acórdão JJF Nº 0250-04/14 -7, citado pela defesa, devo esclarecer que não reflete um entendimento consolidado deste CONSEF, razão pelo qual deixo de acatá-la.

Cabe registrar que o autuado praticou diversas infrações que resultaram na falta de recolhimento de ICMS, conforme restou comprovado no presente voto.

Logo, à infração 06 restou caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	V. HISTÓRICO DEVIDO
1	PROCEDENTE EM PARTE	21,54
2	PROCEDENTE	343,55
3	PROCEDENTE	776.916,85
4	PROCEDENTE EM PARTE	21.881,41
5	PROCEDENTE	202.534,06
6	PROCEDENTE	16.560,00
TOTAL		1.018.257,41

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281394.0301/15-0**, lavrado contra **MINERAÇÃO RIO GRANDE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.001.332,32**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “b” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$16.925,09**, previstas no art. 42, IX, XI e XII-A, alínea “L”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, conforme norma da Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR