

A. I. Nº - 281394.0302/15-6
AUTUADO - PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.
AUTUANTES - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29.11.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0192-05/16

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVO ELETRÔNICO. ESCRITURAÇÃO DIGITAL - EFD. a) FALTA DE ENTREGA OU ENTREGA SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS. MULTA. Cabe a aplicação da multa, porém aplico a retroatividade benigna, prevista no art. 106, II, “c” do CTN, Decreto 5.172/66, para alcançar a lei vigente em data posterior à ocorrência dos fatos geradores, compreendidos entre 31/01/2013 a 31/10/2013. Infração procedente. b) NÃO ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DO ARQUIVO ELETRÔNICO DA EFD. A multa aplicada deve permanecer para a data de ocorrência compreendida de 30/11/2013 a 31/12/2014, uma vez que o prazo concedido ao período anterior ainda não havia vencido. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO REFERENTE A AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. Autuante elabora novo demonstrativo que reduz valor do débito. Infração elidida em parte. 3. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração elidida em parte. 4. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Correções efetuadas pelo autuante reduz o valor do débito. Infração procedente em parte. Preliminares de nulidade rejeitadas. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2015, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$1.537.116,55, por meio das seguintes infrações:

- 1- Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD – ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária. Multa no valor de R\$33.120,00, referente ao período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014.
- 2- Deixou o contribuinte de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária. Multa de 1% que totaliza R\$166.309,66, relativo ao período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014.
- 3- Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$11.066,40 e multa de 60%.
- 4- Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$8.383,04 e multa de 60%.
- 5- Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. ICMS no valor de R\$1.318.237,45 e multa de 100%.

O sujeito passivo ingressa com defesa, fls. 44 a 63, e inicialmente pugna pela tempestividade de sua apresentação, ao tempo em que descreve as infrações que lhe foram imputadas.

Aduz que é uma sociedade empresária limitada. Em funcionamento desde o ano de abertura, 2005. Com destaque regional e nacional. Nas atividades de extração e britamento de pedras e outros materiais para construção e beneficiamento associados; fabricação de artefatos de cimento para uso na construção, obras de terraplenagem, dentre outros serviços, e comércio, sempre buscando cumprir corretamente com suas obrigações fiscais. Invoca o art. 151, III do CTN para lembrar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, vedada sua inscrição em dívida ativa.

No mérito, no que se refere à infração 01, aduz ser totalmente improcedente, pois conforme se constata na própria intimação do preposto fiscal, realizada em 06/08/2015, fl. 12, assinala que “os arquivos enviados referentes aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2013, estão sem dados”. Além do que a empresa atendeu a intimação no prazo regulamentar sanando a referida pendência, pois encaminhou os referidos arquivos.

Destaca, ainda, que o Relatório Resumo de Arquivo EFD, anexado à fl. 18, foi gerado em 07/07/2015, um mês antes da intimação, não sendo anexado um novo relatório que pudesse comprovar o não atendimento da autuada.

Dessa forma, ante o exposto acima, não há que se falar em falta de “não entrega” ou com “falta das informações exigidas”, constante dessa infração.

Quanto à falta de Informação, tal afirmativa não foi relatada e/ou apontada por solicitação verbal e/ou escrita pelo auditor autuante, conforme estabelece a legislação estadual, que determina que seja apresentada uma listagem-diagnóstico, indicando as inconsistências dos arquivos entregues, para que a autuada pudesse proceder as possíveis correções. Diante da ausência desses elementos que poderiam ratificar a afirmativa constante da infração, conforme prever o § 3º, do Art. 708-B, não se pode imputar uma multa, com o fito apenas de penalizar o contribuinte, assim sendo, a referida infração não deve prosperar.

Além do mais, o § 3º, o citado artigo 708-B, do RICMS, estabelece que o Fisco deve proceder a intimação para correção de possíveis inconsistências verificadas em arquivo magnético, e que deveria ser fornecida pelo Fisco ao contribuinte Listagem Diagnóstico, sob pena de nulidade da referida infração.

Ademais, com o advento da Lei nº 12.917, de 31/10/13, efeitos da cobrança da referida multa, só poderia ser cobrada a partir de 01/11/13, em vista da alteração oriunda da redação da alínea “I” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, passando 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.

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.

Independentemente da entrega mensal prevista no artigo 708-A do RICMS, o contribuinte também está obrigado a entregar, quando regularmente intimado os arquivos magnéticos conforme previsão contida no artigo 708-B, §, 5º do RICMS/97.

Além do mais, a cobrança dessa multa é descabida e abusiva, vez que já foi considerada indevida conforme diversos julgamentos do Consef, inclusive já pacificada através do ACÓRDÃO JF Nº 0250-04/14-7 do CONSEF.

Portanto essa referida infração carece de sustentação robusta, pois fere os princípios da estrita legalidade tributária e da irretroatividade da lei.

Destarte, pelos vícios e afirmativas inconsistentes por parte do Fisco, está demonstrado que não houve a falta de entrega dos arquivos eletrônico da EFD.

Dessa forma, requer-se, seja julgada nula a infração por falta de elementos a compreensão da mesma, sob pena de cerceamento de defesa.

No que se refere à **infração 02**, também analisando detidamente a referida infração, verifica-se que através da qual, o Fisco tenta atribuir à falta de entrega de arquivo EFD, **aplicando uma multa de 1% (um por cento) sobre as operações tanto nas operações de saídas como de entrada.**

Não obstante, a referida infração é descabida, pois o Auditor Fiscal ao proceder dessa forma, está realizando a cobrança do ICMS em duplicidade, uma vez que, através da simples análise da **infração 05** é possível verificar que as mesmas notas fiscais referentes às operações de saída constante da infração 2, são as mesmas utilizadas pelo Fisco para o fim de apuração do imposto referente a infração 05, o que se caracteriza com isso, a duplicidade da cobrança do referido imposto em ambas infrações, sob pena de incidir o princípio do **Bis in idem**, o que é vedado por lei.

Observa-se, que o estrito cumprimento às normas legais relativas ao procedimento fiscal quanto à solicitação de arquivos magnéticos tem sido a tônica de diversas decisões das Câmaras de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, justamente para evitar que essas questões sejam levadas ao Poder Judiciário com a consequente nulidade dos lançamentos de ofício.

Além do mais, a cobrança dessa multa é descabida e abusiva, porquanto em uma análise mais rigorosa, observa que só seria imputada a referida infração em caso da impossibilidade de apuração do imposto devido, fato este que não deve ser considerado, vez que o preposto fiscal dispunha de todos os elementos como EFD, notas fiscais em meio eletrônico e da contabilidade da autuada através dos seus registros, a fim de apurar possíveis irregularidades supostamente cometidas pela autuada.

Portanto, a referida infração carece de sustentação, inclusive por ter sido demonstrado na impugnação da infração 01. Além de que se referida infração permanecer no mundo jurídico, decerto, está ferindo o princípio da estrita legalidade tributária, vez que ao ente público só lhe é permitido fazer ou deixar de fazer o que for emanado de lei, sob pena de ilegalidade.

Não obstante, analisando o demonstrativo da presente infração em relação aos meses de Fevereiro, Abril e Dezembro de 2013, e nos meses de Janeiro, Março, Abril, Maio, Setembro, Outubro, Novembro e Dezembro do ano de 2014, refere-se a operações de entrada de produtos, que foram apuradas através das operações de entrada constante no Anexo dessa infração, constante do arquivo magnético/CD, parte integrante dos autos, às fls. 4, 7, 19, 20, 21, 22, 26, 27 e 28, no arquivo denominado “Registro de Entrada”. Quanto aos valores atribuídos referentes aos demais meses foram apuradas com base nas operações de saídas, através das vendas de produtos extraídas e produzidas pela autuada, portanto, as referidas operações já foram objeto de cobrança referente a infração 05, ante já exaustivamente exposto acima.

Destaca também, que as referidas aquisições nas operações de entrada referem-se a mercadorias para uso/consumo (alimentos para o refeitório - óleo, peças e combustível para veículo, etc.); ativo imobilizado (Máquinas) e **insumos** (peneira – telas e rolos), que na sua grande maioria não são tributadas, pois são mercadorias sujeitas à substituição tributária elencadas em convênios e protocolo, com o imposto já retido nas operações interestaduais. Como também há diversas aquisições de produtos adquiridos no Estado da Bahia, onde não cabe a cobrança do referido imposto.

Observa que conforme a sua atividade, os referidos produtos são de uso exclusivo da mesma. Sendo assim, os ditos produtos não são objeto de venda ou revenda. Portanto essas aquisições não poderiam servir de base para tal autuação.

Destarte, tributar ou aplicar multa pelas operações de entrada desses produtos é abusivo, senão imoral e ilegítimo. Além do que não pode o Fisco querer receber um suposto crédito duas vezes, ou seja, sobre o mesmo fato gerador, sob pena de incorrer no princípio de “**Bis in idem**”.

Dessa forma, requer-se, pela anulação da referida **infração 02, ante o exposto acima**, sob pena de cerceamento de defesa e, sobretudo pela lesão ao princípio da legalidade e de **bis in idem**.

No que se refere à **infração 03**, esta também não pode vingar, porquanto analisando a referida infração, assim como os fatos e documentos carreados aos autos, sobretudo o **DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – MATERIAL DE USO E CONSUMO**, verifica-se, claramente que o Fisco não agiu com acerto, pois, a aplicação da alíquota de 17% (dezessete por cento), como alíquota interna não tem amparo legal, porque conforme se demonstrará a seguir os produtos abaixo relacionados têm sua fase de tributação encerrada:

Produtos “Pneus”, “Óleo”, “Filtro”, “Peças de Veículos”, Bebida, Alcoólica, conforme notas fiscais: 9617; 9818; 180401; 9677; 3654; 201997; 17674; 2434; 10590; 1292; 2112287; 43698; 2490; 10886; 214823; 10986; 11054; 7331; 221676; 2089; 11524; 225189; 221676; 221724; 2089; 11524; 225189; 37354; 226992; 11426; 11428; 11900; 11909; 11919; 21547; 21575; 12077; 12078; 242049; 242204; 49630; 247875; 16110; 250957; 12475; 12512; 254569; 255696; 12683; 22675; 12713; 12714; 12731; 12764; 261549; 12956; 14320; 289017; 8505; 14383; 290729. Portanto, considerando que os referidos produtos tem sua fase de tributação encerrada, uma vez que o imposto foi retido na fonte pela indústria por força de convênio e/ou protocolo, constante do anexo único do RICMS, sendo assim não há falar em diferença entre alíquota interna e interestadual nas aquisições dos referidos produtos.

Ainda, há de se observar, que o próprio fisco não procedeu a autuação das operações com esses mesmos produtos nos meses de janeiro, fevereiro, março e abril de 2013 e de janeiro, março, julho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2014, constante do mesmo arquivo. Assim sendo, há de considerar que o próprio agente fiscal reconhece que não cabe a cobrança desse imposto referente a esses produtos, que inclusive não está cobrando nos meses acima aduzidos.

Ademais, o auditor fiscal deixou de apropriar nos levantamentos objeto da autuação os valores efetivamente pagos sejam em relação à substituição tributária, seja em relação ao ICMS complemento de alíquota uso/ consumo ativo fixo, conforme demonstrativo extrato emitido pela própria SEFAZ, (Anexo VI), tais como: Referência nº 12014 no valor de **R\$133,25**; Referência nº 12014 no valor de **R\$2.283,05**; Referência nº 42014 no valor de **R\$456,64**; Referência nº 32014 no valor de **R\$1.243,96**; Referência nº 62014 no valor de **R\$30,60**; Referência nº 72014 no valor de **R\$505,23**; Referência nº 82014 no valor de **R\$3.097,59**; Referência nº 92014 no valor de **R\$2.358,15**; Referência nº 102014 no valor de **R\$3.937,09**; Referência nº 112014 no valor de **R\$111,74**; Referência nº 122014 no valor de **R\$893,22**; Referência nº 122014 no valor de **R\$893,22**.

Destarte, por justiça, requer-se, a anulação da **infração 03**, visto que, conforme demonstrado acima, não há que falar em diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Estado da Bahia.

Ao analisar a **infração 04**, bem como os fatos e documentos pertinentes a mesma, sobretudo o demonstrativo de débito, verifica-se, que o referido demonstrativo não informa como foram apuradas as referidas operações tributáveis como não tributáveis. Além disso, não anexa às referidas notas fiscais aos autos, nem tampouco relaciona no demonstrativo. O que por si só torna a presente infração nula.

Não obstante, apesar da ausência das informações de como se apurou as referidas operações com não tributadas, entretanto, a autuada ao analisar o demonstrativo que serviu de base para apuração da presente infração, verificou que a maioria das operações tem como CFOP 6949 – “Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado”, que tem como destinatário o 11º Batalhão de Engenharia com CNPJ 07.565.863/0001-55, por se tratar de operações de remessa efetiva de produto já tributado quando da emissão da nota fiscal que serviu de base para o faturamento, a exemplo da Nota Fiscal nº 5830 tributada, conforme se comprova através da nota fiscal no (Anexo I), não foi destacado o imposto por se tratar de remessa, por já ter sido tributada anteriormente, conforme se comprova através das notas fiscais constantes no (Anexo II). Sendo que, tal afirmativa pode ser constatada na observação dos “**Dados Adicionais**” das notas fiscais constantes da presente infração, visto que tais operações referem-se a vendas já tributadas anteriormente.

Quanto às demais operações, como já indicada na infração 02 ora já repelida, a presente infração é descabida ainda, porque o Auditor Fiscal procede a cobrança em duplicidade.

É fácil verificar que os valores que estão servindo de base para a cobrança da presente infração, são os mesmos cobrados na infração 05. Esta afirmação é de fácil constatação, é só, por exemplo, analisar a nota fiscal nº 5489.

Portanto, insubsistente e um tanto quanto ilegal é a referida **infração 04**, por isso, é que a autuada suplica pela anulação da mesma, sob pena de o Estado da Bahia, ferir o princípio da legalidade e do princípio de *Bis in idem*.

Por fim, analisando a impagável **infração nº 05**, verifica-se, nitidamente, como água cristalina, que mais uma vez o Fisco na pessoa de seu agente fiscal não agiu com o costumeiro acerto, porquanto equivocadamente o auditor não observou a tributação a que o contribuinte estaria sujeito, aplicando indiscriminadamente a alíquota de 17% (dezessete por cento), em total afronta ao inciso VII, do Art. 267, do RICMS – Decreto nº 13.780/2012, pois, de acordo com o citado dispositivo legal, considerando que uma das atividades da autuada é venda de pedra britada e de mão, com certeza a alíquota aplicável legalmente é a de 4% (quatro por cento), e não de 17% (dezessete por cento).

Destaca que a autuada não é beneficiária do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE.

Ademais, observa também que referida infração, não pode prosperar, porque além do exposto acima, ainda, é de se levar em consideração, que a autuada possui ou possuía a apropriação de créditos de ICMS sobre as entradas de bens destinados ao ativo permanente, e outros créditos resultando em créditos fiscais acumulados desde 31/12/2011, provenientes dessas aquisições referentes às entradas dos períodos de 2010 e de 2011, antes mesmo da vigência do supracitado artigo que possibilita a redução de base de cálculo, de forma que a carga tributária seja correspondente a 4% (quatro por cento) para as atividades de vendas internas de pedra britada e de mão, dentre outras previstas no Convênio 100/12.

Ainda, não podemos olvidar que a autuada em 31/12/2012, possuía um crédito de ICMS acumulado no valor de **R\$58.262,89** (cinquenta e oito mil duzentos e sessenta e dois reais e oitenta e nove centavos), conforme se comprova através do Livro de Apuração do ICMS, (Anexo III), além de ter a possibilidade de utilização dos créditos proporcionais das demais parcelas na proporção de 1/48 avos nos anos subsequentes, até o limite de compensação dos valores constantes do livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP, (Anexo IV).

Chama a atenção ainda, que tais créditos estão devidamente registrados no Livro de Apuração do ICMS, como pode ser comprovado através dos lançamentos referentes às operações de entrada, por se tratar apenas dos créditos registrados no CIAP, conforme documentos (Anexo V).

Quanto aos débitos fiscais referentes às operações de saídas, a carga tributária é de 4% (quatro por cento) referente ao previsto no Art. 267, inciso VII, e não de 17% (dezessete por cento) como quer imputar o preposto fiscal. E nas operações de **saídas interestaduais**, a alíquota é de 12% (doze por cento), conforme pode ser constatado nos documentos anexos (Anexo VI).

Quando da apuração do imposto devido pela autuada, a mesma compensou seus créditos referentes ao CIAP, inclusive efetivou o lançamento dos créditos oriundos do pagamento indevido de imposto com código 806 - ICMS Normal Indústria, sendo esse imposto lançado como outros créditos.

Portanto, durante todos os meses objeto da fiscalização a autuada teve saldo credor na apuração do imposto, que até 31/12/2014, o saldo credor para o próximo período seria de **R\$34.534,10 (trinta e quatro mil quinhentos e trinta e quatro reais e dez centavos)**. Destarte, não há que falar em falta de recolhimento de ICMS, como tenta imputar o preposto fiscal ilegalmente.

Enfim, há que se destacar que não foi utilizado nenhum outro crédito de operações de aquisições de **entrada**, referente ao período fiscalizado, a exceção do descrito acima.

Pede a improcedência da infração.

Requer diligência para que seja procedida uma revisão completa da presente autuação.

Requer também, conforme dispõe o art. 126 do PAF, 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 José Netto Cruz de Souza, OAB/BA, nº 23.702, com endereço profissional na Cidade de Teixeira de Freitas/BA, à Rua Antônio Simplício de Barros, nº 259 - Loja "A", Bairro Centro, CEP: 45.985-188, e-mail: netto.souza@globo.com, sitio: www.jnettoadv.com.br; sob pena de nulidade.

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

O autuante presta a informação fiscal, fl. 251, e esclarece quanto à infração 01, que nove arquivos não foram enviados, e os três que foram enviados não continham as informações exigidas pela legislação, fl. 18 e CD. Menciona que a legislação tornou-se mais favorável ao contribuinte.

Quanto à infração 02, após ser devidamente intimado o contribuinte não enviou os arquivos da EFD e na possibilidade de ter havido algum problema no envio, deveria o contribuinte apresentar os recibos de transmissão dos respectivos arquivos.

Na infração 03, verificou que em todos os CNPJs da planilha "Apuração DIFAL Material de Uso e Consumo", estão anexas as situações cadastrais.

A nota fiscal 94.300 não foi retirada, pois embora o contribuinte seja substituto tributário a mercadoria não faz parte da substituição tributária, Retirou as notas fiscais 9.617; 10.590, 10.886, 10.986, 11.426, 11.428, 11.900, 11.919, 12.077, 12.078, 12.713, 12.714, 12.956 (material para manutenção ativo locado) e notas fiscais 9.818, 7.331 (GNRE).

Informa que todas as receitas 791 (ICMS complemento. Alíquota uso/consumo/ativo fixo) fl. 14, foram apropriadas aos seus respectivos períodos de referência. Observa que, em alguns meses, o contribuinte pagou o ICMS por diferença de alíquota na totalidade apurada, sendo cobrado pelos meses em que o pagamento não ocorreu. Elabora a tabela de fl. 252, com os meses e novos valores a serem exigidos.

Quanto à infração 04, foram retiradas as notas fiscais 5.935, 5.936, 5.937, 5.938, 5.939, 5.940, 5.941, 5.942, 5.943, 5.944, 5.945, 5.946, 5.947, 5.948, 5.949, 5.950, dentre outras. Informa que as notas fiscais estão no CD fornecido ao contribuinte e são de sua própria emissão. O demonstrativo indica o número de cada uma, assim como a respectiva chave de acesso. Alerta que nenhum item da nota fiscal, presente no demonstrativo da infração 04, consta do demonstrativo da infração 05. Analisando a nota fiscal 5.489, verifica que um item foi tributado, o outro não. Elabora o demonstrativo da infração, constante na fl. 253.

No que tange à infração 05, o autuante informa que o demonstrativo das saídas de mercadorias do contribuinte (fl. 35), é um detalhamento dos diversos itens das suas notas fiscais de venda. As informações lá contidas estão sem suas próprias notas fiscais emitidas. É um espelho das informações contidas nas notas fiscais emitidas. O próprio contribuinte lança a alíquota de 17% em suas notas. Para algumas mercadorias a base de cálculo é reduzida a fim de atingir a carga tributária estabelecida. O demonstrativo relaciona as suas notas fiscais de venda por item, e o ICMS destacado de cada um. Assim, pode calcular o ICMS devido mês a mês. Salienta que o contribuinte emitiu várias notas fiscais sem seguir o inciso VII do Art. 267 do RICMA 2012.

Observa que a nota fiscal nº 4.532, tem como destinatário o Estado de São Paulo, entretanto, a mercadoria foi entregue em Trancoso/Porto Seguro – Bahia, conforme informações complementares. Aponta a existência de notas fiscais destinadas a outros Estados, com a alíquota de 17%. Ressalta que este lançamento é do contribuinte.

Repete que o demonstrativo das saídas de mercadorias da infração 05 é um espelho das informações contidas nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte.

Destaca que foram acrescentados os valores relativos ao Livro CIAP e o saldo credor em 31/12/2012, no valor de R\$58.262,89.

Elabora novo demonstrativo de débito, de fl. 254 (sintético) e fl. 384 (analítico).

O sujeito passivo manteve os argumentos da defesa, ao se manifestar no documento de fl. 392.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência/perícia fiscal, formulado pelo defendente, haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor, consoante o art. 147, I, “a” do RPAF/99, Decreto 7.629/99.

Destaco que o Auto de Infração foi lavrado com a observância do estatuído no art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Quanto ao pedido de nulidade formulado pelo defendente, de forma genérica, não encontro razões que possam justificar a invalidade do lançamento fiscal. As infrações foram descritas de modo claro e objetivo, sendo que o contribuinte entendeu-as e exerceu plenamente o direito de defesa, com a observância do princípio do contraditório.

No mérito, na infração 01, consta que o contribuinte não entregou os arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou os entregou sem as informações exigidas, na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, conforme detalhamento constante na planilha de fl. 18, referente aos exercícios de 2013, 2014 e 2015.

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 (Conv. ICMS 143/06).

A EFD substitui a escrituração e impressão dos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário, Registro de Apuração do ICMS, e do livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.

Consoante o § 2º do art. 247 do RICMS/2012, Decreto 13.780, consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

A Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, observando-se os prazos estabelecidos no RICMS, de acordo com o montante referente às operações e prestações sujeitas ao ICMS no ano imediatamente anterior, sendo que a partir de 01/01/2013, para aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido igual ou superior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) até o limite de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

Ademais, o arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital, instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço “<http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>”, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA). A transmissão do arquivo de EFD será feita por estabelecimento, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.

Não se trata, portanto, de falta de entrega de arquivos magnéticos, como apontado pelo defendente, pelo que clama pela inconsistência da autuação, por não ter o autuante seguido o procedimento regulado no art. 708-B do RICMS, bem como seu § 3º, qual seja a intimação para correção de possíveis inconsistências verificadas em arquivo magnético, acompanhada da Listagem Diagnóstico, sob pena de nulidade. A matéria aqui tratada refere-se à Escrituração Fiscal Digital, em substituição aos arquivos magnéticos do SINTEGRA.

Em caso de descumprimento das normas acima, que regulam a EFD, tal como aconteceu na presente lide, cabe a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, Alínea “L” da Lei 7.014/96, c/c Lei nº 12.917, de 31/10/2013, efeitos de 01/11/2013 a 10/12/2015; como segue:

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

l) 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, devendo ser aplicada, cumulativamente, 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.”

Anteriormente, a este período, ou seja, de 31/03/2010 a 31/10/2013, a legislação previa a multa de R\$5.000,00 (cinco mil reais), pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Logo, como a multa prevista para a infração tornou-se mais benéfica para o contribuinte, aplico a retroatividade benigna, prevista no art. 106, II, “c” do CTN, Decreto 5.172/66, para alcançar a lei vigente em data posterior à ocorrência dos fatos geradores, compreendidos entre 31/01/2013 a 31/10/2013.

Infração procedente.

Quanto à infração 02, esta diz respeito à falta de atendimento à intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e prazos previstos na Legislação Tributária, o período compreendido na infração é de 31/01/2013 a 31/12/2014.

Consoante a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, de fl. 12, para a apresentação de EFD de 2013 e 2014, o preposto do contribuinte recebeu-a em 06/08/2015, quando foi-lhe concedido o prazo de 30 (trinta) dias para o seu cumprimento.

Portanto, somente vencido o prazo de 30 dias, ou seja, a partir de 08 de setembro de 2015, estaria inadimplente quanto ao não atendimento da intimação.

Outrossim, a previsão para a cobrança de 1% sobre as entradas ou as saídas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei 7.014/96, c/c a Lei. 12.917/13, para o período a partir de 01/11/2013.

Desse modo, a multa aplicada deve permanecer para a data de ocorrência de 30/11/2013 a 31/12/2014, no valor total de R\$66.879,38, com data de ocorrência de 08/09/2015.

Ressalto que o demonstrativo de entradas e de saídas está às fls. 20 a 24, e que não há cobrança em duplicidade como alegado pela defesa, posto que o dispositivo do art. 42, XIII-A, alínea “L” da Lei 7.014/96, autoriza a multa fixa mensal cumulada com a multa percentual 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 pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo. (efeitos de 01/11/13 a 10/12/15).

Outrossim, não há cobrança em duplicidade com a infração 5. Aqui está sendo exigida a multa por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de entrega de Escrituração Fiscal Digital, na outra infração (5), a exigência fiscal é relativa à falta de recolhimento do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, com multa prevista no art. 42, III, da Lei 7.014/96.

Infração procedente em parte, no valor de R\$66.879,38 e data de ocorrência de 08/09/2015.

A infração 03 refere-se à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento, consoante o demonstrativo de fls. 26/28.

Ao analisar as razões de defesa, na qual foi apontado que o autuante teria cometido equívocos na ação fiscal, referentes à apuração da infração, o mesmo retificou o lançamento, quando prestou os seguintes esclarecimentos na informação fiscal:

Não retirou a nota fiscal 94.300, pois embora a mercadoria não esteja sujeita à substituição tributária. Retirou as notas fiscais n.ºs. 9.617; 10.590, 10.886, 10.986, 11.426, 11.428, 11.900, 11.919, 12.077, 12.078, 12.713, 12.714, 12.956 (material para manutenção que está locado) e notas fiscais 9.818, 7.331 (que possuem GNRE). Salienta que todas as receitas sob o código 791, fl. 14, foram apropriadas nos seus respectivos períodos de referência. Ademais, somente está exigindo o ICMS relativo aos meses em que o pagamento não foi efetuado.

Desse modo, elabora novo demonstrativo de fl. 252, no qual o valor remanescente da infração perfaz R\$10.467,30.

Infração procedente em parte.

A infração 04 refere-se à falta de recolhimento ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O contribuinte em sua defesa reclama que no demonstrativo de débito, não está informado como foram apuradas as referidas operações tidas como tributáveis, pelo autuante. Além disso, reclama que não anexou as referidas notas fiscais aos autos, tampouco as relaciona no demonstrativo, fatos que culminam na anulação da infração, como requer.

Em consulta ao demonstrativo de fls. 30/31, relativo à infração em comento, constato que o número da nota fiscal está discriminado, bem como descreve os itens, objeto da infração, tais como brita, pó de brita, bloco, pedra marroada, logo, cai por terra o argumento da defesa de que as notas fiscais não estariam relacionadas no demonstrativo. Quanto às notas fiscais que não estariam anexadas nos autos, elas estão de posse do sujeito passivo, o qual tem a obrigação de conservá-las enquanto não ocorrer o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário.

Ultrapassadas essas questões, posto que o contribuinte entendeu perfeitamente os motivos da autuação e pode exercer o direito de defesa em plenitude, passo ao exame do seu mérito.

O autuado verificou que a maioria das operações tem CFOP 6949 “Outras saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado”, que tem como destinatário o 11º Batalhão de Engenharia, CNPJ 07.565.863/0001-55, por se tratar de remessa efetiva de produto já tributado, a exemplo da nota fiscal 5830, a posterior, por se tratar de simples remessa, não foi tributada. Aduz que tais afirmativas podem ser constatadas na observação dos “dados adicionais”, das notas fiscais.

O autuante na informação fiscal informa que retirou as notas fiscais 5.935, 5.936, 5.937, 5.938, 5.939, 5.940, 5.941, 5.942, 5.943, 5.944, 5.945, 5.946, 5.947, 5.948, 5.949, 5.950, dentre outras, indicadas no CD fornecido ao contribuinte e que são de sua própria emissão. O demonstrativo indica o número de cada uma, assim como a respectiva chave de acesso. Alerta, ainda o autuante que nenhum item da nota fiscal, presente no demonstrativo da infração 04, consta do demonstrativo da infração 05.

Outrossim, destaca o autuante que, ao analisar a nota fiscal 5.489, verificou que um item foi tributado, o outro não, e elaborou o demonstrativo da infração, constante na fl. 253, cujo resultado perfaz o valor de R\$6.321,69, no que acompanho.

Infração procedente em parte.

A infração 05 decorreu da falta de recolhimento nos prazos regulamentares, ICMS referentes às operações não escrituradas nos Livros Fiscais.

Consta no demonstrativo de fl. 33, o ICMS apurado relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2013, e de janeiro a dezembro de 2014.

O contribuinte reclama que o autuante, de modo indiscriminado aplicou a alíquota de 17%, posto que considerando que uma das suas atividades é a venda de pedra britada e de mão, com a alíquota de 4%, conforme previsto no Convênio ICMS 100/12. Lembra que o autuado tinha um crédito acumulado no valor de R\$58.262,89, conforme comprova o Livro de Apuração do ICMS, além da possibilidade de utilizar os créditos fiscais no percentual de 1/48 avos nos anos subsequentes, até o limite de composição dos valores constantes do livro CIAP.

Diante das argumentações trazidas na defesa, o autuante ao prestar a informação fiscal, elabora um novo demonstrativo, de fl. 384, com as justificativas de que as informações contidas no demonstrativo da infração detalham os conteúdos das notas fiscais emitidas pelo contribuinte, sendo que ele mesmo, contribuinte, lança a alíquota de 17% nas notas fiscais. Reconhece que para algumas mercadorias a base de cálculo tem redução, a fim de atingir a carga tributária estabelecida na legislação. Ademais, o demonstrativo relaciona as notas fiscais de vendas por item, e o ICMS destacado em cada uma.

Destaca o autuante que a Nota fiscal nº 4.532, tem como destinatário o Estado de São Paulo, mas a mercadoria foi entregue em obra na localidade de Trancoso/Porto Seguro-Ba, conforme informações complementares. Por esse motivo, consta no demonstrativo, notas fiscais com alíquota de 17%, embora apontem a destinação para outros Estados da Federação.

Outrossim, o demonstrativo das saídas de mercadorias é um espelho das informações contidas nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte.

O autuante refaz o levantamento original, acrescenta os valores relativos ao Livro CIAP, e o saldo credor constante em 31/12/2012, no valor de R\$58.262,89, cujo demonstrativo de débito encontra-se na fl. 254, cujo ICMS perfaz o valor de R\$841.418,38, baseado no demonstrativo de fl. 384.

Desse modo, acompanho as correções efetuadas pelo autuante, que modificou o valor da infração para R\$841.418,38, e ressalto que o contribuinte ao ser notificado dos novos demonstrativos, não apontou especificamente divergências quanto às alterações produzidas.

Infração procedente em parte.

Destaco que o patrono da sociedade empresária requereu que as intimações sejam remetidas ao seu endereço cadastrado junto à Inspetoria Fazendária, a ainda ao seu advogado, José Netto Cruz de Souza, OAB/BA nº 23.702, com endereço profissional na cidade de Teixeira de Freitas/BA, à Rua Simplício de Barros nº 259, loja “A”, Bairro Centro, CEP 45.985-188, e-mail: netto.souza@globo.com., sitio: www.jnettoadv.com.br; ao tempo em que ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações para o endereço requerido. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade da intimação, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no art. 108 do RPAF-BA/99, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281394.0302/15-6** lavrado contra **PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$858.207,37**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.788,99 e de 100% sobre R\$841.418,38, previstas no art. 42, II, “F”, “a”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais e da multa por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$99.999,38**, previstas no art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei 7.014/96, c/c a Lei 12.917/13, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR

A. I. Nº - 281394.0302/15-6
AUTUADO - PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.
AUTUANTES - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29.11.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0192-05/16

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVO ELETRÔNICO. ESCRITURAÇÃO DIGITAL - EFD. a) FALTA DE ENTREGA OU ENTREGA SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS. MULTA. Cabe a aplicação da multa, porém aplico a retroatividade benigna, prevista no art. 106, II, “c” do CTN, Decreto 5.172/66, para alcançar a lei vigente em data posterior à ocorrência dos fatos geradores, compreendidos entre 31/01/2013 a 31/10/2013. Infração procedente. b) NÃO ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DO ARQUIVO ELETRÔNICO DA EFD. A multa aplicada deve permanecer para a data de ocorrência compreendida de 30/11/2013 a 31/12/2014, uma vez que o prazo concedido ao período anterior ainda não havia vencido. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO REFERENTE A AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. Autuante elabora novo demonstrativo que reduz valor do débito. Infração elidida em parte. 3. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração elidida em parte. 4. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Correções efetuadas pelo autuante reduz o valor do débito. Infração procedente em parte. Preliminares de nulidade rejeitadas. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2015, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$1.537.116,55, por meio das seguintes infrações:

- 1- Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD – ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária. Multa no valor de R\$33.120,00, referente ao período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014.
- 2- Deixou o contribuinte de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária. Multa de 1% que totaliza R\$166.309,66, relativo ao período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014.
- 3- Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$11.066,40 e multa de 60%.
- 4- Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$8.383,04 e multa de 60%.
- 5- Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. ICMS no valor de R\$1.318.237,45 e multa de 100%.

O sujeito passivo ingressa com defesa, fls. 44 a 63, e inicialmente pugna pela tempestividade de sua apresentação, ao tempo em que descreve as infrações que lhe foram imputadas.

Aduz que é uma sociedade empresária limitada. Em funcionamento desde o ano de abertura, 2005. Com destaque regional e nacional. Nas atividades de extração e britamento de pedras e outros materiais para construção e beneficiamento associados; fabricação de artefatos de cimento para uso na construção, obras de terraplenagem, dentre outros serviços, e comércio, sempre buscando cumprir corretamente com suas obrigações fiscais. Invoca o art. 151, III do CTN para lembrar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, vedada sua inscrição em dívida ativa.

No mérito, no que se refere à infração 01, aduz ser totalmente improcedente, pois conforme se constata na própria intimação do preposto fiscal, realizada em 06/08/2015, fl. 12, assinala que “os arquivos enviados referentes aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2013, estão sem dados”. Além do que a empresa atendeu a intimação no prazo regulamentar sanando a referida pendência, pois encaminhou os referidos arquivos.

Destaca, ainda, que o Relatório Resumo de Arquivo EFD, anexado à fl. 18, foi gerado em 07/07/2015, um mês antes da intimação, não sendo anexado um novo relatório que pudesse comprovar o não atendimento da autuada.

Dessa forma, ante o exposto acima, não há que se falar em falta de “não entrega” ou com “falta das informações exigidas”, constante dessa infração.

Quanto à falta de Informação, tal afirmativa não foi relatada e/ou apontada por solicitação verbal e/ou escrita pelo auditor autuante, conforme estabelece a legislação estadual, que determina que seja apresentada uma listagem-diagnóstico, indicando as inconsistências dos arquivos entregues, para que a autuada pudesse proceder as possíveis correções. Diante da ausência desses elementos que poderiam ratificar a afirmativa constante da infração, conforme prever o § 3º, do Art. 708-B, não se pode imputar uma multa, com o fito apenas de penalizar o contribuinte, assim sendo, a referida infração não deve prosperar.

Além do mais, o § 3º, o citado artigo 708-B, do RICMS, estabelece que o Fisco deve proceder a intimação para correção de possíveis inconsistências verificadas em arquivo magnético, e que deveria ser fornecida pelo Fisco ao contribuinte Listagem Diagnóstico, sob pena de nulidade da referida infração.

Ademais, com o advento da Lei nº 12.917, de 31/10/13, efeitos da cobrança da referida multa, só poderia ser cobrada a partir de 01/11/13, em vista da alteração oriunda da redação da alínea “I” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, passando 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.

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.

Independentemente da entrega mensal prevista no artigo 708-A do RICMS, o contribuinte também está obrigado a entregar, quando regularmente intimado os arquivos magnéticos conforme previsão contida no artigo 708-B, §, 5º do RICMS/97.

Além do mais, a cobrança dessa multa é descabida e abusiva, vez que já foi considerada indevida conforme diversos julgamentos do Consef, inclusive já pacificada através do ACÓRDÃO JF Nº 0250-04/14-7 do CONSEF.

Portanto essa referida infração carece de sustentação robusta, pois fere os princípios da estrita legalidade tributária e da irretroatividade da lei.

Destarte, pelos vícios e afirmativas inconsistentes por parte do Fisco, está demonstrado que não houve a falta de entrega dos arquivos eletrônico da EFD.

Dessa forma, requer-se, seja julgada nula a infração por falta de elementos a compreensão da mesma, sob pena de cerceamento de defesa.

No que se refere à **infração 02**, também analisando detidamente a referida infração, verifica-se que através da qual, o Fisco tenta atribuir à falta de entrega de arquivo EFD, **aplicando uma multa de 1% (um por cento) sobre as operações tanto nas operações de saídas como de entrada.**

Não obstante, a referida infração é descabida, pois o Auditor Fiscal ao proceder dessa forma, está realizando a cobrança do ICMS em duplicidade, uma vez que, através da simples análise da **infração 05** é possível verificar que as mesmas notas fiscais referentes às operações de saída constante da infração 2, são as mesmas utilizadas pelo Fisco para o fim de apuração do imposto referente a infração 05, o que se caracteriza com isso, a duplicidade da cobrança do referido imposto em ambas infrações, sob pena de incidir o princípio do **Bis in idem**, o que é vedado por lei.

Observa-se, que o estrito cumprimento às normas legais relativas ao procedimento fiscal quanto à solicitação de arquivos magnéticos tem sido a tônica de diversas decisões das Câmaras de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, justamente para evitar que essas questões sejam levadas ao Poder Judiciário com a consequente nulidade dos lançamentos de ofício.

Além do mais, a cobrança dessa multa é descabida e abusiva, porquanto em uma análise mais rigorosa, observa que só seria imputada a referida infração em caso da impossibilidade de apuração do imposto devido, fato este que não deve ser considerado, vez que o preposto fiscal dispunha de todos os elementos como EFD, notas fiscais em meio eletrônico e da contabilidade da autuada através dos seus registros, a fim de apurar possíveis irregularidades supostamente cometidas pela autuada.

Portanto, a referida infração carece de sustentação, inclusive por ter sido demonstrado na impugnação da infração 01. Além de que se referida infração permanecer no mundo jurídico, decerto, está ferindo o princípio da estrita legalidade tributária, vez que ao ente público só lhe é permitido fazer ou deixar de fazer o que for emanado de lei, sob pena de ilegalidade.

Não obstante, analisando o demonstrativo da presente infração em relação aos meses de Fevereiro, Abril e Dezembro de 2013, e nos meses de Janeiro, Março, Abril, Maio, Setembro, Outubro, Novembro e Dezembro do ano de 2014, refere-se a operações de entrada de produtos, que foram apuradas através das operações de entrada constante no Anexo dessa infração, constante do arquivo magnético/CD, parte integrante dos autos, às fls. 4, 7, 19, 20, 21, 22, 26, 27 e 28, no arquivo denominado “Registro de Entrada”. Quanto aos valores atribuídos referentes aos demais meses foram apuradas com base nas operações de saídas, através das vendas de produtos extraídas e produzidas pela autuada, portanto, as referidas operações já foram objeto de cobrança referente a infração 05, ante já exaustivamente exposto acima.

Destaca também, que as referidas aquisições nas operações de entrada referem-se a mercadorias para uso/consumo (alimentos para o refeitório - óleo, peças e combustível para veículo, etc.); ativo imobilizado (Máquinas) e **insumos** (peneira – telas e rolos), que na sua grande maioria não são tributadas, pois são mercadorias sujeitas à substituição tributária elencadas em convênios e protocolo, com o imposto já retido nas operações interestaduais. Como também há diversas aquisições de produtos adquiridos no Estado da Bahia, onde não cabe a cobrança do referido imposto.

Observa que conforme a sua atividade, os referidos produtos são de uso exclusivo da mesma. Sendo assim, os ditos produtos não são objeto de venda ou revenda. Portanto essas aquisições não poderiam servir de base para tal autuação.

Destarte, tributar ou aplicar multa pelas operações de entrada desses produtos é abusivo, senão imoral e ilegítimo. Além do que não pode o Fisco querer receber um suposto crédito duas vezes, ou seja, sobre o mesmo fato gerador, sob pena de incorrer no princípio de “**Bis in idem**”.

Dessa forma, requer-se, pela anulação da referida **infração 02, ante o exposto acima**, sob pena de cerceamento de defesa e, sobretudo pela lesão ao princípio da legalidade e de **bis in idem**.

No que se refere à **infração 03**, esta também não pode vingar, porquanto analisando a referida infração, assim como os fatos e documentos carreados aos autos, sobretudo o **DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – MATERIAL DE USO E CONSUMO**, verifica-se, claramente que o Fisco não agiu com acerto, pois, a aplicação da alíquota de 17% (dezessete por cento), como alíquota interna não tem amparo legal, porque conforme se demonstrará a seguir os produtos abaixo relacionados têm sua fase de tributação encerrada:

Produtos “Pneus”, “Óleo”, “Filtro”, “Peças de Veículos”, Bebida, Alcoólica, conforme notas fiscais: 9617; 9818; 180401; 9677; 3654; 201997; 17674; 2434; 10590; 1292; 2112287; 43698; 2490; 10886; 214823; 10986; 11054; 7331; 221676; 2089; 11524; 225189; 221676; 221724; 2089; 11524; 225189; 37354; 226992; 11426; 11428; 11900; 11909; 11919; 21547; 21575; 12077; 12078; 242049; 242204; 49630; 247875; 16110; 250957; 12475; 12512; 254569; 255696; 12683; 22675; 12713; 12714; 12731; 12764; 261549; 12956; 14320; 289017; 8505; 14383; 290729. Portanto, considerando que os referidos produtos tem sua fase de tributação encerrada, uma vez que o imposto foi retido na fonte pela indústria por força de convênio e/ou protocolo, constante do anexo único do RICMS, sendo assim não há falar em diferença entre alíquota interna e interestadual nas aquisições dos referidos produtos.

Ainda, há de se observar, que o próprio fisco não procedeu a autuação das operações com esses mesmos produtos nos meses de janeiro, fevereiro, março e abril de 2013 e de janeiro, março, julho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2014, constante do mesmo arquivo. Assim sendo, há de considerar que o próprio agente fiscal reconhece que não cabe a cobrança desse imposto referente a esses produtos, que inclusive não está cobrando nos meses acima aduzidos.

Ademais, o auditor fiscal deixou de apropriar nos levantamentos objeto da autuação os valores efetivamente pagos sejam em relação à substituição tributária, seja em relação ao ICMS complemento de alíquota uso/ consumo ativo fixo, conforme demonstrativo extrato emitido pela própria SEFAZ, (Anexo VI), tais como: Referência nº 12014 no valor de **R\$133,25**; Referência nº 12014 no valor de **R\$2.283,05**; Referência nº 42014 no valor de **R\$456,64**; Referência nº 32014 no valor de **R\$1.243,96**; Referência nº 62014 no valor de **R\$30,60**; Referência nº 72014 no valor de **R\$505,23**; Referência nº 82014 no valor de **R\$3.097,59**; Referência nº 92014 no valor de **R\$2.358,15**; Referência nº 102014 no valor de **R\$3.937,09**; Referência nº 112014 no valor de **R\$111,74**; Referência nº 122014 no valor de **R\$893,22**; Referência nº 122014 no valor de **R\$893,22**.

Destarte, por justiça, requer-se, a anulação da **infração 03**, visto que, conforme demonstrado acima, não há que falar em diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Estado da Bahia.

Ao analisar a **infração 04**, bem como os fatos e documentos pertinentes a mesma, sobretudo o demonstrativo de débito, verifica-se, que o referido demonstrativo não informa como foram apuradas as referidas operações tributáveis como não tributáveis. Além disso, não anexa às referidas notas fiscais aos autos, nem tampouco relaciona no demonstrativo. O que por si só torna a presente infração nula.

Não obstante, apesar da ausência das informações de como se apurou as referidas operações com não tributadas, entretanto, a autuada ao analisar o demonstrativo que serviu de base para apuração da presente infração, verificou que a maioria das operações tem como CFOP 6949 – “Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado”, que tem como destinatário o 11º Batalhão de Engenharia com CNPJ 07.565.863/0001-55, por se tratar de operações de remessa efetiva de produto já tributado quando da emissão da nota fiscal que serviu de base para o faturamento, a exemplo da Nota Fiscal nº 5830 tributada, conforme se comprova através da nota fiscal no (Anexo I), não foi destacado o imposto por se tratar de remessa, por já ter sido tributada anteriormente, conforme se comprova através das notas fiscais constantes no (Anexo II). Sendo que, tal afirmativa pode ser constatada na observação dos “**Dados Adicionais**” das notas fiscais constantes da presente infração, visto que tais operações referem-se a vendas já tributadas anteriormente.

Quanto às demais operações, como já indicada na infração 02 ora já repelida, a presente infração é descabida ainda, porque o Auditor Fiscal procede a cobrança em duplicidade.

É fácil verificar que os valores que estão servindo de base para a cobrança da presente infração, são os mesmos cobrados na infração 05. Esta afirmação é de fácil constatação, é só, por exemplo, analisar a nota fiscal nº 5489.

Portanto, insubsistente e um tanto quanto ilegal é a referida **infração 04**, por isso, é que a autuada suplica pela anulação da mesma, sob pena de o Estado da Bahia, ferir o princípio da legalidade e do princípio de *Bis in idem*.

Por fim, analisando a impagável **infração nº 05**, verifica-se, nitidamente, como água cristalina, que mais uma vez o Fisco na pessoa de seu agente fiscal não agiu com o costumeiro acerto, porquanto equivocadamente o auditor não observou a tributação a que o contribuinte estaria sujeito, aplicando indiscriminadamente a alíquota de 17% (dezessete por cento), em total afronta ao inciso VII, do Art. 267, do RICMS – Decreto nº 13.780/2012, pois, de acordo com o citado dispositivo legal, considerando que uma das atividades da autuada é venda de pedra britada e de mão, com certeza a alíquota aplicável legalmente é a de 4% (quatro por cento), e não de 17% (dezessete por cento).

Destaca que a autuada não é beneficiária do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE.

Ademais, observa também que referida infração, não pode prosperar, porque além do exposto acima, ainda, é de se levar em consideração, que a autuada possui ou possuía a apropriação de créditos de ICMS sobre as entradas de bens destinados ao ativo permanente, e outros créditos resultando em créditos fiscais acumulados desde 31/12/2011, provenientes dessas aquisições referentes às entradas dos períodos de 2010 e de 2011, antes mesmo da vigência do supracitado artigo que possibilita a redução de base de cálculo, de forma que a carga tributária seja correspondente a 4% (quatro por cento) para as atividades de vendas internas de pedra britada e de mão, dentre outras previstas no Convênio 100/12.

Ainda, não podemos olvidar que a autuada em 31/12/2012, possuía um crédito de ICMS acumulado no valor de **R\$58.262,89** (cinquenta e oito mil duzentos e sessenta e dois reais e oitenta e nove centavos), conforme se comprova através do Livro de Apuração do ICMS, (Anexo III), além de ter a possibilidade de utilização dos créditos proporcionais das demais parcelas na proporção de 1/48 avos nos anos subsequentes, até o limite de compensação dos valores constantes do livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP, (Anexo IV).

Chama a atenção ainda, que tais créditos estão devidamente registrados no Livro de Apuração do ICMS, como pode ser comprovado através dos lançamentos referentes às operações de entrada, por se tratar apenas dos créditos registrados no CIAP, conforme documentos (Anexo V).

Quanto aos débitos fiscais referentes às operações de saídas, a carga tributária é de 4% (quatro por cento) referente ao previsto no Art. 267, inciso VII, e não de 17% (dezessete por cento) como quer imputar o preposto fiscal. E nas operações de **saídas interestaduais**, a alíquota é de 12% (doze por cento), conforme pode ser constatado nos documentos anexos (Anexo VI).

Quando da apuração do imposto devido pela autuada, a mesma compensou seus créditos referentes ao CIAP, inclusive efetivou o lançamento dos créditos oriundos do pagamento indevido de imposto com código 806 - ICMS Normal Indústria, sendo esse imposto lançado como outros créditos.

Portanto, durante todos os meses objeto da fiscalização a autuada teve saldo credor na apuração do imposto, que até 31/12/2014, o saldo credor para o próximo período seria de **R\$34.534,10 (trinta e quatro mil quinhentos e trinta e quatro reais e dez centavos)**. Destarte, não há que falar em falta de recolhimento de ICMS, como tenta imputar o preposto fiscal ilegalmente.

Enfim, há que se destacar que não foi utilizado nenhum outro crédito de operações de aquisições de **entrada**, referente ao período fiscalizado, a exceção do descrito acima.

Pede a improcedência da infração.

Requer diligência para que seja procedida uma revisão completa da presente autuação.

Requer também, conforme dispõe o art. 126 do PAF, 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 José Netto Cruz de Souza, OAB/BA, nº 23.702, com endereço profissional na Cidade de Teixeira de Freitas/BA, à Rua Antônio Simplício de Barros, nº 259 - Loja "A", Bairro Centro, CEP: 45.985-188, e-mail: netto.souza@globo.com, sitio: www.jnettoadv.com.br; sob pena de nulidade.

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

O autuante presta a informação fiscal, fl. 251, e esclarece quanto à infração 01, que nove arquivos não foram enviados, e os três que foram enviados não continham as informações exigidas pela legislação, fl. 18 e CD. Menciona que a legislação tornou-se mais favorável ao contribuinte.

Quanto à infração 02, após ser devidamente intimado o contribuinte não enviou os arquivos da EFD e na possibilidade de ter havido algum problema no envio, deveria o contribuinte apresentar os recibos de transmissão dos respectivos arquivos.

Na infração 03, verificou que em todos os CNPJs da planilha "Apuração DIFAL Material de Uso e Consumo", estão anexas as situações cadastrais.

A nota fiscal 94.300 não foi retirada, pois embora o contribuinte seja substituto tributário a mercadoria não faz parte da substituição tributária, Retirou as notas fiscais 9.617; 10.590, 10.886, 10.986, 11.426, 11.428, 11.900, 11.919, 12.077, 12.078, 12.713, 12.714, 12.956 (material para manutenção ativo locado) e notas fiscais 9.818, 7.331 (GNRE).

Informa que todas as receitas 791 (ICMS complemento. Alíquota uso/consumo/ativo fixo) fl. 14, foram apropriadas aos seus respectivos períodos de referência. Observa que, em alguns meses, o contribuinte pagou o ICMS por diferença de alíquota na totalidade apurada, sendo cobrado pelos meses em que o pagamento não ocorreu. Elabora a tabela de fl. 252, com os meses e novos valores a serem exigidos.

Quanto à infração 04, foram retiradas as notas fiscais 5.935, 5.936, 5.937, 5.938, 5.939, 5.940, 5.941, 5.942, 5.943, 5.944, 5.945, 5.946, 5.947, 5.948, 5.949, 5.950, dentre outras. Informa que as notas fiscais estão no CD fornecido ao contribuinte e são de sua própria emissão. O demonstrativo indica o número de cada uma, assim como a respectiva chave de acesso. Alerta que nenhum item da nota fiscal, presente no demonstrativo da infração 04, consta do demonstrativo da infração 05. Analisando a nota fiscal 5.489, verifica que um item foi tributado, o outro não. Elabora o demonstrativo da infração, constante na fl. 253.

No que tange à infração 05, o autuante informa que o demonstrativo das saídas de mercadorias do contribuinte (fl. 35), é um detalhamento dos diversos itens das suas notas fiscais de venda. As informações lá contidas estão sem suas próprias notas fiscais emitidas. É um espelho das informações contidas nas notas fiscais emitidas. O próprio contribuinte lança a alíquota de 17% em suas notas. Para algumas mercadorias a base de cálculo é reduzida a fim de atingir a carga tributária estabelecida. O demonstrativo relaciona as suas notas fiscais de venda por item, e o ICMS destacado de cada um. Assim, pode calcular o ICMS devido mês a mês. Salienta que o contribuinte emitiu várias notas fiscais sem seguir o inciso VII do Art. 267 do RICMA 2012.

Observa que a nota fiscal nº 4.532, tem como destinatário o Estado de São Paulo, entretanto, a mercadoria foi entregue em Trancoso/Porto Seguro – Bahia, conforme informações complementares. Aponta a existência de notas fiscais destinadas a outros Estados, com a alíquota de 17%. Ressalta que este lançamento é do contribuinte.

Repete que o demonstrativo das saídas de mercadorias da infração 05 é um espelho das informações contidas nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte.

Destaca que foram acrescentados os valores relativos ao Livro CIAP e o saldo credor em 31/12/2012, no valor de R\$58.262,89.

Elabora novo demonstrativo de débito, de fl. 254 (sintético) e fl. 384 (analítico).

O sujeito passivo manteve os argumentos da defesa, ao se manifestar no documento de fl. 392.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência/perícia fiscal, formulado pelo defendente, haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor, consoante o art. 147, I, “a” do RPAF/99, Decreto 7.629/99.

Destaco que o Auto de Infração foi lavrado com a observância do estatuído no art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Quanto ao pedido de nulidade formulado pelo defendente, de forma genérica, não encontro razões que possam justificar a invalidade do lançamento fiscal. As infrações foram descritas de modo claro e objetivo, sendo que o contribuinte entendeu-as e exerceu plenamente o direito de defesa, com a observância do princípio do contraditório.

No mérito, na infração 01, consta que o contribuinte não entregou os arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou os entregou sem as informações exigidas, na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, conforme detalhamento constante na planilha de fl. 18, referente aos exercícios de 2013, 2014 e 2015.

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 (Conv. ICMS 143/06).

A EFD substitui a escrituração e impressão dos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário, Registro de Apuração do ICMS, e do livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.

Consoante o § 2º do art. 247 do RICMS/2012, Decreto 13.780, consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

A Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, observando-se os prazos estabelecidos no RICMS, de acordo com o montante referente às operações e prestações sujeitas ao ICMS no ano imediatamente anterior, sendo que a partir de 01/01/2013, para aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido igual ou superior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) até o limite de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

Ademais, o arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital, instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço “<http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>”, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA). A transmissão do arquivo de EFD será feita por estabelecimento, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.

Não se trata, portanto, de falta de entrega de arquivos magnéticos, como apontado pelo defendente, pelo que clama pela inconsistência da autuação, por não ter o autuante seguido o procedimento regulado no art. 708-B do RICMS, bem como seu § 3º, qual seja a intimação para correção de possíveis inconsistências verificadas em arquivo magnético, acompanhada da Listagem Diagnóstico, sob pena de nulidade. A matéria aqui tratada refere-se à Escrituração Fiscal Digital, em substituição aos arquivos magnéticos do SINTEGRA.

Em caso de descumprimento das normas acima, que regulam a EFD, tal como aconteceu na presente lide, cabe a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, Alínea “L” da Lei 7.014/96, c/c Lei nº 12.917, de 31/10/2013, efeitos de 01/11/2013 a 10/12/2015; como segue:

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

l) 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, devendo ser aplicada, cumulativamente, 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.”

Anteriormente, a este período, ou seja, de 31/03/2010 a 31/10/2013, a legislação previa a multa de R\$5.000,00 (cinco mil reais), pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Logo, como a multa prevista para a infração tornou-se mais benéfica para o contribuinte, aplico a retroatividade benigna, prevista no art. 106, II, “c” do CTN, Decreto 5.172/66, para alcançar a lei vigente em data posterior à ocorrência dos fatos geradores, compreendidos entre 31/01/2013 a 31/10/2013.

Infração procedente.

Quanto à infração 02, esta diz respeito à falta de atendimento à intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e prazos previstos na Legislação Tributária, o período compreendido na infração é de 31/01/2013 a 31/12/2014.

Consoante a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, de fl. 12, para a apresentação de EFD de 2013 e 2014, o preposto do contribuinte recebeu-a em 06/08/2015, quando foi-lhe concedido o prazo de 30 (trinta) dias para o seu cumprimento.

Portanto, somente vencido o prazo de 30 dias, ou seja, a partir de 08 de setembro de 2015, estaria inadimplente quanto ao não atendimento da intimação.

Outrossim, a previsão para a cobrança de 1% sobre as entradas ou as saídas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei 7.014/96, c/c a Lei. 12.917/13, para o período a partir de 01/11/2013.

Desse modo, a multa aplicada deve permanecer para a data de ocorrência de 30/11/2013 a 31/12/2014, no valor total de R\$66.879,38, com data de ocorrência de 08/09/2015.

Ressalto que o demonstrativo de entradas e de saídas está às fls. 20 a 24, e que não há cobrança em duplicidade como alegado pela defesa, posto que o dispositivo do art. 42, XIII-A, alínea “L” da Lei 7.014/96, autoriza a multa fixa mensal cumulada com a multa percentual 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 pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo. (efeitos de 01/11/13 a 10/12/15).

Outrossim, não há cobrança em duplicidade com a infração 5. Aqui está sendo exigida a multa por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de entrega de Escrituração Fiscal Digital, na outra infração (5), a exigência fiscal é relativa à falta de recolhimento do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, com multa prevista no art. 42, III, da Lei 7.014/96.

Infração procedente em parte, no valor de R\$66.879,38 e data de ocorrência de 08/09/2015.

A infração 03 refere-se à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento, consoante o demonstrativo de fls. 26/28.

Ao analisar as razões de defesa, na qual foi apontado que o autuante teria cometido equívocos na ação fiscal, referentes à apuração da infração, o mesmo retificou o lançamento, quando prestou os seguintes esclarecimentos na informação fiscal:

Não retirou a nota fiscal 94.300, pois embora a mercadoria não esteja sujeita à substituição tributária. Retirou as notas fiscais n.ºs. 9.617; 10.590, 10.886, 10.986, 11.426, 11.428, 11.900, 11.919, 12.077, 12.078, 12.713, 12.714, 12.956 (material para manutenção que está locado) e notas fiscais 9.818, 7.331 (que possuem GNRE). Salienta que todas as receitas sob o código 791, fl. 14, foram apropriadas nos seus respectivos períodos de referência. Ademais, somente está exigindo o ICMS relativo aos meses em que o pagamento não foi efetuado.

Desse modo, elabora novo demonstrativo de fl. 252, no qual o valor remanescente da infração perfaz R\$10.467,30.

Infração procedente em parte.

A infração 04 refere-se à falta de recolhimento ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O contribuinte em sua defesa reclama que no demonstrativo de débito, não está informado como foram apuradas as referidas operações tidas como tributáveis, pelo autuante. Além disso, reclama que não anexou as referidas notas fiscais aos autos, tampouco as relaciona no demonstrativo, fatos que culminam na anulação da infração, como requer.

Em consulta ao demonstrativo de fls. 30/31, relativo à infração em comento, constato que o número da nota fiscal está discriminado, bem como descreve os itens, objeto da infração, tais como brita, pó de brita, bloco, pedra marroada, logo, cai por terra o argumento da defesa de que as notas fiscais não estariam relacionadas no demonstrativo. Quanto às notas fiscais que não estariam anexadas nos autos, elas estão de posse do sujeito passivo, o qual tem a obrigação de conservá-las enquanto não ocorrer o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário.

Ultrapassadas essas questões, posto que o contribuinte entendeu perfeitamente os motivos da autuação e pode exercer o direito de defesa em plenitude, passo ao exame do seu mérito.

O autuado verificou que a maioria das operações tem CFOP 6949 “Outras saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado”, que tem como destinatário o 11º Batalhão de Engenharia, CNPJ 07.565.863/0001-55, por se tratar de remessa efetiva de produto já tributado, a exemplo da nota fiscal 5830, a posterior, por se tratar de simples remessa, não foi tributada. Aduz que tais afirmativas podem ser constatadas na observação dos “dados adicionais”, das notas fiscais.

O autuante na informação fiscal informa que retirou as notas fiscais 5.935, 5.936, 5.937, 5.938, 5.939, 5.940, 5.941, 5.942, 5.943, 5.944, 5.945, 5.946, 5.947, 5.948, 5.949, 5.950, dentre outras, indicadas no CD fornecido ao contribuinte e que são de sua própria emissão. O demonstrativo indica o número de cada uma, assim como a respectiva chave de acesso. Alerta, ainda o autuante que nenhum item da nota fiscal, presente no demonstrativo da infração 04, consta do demonstrativo da infração 05.

Outrossim, destaca o autuante que, ao analisar a nota fiscal 5.489, verificou que um item foi tributado, o outro não, e elaborou o demonstrativo da infração, constante na fl. 253, cujo resultado perfaz o valor de R\$6.321,69, no que acompanho.

Infração procedente em parte.

A infração 05 decorreu da falta de recolhimento nos prazos regulamentares, ICMS referentes às operações não escrituradas nos Livros Fiscais.

Consta no demonstrativo de fl. 33, o ICMS apurado relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2013, e de janeiro a dezembro de 2014.

O contribuinte reclama que o autuante, de modo indiscriminado aplicou a alíquota de 17%, posto que considerando que uma das suas atividades é a venda de pedra britada e de mão, com a alíquota de 4%, conforme previsto no Convênio ICMS 100/12. Lembra que o autuado tinha um crédito acumulado no valor de R\$58.262,89, conforme comprova o Livro de Apuração do ICMS, além da possibilidade de utilizar os créditos fiscais no percentual de 1/48 avos nos anos subsequentes, até o limite de composição dos valores constantes do livro CIAP.

Diante das argumentações trazidas na defesa, o autuante ao prestar a informação fiscal, elabora um novo demonstrativo, de fl. 384, com as justificativas de que as informações contidas no demonstrativo da infração detalham os conteúdos das notas fiscais emitidas pelo contribuinte, sendo que ele mesmo, contribuinte, lança a alíquota de 17% nas notas fiscais. Reconhece que para algumas mercadorias a base de cálculo tem redução, a fim de atingir a carga tributária estabelecida na legislação. Ademais, o demonstrativo relaciona as notas fiscais de vendas por item, e o ICMS destacado em cada uma.

Destaca o autuante que a Nota fiscal nº 4.532, tem como destinatário o Estado de São Paulo, mas a mercadoria foi entregue em obra na localidade de Trancoso/Porto Seguro-Ba, conforme informações complementares. Por esse motivo, consta no demonstrativo, notas fiscais com alíquota de 17%, embora apontem a destinação para outros Estados da Federação.

Outrossim, o demonstrativo das saídas de mercadorias é um espelho das informações contidas nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte.

O autuante refaz o levantamento original, acrescenta os valores relativos ao Livro CIAP, e o saldo credor constante em 31/12/2012, no valor de R\$58.262,89, cujo demonstrativo de débito encontra-se na fl. 254, cujo ICMS perfaz o valor de R\$841.418,38, baseado no demonstrativo de fl. 384.

Desse modo, acompanho as correções efetuadas pelo autuante, que modificou o valor da infração para R\$841.418,38, e ressalto que o contribuinte ao ser notificado dos novos demonstrativos, não apontou especificamente divergências quanto às alterações produzidas.

Infração procedente em parte.

Destaco que o patrono da sociedade empresária requereu que as intimações sejam remetidas ao seu endereço cadastrado junto à Inspetoria Fazendária, a ainda ao seu advogado, José Netto Cruz de Souza, OAB/BA nº 23.702, com endereço profissional na cidade de Teixeira de Freitas/BA, à Rua Simplício de Barros nº 259, loja “A”, Bairro Centro, CEP 45.985-188, e-mail: netto.souza@globo.com., sitio: www.jnettoadv.com.br; ao tempo em que ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações para o endereço requerido. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade da intimação, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no art. 108 do RPAF-BA/99, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281394.0302/15-6** lavrado contra **PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$858.207,37**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.788,99 e de 100% sobre R\$841.418,38, previstas no art. 42, II, “F”, “a”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais e da multa por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$99.999,38**, previstas no art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei 7.014/96, c/c a Lei 12.917/13, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR

A. I. Nº - 281394.0302/15-6
AUTUADO - PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.
AUTUANTES - EDUARDO TADEU FELIPE LEMPE
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29.11.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0192-05/16

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVO ELETRÔNICO. ESCRITURAÇÃO DIGITAL - EFD. a) FALTA DE ENTREGA OU ENTREGA SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS. MULTA. Cabe a aplicação da multa, porém aplico a retroatividade benigna, prevista no art. 106, II, “c” do CTN, Decreto 5.172/66, para alcançar a lei vigente em data posterior à ocorrência dos fatos geradores, compreendidos entre 31/01/2013 a 31/10/2013. Infração procedente. b) NÃO ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DO ARQUIVO ELETRÔNICO DA EFD. A multa aplicada deve permanecer para a data de ocorrência compreendida de 30/11/2013 a 31/12/2014, uma vez que o prazo concedido ao período anterior ainda não havia vencido. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO REFERENTE A AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. Autuante elabora novo demonstrativo que reduz valor do débito. Infração elidida em parte. 3. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração elidida em parte. 4. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Correções efetuadas pelo autuante reduz o valor do débito. Infração procedente em parte. Preliminares de nulidade rejeitadas. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2015, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$1.537.116,55, por meio das seguintes infrações:

- 1- Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD – ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária. Multa no valor de R\$33.120,00, referente ao período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014.
- 2- Deixou o contribuinte de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária. Multa de 1% que totaliza R\$166.309,66, relativo ao período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014.
- 3- Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$11.066,40 e multa de 60%.
- 4- Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$8.383,04 e multa de 60%.
- 5- Deixou de recolher nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. ICMS no valor de R\$1.318.237,45 e multa de 100%.

O sujeito passivo ingressa com defesa, fls. 44 a 63, e inicialmente pugna pela tempestividade de sua apresentação, ao tempo em que descreve as infrações que lhe foram imputadas.

Aduz que é uma sociedade empresária limitada. Em funcionamento desde o ano de abertura, 2005. Com destaque regional e nacional. Nas atividades de extração e britamento de pedras e outros materiais para construção e beneficiamento associados; fabricação de artefatos de cimento para uso na construção, obras de terraplenagem, dentre outros serviços, e comércio, sempre buscando cumprir corretamente com suas obrigações fiscais. Invoca o art. 151, III do CTN para lembrar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, vedada sua inscrição em dívida ativa.

No mérito, no que se refere à infração 01, aduz ser totalmente improcedente, pois conforme se constata na própria intimação do preposto fiscal, realizada em 06/08/2015, fl. 12, assinala que “os arquivos enviados referentes aos meses de janeiro, fevereiro e março de 2013, estão sem dados”. Além do que a empresa atendeu a intimação no prazo regulamentar sanando a referida pendência, pois encaminhou os referidos arquivos.

Destaca, ainda, que o Relatório Resumo de Arquivo EFD, anexado à fl. 18, foi gerado em 07/07/2015, um mês antes da intimação, não sendo anexado um novo relatório que pudesse comprovar o não atendimento da autuada.

Dessa forma, ante o exposto acima, não há que se falar em falta de “não entrega” ou com “falta das informações exigidas”, constante dessa infração.

Quanto à falta de Informação, tal afirmativa não foi relatada e/ou apontada por solicitação verbal e/ou escrita pelo auditor autuante, conforme estabelece a legislação estadual, que determina que seja apresentada uma listagem-diagnóstico, indicando as inconsistências dos arquivos entregues, para que a autuada pudesse proceder as possíveis correções. Diante da ausência desses elementos que poderiam ratificar a afirmativa constante da infração, conforme prever o § 3º, do Art. 708-B, não se pode imputar uma multa, com o fito apenas de penalizar o contribuinte, assim sendo, a referida infração não deve prosperar.

Além do mais, o § 3º, o citado artigo 708-B, do RICMS, estabelece que o Fisco deve proceder a intimação para correção de possíveis inconsistências verificadas em arquivo magnético, e que deveria ser fornecida pelo Fisco ao contribuinte Listagem Diagnóstico, sob pena de nulidade da referida infração.

Ademais, com o advento da Lei nº 12.917, de 31/10/13, efeitos da cobrança da referida multa, só poderia ser cobrada a partir de 01/11/13, em vista da alteração oriunda da redação da alínea “I” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, passando 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.

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.

Independentemente da entrega mensal prevista no artigo 708-A do RICMS, o contribuinte também está obrigado a entregar, quando regularmente intimado os arquivos magnéticos conforme previsão contida no artigo 708-B, §, 5º do RICMS/97.

Além do mais, a cobrança dessa multa é descabida e abusiva, vez que já foi considerada indevida conforme diversos julgamentos do Consef, inclusive já pacificada através do ACÓRDÃO JF Nº 0250-04/14-7 do CONSEF.

Portanto essa referida infração carece de sustentação robusta, pois fere os princípios da estrita legalidade tributária e da irretroatividade da lei.

Destarte, pelos vícios e afirmativas inconsistentes por parte do Fisco, está demonstrado que não houve a falta de entrega dos arquivos eletrônico da EFD.

Dessa forma, requer-se, seja julgada nula a infração por falta de elementos a compreensão da mesma, sob pena de cerceamento de defesa.

No que se refere à **infração 02**, também analisando detidamente a referida infração, verifica-se que através da qual, o Fisco tenta atribuir à falta de entrega de arquivo EFD, **aplicando uma multa de 1% (um por cento) sobre as operações tanto nas operações de saídas como de entrada.**

Não obstante, a referida infração é descabida, pois o Auditor Fiscal ao proceder dessa forma, está realizando a cobrança do ICMS em duplicidade, uma vez que, através da simples análise da **infração 05** é possível verificar que as mesmas notas fiscais referentes às operações de saída constante da infração 2, são as mesmas utilizadas pelo Fisco para o fim de apuração do imposto referente a infração 05, o que se caracteriza com isso, a duplicidade da cobrança do referido imposto em ambas infrações, sob pena de incidir o princípio do **Bis in idem**, o que é vedado por lei.

Observa-se, que o estrito cumprimento às normas legais relativas ao procedimento fiscal quanto à solicitação de arquivos magnéticos tem sido a tônica de diversas decisões das Câmaras de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, justamente para evitar que essas questões sejam levadas ao Poder Judiciário com a consequente nulidade dos lançamentos de ofício.

Além do mais, a cobrança dessa multa é descabida e abusiva, porquanto em uma análise mais rigorosa, observa que só seria imputada a referida infração em caso da impossibilidade de apuração do imposto devido, fato este que não deve ser considerado, vez que o preposto fiscal dispunha de todos os elementos como EFD, notas fiscais em meio eletrônico e da contabilidade da autuada através dos seus registros, a fim de apurar possíveis irregularidades supostamente cometidas pela autuada.

Portanto, a referida infração carece de sustentação, inclusive por ter sido demonstrado na impugnação da infração 01. Além de que se referida infração permanecer no mundo jurídico, decerto, está ferindo o princípio da estrita legalidade tributária, vez que ao ente público só lhe é permitido fazer ou deixar de fazer o que for emanado de lei, sob pena de ilegalidade.

Não obstante, analisando o demonstrativo da presente infração em relação aos meses de Fevereiro, Abril e Dezembro de 2013, e nos meses de Janeiro, Março, Abril, Maio, Setembro, Outubro, Novembro e Dezembro do ano de 2014, refere-se a operações de entrada de produtos, que foram apuradas através das operações de entrada constante no Anexo dessa infração, constante do arquivo magnético/CD, parte integrante dos autos, às fls. 4, 7, 19, 20, 21, 22, 26, 27 e 28, no arquivo denominado “Registro de Entrada”. Quanto aos valores atribuídos referentes aos demais meses foram apuradas com base nas operações de saídas, através das vendas de produtos extraídas e produzidas pela autuada, portanto, as referidas operações já foram objeto de cobrança referente a infração 05, ante já exaustivamente exposto acima.

Destaca também, que as referidas aquisições nas operações de entrada referem-se a mercadorias para uso/consumo (alimentos para o refeitório - óleo, peças e combustível para veículo, etc.); ativo imobilizado (Máquinas) e **insumos** (peneira – telas e rolos), que na sua grande maioria não são tributadas, pois são mercadorias sujeitas à substituição tributária elencadas em convênios e protocolo, com o imposto já retido nas operações interestaduais. Como também há diversas aquisições de produtos adquiridos no Estado da Bahia, onde não cabe a cobrança do referido imposto.

Observa que conforme a sua atividade, os referidos produtos são de uso exclusivo da mesma. Sendo assim, os ditos produtos não são objeto de venda ou revenda. Portanto essas aquisições não poderiam servir de base para tal autuação.

Destarte, tributar ou aplicar multa pelas operações de entrada desses produtos é abusivo, senão imoral e ilegítimo. Além do que não pode o Fisco querer receber um suposto crédito duas vezes, ou seja, sobre o mesmo fato gerador, sob pena de incorrer no princípio de “**Bis in idem**”.

Dessa forma, requer-se, pela anulação da referida **infração 02, ante o exposto acima**, sob pena de cerceamento de defesa e, sobretudo pela lesão ao princípio da legalidade e de **bis in idem**.

No que se refere à **infração 03**, esta também não pode vingar, porquanto analisando a referida infração, assim como os fatos e documentos carreados aos autos, sobretudo o **DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DE DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA – MATERIAL DE USO E CONSUMO**, verifica-se, claramente que o Fisco não agiu com acerto, pois, a aplicação da alíquota de 17% (dezessete por cento), como alíquota interna não tem amparo legal, porque conforme se demonstrará a seguir os produtos abaixo relacionados têm sua fase de tributação encerrada:

Produtos “Pneus”, “Óleo”, “Filtro”, “Peças de Veículos”, Bebida, Alcoólica, conforme notas fiscais: 9617; 9818; 180401; 9677; 3654; 201997; 17674; 2434; 10590; 1292; 2112287; 43698; 2490; 10886; 214823; 10986; 11054; 7331; 221676; 2089; 11524; 225189; 221676; 221724; 2089; 11524; 225189; 37354; 226992; 11426; 11428; 11900; 11909; 11919; 21547; 21575; 12077; 12078; 242049; 242204; 49630; 247875; 16110; 250957; 12475; 12512; 254569; 255696; 12683; 22675; 12713; 12714; 12731; 12764; 261549; 12956; 14320; 289017; 8505; 14383; 290729. Portanto, considerando que os referidos produtos tem sua fase de tributação encerrada, uma vez que o imposto foi retido na fonte pela indústria por força de convênio e/ou protocolo, constante do anexo único do RICMS, sendo assim não há falar em diferença entre alíquota interna e interestadual nas aquisições dos referidos produtos.

Ainda, há de se observar, que o próprio fisco não procedeu a autuação das operações com esses mesmos produtos nos meses de janeiro, fevereiro, março e abril de 2013 e de janeiro, março, julho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2014, constante do mesmo arquivo. Assim sendo, há de considerar que o próprio agente fiscal reconhece que não cabe a cobrança desse imposto referente a esses produtos, que inclusive não está cobrando nos meses acima aduzidos.

Ademais, o auditor fiscal deixou de apropriar nos levantamentos objeto da autuação os valores efetivamente pagos sejam em relação à substituição tributária, seja em relação ao ICMS complemento de alíquota uso/ consumo ativo fixo, conforme demonstrativo extrato emitido pela própria SEFAZ, (Anexo VI), tais como: Referência nº 12014 no valor de **R\$133,25**; Referência nº 12014 no valor de **R\$2.283,05**; Referência nº 42014 no valor de **R\$456,64**; Referência nº 32014 no valor de **R\$1.243,96**; Referência nº 62014 no valor de **R\$30,60**; Referência nº 72014 no valor de **R\$505,23**; Referência nº 82014 no valor de **R\$3.097,59**; Referência nº 92014 no valor de **R\$2.358,15**; Referência nº 102014 no valor de **R\$3.937,09**; Referência nº 112014 no valor de **R\$111,74**; Referência nº 122014 no valor de **R\$893,22**; Referência nº 122014 no valor de **R\$893,22**.

Destarte, por justiça, requer-se, a anulação da **infração 03**, visto que, conforme demonstrado acima, não há que falar em diferença entre as alíquotas interna e interestaduais, sob pena de enriquecimento ilícito por parte do Estado da Bahia.

Ao analisar a **infração 04**, bem como os fatos e documentos pertinentes a mesma, sobretudo o demonstrativo de débito, verifica-se, que o referido demonstrativo não informa como foram apuradas as referidas operações tributáveis como não tributáveis. Além disso, não anexa às referidas notas fiscais aos autos, nem tampouco relaciona no demonstrativo. O que por si só torna a presente infração nula.

Não obstante, apesar da ausência das informações de como se apurou as referidas operações com não tributadas, entretanto, a autuada ao analisar o demonstrativo que serviu de base para apuração da presente infração, verificou que a maioria das operações tem como CFOP 6949 – “Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado”, que tem como destinatário o 11º Batalhão de Engenharia com CNPJ 07.565.863/0001-55, por se tratar de operações de remessa efetiva de produto já tributado quando da emissão da nota fiscal que serviu de base para o faturamento, a exemplo da Nota Fiscal nº 5830 tributada, conforme se comprova através da nota fiscal no (Anexo I), não foi destacado o imposto por se tratar de remessa, por já ter sido tributada anteriormente, conforme se comprova através das notas fiscais constantes no (Anexo II). Sendo que, tal afirmativa pode ser constatada na observação dos “**Dados Adicionais**” das notas fiscais constantes da presente infração, visto que tais operações referem-se a vendas já tributadas anteriormente.

Quanto às demais operações, como já indicada na infração 02 ora já repelida, a presente infração é descabida ainda, porque o Auditor Fiscal procede a cobrança em duplicidade.

É fácil verificar que os valores que estão servindo de base para a cobrança da presente infração, são os mesmos cobrados na infração 05. Esta afirmação é de fácil constatação, é só, por exemplo, analisar a nota fiscal nº 5489.

Portanto, insubsistente e um tanto quanto ilegal é a referida **infração 04**, por isso, é que a autuada suplica pela anulação da mesma, sob pena de o Estado da Bahia, ferir o princípio da legalidade e do princípio de *Bis in idem*.

Por fim, analisando a impagável **infração nº 05**, verifica-se, nitidamente, como água cristalina, que mais uma vez o Fisco na pessoa de seu agente fiscal não agiu com o costumeiro acerto, porquanto equivocadamente o auditor não observou a tributação a que o contribuinte estaria sujeito, aplicando indiscriminadamente a alíquota de 17% (dezessete por cento), em total afronta ao inciso VII, do Art. 267, do RICMS – Decreto nº 13.780/2012, pois, de acordo com o citado dispositivo legal, considerando que uma das atividades da autuada é venda de pedra britada e de mão, com certeza a alíquota aplicável legalmente é a de 4% (quatro por cento), e não de 17% (dezessete por cento).

Destaca que a autuada não é beneficiária do Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE.

Ademais, observa também que referida infração, não pode prosperar, porque além do exposto acima, ainda, é de se levar em consideração, que a autuada possui ou possuía a apropriação de créditos de ICMS sobre as entradas de bens destinados ao ativo permanente, e outros créditos resultando em créditos fiscais acumulados desde 31/12/2011, provenientes dessas aquisições referentes às entradas dos períodos de 2010 e de 2011, antes mesmo da vigência do supracitado artigo que possibilita a redução de base de cálculo, de forma que a carga tributária seja correspondente a 4% (quatro por cento) para as atividades de vendas internas de pedra britada e de mão, dentre outras previstas no Convênio 100/12.

Ainda, não podemos olvidar que a autuada em 31/12/2012, possuía um crédito de ICMS acumulado no valor de **R\$58.262,89** (cinquenta e oito mil duzentos e sessenta e dois reais e oitenta e nove centavos), conforme se comprova através do Livro de Apuração do ICMS, (Anexo III), além de ter a possibilidade de utilização dos créditos proporcionais das demais parcelas na proporção de 1/48 avos nos anos subsequentes, até o limite de compensação dos valores constantes do livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP, (Anexo IV).

Chama a atenção ainda, que tais créditos estão devidamente registrados no Livro de Apuração do ICMS, como pode ser comprovado através dos lançamentos referentes às operações de entrada, por se tratar apenas dos créditos registrados no CIAP, conforme documentos (Anexo V).

Quanto aos débitos fiscais referentes às operações de saídas, a carga tributária é de 4% (quatro por cento) referente ao previsto no Art. 267, inciso VII, e não de 17% (dezessete por cento) como quer imputar o preposto fiscal. E nas operações de **saídas interestaduais**, a alíquota é de 12% (doze por cento), conforme pode ser constatado nos documentos anexos (Anexo VI).

Quando da apuração do imposto devido pela autuada, a mesma compensou seus créditos referentes ao CIAP, inclusive efetivou o lançamento dos créditos oriundos do pagamento indevido de imposto com código 806 - ICMS Normal Indústria, sendo esse imposto lançado como outros créditos.

Portanto, durante todos os meses objeto da fiscalização a autuada teve saldo credor na apuração do imposto, que até 31/12/2014, o saldo credor para o próximo período seria de **R\$34.534,10 (trinta e quatro mil quinhentos e trinta e quatro reais e dez centavos)**. Destarte, não há que falar em falta de recolhimento de ICMS, como tenta imputar o preposto fiscal ilegalmente.

Enfim, há que se destacar que não foi utilizado nenhum outro crédito de operações de aquisições de **entrada**, referente ao período fiscalizado, a exceção do descrito acima.

Pede a improcedência da infração.

Requer diligência para que seja procedida uma revisão completa da presente autuação.

Requer também, conforme dispõe o art. 126 do PAF, 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 José Netto Cruz de Souza, OAB/BA, nº 23.702, com endereço profissional na Cidade de Teixeira de Freitas/BA, à Rua Antônio Simplício de Barros, nº 259 - Loja "A", Bairro Centro, CEP: 45.985-188, e-mail: netto.souza@globo.com, sitio: www.jnettoadv.com.br; sob pena de nulidade.

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

O autuante presta a informação fiscal, fl. 251, e esclarece quanto à infração 01, que nove arquivos não foram enviados, e os três que foram enviados não continham as informações exigidas pela legislação, fl. 18 e CD. Menciona que a legislação tornou-se mais favorável ao contribuinte.

Quanto à infração 02, após ser devidamente intimado o contribuinte não enviou os arquivos da EFD e na possibilidade de ter havido algum problema no envio, deveria o contribuinte apresentar os recibos de transmissão dos respectivos arquivos.

Na infração 03, verificou que em todos os CNPJs da planilha "Apuração DIFAL Material de Uso e Consumo", estão anexas as situações cadastrais.

A nota fiscal 94.300 não foi retirada, pois embora o contribuinte seja substituto tributário a mercadoria não faz parte da substituição tributária, Retirou as notas fiscais 9.617; 10.590, 10.886, 10.986, 11.426, 11.428, 11.900, 11.919, 12.077, 12.078, 12.713, 12.714, 12.956 (material para manutenção ativo locado) e notas fiscais 9.818, 7.331 (GNRE).

Informa que todas as receitas 791 (ICMS complemento. Alíquota uso/consumo/ativo fixo) fl. 14, foram apropriadas aos seus respectivos períodos de referência. Observa que, em alguns meses, o contribuinte pagou o ICMS por diferença de alíquota na totalidade apurada, sendo cobrado pelos meses em que o pagamento não ocorreu. Elabora a tabela de fl. 252, com os meses e novos valores a serem exigidos.

Quanto à infração 04, foram retiradas as notas fiscais 5.935, 5.936, 5.937, 5.938, 5.939, 5.940, 5.941, 5.942, 5.943, 5.944, 5.945, 5.946, 5.947, 5.948, 5.949, 5.950, dentre outras. Informa que as notas fiscais estão no CD fornecido ao contribuinte e são de sua própria emissão. O demonstrativo indica o número de cada uma, assim como a respectiva chave de acesso. Alerta que nenhum item da nota fiscal, presente no demonstrativo da infração 04, consta do demonstrativo da infração 05. Analisando a nota fiscal 5.489, verifica que um item foi tributado, o outro não. Elabora o demonstrativo da infração, constante na fl. 253.

No que tange à infração 05, o autuante informa que o demonstrativo das saídas de mercadorias do contribuinte (fl. 35), é um detalhamento dos diversos itens das suas notas fiscais de venda. As informações lá contidas estão sem suas próprias notas fiscais emitidas. É um espelho das informações contidas nas notas fiscais emitidas. O próprio contribuinte lança a alíquota de 17% em suas notas. Para algumas mercadorias a base de cálculo é reduzida a fim de atingir a carga tributária estabelecida. O demonstrativo relaciona as suas notas fiscais de venda por item, e o ICMS destacado de cada um. Assim, pode calcular o ICMS devido mês a mês. Salienta que o contribuinte emitiu várias notas fiscais sem seguir o inciso VII do Art. 267 do RICMA 2012.

Observa que a nota fiscal nº 4.532, tem como destinatário o Estado de São Paulo, entretanto, a mercadoria foi entregue em Trancoso/Porto Seguro – Bahia, conforme informações complementares. Aponta a existência de notas fiscais destinadas a outros Estados, com a alíquota de 17%. Ressalta que este lançamento é do contribuinte.

Repete que o demonstrativo das saídas de mercadorias da infração 05 é um espelho das informações contidas nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte.

Destaca que foram acrescentados os valores relativos ao Livro CIAP e o saldo credor em 31/12/2012, no valor de R\$58.262,89.

Elabora novo demonstrativo de débito, de fl. 254 (sintético) e fl. 384 (analítico).

O sujeito passivo manteve os argumentos da defesa, ao se manifestar no documento de fl. 392.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de diligência/perícia fiscal, formulado pelo defendente, haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor, consoante o art. 147, I, “a” do RPAF/99, Decreto 7.629/99.

Destaco que o Auto de Infração foi lavrado com a observância do estatuído no art. 39 do RPAF/99, e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Quanto ao pedido de nulidade formulado pelo defendente, de forma genérica, não encontro razões que possam justificar a invalidade do lançamento fiscal. As infrações foram descritas de modo claro e objetivo, sendo que o contribuinte entendeu-as e exerceu plenamente o direito de defesa, com a observância do princípio do contraditório.

No mérito, na infração 01, consta que o contribuinte não entregou os arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou os entregou sem as informações exigidas, na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, conforme detalhamento constante na planilha de fl. 18, referente aos exercícios de 2013, 2014 e 2015.

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 (Conv. ICMS 143/06).

A EFD substitui a escrituração e impressão dos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário, Registro de Apuração do ICMS, e do livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.

Consoante o § 2º do art. 247 do RICMS/2012, Decreto 13.780, consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

A Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, observando-se os prazos estabelecidos no RICMS, de acordo com o montante referente às operações e prestações sujeitas ao ICMS no ano imediatamente anterior, sendo que a partir de 01/01/2013, para aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido igual ou superior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) até o limite de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

Ademais, o arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital, instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço “<http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>”, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA). A transmissão do arquivo de EFD será feita por estabelecimento, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.

Não se trata, portanto, de falta de entrega de arquivos magnéticos, como apontado pelo defendente, pelo que clama pela inconsistência da autuação, por não ter o autuante seguido o procedimento regulado no art. 708-B do RICMS, bem como seu § 3º, qual seja a intimação para correção de possíveis inconsistências verificadas em arquivo magnético, acompanhada da Listagem Diagnóstico, sob pena de nulidade. A matéria aqui tratada refere-se à Escrituração Fiscal Digital, em substituição aos arquivos magnéticos do SINTEGRA.

Em caso de descumprimento das normas acima, que regulam a EFD, tal como aconteceu na presente lide, cabe a aplicação da multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, Alínea “L” da Lei 7.014/96, c/c Lei nº 12.917, de 31/10/2013, efeitos de 01/11/2013 a 10/12/2015; como segue:

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

l) 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, devendo ser aplicada, cumulativamente, 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.”

Anteriormente, a este período, ou seja, de 31/03/2010 a 31/10/2013, a legislação previa a multa de R\$5.000,00 (cinco mil reais), pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Logo, como a multa prevista para a infração tornou-se mais benéfica para o contribuinte, aplico a retroatividade benigna, prevista no art. 106, II, “c” do CTN, Decreto 5.172/66, para alcançar a lei vigente em data posterior à ocorrência dos fatos geradores, compreendidos entre 31/01/2013 a 31/10/2013.

Infração procedente.

Quanto à infração 02, esta diz respeito à falta de atendimento à intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e prazos previstos na Legislação Tributária, o período compreendido na infração é de 31/01/2013 a 31/12/2014.

Consoante a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, de fl. 12, para a apresentação de EFD de 2013 e 2014, o preposto do contribuinte recebeu-a em 06/08/2015, quando foi-lhe concedido o prazo de 30 (trinta) dias para o seu cumprimento.

Portanto, somente vencido o prazo de 30 dias, ou seja, a partir de 08 de setembro de 2015, estaria inadimplente quanto ao não atendimento da intimação.

Outrossim, a previsão para a cobrança de 1% sobre as entradas ou as saídas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei 7.014/96, c/c a Lei. 12.917/13, para o período a partir de 01/11/2013.

Desse modo, a multa aplicada deve permanecer para a data de ocorrência de 30/11/2013 a 31/12/2014, no valor total de R\$66.879,38, com data de ocorrência de 08/09/2015.

Ressalto que o demonstrativo de entradas e de saídas está às fls. 20 a 24, e que não há cobrança em duplicidade como alegado pela defesa, posto que o dispositivo do art. 42, XIII-A, alínea “L” da Lei 7.014/96, autoriza a multa fixa mensal cumulada com a multa percentual 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 pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo. (efeitos de 01/11/13 a 10/12/15).

Outrossim, não há cobrança em duplicidade com a infração 5. Aqui está sendo exigida a multa por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de entrega de Escrituração Fiscal Digital, na outra infração (5), a exigência fiscal é relativa à falta de recolhimento do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, com multa prevista no art. 42, III, da Lei 7.014/96.

Infração procedente em parte, no valor de R\$66.879,38 e data de ocorrência de 08/09/2015.

A infração 03 refere-se à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, destinadas a consumo do estabelecimento, consoante o demonstrativo de fls. 26/28.

Ao analisar as razões de defesa, na qual foi apontado que o autuante teria cometido equívocos na ação fiscal, referentes à apuração da infração, o mesmo retificou o lançamento, quando prestou os seguintes esclarecimentos na informação fiscal:

Não retirou a nota fiscal 94.300, pois embora a mercadoria não esteja sujeita à substituição tributária. Retirou as notas fiscais n.ºs. 9.617; 10.590, 10.886, 10.986, 11.426, 11.428, 11.900, 11.919, 12.077, 12.078, 12.713, 12.714, 12.956 (material para manutenção que está locado) e notas fiscais 9.818, 7.331 (que possuem GNRE). Salienta que todas as receitas sob o código 791, fl. 14, foram apropriadas nos seus respectivos períodos de referência. Ademais, somente está exigindo o ICMS relativo aos meses em que o pagamento não foi efetuado.

Desse modo, elabora novo demonstrativo de fl. 252, no qual o valor remanescente da infração perfaz R\$10.467,30.

Infração procedente em parte.

A infração 04 refere-se à falta de recolhimento ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

O contribuinte em sua defesa reclama que no demonstrativo de débito, não está informado como foram apuradas as referidas operações tidas como tributáveis, pelo autuante. Além disso, reclama que não anexou as referidas notas fiscais aos autos, tampouco as relaciona no demonstrativo, fatos que culminam na anulação da infração, como requer.

Em consulta ao demonstrativo de fls. 30/31, relativo à infração em comento, constato que o número da nota fiscal está discriminado, bem como descreve os itens, objeto da infração, tais como brita, pó de brita, bloco, pedra marroada, logo, cai por terra o argumento da defesa de que as notas fiscais não estariam relacionadas no demonstrativo. Quanto às notas fiscais que não estariam anexadas nos autos, elas estão de posse do sujeito passivo, o qual tem a obrigação de conservá-las enquanto não ocorrer o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário.

Ultrapassadas essas questões, posto que o contribuinte entendeu perfeitamente os motivos da autuação e pode exercer o direito de defesa em plenitude, passo ao exame do seu mérito.

O autuado verificou que a maioria das operações tem CFOP 6949 “Outras saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado”, que tem como destinatário o 11º Batalhão de Engenharia, CNPJ 07.565.863/0001-55, por se tratar de remessa efetiva de produto já tributado, a exemplo da nota fiscal 5830, a posterior, por se tratar de simples remessa, não foi tributada. Aduz que tais afirmativas podem ser constatadas na observação dos “dados adicionais”, das notas fiscais.

O autuante na informação fiscal informa que retirou as notas fiscais 5.935, 5.936, 5.937, 5.938, 5.939, 5.940, 5.941, 5.942, 5.943, 5.944, 5.945, 5.946, 5.947, 5.948, 5.949, 5.950, dentre outras, indicadas no CD fornecido ao contribuinte e que são de sua própria emissão. O demonstrativo indica o número de cada uma, assim como a respectiva chave de acesso. Alerta, ainda o autuante que nenhum item da nota fiscal, presente no demonstrativo da infração 04, consta do demonstrativo da infração 05.

Outrossim, destaca o autuante que, ao analisar a nota fiscal 5.489, verificou que um item foi tributado, o outro não, e elaborou o demonstrativo da infração, constante na fl. 253, cujo resultado perfaz o valor de R\$6.321,69, no que acompanho.

Infração procedente em parte.

A infração 05 decorreu da falta de recolhimento nos prazos regulamentares, ICMS referentes às operações não escrituradas nos Livros Fiscais.

Consta no demonstrativo de fl. 33, o ICMS apurado relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2013, e de janeiro a dezembro de 2014.

O contribuinte reclama que o autuante, de modo indiscriminado aplicou a alíquota de 17%, posto que considerando que uma das suas atividades é a venda de pedra britada e de mão, com a alíquota de 4%, conforme previsto no Convênio ICMS 100/12. Lembra que o autuado tinha um crédito acumulado no valor de R\$58.262,89, conforme comprova o Livro de Apuração do ICMS, além da possibilidade de utilizar os créditos fiscais no percentual de 1/48 avos nos anos subsequentes, até o limite de composição dos valores constantes do livro CIAP.

Diante das argumentações trazidas na defesa, o autuante ao prestar a informação fiscal, elabora um novo demonstrativo, de fl. 384, com as justificativas de que as informações contidas no demonstrativo da infração detalham os conteúdos das notas fiscais emitidas pelo contribuinte, sendo que ele mesmo, contribuinte, lança a alíquota de 17% nas notas fiscais. Reconhece que para algumas mercadorias a base de cálculo tem redução, a fim de atingir a carga tributária estabelecida na legislação. Ademais, o demonstrativo relaciona as notas fiscais de vendas por item, e o ICMS destacado em cada uma.

Destaca o autuante que a Nota fiscal nº 4.532, tem como destinatário o Estado de São Paulo, mas a mercadoria foi entregue em obra na localidade de Trancoso/Porto Seguro-Ba, conforme informações complementares. Por esse motivo, consta no demonstrativo, notas fiscais com alíquota de 17%, embora apontem a destinação para outros Estados da Federação.

Outrossim, o demonstrativo das saídas de mercadorias é um espelho das informações contidas nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte.

O autuante refaz o levantamento original, acrescenta os valores relativos ao Livro CIAP, e o saldo credor constante em 31/12/2012, no valor de R\$58.262,89, cujo demonstrativo de débito encontra-se na fl. 254, cujo ICMS perfaz o valor de R\$841.418,38, baseado no demonstrativo de fl. 384.

Desse modo, acompanho as correções efetuadas pelo autuante, que modificou o valor da infração para R\$841.418,38, e ressalto que o contribuinte ao ser notificado dos novos demonstrativos, não apontou especificamente divergências quanto às alterações produzidas.

Infração procedente em parte.

Destaco que o patrono da sociedade empresária requereu que as intimações sejam remetidas ao seu endereço cadastrado junto à Inspetoria Fazendária, a ainda ao seu advogado, José Netto Cruz de Souza, OAB/BA nº 23.702, com endereço profissional na cidade de Teixeira de Freitas/BA, à Rua Simplício de Barros nº 259, loja “A”, Bairro Centro, CEP 45.985-188, e-mail: netto.souza@globo.com., sitio: www.jnettoadv.com.br; ao tempo em que ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações para o endereço requerido. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade da intimação, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no art. 108 do RPAF-BA/99, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281394.0302/15-6** lavrado contra **PEDREIRA RIO GRANDE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$858.207,37**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.788,99 e de 100% sobre R\$841.418,38, previstas no art. 42, II, “F”, “a”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais e da multa por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$99.999,38**, previstas no art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei 7.014/96, c/c a Lei 12.917/13, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR