

A. I. Nº - 297248.0012/14-3
AUTUADO - PORTO VELHO DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - MARLON ANTÔNIO LIMA REGIS
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09/11/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0218-03/16

EMENTA: ICMS. 1. AQUISIÇÕES DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada por preposto fiscal estranho ao feito, restou provada a utilização a mais de crédito relativo a aquisição de bens destinados ao Ativo Permanente do estabelecimento, ficando reduzido o débito originalmente apurado. **2. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS.** Constatado que à época da ocorrência dos fatos, inexistia previsão legal para aplicação da multa. Infração não caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/12/2014, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$341.206,62, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 – 01.03.12: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, no período de fevereiro de 2009 a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$339.826,62. Multa de 60%.

Consta, ainda, que o Contribuinte se apropriou indevidamente de créditos por aquisições de bens do ativo fixo. Não aplicou a proporcionalidade determinada pela Lei 7.014/96, art. 29, § 6º, II e III. O autuado lançou no livro Registro de Apuração, como Outros Créditos, valores referentes à aquisição de bens do imobilizado. Nos arquivos EFD enviados lançou tais créditos no Registro E110 como Valor Total Ajustado de Créditos.

Infração 02 – 16.14.02: Falta de 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. Arquivos sem as informações referentes aos Registros G110, G125, G126, G130 e G140, mês janeiro de 2011. Multa de R\$1.380,00.

O autuado apresentou impugnação às fls. 40 a 56, informando que sua atividade econômica principal é o Comércio Atacadista de cerveja, chope e refrigerante, cujas operações de saídas são lançadas nos seguintes CFOPs: a) 5.102 - venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros; b) 5.405 - venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído; c) 5.411 - devolução de compra para comercialização em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária; d) 5.551 - venda de bem do ativo imobilizado

Diz que as demais operações de saídas podem ser resumidas nos seguintes CFOPs: a) 5908 - Remessa de bem por conta de contrato de comodato b) 5.909 - Retorno de bem recebido por conta de contrato de comodato; c) 5.910 - Remessa em bonificação, doação ou brinde; d) 5.920 - Remessa de vasilhame ou sacaria; e) 5.927 - Lançamento efetuado a título de baixa de estoque

decorrente de perda, roubo ou deterioração; f) 5.949 - Outra saída de mercadoria ou prestação de serviço não especificado; g) 6.551 - Venda de bem do ativo imobilizado

Informa que estas são, em resumo, as principais operações lançadas no seu livro Registro de Saídas e, conseqüentemente, no livro Registro de Apuração de ICMS (cópias anexas – docs. 01 a 59). As operações de vendas são lançadas nos CFOP 5102 e 5405 sendo este último o que recebe a maior parte das vendas de mercadorias cujo ICMS foi retido pelo fabricante na condição de contribuinte substituto, conforme determina o inciso II, do art. 8º da Lei 7.014/96.

Frisa que o lançamento em questão (infração nº 01), teve como fundamento “A utilização de crédito fiscal do ICMS relativo à entrada de bem do ativo imobilizado, apropriado em valor superior ao permitido pela legislação”. No “DEMONSTRATIVO DA APURAÇÃO DO VALOR DO CRÉDITO APROPRIADO A MAIOR REL. AQUISIÇÃO DE ATIVO IMOBILIZADO EXERCÍCIOS 2009/2013” anexo ao PAF, o autuante estabeleceu os percentuais pela divisão entre o total das saídas e as saídas tributadas, mês a mês, do período fiscalizado, conforme exemplos à fl. 42 a 44, explicitando todas as operações efetuadas no levantamento fiscal.

Informa que é relevante destacar o fato de que a fiscalização não usou o mesmo critério para todo o período fiscalizado, visto que, em determinados meses (02/2009 a 01/2012) tomou como “TOTAL SAÍDAS” do “DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO VALOR DO CRÉDITO APROPRIADO A MAIOR” anexo ao PAF, o total constante da coluna “Valores Contábeis” do livro RAICMS, enquanto que de 02/2012 a 12/2013), tomou como “TOTAL SAÍDAS” os valores constantes dos CFOP 5102 e 5405. Todavia continuou colocando no numerador da proporção, coluna “SAÍDAS TRIBUTADAS”, apenas o valor constante da coluna “Base de Cálculo”, CFOP 5102, do livro RAICMS, considerando como não tributadas/isentas as saídas com CFOP 5405 – vendas de mercadorias substituídas.

Diz que a improcedência do lançamento em causa se prende ao fato de que a fiscalização considerou no numerador apenas as saídas de mercadorias com destaque do ICMS (CFOP 5102), ou seja, as vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária e no denominador o total das saídas existentes no livro RAICMS, tais como vendas de mercadorias substituídas, saídas de vasilhames, remessa para conserto, venda de ativo imobilizado, devolução de mercadorias, etc. sem atentar que o estabelecimento autuado não operou e nem opera com mercadorias isentas ou não tributadas em nenhum momento do período fiscalizado nem em qualquer outro e que, afora as operações constantes dos CFOP 5102 e 5405 e 5910 (saídas de mercadorias objeto do seu comércio), as demais saídas, na sua totalidade, se referem à operação que não implicam em transferência de titularidade de bens (com exceção das vendas de bens do ativo imobilizado – CFOP 5551).

A título de argumentação ressalta que, ao analisar a referida planilha elaborada pela fiscalização “DEMOSNTRATIVO DA APURAÇÃO DO VALOR DO CRÉDITO APROPRIADO A MAIOR REL. AQUISIÇÃO DE ATIVO IMOBILIZADO EXERCÍCIOS 2009/2013”, é possível constatar a inclusão das saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária no rol da isentas ou não tributadas, bem como a saídas de vasilhames (simples remessa) e outras que não implicaram em transferência de titularidade, desde quando, como já declarado anteriormente, o estabelecimento autuado não comercializa qualquer produto que legalmente seja considerado mercadoria isenta ou não tributada.

Ressalta, ainda, que as saídas constantes do CFOP 5920 - Remessa de vasilhame ou sacaria se enquadram como “Transferência Interna de Bens do Ativo Imobilizado”, e certamente não devem fazer parte do numerador da fração nem do denominador, para cálculo do índice mensal do crédito do CIAP, conforme prescreve o item 4.1 da IN nº 053/2013 da SEFAZ (SAT), bem como a jurisprudência da Câmara de Julgamento Fiscal do CONSEF, que através do Acórdão CJF Nº 0507-13/13.

Em relação às operações constantes dos CFOP 5405 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na

condição de contribuinte substituído, e/ou as constantes do CFOP 5910 - Remessa em Bonificação, Doação ou Brinde, entende que não devem aparecer na referida proporção como “Mercadorias Isentas ou Não Tributadas”, e sim como “Mercadorias Tributadas”, devendo fazer parte do numerador e do denominador.

Também alega que não devem constar na referida proporção as demais saídas, porquanto não possuem caráter definitivo isto é, não ocorreu a transferência de titularidade, como é o caso das remessas de vasilhames, remessa para conserto, saídas a título de empréstimo ou comodato, etc. Diz ser forçoso admitir que só devem fazer parte da equação para fins de apuração do índice mensal do crédito a ser apropriado, no numerador, as saídas constantes dos CFOPs 5102, 5405 e 5910 e no denominador estas mesmas operações.

Assegura que não ocorreu o suposto “Crédito Apropriado a Maior”, levantado pelo autuante, fundamentando-se, para esta conclusão, a Instrução Normativa nº 053/13, os Pareceres GECOT 13334/2013 de 27/05/2013 e 08902/2013 de 16/04/2013; ACÓRDÃO CJF Nº 0396-12/13 e o ACÓRDÃO CJF Nº 0507-13/13.

O defendente informa que elaborou o Demonstrativo que anexa à impugnação (doc. 66), onde apresenta os valores que considera corretos, nas respectivas colunas “Saídas Totais” “Saídas Tributadas”, “Crédito Apropriado”, constatando não remanescer nenhum crédito apropriado a maior, em contraposição ao “Demonstrativo do Crédito Apropriado a Maior”, elaborado pela fiscalização. Diz que esta infração totalmente improcedente.

Quanto à infração nº 02, alega que a data da ocorrência indicada na pag. 3 do AI em questão, consta como sendo 01/01/2011 e não a um mês específico, conquanto os arquivos eletrônicos são entregues mensalmente e dizem respeito a um determinado mês. Dessa forma, alega que não sabe a que mês específico de 2011 ocorreu a omissão levantada pelo Fisco.

Vencida esta argumentação, que considera relevante, diz que mais relevante ainda é o que prescreve o § 3º do art. 897-A do RICMS/97 – Decreto 6284/97.

Considerando a data da ocorrência levantada pela fiscalização como sendo 01/01/2011, entende que até aquela data os contribuintes não estavam obrigados a escriturar na EFD as informações relativas ao Controle de Crédito do ICMS do Ativo Permanente – CIAP, em vista do disposto no § 3º do art. 897-A do RICMS/97, o que torna esta infração totalmente improcedente.

No tocante à Infração nº 01, reproduz o § 6º, incisos I e II do art. 29 da Lei 7.014/96 e a Instrução Normativa 053/2013. Cita pareceres da DITRI e a jurisprudência do CONSEF, reproduzindo ementas de decisões das Câmaras de Julgamento Fiscal sobre o tema.

Com referência à infração nº 02, transcreve o art. 897-A e seu § 3º, do RICMS/97, com a informação de que, somente a partir de 01/01/2011 será obrigatória a escrituração do documento Controle de Crédito do ICMS do Ativo Permanente – CIAP pelos contribuintes obrigados a EFD.

Por fim, afirma que está demonstrada a improcedência do presente Auto de Infração. Requer lhe seja deferida a oportunidade de apresentar novos elementos de prova e, se necessário, a elaboração de novos levantamentos, diligências e perícia fiscal nos seus documentos e livros fiscais, por preposto fiscal estranho ao feito, nos termos do § 3º do art. 123 do RPAF/BA.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 130 a 132 dos autos. Reproduz o art. 29, § 6º, incisos II e III da Lei 7.014/96 e diz que foram efetuados os cálculos no demonstrativo de apuração do crédito indevido (fls. 08/09), levando em conta a proporcionalidade das saídas tributadas em relação às saídas totais, e o fato referente a 1/48 dos créditos totais foi devidamente apropriado pelo autuado.

Ressalta que o defendente traz à colação pareceres e decisões administrativas não têm o condão de ilidir as infrações porque não se referem ao caso específico em tela, além de que, a lei é clara ao se referir ao “total das operações de saídas”, não se restringindo às operações de vendas ou de transferência de titularidade. Frisa que a finalidade da lei é dar o direito ao crédito proporcional

tão somente às operações com mercadorias e serviços tributados, excetuando-se apenas as operações relativas às exportações, de acordo com o mandamento constitucional.

Afirma que, nesse sentido, ao contrário das alegações defensivas, as saídas de vasilhames, recipientes e embalagens são declaradas isentas do ICMS, nos termos do art. 265, inciso XXX do RICMS-BA/2012, e art. 19 do RICMS-BA/97. Entende que a interpretação sistemática dos dois dispositivos mencionados obriga que as saídas de vasilhames sejam escrituradas como isentas, não admitindo o creditamento em relação à proporção das operações de saídas de vasilhames.

Pelos motivos acima elencados, diz que não devem prosperar as alegações defensivas, de que os valores das operações das mercadorias sujeitas ao regime da Substituição Tributária deveriam ser considerados junto às saídas de mercadorias com destaque do ICMS e as saídas de vasilhames. Afirma que em relação às operações com mercadorias do regime ST, estão incluídas nas operações sem débito e sem crédito do ICMS, porque o imposto já foi retido antecipadamente pelo substituto tributário, não dando direito à apropriação de créditos por parte do autuado. Por isso, as operações com mercadorias da Substituição Tributária são lançadas na coluna “outras” do Registro de Apuração do ICMS e, durante os exercícios de 2009 a 2011 a norma de isenção do ICMS vigente à época é a do art. 19, inciso I, alíneas “a” e “b” do RICMS-BA/97.

Informa que considera parcialmente procedentes as alegações defensivas, no sentido de que houve erro no levantamento dos valores referentes às saídas totais e tributadas correspondentes aos meses de fevereiro a dezembro de 2013. Diz que este fato aconteceu porque foram tomadas as informações constantes nas DMAs desse período, porque os arquivos EFD não oferecem esses valores totais. O contribuinte alegou não ser obrigado a escriturar livros de apuração dada a obrigatoriedade de apresentar EFD.

Entretanto, ao apresentar impugnação, juntou ao presente PAF cópias desses livros. De posse das informações constantes nos livros de Apuração de 2012 e 2013, foram refeitos os cálculos do crédito indevido apropriado pelo contribuinte, apurando-se o valor de R\$6.699,75, que deve ser abatido do valor total da infração 01, passando o montante dessa infração para R\$333.126,87, após a referida revisão.

Informa que também foram corrigidos os valores lançados dos créditos apropriados, referentes aos meses de fevereiro de 2011 a agosto de 2012, conforme alegações do autuado à fl. 44.

Sobre a infração 02, diz que não procedem os argumentos defensivos às fls. 12/13. Constam os registros sem dados dos arquivos G125 a G110 referentes à movimentação de bem do ativo imobilizado e controle do ativo permanente CIAP, apesar de ter havido aquisições no período e aproveitamento de créditos, lançados nos livros e nos arquivos digitais a título de “outros créditos”. Diz que os arquivos da EFD foram entregues fora da especificação exigida pela legislação e o defendente é obrigado à escrituração fiscal digital desde 01/01/2011, conforme fl. 14.

Finaliza afirmando que restou demonstrado que o presente lançamento foi efetuado em conformidade com as formalidades constantes na legislação, não padecendo de vícios insanáveis, devendo ser julgado inteiramente procedente.

O defendente apresentou manifestação sobre a informação fiscal, conforme fls. 138 a 142. Inicialmente confirma e mantém, *in totum*, as razões de defesa. Reproduz o teor da acusação fiscal e parte da informação fiscal prestada pelo autuante. Em relação às saídas de vasilhames e de mercadorias do regime da Substituição Tributária, diz que foi devidamente explicitado nas razões de defesa que, excluindo-se as saídas constantes dos CFOPs 5102, 5405 e 5910, para as demais saídas constantes dos seus livros fiscais não houve a denominada transferência de titularidade, estando claro, sem nenhuma dúvida, que nas operações onde não ocorre a transferência de titularidade, como foi o caso de saídas de vasilhames, estas não devem compor a proporcionalidade da referida equação (item 4.4 da IN nº 053/2013).

Alega que a improcedência do lançamento em causa se prende ao fato de que a fiscalização considerou no numerador apenas as saídas de mercadorias com destaque do ICMS (CFOP 5102), ou

seja, as vendas de mercadorias não sujeitas à substituição tributária e no denominador o total das saídas existentes no livro RAICMS, tais como vendas de mercadorias substituídas, saídas de vasilhames, remessa para conserto, venda de ativo imobilizado, devolução de mercadorias, etc., sem atentar que a própria Secretaria da Fazenda, através da Instrução Normativa nº 053/2013 e dos Pareceres GECOT 13334/2013 de 27/05/2013 e 08902/2013 de 16/04/2013, fez uma interpretação da regra contida no art. 29, § 6º, incisos I e III da Lei 7.014/96, normatizando a questão e dando um norte aos contribuintes quanto à aplicação correta da legislação em vigor, estando em conformidade com a utilização do crédito pelo impugnante.

Entende que, em face das normas acima citadas, é forçoso admitir que só devem fazer parte da equação para fins de apuração do índice mensal do crédito a ser apropriado, no caso em questão: a) no numerador, as saídas constantes dos CFOP 5102 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros, 5405 - Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído e 5910 - Remessa em bonificação, doação ou brinde (saídas de mercadorias objeto do seu comércio), (itens 2.1 e 2.5 da IN 053/13); e b) no denominador, essas mesmas operações, significando que, na presente questão, não ocorreu o suposto “Crédito Apropriado a Maior” levantado pela autoridade Autuante.

Quanto às saídas vasilhames, questionadas pelo autuante, afirma que não significou uma efetiva operação de saídas de mercadorias, mesmo porque não ocorreu a denominada transferência de titularidade, conforme acima explicitado. Diz que no presente caso, emite Nota Fiscal de Simples Remessa para a Fábrica da SCHIN em Alagoinhas contendo paletes, garrafas vazias e grades vazias as quais retornam incontinenti com a carga adquirida, ou seja, cervejas, água e refrigerantes, que são os produtos do seu comércio (item 4.4 da IN nº 053/2013). Informa que as referidas embalagens ou vasilhames são itens constantes do seu ativo imobilizado e em momento algum ocorre a sua desincorporação.

Comenta que a segurança jurídica existe para que a justiça, finalidade maior do Direito, se concretize, concedendo aos indivíduos a garantia necessária para o desenvolvimento de suas relações sociais. Afirma ser incontestável que agiu dentro do princípio da legalidade, ou seja, se pautou, para fins de utilização dos créditos objeto da presente questão, nas determinações elaboradas e publicadas pela SEFAZ e nos Acórdãos deste Órgão Julgador, qual seja, o próprio CONSEF e, principalmente, na IN nº 053/2013, que transcreveu.

Requer seja o presente Auto de Infração julgado totalmente improcedente, por força dos elementos de prova e dos argumentos constantes da peça impugnatória para demonstrar o equívoco do autuante quanto à elaboração dos demonstrativos que serviram de base ao lançamento em causa, bem como da interpretação ou não observância das disciplinas constantes das normas legais que regem a matéria.

Às fls. 146/147 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência solicitando que Auditor Fiscal estranho ao feito, designado pela autoridade competente, refizesse o demonstrativo referente à infração 01, observando os parâmetros indicados no encaminhamento da diligência, de acordo com a legislação tributária em vigor.

A diligência foi realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito, conforme fl. 150, sendo informado que os cálculos foram refeitos, observando critérios determinados na Instrução Normativa 053/2013 e orientações constantes no encaminhamento da diligência.

Como resultado, foram encontrados novos valores relativos à utilização a mais de crédito fiscal correspondente às aquisições para o ativo imobilizado, conforme planilhas acostadas aos autos (fls. 151 a 213). Os valores consignados nas mencionadas planilhas são detalhados, mês a mês, e por CFOP, nas planilhas analíticas. Foi apurado, após o refazimento dos cálculos, o débito no valor total de R\$15.464,10.

Intimado sobre o resultado da diligência fiscal, o defendente se manifestou às fls. 220 a 222, alegando que apesar das diretrizes consignadas no encaminhamento da diligência, na revisão fiscal foram levados ao denominador os valores constantes dos CFOPs 5910 e 5949, sem contudo constar no numerador da equação esses mesmos valores, fato que redundou em uma diferença em desfavor do autuado. Diz que é forçoso concluir que as saídas constantes dos referidos CFOPs devem aparecer tanto no numerador da equação quanto no denominador, por se tratar de saídas de mercadorias tributadas, cujo ICMS foi pago por substituição ou antecipação tributária, com fase de tributação encerrada.

Afirma que em decorrência da sistemática utilizada pela autoridade revisora, que considerou no denominador saídas tributadas como se isentas fossem, sem considerar esses mesmos valores no numerador, ocasionou apuração de crédito indevido no valor de R\$15.464,10, que o defendente considera improcedente. Ressalta que conforme tem sustentado e comprovado em suas manifestações, em nenhum momento operou com mercadorias isentas, por se tratar de empresa revendedora de bebidas (cervejas, refrigerantes e água mineral), cujo ICMS foi pago por substituição ou antecipação tributária com fase de tributação encerrada.

Para comprovar as alegações defensivas, informa que anexa aos autos cópias de notas fiscais retiradas os seus arquivos para a necessária análise, onde aparecem saídas de mercadorias consignadas nos CFOPs 5910 e 5949, acobertando saídas de mercadorias com ICMS pago por substituição ou antecipação tributária, devendo aparecer os respectivos valores tanto no numerador quanto no denominador da equação.

Considerando a quantidade de notas fiscais de saídas emitidas nos exercícios fiscalizados, que atinge um volume considerável, diz ser impossível anexar aos autos, por isso, apresentou alguns exemplares, requerendo, se necessário à solução da lide, a apresentação de um maior volume das referidas notas fiscais.

Requer seja o presente Auto de Infração julgado improcedente, de acordo com as provas e argumentos apresentados na impugnação.

À fl. 237 esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência para o Auditor Fiscal estranho ao feito encarregado pela revisão fiscal, se manifestar sobre as alegações defensivas, observando que, na apuração dos valores referentes às operações de saídas e prestações tributadas, devem ser computados os valores das operações de saídas e prestações tributadas pelo regime de tributação normal e pelo regime de substituição tributária por antecipação ou diferimento; e das operações realizadas a título de doação e bonificação, conforme estabelece a Instrução Normativa 053/2013. Se necessário, refizesse os cálculos, apurando o débito remanescente.

A diligência foi realizada, conforme fls. 241/242, sendo informado que de acordo com o despacho à fl. 237 os cálculos foram refeitos, observando os critérios determinados na IN 053/13 e orientações contidas no encaminhamento da diligência.

Foi constatado que, efetivamente, na diligência anterior, não foram incluídos no numerador os valores relativos aos códigos 5910 e 5949, os quais haviam sido lançados no denominador, para o cálculo da proporcionalidade, sendo refeitas as planilhas de cálculo, incluindo os valores relativos aos citados códigos também no numerador da equação.

Como resultado, foram encontrados débitos de ICMS decorrentes de utilização a mais de crédito fiscal relativo às aquisições para o ativo imobilizado, conforme planilha resumo. Os valores apurados são detalhados mês a mês, a por CFOP, nas planilhas analíticas. Após a diligência realizada foi apurado o débito total de R\$15,14.

Intimado sobre o resultado da diligência fiscal, o defendente se manifesta à fl. 311, dizendo que concorda com o resultado da diligência, ao tempo que requer seja o presente Auto de Infração julgado conforme o resultado da referida diligência.

VOTO

O primeiro item do presente Auto de Infração trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, no período de fevereiro de 2009 a dezembro de 2013.

De acordo com a descrição dos fatos, o Contribuinte se apropriou indevidamente de créditos por aquisições de bens do ativo fixo. Não aplicou a proporcionalidade determinada pela Lei 7.014/96, art. 29, § 6º, II e III. O autuado lançou no livro Registro de Apuração, como Outros Créditos, valores referentes à aquisição de bens do imobilizado. Nos arquivos EFD enviados lançou tais créditos no Registro E110 como Valor Total Ajustado de Créditos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou diligência à Infaz de origem para que Auditor Fiscal estranho ao feito elaborasse o demonstrativo de débito do imposto remanescente, considerando os parâmetros estabelecidos na legislação, e em atendimento à solicitação, foram realizados novos cálculos e elaborados demonstrativos analítico às fls. 243 a 305 do PAF.

Vale salientar, que o valor do crédito a ser apropriado se obtém, multiplicando o valor total do respectivo crédito pelo índice ou fator igual a 1/48 da relação entre o valor das operações de saídas e prestações tributadas e o total das operações de saídas e prestações do período, equiparando-se às tributadas, para este fim, as saídas e prestações com destino ao exterior.

Para melhor entendimento desta infração, transcrevo a seguir os dispositivos da legislação que tratam da matéria tratada neste item da autuação.

Lei 7.014/96:

Art. 29. Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação, inclusive quando iniciados ou prestados no exterior.

O cerne da questão é definir o que deve figurar no numerador e que deve figurar no denominador da equação que apura o índice mensal de crédito. Na apuração do mencionado índice devem ser observados os seguintes parâmetros:

1. Devem figurar no numerador e no denominador: a) as operações de saídas de mercadorias e as prestações de serviços tributadas pelo ICMS; b) as operações de saídas de mercadorias e as prestações de serviços destinadas ao exterior.
2. Devem figurar apenas no denominador: as operações de saídas de mercadorias ou prestações de saídas isentas, se não houver disposição legal expressa de manutenção do crédito fiscal; as operações de saídas de mercadorias e as prestações de serviços realizadas com redução de base de cálculo, se não houver disposição legal expressa de manutenção do crédito fiscal.
3. Não devem figurar nem no numerador nem no denominador da equação, as operações ou prestações definidas por lei como não compreendidas no campo de incidência do ICMS, a exemplo de valores relativos a elementos estranhos ao campo de incidência do ICMS, tais como, locação, comodato, multa, juros moratórios, parcelamentos de dívidas por atrasos no adimplemento das obrigações; saídas não definitivas de mercadorias, efetuadas com suspensão da incidência do imposto, relativas a remessas de bens e de mercadorias para prestação de serviços, conserto, exposição, demonstração ou industrialização por terceiros sujeitas a devolução.

Foram realizadas diligências fiscais, tendo sido solicitado o refazimento dos cálculos incluindo parcelas e retirando outras no numerador, de acordo com os critérios mencionados neste voto, no

sentido de apurar o coeficiente a ser utilizado na apuração do crédito fiscal. Por isso, os cálculos foram refeitos, acatando parcialmente as alegações defensivas, juntando aos autos novos demonstrativos.

Assim, considerando as alegações apresentadas pelo autuado, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligências fiscais para as necessárias correções por Auditor Fiscal estranho ao feito, observando os parâmetros definidos nos encaminhamentos de diligências, tendo sido apurado o débito no valor total de R\$15,14, conforme “Planilha Resumo” às fls. 243 a 246.

O defendente afirmou que nada mais há que ser discutido no presente PAF, disse que concorda com os cálculos efetuados na diligência fiscal, ou seja, concorda com o resultado da diligência, ao tempo que requer seja o presente Auto de Infração julgado conforme o resultado da referida diligência.

Acato as informações e cálculos realizados pelo preposto fiscal estranho ao feito e concluo pela subsistência parcial deste item da autuação fiscal, no valor total de R\$15,13, conforme “Planilha Resumo” às fls. 243 a 246.

Infração 02: Falta de 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. Arquivos sem as informações referentes aos Registros G110, G125, G126, G130 e G140, mês janeiro de 2011. Multa de R\$1.380,00.

O defendente alegou que a data da ocorrência indicada no demonstrativo de débito do Auto de Infração é 01/01/2011 e não a um mês específico. Disse que não sabe a que mês específico de 2011 ocorreu a omissão levantada pelo Fisco. Também considera relevante o fato de a data da ocorrência levantada pela fiscalização como sendo 01/01/2011, mas até aquela data os contribuintes não estavam obrigados a escriturar na EFD as informações relativas ao Controle de Crédito do ICMS do Ativo Permanente – CIAP, em vista do disposto no § 3º do art. 897-A do RICMS/97, o que torna esta infração totalmente improcedente.

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que os arquivos da EFD foram entregues fora da especificação exigida pela legislação e o defendente é obrigado à escrituração fiscal digital desde 01/01/2011, conforme fl. 14 do PAF.

Observo que a alegação do autuado é convergente com os dados constantes no cadastro desta SEFAZ, no sentido de que, somente a partir de 01/01/2011 é que foi obrigado à Escrituração Fiscal Digital – EFD. Neste caso, não faz sentido aplicar a multa tendo como ocorrência a mencionada data.

A Lei nº 11.899, de 30/03/10 acrescentou a alínea “I” ao art. 42, XIII-A, da Lei 7.014/96, conforme transcrevo abaixo:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

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:

[...]

“I) R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD.”

Conforme relatado pelo autuante, foi constatado que os arquivos da EFD foram entregues fora da especificação exigida pela legislação, neste caso, não ficou caracterizado falta de entrega da EFD que ensejasse aplicação da multa originalmente prevista na alínea “I” ao art. 42, XIII-A, da Lei 7.014/96.

Somente com a promulgação da Lei nº 12.917 de 31/10/13 (DOE de 01/11/13) alterou-se a redação da alínea “I” do inciso XIII-A do caput do art. 42 e passou-se a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas:

Atual redação da alínea “I” do inciso XIII-A, do art. 42:

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, 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.

Vale salientar que a redação atual da alínea “I” do inciso XIII-A do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 12.917, efeitos a partir de 01/11/13. Neste caso, verifica-se que na data de ocorrência indicada no demonstrativo de débito, ainda não estava em vigor a atual redação da alínea “I” do inciso XIII-A, do art. 42.

Pelo que consta nos autos, e com base nos dispositivos da legislação acima reproduzidos, entendo que não ficou caracterizada a infração apontada neste item da autuação fiscal, sendo insubsistente a multa aplicada.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **297248.0012/14-3**, lavrado contra **PORTO VELHO DISTRIBUIDORA DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$15,13**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “F”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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, 26 de outubro de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA