

A. I. Nº - 018184.3001/16-2
AUTUADO - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
(SUPERMERCADOS MEIRA)
AUTUANTE - NILZA DAS DORES CORDEIRO PIRES
ORIGEM - INFAC ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07.03.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0014-05/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS COM SAÍDAS ISENTAS DE IMPOSTO. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **c)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **d)** LANÇAMENTOS DE DOCUMENTOS FISCAIS EM DUPLICIDADE. **e)** IMPOSTO NÃO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. **f)** IMPOSTO DESTACADO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO EM OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. 3. RECOLHIMENTO A MENOR. **a)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO EM OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. MULTA DE 1%. Comprovado que no período da autuação o sujeito passivo estava obrigado a realizar a sua escrituração fiscal através da EFD e tendo esta sido entregue em branco, descabe considerar qualquer outra forma de escrituração. Somente seria cabível intimação para apresentação da EFD uma vez que no caso presente, a escrituração foi entregue sem qualquer registro. Infrações insubstancial. 5. ENTREGA DO ARQUIVO ELETRÔNICO DA EFD SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS NA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA. Comprovada a impropriedade de aplicação da multa, diante da falta de previsão legal, a infração é insubstancial. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 27 de junho de 2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$101.184,00, bem como multa no percentual de 60%, além de multa pelo descumprimento de obrigação acessória pela constatação das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. 01.02.26. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção do imposto, no valor de R\$232,56, ocorrência constatada no mês de dezembro de 2011.

INFRAÇÃO 2. 01.02.05. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, no montante de R\$56.502,49, nos meses de janeiro a dezembro de 2011.

INFRAÇÃO 3. 01.02.06. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de junho e outubro de 2011, totalizando R\$203,73.

INFRAÇÃO 4. 01.02.20. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, no mês de abril de 2011, no montante de R\$3.465,33.

INFRAÇÃO 5. 01.02.26. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, totalizando R\$7.334,20, para fatos verificados nos meses de janeiro a abril, junho a dezembro de 2011.

INFRAÇÃO 6. 01.02.39. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais, nos meses de maio a dezembro de 2011, resultando em cobrança de R\$3.060,04.

INFRAÇÃO 7. 01.02.40. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, no período de setembro a dezembro de 2011, no valor de R\$4.675,75.

INFRAÇÃO 08. 07.01.01. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, em R\$2.816,90, nos meses de fevereiro, abril, maio, julho, setembro, e outubro de 2011.

INFRAÇÃO 09. 07.01.02. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, no total de R\$2.059,59, relativo aos meses de janeiro, março, junho, agosto, novembro e dezembro de 2011.

INFRAÇÃO 10. 07.15.01. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, constando a informação de que a autuação teve como base “*Demonstrativo de débito, vias das notas fiscais, demonstrativo de recolhimento ICMS Antecipação Parcial por mês de referência, cópias dos DAEs de recolhimento, fotocópia do Livro Registro de Entrada apresentado pelo contribuinte e comprovante de recolhimento (Sistema INC), anexados ao processo*”. Total do lançamento para a infração: R\$3.171,97, para ocorrências dos meses de março, abril, maio, julho, setembro e outubro de 2011.

INFRAÇÃO 11. 07.15.02. Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de janeiro, fevereiro, junho, agosto e novembro de 2011, resultando em imposto lançado de R\$1.095,39.

INFRAÇÃO 12. 16.01.01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória (1% sobre o valor da mercadoria ou operação), resultando na cobrança de R\$6,05 para os meses de fevereiro, abril e maio de 2011.

Para todas as infrações acima elencadas a autuante afirma ter se embasado nos livros fiscais apresentados pelo contribuinte, escriturados de forma mecanizada, e autenticados por ela.

INFRAÇÃO 13. 16.14.01. Deixou 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, sendo aplicada a multa de R\$1.380,00 por cada mês em que se verificou tal ocorrência (janeiro a dezembro de 2011), totalizando R\$16.560,00.

Consta a seguinte descrição dos fatos informada pela autuante: “*O contribuinte é obrigado a apresentar a Escrituração Fiscal Digital, porém os arquivos apresentados não continham dados das operações realizadas. O contribuinte apresentou os livros fiscais (em papel e via e-mail) escriturados por sistema eletrônico de processamento de dados (o modelo por ele utilizado antes da obrigatoriedade da EFD). Os livros fiscais apresentados foram por mim autenticados*”.

A empresa autuada, por meio de seu procurador apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 2.085 a 2.096, onde argui em sua defesa que a autuante não cumpriu o prescrito no inciso III do artigo 39 do RPAF/99, porquanto que não existe clareza quanto aos fatos por ela relatados, em consonância com as planilhas elaboradas, enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação apresentada pela empresa.

Prova de tal afirmação estaria na Infração 5, em que, ao relatar as supostas infrações no Auto de Infração acima referido, apresenta alternativas do seu enquadramento, não sendo precisa na sua determinação, abaixo transcrita, como prevê a legislação pertinente: “*Utilizou ... isenção ou redução do imposto*”, dentre outras falhas no processo em apreço.

Questiona se afinal, utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS de mercadorias com isenção ou com redução de imposto? Observa tratar-se de dois institutos distintos e regulamentados pela legislação de forma independentes, cada qual com o seu enquadramento legal.

Por outro lado, indica que o § 1º do artigo 39 do Decreto nº 7629/99 exige que a autoridade fiscal lavre o Auto de Infração no estabelecimento do infrator, o que não foi efetuado, somente tomando conhecimento do Auto de Infração quando da sua assinatura, sendo, pois, caso de nulidade da autuação, nos termos do § 1º do artigo 18 do citado Regulamento, pelos vícios insanáveis constantes no lançamento acima citado.

Desta forma, esta infração deverá ser excluída do processo em apreço, porque os fatos e fundamentos do processo são divergentes, contraditórios, imprecisos, portanto, nulos de pleno direito.

Verifica, igualmente, que a autuante, em seus demonstrativos, não informa a que infração esses demonstrativos se referem, sendo mais grave ainda, o fato de que, nas infrações tipificadas no processo em apreço, não consta o indicativo em que a fiscalização se baseou para caracterizar as infrações referidas, já que os “demonstrativos”, além de não fazerem referência a que infração correspondem, nelas também, não consta em que demonstrativo são referidas, e, ao seu entender, caberia a autuante explicar em que se baseou para identificar que a infração corresponde ao determinado “demonstrativo” e que o determinado “demonstrativo” se refere a uma determinada infração, sendo este, mais um caso de nulidade processual.

Fala que a clareza e precisão a que se exige no Processo Administrativo fiscal, sobre o que consta do auto de infração lavrado deixa a desejar, ensejando cerceamento do seu direito de defesa, por não saber a que período fiscal ou contábil a infração se refere, tendo a autuante passado por cima da legislação tributária pertinente, ou seja, lhe exigindo pagamento de tributo sem indicar o período supostamente infringido conforme acima demonstrado e comprovado no próprio processo administrativo fiscal citado, é um fato inadmissível, porque não previsto em lei.

Aduz que diante disto, a autuada não tem como se defender porque não sabe qual o período da ocorrência da suposta infração, e, portanto, caso de nulidade da autuação, nos termos do § 1º do artigo 18 do RPAF/99, pelos vícios insanáveis constantes no lançamento, a que ora requer a sua aplicação por esse Conselho de Fazenda.

Da mesma forma, requer que esse Conselho de Fazenda, aplique a decadência, extinguindo o crédito tributário, relativo aos lançamentos efetuados, tendo como fato gerador todo o período anterior à 27/06/2011, nos termos do inciso V do artigo 156 combinado com o § 4º do artigo 150 da Lei nº 5.172 de 25/10/1966, bem como, da jurisprudência pátria exarada pelas Cortes máximas do nosso direito, tais como, o Superior Tribunal de Justiça - STJ e, igualmente, o Supremo Tribunal Federal - STF, em suas decisões relativas a essa matéria, naquilo que beneficia a autuada, como norteia os princípios gerais do direito.

Após tecer considerações doutrinárias acerca do conceito de decadência, inclusive transcrevendo o teor do artigo 150 do CTN, fala que no lançamento em questão, ocorre a apuração e o prévio recolhimento do tributo pelo devedor, sem qualquer intervenção prévia da autoridade administrativa. Uma vez efetivada a apuração do montante devido, pode o fisco homologar o que fora declarado, ficando o declarante (sujeito passivo) no aguardo desta ulterior homologação.

Esta poderá ser expressa, mediante uma fiscalização através da qual o fisco certificará a legalidade e a exatidão das apurações e recolhimentos realizados. No entanto, em não havendo esta fiscalização pessoal, há que se observar também o lapso temporal para sua realização (homologação tácita), que será de cinco anos dispostos no §4º do artigo 150 da lei acima referida.

No mérito diz que nas infrações 1, 4 e 5, foram apresentados demonstrativos incluindo valores de créditos fiscais, suposta e indevidamente utilizados pela autuada. Todavia, não indica em que lugar da documentação fiscal e contábil da impugnante consta esta utilização indevida, além do que os créditos utilizados foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo.

Verificando o seu Livro Registro de Apuração do ICMS, não consta a utilização de crédito fiscal de ICMS dos valores nos demonstrativos, elaborados pela autuante, relativo a esta infração. Como se falar em tal infração? Portanto, inexistente, vez estar à mercê de um melhor esclarecimento, precisão e clareza por parte da autuante nos termos do que dispõe o RPAF/99, a fim de que a autuada possa se defender. Não houve por parte da autuada utilização de qualquer crédito relativo a mercadorias beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo, sem que não fosse aquelas previstas em lei. Pede a total improcedência.

Para as infrações 2 e 3, entende ser de direito o uso crédito por ela utilizado nos termos do que dispõe a legislação pertinente conforme comprova a documentação fiscal anexa. Equivoca-se, portanto, a autuante quando afirma que a autuada *"utilizou indevidamente de crédito fiscal ..."*, inclusive, consta dos seus relatórios e do Auto de Infração, cobrança de utilização de crédito fiscal relativo a mercadorias enquadradas na antecipação tributária ou mesmo substituição tributária, sendo esta permitida no dispositivo legal retro citado, conforme comprovam as notas fiscais e planilhas em anexo, bem como, sempre efetuou o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, conforme pode ser comprovado pelos próprios dados de arrecadação constante dos arquivos da SEFAZ e documentos em anexo, e, portanto, não deve prosperar esta infração para que não haja cobrança indevida à autuada. Improcede esta infração.

Relativamente às infrações 6 e 7, consta a informação de que teria se aproveitado de crédito fiscal de ICMS indevido, relativo a imposto não destacado em documentação fiscal, ou mesmo, em valores superiores aos neles destacados, o que não é verdade, vez que os créditos utilizados foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo, não tendo havido qualquer utilização indevida como quer crer a autuação, em qualquer documento fiscal ou contábil. Opina pela improcedência desta infração porque não comprovada pela autuante em sua autuação.

Quanto às infrações 8 e 10, argui que conforme comprovam os documentos em anexo, a autuada não só efetuou os lançamentos contábeis e fiscais nos livros fiscais próprios, bem como, efetuou os recolhimentos de todos os tributos devidos, não havendo que se falar em falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS, e os documentos de arrecadação provam que todos os recolhimentos foram efetuados dentro do que prescreve a legislação que regulamenta a matéria.

Diz o mesmo ocorrer em relação às infrações 9 e 11, vez que a fiscalização não atentou para a efetivação correta dos cálculos, tendo-se em vista que a sua responsabilidade tributária é supletiva, ou seja, deveria ter sido lavrado o Auto de Infração contra a empresa remetente da mercadoria tendo em vista os acordos e protocolos existentes entre os entes federados e, cobrado desta última, somente depois de esgotados todos os meios persuasórios conforme o previsto na legislação que regulamenta a matéria é que se poderia lhe imputar o recolhimento do tributo devido.

Desta forma, entende estar a autuante ferindo as normas regulamentares, em especial, o dispositivo no RICMS/BA, no qual está prevista a obrigatoriedade do pagamento de ICMS sujeito à substituição tributária total, quando há convênios, acordos e/ou protocolos entre entes federados, como é o caso, pela empresa remetente das mercadorias. Não há que se falar em recolhimento de Antecipação Parcial, haja vista que todos os recolhimentos foram efetuados dentro do que prescreve a legislação que regulamenta a matéria.

Assim, pois, por não ter provado a autuante que tomou as medidas necessárias e legais (cobrado inicialmente da origem), está proibida de autuar da destinatária das mercadorias, pela supletividade, atribuindo-se o direito de recolher o imposto e, se devido, em última fase de cobrança, de forma espontânea, nunca autuada, conforme previsão normativa deste Estado, relativo ao período fiscalizado.

Para a infração 12, afirma que mais uma vez equivocou-se a fiscalização na sua afirmação relativa a esta infração, pois, conforme os documentos em anexo, não só efetuou os lançamentos contábeis e fiscais nos livros fiscais próprios, bem como, recolheu o ICMS devido, não havendo que se falar de aquisição de mercadorias tributável sem o devido registro fiscal. Logo, não há que se falar desta infração, a qual é indevida.

Por último, para a infração 13, apela e requer que, tendo em vista não ter qualquer prática de dolo, fraude ou simulação, bem como não houve falta de recolhimento de tributo, conforme consta do processo (não informado pela autuante nesta infração em decorrência deste fato), ainda, que não houve intimação para a apresentação da EFD pela autuante, o cancelamento desta multa-penalidade, nos termos do dispositivo legal (artigo 42-XIII-A, “I” da Lei nº 7014/96) e do RPAF/99, bem como, caso assim não o seja possível, que determine a redução da referida multa, pelos fatos acima exposto e do disposto regulamentar abaixo transcrito (artigo 158).

Ante ao exposto, postula no sentido de que em se apreciando os fatos e fundamentos acima citados, inicialmente sejam acatadas as preliminares acima arguida e, em assim não entendendo que julgue, no mérito, improcedente o presente Auto de Infração porque os fatos e fundamentos apresentados pela autuante, não podem prosperar ante a legislação pertinente, totalmente contrária às suas argumentações e documentação apresentada pela autuada e constante do processo em apreço, verídicas e sólidas no sentido de embasar a verdade dos fatos.

Assegura serem a argumentação e os fundamentos claros, precisos e consistentes, o que torna o processo em apreço, improcedente de fato e de direito no seu todo. Requer, ainda, em última análise, quanto aos fatos e fundamentos apresentados em suas razões de impugnação acima, determine, em diligência, o reexame da fiscalização, porque assim o exige, objeto do Auto de Infração relativo ao período fiscalizado, a fim de que se constate a verdade material apresentada, divergentes do constante do processo administrativo fiscal acima citado.

Informação fiscal constante às fls. 2.103 a 2.119 esclarece que em relação aos argumentos defensivos acerca de nulidade, tais alegações não procedem, esclarecendo inicialmente, frente a alegação de nulidade da ação fiscal, que os documentos de fls. 01 a 08 informam com clareza as infrações cometidas pela Autuada e os enquadramentos legais, tendo sido as planilhas elaboradas com base nos livros e documentos fiscais apresentados pela empresa.

Em relação ao argumento de que a autuação traz alternativas do seu enquadramento, não sendo preciso na sua determinação, menciona e transcreve o teor dos artigos 78-A, 87, incisos VII, XXX, XXXI, XXXVI, alíneas “a”, “b” e “c”, 97, alínea “b”, que embasaram a infração 5.

Rebate o argumento de que o Auto de Infração seria nulo, por não ter sido lavrado no estabelecimento do autuado, invocando o teor do § 1º do artigo 39 do RPAF/99. Da mesma forma, diz que os demonstrativos elaborados são claros e em consonância com as infrações tipificadas no presente processo, ou seja, os demonstrativos seguem a sequência das infrações contidas no Auto de Infração, tendo a empresa recebido os demonstrativos e a via do mesmo, conforme comprovam os documentos de folhas 2.078 a 2.079.

Quanto ao alegado cerceamento de defesa, fala que os demonstrativos referentes a cada infração (demonstrativos de débitos), as fotocópias e vias dos documentos fiscais anexados a cada demonstrativo, os documentos de fls. 1.772 a 2.046 (Livro Registro de Entrada de Mercadorias) e documento de folhas 01 a 07, demonstram com clareza e precisão as infrações e a que período se referem. Conforme documento de folhas 2.078 a 2.079 a empresa recebeu os demonstrativos o e Auto de Infração.

Relativamente à decadência alegada, indica que não procede, vez que o exercício se inicia em 01/01/2011 e seu término em 31/12/2011, e a lavratura do presente Auto de Infração ocorreu em 29/06/2016, na forma disposta no artigo 965 do RICMS/97 (transcrito).

Quanto ao mérito, inicia pelas infrações 1, 4 e 5, entendendo não serem arguições pertinentes as postas na defesa, pelo fato de não ter a empresa autuada apresentando nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de folhas 2.085 a 2.099, ao tempo em que esclarece que os valores registrados no Livro Registro de Apuração de ICMS, referente às operações de entrada, representam os valores totalizados das operações de entrada (por CFOP) e não por valores por documentos fiscais. Esse procedimento ocorre no Livro Registro de Entrada.

Para a infração 1, invoca o demonstrativo de débito (fl. 17), vias das notas fiscais (fls. 18 a 22) e photocópias dos Livros Registro de Entrada de Mercadorias (fls. 1.772 a 2.046) e Apuração do ICMS (fls. 2.047 a 2.072) indicando que tais documentos citados indicam, com clareza, em que lugar do livro e documentação fiscal da empresa consta esta utilização indevida. Invoca os artigos 14, inciso I, e 97, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97 como base para a autuação.

Na infração 04, aponta o demonstrativo de débito (fl. 1.227), a via da nota fiscal (fl. 1.228) e photocópias dos Livros Registro de Entrada de Mercadorias (fls. 1.772 a 2.046) e Apuração do ICMS (fls. 2.047 a 2.072), aduzindo que o demonstrativo de débito informa a data de registro referente a nota fiscal, escriturada em duplicidade, no Livro de registro de Entrada de Mercadorias, apresentado pela Autuada.

Quanto à infração 5, após transcrever o teor dos artigos 78-A e 87, incisos VII, XXX, XXXI e XXXVI e 97 do RICMS/97, aponta que o demonstrativo de débito (fls. 1.229 a 1.235), vias das notas fiscais (fls. 1.236 a 1.377) e photocópias dos Livros Registro de Entrada de Mercadorias (fls. 1.772 a 2.046) e Apuração do ICMS (fls. 2.047 a 2.072) indicam, com clareza, em que lugar do Livro e documentação fiscal da Autuada consta esta utilização indevida.

De relação às infrações 2 e 3, aponta não ter a empresa apresentado nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de fls. 2.085 a 2.099, esclarecendo que as infrações não se referem à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, pois a infração 2 diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, de acordo com o demonstrativo de débito (fls. 23 a 53), photocópias e vias das notas fiscais (fls. 54 a 1.222) e photocópias dos Livros Registro de Entrada de Mercadorias (fls. 1.772 a 2.046) e Apuração do ICMS (fls. 2.047 a 2.072), sendo que a legislação não permite a utilização de crédito fiscal de ICMS referente às aquisições de mercadorias com pagamento de imposto por antecipação tributária, na forma do artigo 97 do RICMS/97.

Relativamente à infração 3, após listar os documentos que embasaram a autuação, indica que a legislação não permite a utilização de crédito fiscal de ICMS referente às aquisições de mercadorias com pagamento de imposto por substituição tributária, nos termos do artigo 97, inciso IV, alínea “b” do RICMS/97, cujo texto copia.

Quanto as infrações 6 e 7, refuta os argumentos defensivos, afirmando que não foram apresentados quaisquer documentos pela defesa, e que as vias das notas fiscais anexadas ao processo (fls. 1.381 a 1.469) comprovam que nas mesmas não há destaque do ICMS, entretanto, consta ICMS creditado, quando do lançamento das referidas notas fiscais no Livro Registro de Entrada de Mercadorias (fls. 1.772 a 2.046), e no do demonstrativo de débito de fls. 1.378 a 1.380 consta indicação da data de registro, número das notas fiscais e valor do ICMS creditado, quanto à infração 06.

Já na infração 7, da mesma forma, diz que as vias das notas fiscais anexadas ao feito (fls. 1.473 a 1.560) comprovam que os valores do ICMS nelas destacados são inferiores ao ICMS creditado no Livro Registro de Entrada de Mercadorias às fls. 1.772 a 2.046, e no demonstrativo de débito (fls. 1.470 a 1.472) está indicado a data de registro, número das notas fiscais, valor do ICMS creditado e o valor do ICMS destacado nas referidas notas fiscais, o que a motiva a manter as infrações.

Afirma em relação às infrações 8 e 10, que a empresa autuada, não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de folhas 2.085 a 2.099.

Para a infração 8, argumenta que os documentos de fls. 2.072 a 2.076) anexados ao presente comprovam que não houve qualquer recolhimento em relação as notas fiscais constantes no demonstrativo de folhas 1.561 a 1.563 referente aos meses de fevereiro, abril, maio, julho, setembro e outubro.

Quanto à infração 10, da mesma forma que na infração anterior, fala que os documentos de fls. 2.072 a 2.076 anexados, comprovam que não houve recolhimento em relação às notas fiscais constantes no demonstrativo de fls. 1.613 a 1.618 referentes aos meses de março, abril, maio, julho, setembro e outubro, motivo pela manutenção da infração.

Nas infrações 9 e 10, esclarece que lançou o recolhimento do ICMS antecipação tributária referente às aquisições dos produtos constantes nas notas fiscais, de acordo com os documentos de fls. 1.564 a 1.610) sendo de responsabilidade da Autuada. Os argumentos da autuada não podem ser aceitos, diante daqueles elementos coligidos ao feito, provam o acerto da autuação.

Na infração 11, fala ter a empresa autuada indicado no campo “Informações complementares” do DAE a que notas fiscais se reportam ao recolhimento e no campo 4 o mês de referência. Já o demonstrativo de débito (fls. 1.613 a 1.618), as vias das notas fiscais de fls. 1.619 a 1.741), os DAEs de recolhimento às fls. 1.743-A a 1.760, o demonstrativo de recolhimento do ICMS (fls. 1.742 e 1.743) e comprovante de recolhimento extraído do Sistema INC (fls. 2.072 a 2.076) anexados ao lançamento comprovam que houve recolhimento a menor em relação as notas fiscais constantes no demonstrativo de folhas 1.613 a 1.618 referente aos meses de janeiro, fevereiro, junho, agosto e novembro.

A infração 12 está devidamente documentada no Livro Registro de Entrada de Mercadoria de fls. 1.772 a 2.046, o qual comprova que as notas fiscais de fls. 1.762 a 1.767 não estão registradas, não tendo o sujeito passivo quando da Defesa, apresentado qualquer documentação fiscal, conforme comprovariam os documentos de folhas 2.085 a 2.099.

Na infração 13, reafirma que o contribuinte apresentou a EFD, porém, não informou as operações realizadas (fls. 1.768 a 1.770), e quanto à alegação de que não houve intimação para a apresentação da EFD pela autuante, não é verdadeira. A empresa apresentou a EFD, porém, na mesma não foram informadas as operações realizadas, o que motivou intimação para retificar a EFD apresentada, conforme comprova o documento que está anexando.

Conclui, asseverando que em todo o período do processo de fiscalização, procedeu atendendo o que dispõe as normas em vigor, conforme comprovam os documentos de folhas 01 a 316 e a própria Informação Fiscal prestada.

Cientificada do teor da informação fiscal (fl. 2.122), a autuada retorna ao feito, manifestando-se no sentido de que a autuação não pode prosperar, diante da nulidade, frente aos fatos e fundamentos apresentados na peça defensiva serem consistentes, bem como pelo motivo de ter recolhido todos os valores constantes da autuação, sendo que a informação fiscal confirma que a peça processual se encontra totalmente contrária à legislação que regulamenta a matéria, motivo pelo qual reiterando a impugnação apresentada (fls. 2.124 e 2.125).

Novamente instada a se pronunciar, a autuante (fls. 2.130 e 2.131) mantém a autuação e a informação fiscal anteriormente prestada, esclarecendo, que contrariamente ao afirmado pela defesa, ainda não houve julgamento do feito.

VOTO

O lançamento constitui-se em uma única infração arrolada pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

Quanto as preliminares aventadas na peça defensiva, inicialmente observo que trata o lançamento de uma única infração e nesta condição, todos os elementos e demonstrativos colacionados ao

feito se reportam à mesma, não podendo prosperar a argumentação defensiva de que desconhece a que infração se refere ao lançamento. Ela se reporta à única infração do lançamento.

Quanto à alegação de que presente estaria a nulidade, pelo fato do Auto de Infração não ter sido lavrado no seu estabelecimento, consta no mesmo que o local da lavratura foi Inspetoria da Secretaria da Fazenda da Bahia, o que não se constitui em motivo para decretação de nulidade do lançamento, vez que atende ao quanto previsto no artigo 39, § 1º, do RPAF/99, que determina que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Tal redação espanca qualquer dúvida acerca da existência de opção para a lavratura do Auto de Infração, contrariamente ao entendimento da autuada, tendo no caso, o preposto fiscal optado por lavrá-lo nas dependências da Inspetoria, o que possui o devido respaldo legal.

Quanto a alegação de ter havido cerceamento de defesa, também descabe, diante do fato de que o lançamento, na forma do artigo 39 do RPAF/99 se fez acompanhar do demonstrativo de débito, no qual foi demonstrado o período sobre o qual incidiu a cobrança, bem como seus valores, base de cálculo, datas em que o imposto passou a ser devido, enquadramento legal, e demais requisitos ali postos. Logo, descabe se falar em cerceamento de defesa por tal motivo, ou por qualquer outro diante da observância de todos os requisitos legais, bem como do acesso irrestrito da empresa a todos os elementos do lançamento ora analisado, e a própria autuada menciona os demonstrativos em sua peça defensiva, o que vem a ser uma grande contradição.

Quanto ao mérito, antes de adentrar na análise de *per si* na acusação fiscal, especialmente as infrações 1 a 12, entendo pertinentes algumas ligeiras observações.

No corpo do Auto de Infração, a própria autuante faz a seguinte observação: “*O contribuinte é obrigado escrituração fiscal digital, porém os arquivos apresentados não continham dados das operações realizadas. O contribuinte apresentou os livros fiscais (em papel e via e-mail) escriturados por sistema eletrônico de processamento de dados (o modelo por ele utilizado antes da obrigatoriedade da EFD). Os livros fiscais apresentados foram por mim autenticados*”.

Documento emitido pela SEFAZ/DPF/GEAFI informa que a empresa autuada estava obrigada a realizar a sua escrituração fiscal digital (EFD) a partir de 01 de janeiro de 2011. Logo, a empresa estava obrigada a escriturar digitalmente seus livros fiscais, não se podendo acolher qualquer outra forma de escrituração.

Em primeiro lugar, importante esclarecer que Escrituração Fiscal Digital (EFD), uma das partes do SPED Fiscal, como a Escrituração Contábil Digital (ECD) e a Nota Fiscal Eletrônica (NF-e), vem a ser um arquivo digital, se constituindo de um conjunto de escriturações de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Receita Federal do Brasil, bem como de registros de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. Este arquivo deverá ser assinado digitalmente e transmitido, via Internet, ao ambiente SPED. Veio a substituir a escrituração manual, e por processamento de dados, utilizados anteriormente, sendo seu uso obrigatório para os contribuintes do ICMS ou do IPI, hipótese na qual se inclui a autuada.

Sua instituição deu-se por meio do Convênio ICMS 143/2006 de 15 de dezembro de 2006, posteriormente substituído pelo Ajuste SINIEF 02/2009, de 03 de abril de 2009, e Ato COTEPE 09, de 18 de abril de 2008, estando a regulamentação no Estado da Bahia, inserido nos artigos 247 a 253 do RICMS/12.

O arquivo digital deve ser submetido ao programa validador, fornecido pelo SPED (Sistema Público de Escrituração Digital), o qual verifica a consistência das informações prestadas, assina (certificado digital, tipo A1 ou A3, ICP - Brasil) e transmite.

Ainda que determinados registros e/ou campos não contenham regras específicas de validação de conteúdo ou de obrigatoriedade, esta ausência não dispensa, em nenhuma hipótese, a não apresentação de dados existentes nos documentos e/ou de informação solicitada pelos fiscos.

Regra geral, se existir a informação, o contribuinte está obrigado a prestá-la. A omissão de informações poderá acarretar penalidades e a obrigatoriedade de reapresentação do arquivo integral, de acordo com as regras estabelecidas pela Administração Tributária Estadual.

A escrituração prevista na forma deste convênio substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros: Livro Registro de Entradas; Livro Registro de Saídas; Livro Registro de Inventário; Livro Registro de Apuração do IPI; Livro Registro de Apuração do ICMS; documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP; Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.

A partir de sua base de dados, a empresa deverá gerar um arquivo digital de acordo com leiaute estabelecido em Ato COTEPE, informando todos os documentos fiscais e outras informações de interesse dos fiscos federal e estadual, referentes ao período de apuração dos impostos ICMS e IPI. Este arquivo deverá ser submetido à importação e validação pelo Programa Validador e Assinador (PVA) fornecido pelo SPED.

O contribuinte deverá manter o arquivo digital da EFD, bem como os documentos fiscais que deram origem à escrituração, na forma e prazos estabelecidos para a guarda de documentos fiscais na legislação tributária, observados os requisitos de autenticidade e segurança nela previstos.

Considera-se a EFD válida para os efeitos fiscais após a confirmação de recebimento do arquivo que a contém, sendo a periodicidade de apresentação mensal e o arquivo deverá ser enviado no prazo definido em regulamento.

Quanto aos fatos em si, a empresa apresenta argumentação desprovida de maiores elementos de prova, e busca justificar fatos que não teriam justificativas.

O fato de a autuante acolher a escrituração por processamento de dados, e com base nela lavrar o Auto de Infração torna o lançamento improcedente. Isso diante do fato de que tendo a empresa autuada apresentado EFD segundo a autuante *“os arquivos apresentados não continham dados das operações realizadas”*, ensejaria a aplicação do disposto no artigo 247, § 4º do RICMS/12 segundo o qual *“o contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências”*.

Ou seja: tendo sido constatada inconsistência na EFD do sujeito passivo, deveria a autuante intimá-lo para apresentar a escrituração devidamente correta, e aí não caberia ao contribuinte a possibilidade de realizar qualquer recolhimento complementar relativo ao período, vez que submetido a ação fiscal, e com a espontaneidade tolhida pela intimação para fiscalização.

Esta é a determinação do artigo 251 do RICMS/12, em seu § 2º: *“Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco”*. (grifei)

Desta maneira, os livros fiscais impressos pela empresa autuada e utilizados pela autuante para embasar seu lançamento, não possuem qualquer validade jurídica, razão pela qual voto no sentido de que tais infrações devam ser julgadas improcedentes.

Quanto a infração 13, versa sobre aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, relativa a 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”, sendo lançada multa de R\$1.380,00 por cada mês em que se verificou tal ocorrência, embasada no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “l” da Lei nº 7.014/96.

A tese defensiva é a de que inexistiu qualquer intimação para a apresentação da EFD, ao passo que a autuante assegura que a intimação foi realizada, defendendo a manutenção da aplicação da multa.

Da análise dos elementos contidos no feito, verifico que assiste razão ao sujeito passivo, vez ter sido à informação fiscal intimação para “retificação” da EFD no prazo de trinta dias, embasada no

artigo 897-A, do RICMS/12 pela autuante, dirigida à empresa, com data de ciência pelo contribuinte em 12 de julho de 2016, estando tal documentos na fl. 2.120.

Entretanto, nesta data, a ação fiscal que ensejou a lavratura do Auto de Infração ora apreciado já havia sido encerrada, vez que a sua lavratura do presente Auto de Infração ocorreu em 27 de junho de 2016, e a ciência do sujeito passivo ocorreu em 01 de julho de 2016, conforme se depreende do documento de fls. 01 e 02.

Por outro lado, o embasamento no qual a autuação se realizou foi o inciso XIII-A, alínea “I”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, o qual determina que será aplicada a penalidade de R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, cabendo, ainda, a aplicação, cumulativa, da multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada.

Ou seja; a autuante aplicou a penalidade prevista para a falta de entrega da EFD, apesar de no corpo do próprio lançamento ter afirmado que a mesma foi entregue sem qualquer registro, ou seja, em branco. Na verdade, esse equívoco, nos termos do artigo 19 do RPAF/99, poderia ser sanado. Todavia, no corpo do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, inexiste previsão de penalidade para a entrega de EFD em branco, ou com omissão dos dados de operações realizadas pelo contribuinte, ou seja, com inconsistências.

A legislação, ainda, prevê a possibilidade de inaptidão da inscrição estadual, na forma determinada pelo artigo 27, inciso XIX do RICMS/12, o qual determina que: “*Dar-se-á a inaptidão da inscrição, por iniciativa da repartição fazendária, na hipótese de o contribuinte não apresentar a Escrituração Fiscal Digital - EFD no prazo regulamentar, apresentar em padrão diferente do previsto na legislação, ou em condições que impossibilitem a sua leitura*”, na redação vigente a partir de 21 de dezembro 2012.

Nota que no RICMS/12, a previsão é diversa daquela contida no Regulamento anterior (1997), uma vez que este no seu artigo 247, § 4º, inserido através do Decreto nº 16.434, de 26 de novembro de 2015, publicada no DOE de 27 de novembro de 2015, efeitos a partir de tal data, prevê que o contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências.

Tais razões tornam a aplicação da multa tal como realizada, igualmente improcedente.

Em função de tal decisão, ficam prejudicadas as apreciações relativas a decadência parcial e solicitação de diligência.

Assim, diante dos motivos expostos, julgo o Auto de Infração improcedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **018184.3001/16-2**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA. (SUPERMERCADOS MEIRA)**.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20 de dezembro de 2011.

Sala de Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIM - JULGADOR