

**A. I. Nº** - 207095.0301/14-2  
**AUTUADO** - LATICÍNIOS A. VINHAS LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ PEDRO ROBERTSON DE SOUSA  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 24. 03. 2017

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0015-01/17**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS INTERESTADUAL. COMERCIALIZAÇÃO. NÃO ENQUADRADAS NO REGIME ST. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. A tese defensiva da exigência da antecipação fora da data do exato ingresso das mercadorias não restou comprovada, nos documentos anexados ao PAF. Lançamento revisto, em face de ajustes efetuados pelo autuante. Reduzido o valor do débito a ser lançado. Infrações parcialmente subsistentes. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES SUBSEQUENTES. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. O autuado não apresenta provas a favor de seus argumentos defensivos. Não procede a alegação de que a mídia CD com demonstrativos não "abre". Infração subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO DE MERCADORIAS SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. NOTAS FISCAIS NÃO ESCRITURADAS. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Não houve a falta de escrituração de documentos fiscais indicada pelo Fisco. Ocorreu, na realidade, a entrega em branco (sem escrituração dos arquivos relativos a Escrituração Fiscal Digital - EFD, obrigação do contribuinte desde 01.12.2012. As exigências são nulas, porque praticadas com preterição do direito de defesa e o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a efetiva infração. NULIDADE. 4. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. AÇÃO FISCAL. EMBARAÇO. O autuado não atendeu intimações para esclarecer fatos alusivos à ação fiscal. Penalidade subsistente. 5. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO. O Auditor Fiscal procedeu aos ajustes em face às provas apresentadas. Não restou materialmente comprovada a existência dos créditos acumulados, que ensejaram a transferência para o estabelecimento autuado. Infração caracterizada parcialmente. 5. ARQUIVOS ELETRÔNICOS. USUÁRIO DE SEPD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE APRESENTAÇÃO PRAZO REGULAMENTAR. O contribuinte estava obrigado a Escrituração Fiscal Digital - EFD, desde janeiro de 2012, cujos arquivos deveriam ser transmitido ao Sistema Público de

Escrituração Digital - SPED (Decreto Federal nº 6.022/07), até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração. Infração caracterizada. Não acatados os pedidos de nulidades. PAF convertido em diligência, em diversos momentos processuais. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/03/2014, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória com crédito tributário, no valor de R\$1.031.976,79, em razão da apuração das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - 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, conforme demonstrativo anexo. Valor R\$32.167,24 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, conforme demonstrativo anexo. Valor R\$71.014,49. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - 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, relacionadas nos anexos. Valor R\$1.661,31 e multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Consta ainda que o estabelecimento era obrigado a escriturar a EFD a partir do início do exercício de 2012, porém, só lançou os documentos fiscais a partir do mês de agosto até dezembro de 2012, entretanto, adquiriu mercadorias através de nota fiscal eletrônica desde janeiro de 2012. Multas de 10%, nos períodos de janeiro/março e maio/julho de 2012, no total de R\$59.680,30.

INFRAÇÃO 5 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Consta ainda que o estabelecimento era obrigado a escriturar a EFD a partir do início do exercício de 2012, porém, só lançou os documentos fiscais a partir do mês de agosto até dezembro de 2012, entretanto, adquiriu mercadorias através de nota fiscal eletrônica desde janeiro de 2012. Multas de 1%, no período de junho de 2012, no total de R\$23,68.

INFRAÇÃO 6 - Dificultou a ação fiscalizadora, deixando de atender as intimações fiscais enviada por AR e ao Edital publicado no DOE. Multa de R\$460,00, em fevereiro de 2014.

INFRAÇÃO 7 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Consta ainda que lançou na rubrica "outros créditos" no DMA sem que apresentasse documento fiscal correspondente. Períodos janeiro de 2010 a janeiro de 2013. Valor R\$865.589,77.

INFRAÇÃO 8 - Deixou o contribuinte de efetuar a entrega de arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital - EFD ou entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária. Período de fevereiro de 2014. Multa de R\$1.380,00.

Na defesa apresentada, fls. 41/47 (volume I), através do seu advogado com Procuração (fl. 49), o impugnante argumenta a tempestividade de suas razões, descreve as infrações, solicitando a nulidade da autuação fiscal.

Acusa o autuado que o Fiscal, em momento algum, apresentou ao contribuinte provas dos fatos por ele alegados, deixando de anexar documentos de suma importância para averiguação da base de cálculo que o mesmo estabeleceu para cobrança do tributo.

Aduz que a peça fiscal aponta que o contribuinte não apresentou documentação solicitada, o que

teria motivado o presente Auto. Todavia, se fosse verídica a informação de ausência de documentação do contribuinte, a metodologia aplicada para apuração e cobrança do imposto estaria completamente equivocada. Deveria ter aplicado o arbitramento da base de cálculo, a teor do art. 22 da Lei 7.014/96.

Explica que, em não o fazendo, e deixando de apresentar documentos que comprovem os fatos por ele alegados, sem qualquer fundamento para apuração da base de cálculo, o mesmo está maculando o direito de defesa do contribuinte, que, ante a única planilha acostada pelo fiscal, encontra-se impossibilitado de contestar os mesmos.

A planilha apresentada pelo fiscal mostra somente a chave de acessos das notas fiscais eletrônicas, informações estas insuficientes para determinação da base de cálculo para apuração do Imposto cobrado, posto que nos sistemas de controle de pagamentos da SEFAZ (CÓPIA EM ANEXO) estão lançados diversos pagamentos de ICMS antecipação parcial, ICMS antecipação total, ICMS Normal, parcelamentos de débitos, que contêm tais tributos, conforme cópia em anexo.

Pede o julgamento nulo do Auto de Infração, nos termos do art. 18 do RPAF.

Aduz, pelo princípio da eventualidade, em não sendo acatada a nulidade suscitada, demonstrará que os fatos trazidos pelo auditor não correspondem a realidade.

Com relação à infração 1, diz que embora o preposto fiscal afirme que o contribuinte deixou de efetuar o ICMS antecipação parcial, ele não comprova nem aponta sobre quais NFs essa antecipação se refere, visto que não foi possível abrir o CD enviado ao autuado através A.R do Correio. É obrigação do autuante entregar ao autuado em mãos ou através de correspondência as peças como determina o RPAF, art. 28 § 4º combinado com o art. 8º § 3º Decreto 7.629/99.

Reitera que desconhece os valores lançados pelo Auditor, apresentando a esta peça de defesa as aquisições realizadas e cujas antecipações foram devidamente pagas. Reitera também que ficou impossibilitado de contestar de forma satisfatória as acusações por desconhecer os fatos geradores que o Fisco afirma ter ocorrido.

Garante que o mesmo ocorre nas atuações dos itens 02, 03 e 05, onde o fiscal, mais uma vez, lança mão de bases de cálculo de frágil sustentação para cobrar imposto indevido. O contribuinte anexa à presente defesa planilha descritiva onde constam o nº das Notas Fiscais de entradas, juntamente com a comprovação do recolhimento de todas as antecipações e substituições do período fiscalizado para elidir a cobrança contra si indevidamente imposta.

Diz que infração 04 é improcedente. Não houve a acusação de "entrada de mercadorias no estabelecimento sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal". Contraria a afirmação da falta de escrituração nos livros fiscais de janeiro a julho de 2012 (só o fazendo a partir de agosto de 2012, aduzindo que os livros foram devidamente escriturados (entradas e saídas) e que deram suporte à elaboração da apuração mensal do ICMS, escriturado o RAICMS e declarados em DMA de onde, inclusive, o auditor fez glosas de valores indevidamente (ver infração 07). Houve sim falta de envio dos arquivos eletrônicos, o SPED Fiscal (EFD) de janeiro a julho e que já foi objeto de autuação através da infração 08 do presente auto de infração.

Faz acompanhar à presente defesa a cópia do livro de entradas referente ao período de janeiro a dezembro de 2012, como prova de que todas as entradas no estabelecimento foram devidamente escrituradas.

Com relação à infração 07, diz que o erro do preposto fiscal autuante na presente infração é ainda maior que nas anteriores. Aduz que jamais utilizou crédito indevido de ICMS, uma vez que todo o crédito utilizado foi feito dentro das determinações estabelecidas pelo RICMS e legislação extravagante.

Informa que, conforme podem ser vistos nos livros de apuração do ICMS, tais créditos são decorrentes de transferências do estabelecimento matriz (notas fiscais de transferências de

créditos de antecipações parciais pagas no mês da apuração do ICMS, conforme DAE,s em anexo) e créditos presumidos decorrentes de aquisição de mercadorias para revenda de empresas optantes pelo Simples Nacional, conforme cópia do RAICMS - Registro de Apuração do ICMS, que correspondem exatamente aos valores glosados pelo auditor fiscal, como ele mesmo afirma em seu relatório à página 3 do Auto de Infração, feito através das DMA,s constantes do sistema da SEFAZ de uma forma equivocada e não autorizada pela Lei 7.014/96 ou pelo RICMS do Estado da Bahia.

Conclui pela improcedência total do Auto de Infração.

Na Informação fiscal, fls. 997/999 (volume IV), o Auditor Fiscal questiona as alegações defensivas, diz que fez constar da fl. 03 do Auto de Infração, que uma via desse PAF juntamente com os demonstrativos de cálculos, salvos em CD, deveriam ser encaminhados para a sócia Déa Vinhas Pereira Queiroz; informa ainda que um outro CD seria anexado aos autos contendo arquivos do EFD, planilhas da antecipação parcial e substituição tributária, arquivo de DMA, do SCAM; diz ainda que as notas fiscais listadas nos demonstrativos foram buscados nos arquivos de EFD e enviadas pela GEAFI.

Discorre sobre a validade da NF - e; diz que seguiu o art. 46 do RPAF, quando à forma de intimação e que o arbitramento (art. 22 da Lei 7.014/96) só é aplicado em casos excepcionais, do que não trata o presente caso.

Diz que consta parte do levantamento da antecipação parcial, às fls. 30/33; e integral, no CD.

Contesta a alegação da defesa de que o CD com os demonstrativos não pode ser aberto; e, ainda que assim fosse, o autuado poderia ter vista ao processo, conforme art. 11, do RPAF.

Com relação à infração 4, sobre as razões da defesa que é improcedente a acusação da falta de escrituração dos livros fiscais de janeiro a julho de 2012, que houve apenas a falta de envio dos arquivos eletrônicos (SPED / EFD), informa que apesar da obrigatoriedade de escriturar e enviar o SPED mensal, a partir do exercício de 2012, de janeiro a julho apenas enviou os arquivos. Explica que o relatório resumo de arquivos (EFD/OIE) emitido pela GEAFI, em 07.01.2014, anexo ao CD serve como prova. No quadro "*Relação de Contribuintes*", no exercício de 2012 foram recepcionado 12 arquivos e em 2013, apenas um, sem informação econômica, ou seja, sem registro de documentos fiscais. Transcreve os dispositivos do RICMS 12, que tratam da EFD.

Pede a procedência do Auto de Infração.

Diante dos óbices apresentados, o órgão julgador converte o processo em diligência (fls.1002/1003 - volume V) para que sejam verificadas as condições da mídia CD e se contém os demonstrativos necessários à impugnação da autuação pelo sujeito passivo.

O contribuinte autuado volta a manifestar-se nos autos (fls. 1007/1008), aduzindo que o CD não pode ser aberto, conforme confirmou servidores da Inspetoria de Feira de Santana. Pede a nulidade dos autos por cerceamento do direito de defesa.

O órgão julgador converte o processo numa segunda diligência (fls. 1018/1019 - volume V) para que fosse solucionado o impasse existente com a entrega dos documentos que amparam as exigência, além das indicação dos elementos reclamados pelo autuado, nos autos. Pede ainda a reabertura do prazo para nova defesa, em 60 dias.

O Auditor Fiscal, responsável pela ação fiscal, em atendimento à diligência (fl. 1020), informa que para sanar de vez a "*pendenga da abertura do CD*" anexou à diligência uma pasta de trabalho com as planilhas de substituição tributária, já juntadas aos autos (fls. 30/31); antecipação parcial, fls.32/33. Diz que retificou a planilha da infração 02, de R\$70.994,49 para R\$58.981,90. Diz que anexou ainda cópias do SPED de janeiro a julho, sem movimento.

O autuado volta a intervir, nos autos (fls. 1047/1050 - volume V), aduzindo que as planilhas apresentadas pelo autuante em nada alteram os fatos já narrados na peça inicial. Apenas

confirmam as alegações da defesa, o que corrobora com a tese final de total nulidade do Auto por confusão na determinação da base de cálculo.

Diz que a forma de apuração lançada pelo Fisco não possibilita qualquer defesa justa e correta por parte do contribuinte, que até o momento não consegue determinar exatamente o que o preposto visa cobrar. Diz ainda que os constantes erros na aplicação da legislação gera completa incerteza jurídica.

No que diz respeito à infração 01, é possível verificar a existência de erros quando o autuante deixou de considerar fatos de extrema relevância, os quais sempre estiveram em seu alcance. É possível verificar, pelo sistema de informações da SEFAZ que a empresa realizou parcelamento fiscal de débitos, via denuncia espontânea em fevereiro de 2012, relativamente as competências 10/2011, 11/2011 e 12/2011 - denúncia nº 6000000188126. Apesar de não ter realizado o completo pagamento do débito, por problemas de ordem financeira, o mesmo não poderia nem deveria ser incluído no presente auto, isto porque o seu lançamento já fora previamente realizado, estando este em cobrança na SEFAZ. Ressalta que na competência 12/2011, a empresa ainda realizou o pagamento em duplicidade do imposto, onerando-se ainda mais, visto que este já se encontrava no parcelamento citado. Diz que tais fatos estão provados na documentação que foi acostada a defesa, e o que poderia ser ratificado via sistema de informações da SEFAZ.

Ademais, os cálculos do fiscal divergem completamente dos valores encontrados em apuração pela empresa, isto porque, a título exemplificativo, considerou a entrada das NF,s no mês da emissão o que nem sempre acontece, e ainda errou na tributação de alguns produtos, a exemplo de peixe, que é isento; biscoito que é sujeito a ST e outros. Todos esses fatos podem ser comprovados pelos demonstrativos que foram acostadas a defesa.

Na infração 2, diferença no pagamento Antecipação Parcial, alega que o autuante incorre em erro na apuração do imposto, considerando a entrada das NF,s no mês da emissão, o que nem sempre acontece, e ainda errou na tributação de alguns produtos como peixe que é isento, biscoito que é sujeito a ST e outros.

No que refere às infração 4 e 5, a aplicação de multa pela falta de escrituração de documentos fiscais (entrega em branco dos EFD ref. 01/2012 a 07/2012). A legislação diz que o fiscal tem que intimar o contribuinte para retificar em 30 dias os arquivos, isso não aconteceu. Observa que, se não houve o cumprimento da determinação legal posta pelo regulamento Estadual, não se pode aplicar a multa, isto porque a mesma deve decorrer de um procedimento específico. Não cabe ao autuante burlar a norma tributária com o fito de onerar o contribuinte.

Diz ainda que o próprio Estado oportunizou aos contribuintes o direito de corrigir erros de natureza acessória sem que lhe sejam atribuídos outros ônus, não cabe ao preposto fiscal desconsiderar a norma vigente e aplicar multa que não existe. Reitera que o CTN estabelece que a aplicação de penalidades contra o contribuinte devem ser interpretadas de forma literal e restritiva, não cabendo qualquer ampliação de conceitos, muito menos a “criação” de uma nova infração, o que foi feito pelo autuante ao aplicar multa, antes de cumprir as formalidades exigidas pelo Regulamento. Destaca o art. 247, RICMS 12.

Na infração 7, argumenta que a postura fiscal é grave, ao ignorar o RICMS e glosar indevidamente todos os créditos que a empresa lançou em outros créditos durante o período fiscalizado. Explica que na rubrica outros créditos estão lançados os pagamentos de antecipação parcial, transferências de saldo credor da matriz com notas fiscais, conforme prevê o RICMS, além do crédito presumido de aquisição de mercadorias para revenda de empresas optantes pelo Simples Nacional, tudo na forma regulamentar, conforme documentação em anexo.

Finaliza, reiterando os termos da impugnação, a nulidade do Auto de Infração ou a sua total improcedência. Pede ainda revisão por fiscal estranho ao feito. Anexa demonstrativos e demais documentos, fls. 1054/1368.

Designada terceira diligência fiscal, a fim de que o Auditor preste a necessária Informação Fiscal, após as razões oferecidas pelo sujeito passivo.

O Auditor Fiscal informa (fls. 1373/1377) que, considerando os débitos declarados, retificou os valores exigidos, na infração 01, nos meses de outubro de 2012 de R\$9.677,33 para R\$8.000,56 e em janeiro de 2013 de R\$2.845,10 para R\$2.482,76.

Na infração 02, considerando também os débitos declarados, retificou os valores exigidos, totalizando R\$10.182,48, conforme consta no demonstrativo de fls. 1374.

Com referência às infrações 04 e 05, relata que consta no Aviso de Recebimento para o estabelecimento comercial a expressão "Mudou-se". Como não foi encontrado, foi intimado o contribuinte e os sócios por Edital, publicado no DOU, em 19.02.2013 (fls. 16/18).

Informa que a própria diretora Adriana Vinhas solicitou a prorrogação para apresentação dos documentos (fl. 17). Não atendeu a intimação, apesar de prorrogação do prazo. Diz que atendeu ao prazo estipulado no art. 247, RICMS/BA.

No que se refere à infração 07, aduz que analisando os documentos apresentados foram transferidos créditos fiscais do estabelecimento matriz, quando este, não os tinha, conforme prova o DMA. Faz uma série de adequações e reduz a exigência de R\$865.589,77 para R\$557.226,48 (fls. 1376/1377 - volume VI).

O autuado atravessa nova petição - Processo SIPRO 133.847/2016-9 (fls. 1421/1423 - volume VI), pedindo a retificação do endereço dos seus patronos para Avenida Tancredo Neves, nº 2539, Edf. CEO Salvador Shopping, Torre Londres, sala 1003, Caminho das Árvores, Salvador/BA - CEP: 41820-021, Tel.: (71) 3019-2520 / 3036-2530, anacecilia@bmcadvocacia.com, determinando, assim, que as demais intimações ao mesmo sejam realizadas nos endereços informados, sob pena de nulidade das mesmas.

Diz que o Auditor Fiscal acatou os argumentos de defesa no que diz respeito a erro na determinação da base de cálculo, nas infrações 01 e 02, alterando os valores apurados na peça inicial e apresentados valores outros, com os quais o contribuinte concorda.

No que diz respeito às infrações 03, 04, 05 e 06, o fiscal não apresentou quaisquer argumentações, nem mesmo refaz os cálculos, ou mesmo apresenta justificativa de como chegou aos valores apurados, mantendo, desta forma, a impossibilidade do contribuinte apresentar elementos de defesa, ficando claro que as planilhas que apresentou em sua peça de defesa estão em conformidade com a legislação do ICMS.

Em relação à infração 07, diz que é possível verificar que o auditor, apesar de reconhecer os valores lançados pelo contribuinte à título de antecipação parcial e crédito presumido, continua a incorrer em erro na sua autuação ao manter uma cobrança ilegal referente as notas fiscais de transferência de saldo credor, afirmando que não havia saldo credor na DMA do seu estabelecimento matriz.

Argumenta que a afirmação fiscal não tem respaldo na legislação do ICMS vigente no Estado da Bahia, à época dos fatos geradores em contenda. Diz que o Auditor Fiscal, sequer, se deu ao trabalho de consultar a legislação destacada no demonstrativo que elaborou (§ 2º do art. 114-A do RICMS-BA, Decreto 6.284/97 e parágrafo único do Art. 306 do RICMS-BA, decreto 13.780/2012). Conclui que os valores estão devidamente lançados a débito pelo contribuinte, como prevê a legislação.

Salienta que o fiscal lançou o valor de pagamento da antecipação parcial errado em diversas competências, em seu novo demonstrativo. Cita alguns exemplos: 09/2010 o valor correto era R\$ 16.252,73, o valor lançado no novo demonstrativo 6.527,02(apenas um dos três DAes pagos); 10/2010 o correto seria R\$ 15.100,70, o valor lançado no novo demonstrativo R\$ 7.550,35(apenas um dos dois DAes pagos). Por fim, nas competências 04/2012 à 09/2012 não considerou o pagamento das parcelas da Denúncia espontânea 6000000188126 de antecipação parcial realizado.

Concluiu que tais aspectos reforçam os argumentos de nulidade no Auto de Infração; requer a improcedência do Auto de Infração, em face aos fatos expostos, devidamente comprovados através da documentação acostadas ao PAF; pede que sejam rejeitadas as informações prestadas pelo autuante.

É o relatório.

#### **VOTO**

O presente lançamento de ofício contempla as 08 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos.

Preliminarmente, argúi o sujeito passivo a nulidade da autuação por cerceamento ao seu direito de defesa, considerando que o Fiscal deixou de apresentar as provas dos fatos por ele alegados ou de anexar documentos de suma importância para averiguação da base de cálculo do tributo que entendeu devido. Reclama da apresentação de apenas a chave de acessos das notas fiscais eletrônicas; contesta a afirmação fiscal que motivou a lavratura do presente Auto de Infração a falta de apresentação de documentos solicitados, uma vez que, em sendo verídica tal ausência, a metodologia da sua autuação deveria ser o arbitramento da base de cálculo, a teor do art. 22 da Lei 7.014/96.

Pede retificação do endereço dos seus advogados e que as intimações acerca do Auto de Infração sejam realizadas nos locais informados, sob pena de nulidade do mesmo.

Rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração. Não obstante admitir que a peça inicial desse processo Administrativo fiscal - PAF deveria estar melhor instruída, seja com a indicação precisa de demonstrativos específicos para cada item de infração apurada pelo Fisco; seja pela prestação da Informação Fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação (art. 127, § 6º, RPAF-BA - Decreto nº 7.629/99), foram procedidos ajustes, ao longo da marcha processual, objetivando os princípios do devido processo legal. O Auto de Infração contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF-BA, Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

Na constituição do crédito tributário, a base de cálculo de cada item foi apurada consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, não se encontrando quaisquer motivos que inquine de nulidade a autuação.

Diante da necessidade de esclarecer os fatos controversos e a entrega dos documentos faltantes, o órgão julgador determinou a realização de diligência fiscal, em variados momentos processuais, oportunizando a manifestação das partes, contendo a possibilidade de decisões com inovação fática ou sem a oitiva dos envolvidos, sempre em respeito ao princípio da verdade material. Os ajustes, correções, revisões que foram procedidas nos valores exigidos. Inicialmente, com base nos documentos trazidos nos autos ou pela correta aplicação da legislação pertinente ao caso em análise, além da exclusão de lançamentos em equívocos, tal dinâmica, contando com o acompanhamento e participação do contribuinte autuado, comprova plena e claramente o respeito aos direitos do contribuinte à ampla defesa, ao contraditório, e em perfeita harmonia com a busca da verdade material, princípios caros ao direito tributário.

O pedido para que as intimações relacionadas ao presente PAF sejam encaminhadas para endereço dos advogados indicados, de certo que não existe óbice para o seu cumprimento. No entanto, o não atendimento à solicitação, não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 e em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional – CTN, art. 127, a orientar, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do Fisco.

No mérito, a primeira e segunda infrações acusam o autuado de, respectivamente, não ter efetuado e efetuado a menor o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

Os demonstrativos dos itens 01 e 02 foram acostados aos autos, inicialmente, às fls. 32/33 (sintético) e fl. 34 (analítico e integral - mídia CD), nos valores de R\$32.167,24 e R\$71.014,49.

Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição (Art. 12-A, da Lei 7.014/96; art. 352-A, RICMS BA-97).

Nesse sentido, consoante estabelece o art. 125, II, “f” do RICMS BA-97, o imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte, na entrada no território deste Estado, salvo se o contribuinte for credenciado para o pagamento posterior, no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Examinando os autos do processo, verifico que foram superadas as alegações iniciais do sujeito passivo, sobre a falta de indicação acerca de quais notas fiscais eletrônicas, a antecipação parcial se refere ou sobre a questão da mídia CD, no curso do processo administrativo fiscal. As várias intervenções do Auditor Fiscal, do contribuinte autuado, a conversão do processo administrativo fiscal - PAF em diligência fiscal, em diversos momentos, acabaram por sanear os fatos controversos, com a indicação, entrega dos documentos que amparam as exigências, além da reabertura do prazo para nova defesa, em 60 dias.

O Auditor Fiscal, responsável pela ação fiscal, faz uma série de ajustes nas exigências, considerando os pagamentos já realizados pelo autuado, através do parcelamento, denuncia espontânea (processo nº 6000000188126), pagamento em duplicidade, em 12/2011. O fato gerador da antecipação parcial foi corretamente ajustado, desconsiderando a data da emissão da nota fiscal de aquisição, admitindo a data da entrada da mercadoria no estabelecimento adquirente.

Foram ainda excluídos das diferença apuradas no pagamento do ICMS Antecipação Parcial, as operações de aquisições de produtos com isenção de imposto, a exemplo de peixe e produtos da substituição tributária, tais como, os biscoitos. Ao final, a infração 01 resta modificada para os valores remanescentes de R\$1.127,72 (novembro de 2011), R\$8.000,56 (outubro de 2012) e R\$2.845,10 (janeiro de 2013), o que totalizou R\$11.973,38

A infração 02, de igual forma, considerando os ajustes procedidos, débitos já declarados e demais exclusões, foi alterada, antes, de R\$70.994,49 para R\$58.981,90 e, no final, para R\$10.182,48, de acordo com o demonstrativo sintético acostado nos autos (fls. 1378/1379) e demonstrativo analítico, em mídia CD (fl. 1416 - volume 6).

Restam, portanto, caracterizados parcialmente os itens 01 e 02, no presente Auto de Infração, respectivamente, nos valores de R\$11.973,38 e R\$10.182,48.

Na infração 03, a exigência é que foi feito recolhimento de ICMS-ST a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, no valor de R\$1.661,31.

Mesmo após diversas intervenções do Fisco, do sujeito passivo ou mesmo a designação de diligência fiscal, em 3 oportunidades, o contribuinte autuado insiste que o Auditor Fiscal não apresentou quaisquer argumentações, em face às razões defensivas, não refez os cálculos ou apresentou justificativa como apurou os valores considerados devidos.

Ocorre que com relação a esse item, consta dos autos (fls. 30/31) o demonstrativo integral e analítico, contemplando todas as operações que implicaram o recolhimento a menos do ICMS antecipado devido no regime de substituição tributária. Estão listadas as notas fiscais eletrônicas

(número de chave de acesso), data das aquisições, dos fornecedores, local de origem, descrição dos produtos, NCM, valor, MVA, base de cálculo, ICMS-ST apurado, recolhido e ICMS-ST a recolher. Consta ainda o mesmo demonstrativo na mídia CD (fl. 34).

Nesse sentido, competiria ao autuado manejar a sua defesa objetivamente com os documentos de provas dos recolhimentos das operações que garante ter feito, fugindo da simples alegações de fragilidade nos cálculos do imposto devido, considerando, inclusive, as diversas oportunidades em que interveio no processo administrativo fiscal - PAF.

Infração devidamente caracterizada, no valor de R\$1.661,31.

As infrações 04 e 05 tratam da imposição de multa por descumprimento de obrigação acessória pela falta de registro da entrada de mercadorias no estabelecimento.

No item 4, sob a acusação que o estabelecimento era obrigado a escriturar a EFD a partir do início do exercício de 2012, porém, só lançou os documentos fiscais a partir do mês de agosto até dezembro de 2012, tendo adquirido mercadorias através de nota fiscal eletrônica desde janeiro de 2012. Multas de 10% (mercadorias sujeitas à tributação), nos períodos de janeiro/março e maio/julho de 2012, no total de R\$59.680,30.

No item 05, a multa de R\$23,68 (1%), em junho de 2012, porque o sujeito passivo deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem devido registro na escrita fiscal. Consta também que o autuado era obrigado a escriturar a EFD a partir do início do exercício de 2012, e só o fez a partir do mês de agosto até dezembro de 2012.

O sujeito passivo argumenta a improcedência da infração 04, aduzindo que as operações de entradas e saídas foram devidamente escrituradas nos livros fiscais, que serviram de suporte a elaboração da apuração mensal do ICMS, escriturado o RAICMS e declarados em DMA de onde, inclusive, o auditor fez glosas de valores indevidos, na infração 07.

Admite, contudo, que deixou de enviar os arquivos eletrônicos, o SPED Fiscal (EFD) de janeiro a julho, o que já foi, inclusive, objeto de autuação, na infração 08 do presente PAF.

Examinando os autos do processo, verifico que, de fato, não houve a falta de escrituração de documentos fiscais indicada pelo Fisco. Ocorreu, na realidade, a entrega em branco (sem escrituração dos arquivos relativos a Escrituração Fiscal Digital - EFD, obrigação acessória a que estava obrigado o contribuinte autuado, desde 01.12.2012 (fl. 24).

A relação jurídica obrigacional tributária é objeto essencial do direito tributário e as obrigações tributárias acessórias são os deveres instrumentais exigidos pelo sujeito ativo (obrigação de fazer) com o intuito de assegurar o interesse da arrecadação dos tributos, além de facilitar a atividade de fiscalização no sujeito passivo. A legislação tributária estadual estabelece que o sujeito passivo da obrigação tributária, além do pagamento do imposto, é obrigado ao cumprimento das prestações, positivas ou negativas, estabelecidas na legislação tributária (Lei nº 7.014/96, art. 34).

Entre as prestações positivas, encontra-se a obrigação de manter e escriturar livros fiscais, entre eles, o livro Registro de Entradas (art. 217 do RICMS - BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/12), destinado a escrituração das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento.

No caso em concreto, contudo, não restou provado que o contribuinte deixou de efetuar o registro das notas fiscais eletrônicas, conforme a pretensão do preposto fiscal. Antes, porque, sequer, apontou, correta e efetivamente, quais as notas fiscais (valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação que tenham entrado ou utilizado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal). O preposto do fisco não cuidou de apontar diligentemente quais as notas fiscais deram entrada no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal. O demonstrativo utilizado para consignar o valor dessa mercadorias foi o mesmo utilizado para exigir a antecipação parcial, objeto da infração 02, acostado aos autos apenas na mídia CD (fl. 34).

Verifico, portanto, que não houve, em absoluto, a *"entrada no estabelecimento de mercadorias ... sem o devido registro na escrita fiscal"*, uma vez que o autuado anexa ao PAF, cópia do seu livro Registro de Entradas (fls. 61-volume I / 387-volume II), provando a escrituração regular das operações de entrada de bens e mercadorias no estabelecimento. Vale ressaltar que sobre essa mesma escrituração foi apurado o imposto mensal do ICMS, efetuada a declaração mensal eletrônica do contribuinte - DMA. O que se observa, concretamente, é a falta de envio dos arquivos eletrônicos, o SPED Fiscal (EFD) de janeiro a julho, situação que, inclusive, é objeto da autuação, através do item 08 do presente Auto de Infração.

De fato, o contribuinte autuado estava obrigado a Escrituração Fiscal Digital - EFD, a partir de janeiro de 2012. Tais arquivos deveriam ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital - SPED (Decreto Federal nº 6.022/07), até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações.

Contudo, a relação jurídica tributária, mormente a aplicação de penalidades, deve ser marcada pela tipicidade cerrada, contendo *"todos os elementos para a valoração dos fatos e produção dos seus efeitos, sem carecer de recursos a elementos estranhos e sem tolerar valoração que se substitua ou acresça ao tipo legal"* (Alberto Xavier). A ausência da entrega de aludidos arquivos já se encontra tipificada na Lei nº 7.014/96, nas diversas hipóteses do art. 42, inciso XIII-A.

Ademais, a tipicidade tributária, princípio caro ao direito tributário, serve de limite, retira a margem para que o interprete ou ao aplicador da lei se arvore em entendimentos contraditórios, mais abrangente ou restritivo em relação à descrição do tipo tributário. Observo ainda que a multa inovada pela fiscal recairia sobre a ausência e registro na EFD que trata de *escrituração digital*; a fundamentação no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, alcançam o descumprimento de obrigação acessória da *"falta de registro na escrita fiscal"*, que claramente se refere a escrituração dos livros fiscal de forma tradicional, analógica.

Dessa forma, na obrigação tributária acessória, a prestação a ser cumprida deve estar na lei e sua sanção devidamente vinculada, não sendo da competência do agente fiscal, modificar a consequência penal para aplicar multa mais ou menos gravosa.

Ao deixar de entregar, no prazo previsto na legislação, a Escrituração Fiscal Digital - EFD, o contribuinte do Estado da Bahia descumpriu uma obrigação tributária acessória, estabelecida na Lei nº 7.014/96 e deve ser apenado conforme hipótese contida no inciso XIII-A da mesma lei do ICMS e não na forma do inciso IX, conforme laborou o Auditor Fiscal.

Justamente por isso que a legislação do Estado da Bahia estabeleceu uma alínea específica entre as multas atinentes à falta de entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD (art. 42, XIII-A, alínea "I"), com redação na Lei nº 12.917/13.

Não é, portanto, razoável a conclusão fiscal de que, como as notas fiscais não foram escrituradas na forma da EFD, mesmo o sendo na forma do Convênio S/Nº, de 15/12/70, não foram registradas e cabível a aplicação da penalidade prevista para a *"entrada de mercadorias sem registro na escrita fiscal"*.

A exigência, assim, é nula. Além da questão alinhada no parágrafo anterior, não existe, nos autos, um demonstrativo que demonstre especificamente as notas fiscais que deram entrada no estabelecimento sem registro e em quais momentos ocorreram. O demonstrativo utilizado (CD, fl. 34) não cumpre esse mister, mesmo porque, as datas das respectivas entradas foram adequadas para se ajustarem às datas constantes no livro de Registro de Entrada do contribuinte autuado. A exigência é praticada com preterição do direito de defesa; o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a efetiva infração, nos termos do art. 18 do RPAF BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Infração 04 Nula.

Para infração 05 valem os mesmos pressupostos. O demonstrativo utilizado para consignar o valor das mercadorias foi o mesmo, objeto da infração 03 (substituição tributária), acostado aos

autos, em mídia CD (fl. 34). A exigência é também nula, porque praticada com preterição do direito de defesa, sem os elementos capazes de determinar, com segurança, a efetiva infração, nos termos do art. 18 do RPAF - BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Infração 05 Nula.

Na infração 06, a exigência é também de descumprimento de obrigação acessória, acusado o autuado de ter dificultado a ação fiscal.

O sujeito passivo alega novamente que o Auditor sequer apresentou qualquer argumentação sobre o fato, nem justifica como deduziu a ocorrência da irregularidade, cerceando o seu direito de defesa. Pede a nulidade da respectiva autuação.

Não obstante o preposto fiscal não ter anunciado categoricamente o fato ou as situações que caracterizaram "*embaraço a ação fiscal*", o que contribuiria na exteriorização do descumprimento de uma obrigação acessória, contribuindo para o exercício da defesa do próprio contribuinte, apesar ainda das mensagens via e-mail trocadas entre o Auditor Fiscal e o contador do estabelecimento autuado (fls. 27/28), observa-se do conjunto das peças processuais que, de fato, o contribuinte, com o seu comportamento evasivo, criou condições que dificultaram o conhecimento do próprio Auto de Infração (deixou de assinar), não fez a entrega regular da DMA (fl. 14), provocou intimação via Edital (fl. 16), comparecendo à repartição fiscal, para solicitar prorrogação do prazo para apresentar documento, somente quando lhe foi conveniente (fl. 17).

No caso, estabelece a legislação (art. 42 da Lei nº 7.014/96):

XV-A - aos que por qualquer meio causarem embaraço, dificultarem ou impedirem a ação fiscalizadora:

( ... )

b) R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), nas demais situações.

Infração 6 caracterizada. Correta a aplicação da penalidade retro referida, de R\$460,00.

A infração 7 acusa o autuado da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Explica ainda o preposto fiscal que o contribuinte lançou na rubrica "*outros créditos*" do DMA, os valores, objeto do presente lançamento, sem o documento fiscal correspondente. A acusação recai sobre as operações escrituradas de janeiro 2010 a janeiro 2013 e totalizou R\$865.589,77.

Nas razões, o autuado argumenta que não utilizou crédito indevido de ICMS, mas o fez dentro das determinações estabelecidas na legislação (§ 2º do art. 114-A do RICMS-BA, Decreto nº 6.284/97 e parágrafo único do art. 306 do RICMS-BA, decreto nº 13.780/2012); explica que tais créditos decorrem de transferências do estabelecimento matriz (notas fiscais de transferências de créditos), de antecipações parciais pagas no mês da apuração do ICMS (DAE,s em anexo), além de créditos presumidos (aquisição de mercadorias para revenda de empresas optantes pelo Simples Nacional), conforme cópia do Registro de Apuração do ICMS

Diz que, em seguida, o Auditor reconheceu em parte os valores lançados pelo contribuinte à título de antecipação parcial e crédito presumido, mantendo a ilegal cobrança em relação às notas fiscais de transferência de saldo credor, considerando que não havia saldo credor na DMA do seu estabelecimento matriz. Reclama que nos meses de outubro e setembro de 2010 não foram considerados os pagamentos de antecipação parcial, além da denuncia espontânea 6000000188126.

Examinando os autos do processo administrativo fiscal - PAF, constato, antes, que o Auditor Fiscal, na Informação Fiscal procedeu a uma série de adequações, reduzindo a exigência de R\$865.589,77 para R\$557,226,48, conforme planilha de fls. 1376/1377 - volume VI.

Deduzidos os valores do ICMS antecipação parcial, efetivamente pagos e comprovados e os créditos presumidos oriundos das operações de aquisições internas de mercadorias junto às empresa do Simples Nacional, os valores remanescentes, mantidos, diz respeito aos saldos credores transferidos do estabelecimento matriz do autuado. Não está correto o posicionamento

do Auditor Fiscal no desabono à legalidade das aludidas operações, considerando, além da emissão das respectivas notas fiscais de transferência de saldos credores, as Declarações eletrônicas da Apuração mensal do ICMS - DMA, cópias anexadas nos autos (fls. 1381/1415 - volume VI).

Sabe-se que o artigo 25 da Lei Complementar nº 87/1996, dispõe que para o levantamento do ICMS ser recolhido, em cada período, os débitos e créditos devem ser apurados em cada estabelecimento, compensando-se os saldos credores e devedores entre os estabelecimentos do mesmo contribuinte localizados no mesmo Estado. Nesse sentido, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, no art. 114-A, possibilita a transferência de saldos credores entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, localizados neste Estado. A partir da adição do RICMS - BA/12, a aludida transferência de crédito encontra-se estabelecida no art. 306, devendo ser observados alguns requisitos: a transferência do saldo credor deva ser feita mediante a emissão de Nota Fiscal em nome do estabelecimento destinatário do crédito, além do lançamento no Livro Registro de Apuração do ICMS, pelo remetente e pelo destinatário.

Entendo que o ponto fulcral para a transferência de créditos tributários entre os estabelecimentos, além dos aspectos formais acima descritos, é a existência concreta dos respectivos saldos credores. O autuado trouxe aos autos a existência de tais créditos fiscais, no seu estabelecimento matriz, inscrito no cadastro de contribuinte desse Estado, sob o nº 67.871.168, através da emissão regular das respectivas Declarações eletrônicas da Apuração mensal do ICMS - DMA, cópias anexadas nos autos (fls. 1381/1415 - volume VI).

Os créditos fiscais que foram transferidos do estabelecimento da mesma empresa do autuado, inscrição estadual sob o nº 67.871.168, não podem ser legalmente impedida a sua transferência, mas, devem ser fiscalizada a sua validade e legitimidade na unidade transferidora, considerando, inclusive, que a unidade foi identificada na situação de inapta, a partir de 06.01.2013, conforme consta dos seus dados cadastrais. Represento, nesse sentido, junto à autoridade fazendária local.

Nesse sentido, devem ser excluídos do levantamento fiscal, todos os valores dos créditos fiscais transferidos do estabelecimento matriz para o estabelecimento autuado, constantes do relatório de fls. 1376/1377.

Com relação às parcelas dos créditos relativos ao ICMS antecipação parcial, contudo, o direito não assiste ao autuado. O art. 309, II, do RICMS-12 estabelece que constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para apuração do imposto a recolher, o valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes, no período em que ocorrer o recolhimento.

Questiona o sujeito passivo que o fiscal lançou o valor de pagamento da antecipação parcial errado em diversas competências, em seu novo demonstrativo, citando como exemplo, o período de 09/2010, cujo valor correto seria R\$16.252,73, e o fiscal lançou no seu novo demonstrativo 6.527,02, considerando apenas um dos três DAE,s pagos; no período 10/2010, argumenta que o valor correto seria R\$15.100,70, o valor lançado no novo demonstrativo foi de apenas R\$7.550,35(apenas um dos dois DAE,s pagos).

De fato, no mês de setembro, o contribuinte autuado fez o recolhimento total de R\$16.252,73, que se refere às parcelas R\$5.048,60 (maio de 2010), R\$4.677,11 (julho de 2010) e R\$6.527,02 (setembro de 2010), cujos créditos foram consideradas pelo Auditor Fiscal, no demonstrativo retro aludido de fls. 1376/1377, nos seus respectivos meses, segundo o período de competência (apuração do imposto) e não, de acordo com o período do recolhimento, como manda a legislação. Nesse caso, os valores reclamados pelo autuado já foram considerados pelo Auditor Fiscal, em situação ainda mais favorável ao contribuinte. Não cabe nova alteração no levantamento remanescente.

Conforme consta no banco de dados da SEFAZ, o autuado recolheu em 25.10.2010, o valor de R\$7.550,35 e não, em duplicidade, R\$15.100,70, conforme consignou o autuado. O valor está corretamente consignado no demonstrativo fiscal remanescente.

Com relação aos valores constantes na Denúncia Espontânea nº 6000000188126 (fl. 1380 - volume VI) também foram considerados, conforme a ocorrência dos fatos, nos meses de outubro a dezembro de 2011, e as respectivas exigências foram excluídas.

Dessa forma, após as exclusões retro alinhadas, a infração 07 resta parcialmente procedente, no valor total de R\$32.182,37, nos períodos e forma abaixo descrita:

mês	antec.parcial	cred.pres.	cred.transf.	total créditos	AI	Apurado
set.10	6.527,02	1.707,50	31.616,25	39.850,77	51.283,98	11.433,21
out.10	7.550,35	1.600,94	29.025,58	38.176,87	45.783,59	7.606,72
ago.11	4.865,06	1.559,43	0,00	6.424,49	7.016,06	591,57
set.11	6.835,34	1.243,76	0,00	8.079,10	8.079,10	0,00
mar.12	-	1.225,74	3.024,23	4.249,97	6.940,04	2.690,07
mai.12	15.016,11	-	3.144,84	18.160,95	20.463,59	2.302,64
jun.12	5.657,03	1.909,89	8.401,98	15.968,90	16.865,59	896,69
jul.12	4.155,14	1.635,30	9.450,31	15.240,75	16.137,44	896,69
ago.12	7.287,65	5.907,30	4.643,00	17.837,95	18.734,64	896,69
set.12	10.906,70	-	7.877,94	18.784,64	20.962,66	2.178,02
out.12	3.945,51	1.709,11	0	5.654,62	6.551,31	896,69
nov.12	-	3.773,95	0	3.773,95	4.670,64	896,69
dez.12	4.220,24	1.861,07	0	6.081,31	6.978,00	896,69
<b>TOTAL</b>						<b>32.182,37</b>

Por fim, na infração 08, a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$1.380,00, porque o contribuinte deixou de efetuar a entrega de arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital - EFD ou entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, no período de fevereiro de 2014.

Vimos que o contribuinte autuado estava obrigado a Escrituração Fiscal Digital - EFD desde janeiro de 2012, cujos arquivos deveriam ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital - SPED (Decreto Federal nº 6.022/07), até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração. Conforme o § 4º do art. 250 do Decreto nº 13.780/12, os contribuintes obrigados à EFD, a partir de janeiro de 2012 poderiam enviar os arquivos correspondentes aos meses de janeiro a junho de 2012 até o dia 25/07/2012.

A ausência da entrega de aludidos arquivos já se encontra tipificada na Lei 7.014/96, nas diversas hipóteses do art. 42, inciso XIII-A.

O próprio autuado admitiu a falta de entrega de tais arquivos, conforme amplamente apreciado na análise da infração 04. Ao deixar de entregar no prazo previsto na legislação, a Escritura Fiscal Digital Fiscal, o contribuinte do Estado da Bahia descumpriu uma obrigação tributária acessória, estabelecida na Lei nº 7.014/96 e incorreu na penalidade prevista no inciso XIII-A, alínea "I", conforme consignado na inicial dos autos, no valor de R\$1.380,00.

Não obstante o procedimento fiscal, cabível assinalar que a aplicação da multa de R\$1.380,00 incide na falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD (ou sem as informações exigidas) e deveria ser aplicada por cada período de apuração.

Ante o exposto, resta caracterizado o descumprimento da obrigação acessória com a imposição da multa no valor de R\$1.380,00.

Frente a exposição retro aludida, o Auto de Infração é PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$581.043,65, além das multas por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$1.840,00, conforme o extrato abaixo:

Infração 01 - R\$11.973,38 - parcialmente procedente

Infração 02 - R\$10.182,48 - parcialmente procedente

Infração 03 - R\$1.661,31 - integralmente procedente

Infração 04 - R\$0,00 - NULA (obrigação acessória)

Infração 05 - R\$0,00 - NULA (obrigação acessória)

Infração 06 - R\$460,00 - integralmente procedente

Infração 07 - R\$32.182,37 - parcialmente procedente

Infração 08 - R\$1.380,00 - integralmente procedente

É o voto.

#### **VOTO EM SEPARADO - Itens 4 e 5**

Apesar de concordar com a nulidade das infrações 04 e 05 por falta de apresentação do demonstrativo da apuração do imposto devido com a relação dos respectivos documentos fiscais que deixaram de ser escriturados, não concordo com o relator quanto à afirmação de que a entrega em branco da EFD não permite a imputação da infração de falta de escrituração de documentos fiscais.

A utilização de livro fiscal em papel para registro de operações não pode ser aceita como cumprimento de obrigação tributária acessória referente à escrituração fiscal para os contribuintes obrigados à escrituração fiscal digital(EFD), como é o caso do autuado, nos termos do art. 247 e 248 do RICMS/12. O § 1º do art. 247 determina que a EFD substitui a escrituração e impressão de livros fiscais. Assim, a obrigatoriedade de utilizar a EFD imposta pela legislação ao autuado afasta da legalidade o uso de livros fiscais impressos para registro de operações. O fato da DMA refletir a apuração registrada em livros fiscais impressos não legaliza o seu uso.

As multas previstas no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96 são aplicadas pela falta de registro de documentos na escrita fiscal. Se o contribuinte está obrigado a utilização da EFD, a escrita fiscal passa a ser digital e a multa pela falta de registro de qualquer documento encontra-se tipificada nos referidos incisos da lei nº 7.014/96.

A multa fixa no valor de R\$1.380,00, prevista na alínea "I" do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, deve ser aplicada como punição pela falta de entrega da EFD ou entrega sem as informações exigidas na legislação, podendo ser agravada com a aplicação do percentual de 1% sobre o valor das saídas ou das entradas, o que for maior, nas hipóteses de não atendimento de intimações para regularização da entrega dos arquivos. A penalidade pelo não atendimento de intimações não afasta as existentes nos incisos IX e XI do art. 42 que se aplicam sobre o valor dos documentos fiscais que não foram registrados na escrita fiscal.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTEEM PARTE** o Auto de Infração nº **207095.0301/14-2**, lavrado contra **LATICÍNIOS A. VINHAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$55.999,54**, acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, incisos II, "d" e VII, "a", da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$1.840,00**, previstas nos incisos XIII-A, "I", XV-A, alínea "b" do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos 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, 07 de fevereiro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR/VOTO EM SEPARADO - ITENS 4 e 5