

A. I. N° - 206880.3010/16-8
AUTUADO - SAMAVI DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTE - EDIMAR NOVAES BORGES
ORIGEM - INFRAZ BOM JESUS DA LAPA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07/04/2017

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0059-03/17

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor recolhido e o declarado e escriturado na apuração do imposto. O contribuinte não comprova a insubsistência da acusação fiscal. Infração não elidida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO OU CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento. Infração subsistente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de Nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/09/2016, exige crédito tributário no valor de R\$49.394,09, pelas seguintes irregularidades:

Infração 01 - **03.01.01**. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, no mês de abril de 2013. Exigido o valor de R\$2.305,57, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - **06.05.01**. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre às alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de fevereiro de 2001, fevereiro de 2012; janeiro e outubro de 2013, janeiro, maio a outubro e dezembro de 2014. Exigido o valor de R\$35.857,95, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - **16.01.02**. Entradas no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Aplicada a multa de 1% sobre cada documento não registrado, resultando no montante de R\$11.230,57.

Constam às fls. 06 e 07, comprovante de entrega ao autuado de CD com cópias em meio magnéticos dos arquivos de apuração e débito dos itens que compõem a autuação.

O autuado apresenta defesa às fls. 09 a 27, depois de observar a tempestividade da defesa e reproduzir o teor das infrações alinha os argumentos que se seguem.

Inicialmente, com relação às infrações elencadas, pondera que a presente autuação fiscal não pode prosperar, pois, o Autuante se equivocou na apuração do crédito tributário, já que não

obedeceu a escrituração fiscal do contribuinte, e sim, um sistema eletrônico utilizando apenas as datas de emissões das notas fiscais. Além disso, não lhe fora entregue a mídia digital em Excel (apenas em PDF), para que pudesse se defender, conferindo os cálculos apresentados pelo mesmo. Afirma ser isso cerceamento de defesa, pois, dificulta seu trabalho de questionar os valores apurados.

Reproduz o teor do art. 5º, inciso LV, da CF/88, bem como o art. 2º da Lei nº 10.841/01 que disciplina o processo administrativo fiscal com o fito de registrar que o presente Auto de Infração encerra em si cerceamento de defesa, por violar de maneira explícita os citados dispositivos legais. Prossegue assinalando que em muitos meses do período fiscalizado o Autuante não considerou a data efetiva da entrada dos produtos no estabelecimento e sim a data da emissão da nota fiscal pelo fornecedor, desprezando totalmente os livros de registros do contribuinte e a legislação vigente. Arremata citando o art. 322, do RICMS-BA/97, e o art. 217 do RICMS-BA/12.

Observa que a presente autuação fiscal não pode prosperar, e descamba para a nulidade da mesma, pois, o Autuante se equivocou no seu levantamento fiscal na apuração do imposto devido, bem como na conferência dos pagamentos efetuados, ou seja, utilizou como base para efetuar seus cálculos as notas fiscais eletrônicas emitidas para o contribuinte e como período do fato gerador a data da emissão das respectivas notas fiscais e dessa forma lavrou a maioria das infrações contidas no auto.

Transcreve o teor do art. 371 e do art. 125, inciso II, §7º do RICMS-BA/97, e do art. 322, §2º do RICMS-BA/12, para frisar que estava credenciado pelo Estado da Bahia para efetuar os pagamentos dos impostos pagos por substituição e antecipação tributária até o dia 25 do mês subsequente às entradas das mercadorias no estabelecimento e o Autuante em vários meses não considerou na sua fiscalização seus livros Registro de Entradas com as respectivas datas de entradas das notas fiscais e considerou a data da emissão das notas fiscais como se fossem as datas de entradas das mercadorias no estabelecimento, o que torna o Auto de Infração nulo, pois na forma como a fiscalização foi realizada é impossível coincidir o valor mensal do crédito tributário devido encontrado pelo Autuante com o valor pago pelo contribuinte, haja vista a existência de vício insanável, no caso em si, a falta de identidade da data do fato gerador da infração com a data do fato gerador do imposto realmente devido e escriturado nos livros fiscais do contribuinte.

Para sustentar seus argumentos, observa que os Demonstrativos anexos que foram feitos pelo próprio Autuante, onde diversas notas fiscais emitidas foram consideradas lançadas no mesmo mês da emissão, enquanto na verdade nos livros fiscais foram lançadas em meses posteriores, conforme diz demonstrar na planilha e nos livros de entradas que diz anexar.

Depois e transcrever a alínea “a”, os incisos III e IV, do art. 18, do RPAF-BA/99, diz restar evidente que o Auto de Infração não se sustenta, pois as situações levantadas demonstram a fragilidade do mesmo e não contém elementos suficientes para determinar as infrações e ainda fere o inciso III do art. 18, citado acima, que levam ao Autuante a ter tomado suas Decisões sem as devidas fundamentações legais. Aponta como exemplo, a existência de diversas notas fiscais com lançamentos em meses diferentes dos registros do contribuinte, conforme planilha de trabalho do Autuante corrigida.

Menciona que todos os fatos elencados, demonstram por si só, que o Auto de Infração não tem sustentação e encontra-se inquinado de nulidade, conforme o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF-BA/99, segundo o qual é nulo o lançamento que não contenha elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração cometida, o que, em última análise, acarreta prejuízo ao pleno exercício do contraditório. Arremata citando que essa situação se mantém em praticamente todo o Auto de Infração tornando o mesmo nulo, que é o que se requer.

Frisa que, por muito menos que isso, esse Conselho já julgou nulo diversos Autos de Infrações, conforme reprodução que acosta aos autos dos seguintes julgados: Acórdão JJF Nº 0302-04/13,

Acórdão JF nº 0061-01/13 e Acórdão CJF nº 0063-11/11.

Sustenta que, ao realizar o trabalho, conforme demonstrado nos seus próprios papéis de trabalhos, o Autuante efetuou diversos lançamentos de forma equivocada, ou seja, sem segurança da informação, lhe deixando numa situação embaraçosa para se defender, pois em diversas situações conforme demonstrado, o mesmo não seguiu a legislação no que diz respeito a verificação dos livros de entradas do contribuinte. Observa que a fiscalização utilizou-se das ferramentas eletrônicas a sua disposição filtrando do sistema as notas fiscais eletrônicas e com estas formatando seus relatórios sem a confirmação de cada situação encontrada. Continua frisando que, nesse caso, a divergência das datas utilizadas como período do fato gerador e as datas efetivas dos registros de entradas, torna a autuação frágil e insustentável.

Diz ser incontestável a nulidade da presente autuação fiscal.

Registra que a sistemática adotada atende regularmente a legislação fiscal, calculando seus impostos conforme determina a Lei, referente ao ICMS, tendo recolhido devidamente os tributos referentes aos períodos questionados.

Pugna pela apresentação de novos documentos, caso esta Junta de Julgamento Fiscal entenda não serem suficientes os documentos aqui juntados.

Conclui requerendo que seja a presente autuação fiscal julgada improcedente, acrescentando que *“ultrapassados os argumentos pela improcedência, seja o presente Auto de Infração julgado nulo”*.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 48 a 50, na forma resumida a seguir.

Quanto a Infração 01 destaca que é necessário esclarecer que o ilícito fiscal foi apurado considerando todas as notas fiscais eletrônicas emitidas por terceiros destinadas ao contribuinte, confrontando com os lançamentos efetuados pelo próprio contribuinte na sua EFD - Escrituração Fiscal Digital, parte integrante da SEPED Fiscal, portanto com validade jurídica.

Assevera serem infundadas as alegações da defesa, quanto aos possíveis equívocos que poderia sujeitar a nulidade do procedimento fiscal, vez que, não se constata qualquer vício formal que caracterize incerteza do lançamento fiscal.

Revela que a alegação de que a fiscalização equivocou-se na apuração do crédito tributário, sob argumentação de que este preposto fiscal não obedeceu à escrituração do contribuinte, são inverídicas, uma vez que, foram utilizadas no confronto das notas fiscais eletrônicas emitidas por terceiros destinadas ao autuado, com a sua Escrituração Fiscal Digital, ou seja, a constatação ou não do lançamento na sua escrita fiscal (EFD) das notas fiscais destinados ao autuado, seja qual for a data da possível escrituração dentro do período fiscalizado.

Ressalta que a defesa não apresenta qualquer elemento comprobatório, a exemplo de planilha, ou outros elementos de demonstração, para suas alegações, ou prova da não existência da imputação fiscal, apenas suposições sem fundamentos.

Afirma que o impugnante não apresenta o fato, onde, em que circunstância a fiscalização cometeu possíveis equívocos. As alegações sem prova substancial, discricionária demonstrativa e material fica prejudicada pela inércia processual. Observa ser impossível manifestar ou opinar (contra prova) sobre fatos não devidamente explicitados ou posto indício de sua existência.

Assinala que escrituração Fiscal Digital parte integrante da SEPED Fiscal, possui validade jurídica, portanto os lançamentos apontados pelo contribuinte possuem característica de vontade própria e declaratória na forma de auto lançamento tributário, constituindo fatos perfeitos.

No que diz respeito à manifestação defensiva de que a fiscalização não apresentou a mídia digital em Excel (apenas em PDF), arguindo a figura do cerceamento de defesa, assevera que não procede tal afirmativa, uma vez que, que foram apresentados e recebidos pelo contribuinte, todos

os devidos demonstrativos em mídia eletrônicas em formato PDF, conforme declaração anexa, fl. 06.

Em relação à argumentação de que os arquivos em PDF poderiam prejudicar ou mesmo impedir o direito ao contraditório, caracterizando um suposto cerceamento de defesa, também não procede, visto que, o formato PDF em mídia eletrônica assemelha a figura do papel convencional, com o benefício da fácil leitura e manuseio, segurança, entre outras, e mais, se assim desejar o contribuinte pode “converter” para outras formas eletrônicas de planilhas a exemplo do 'Excel'.

Declara que a apresentação em formato PDF em momento algum o impede a leitura, conhecimento do conteúdo, conferência dos elementos que compõe o quanto (cálculos) da imputação fiscal, de forma a impossibilitar o contribuinte a exercer seu direito fundamental a ampla defesa e ao contraditório.

Revela que todos os parâmetros necessários e indispensáveis para tanto foram observados, a exemplo da existência de elementos suficientes para determinar com segurança a infração e o infrator, a indicação, a descrição, demonstração de forma clara dos fatos (infração), os dispositivos legais infringidos e tipificação da multa relacionada com a infração cometida, bem como o acesso e conhecimento dos fatos pelo autuado.

Diz entender que resta plenamente caracterizada as imputações fiscais atribuídas ao contribuinte, qual seja: Infração 01 - recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre os valores recolhidos e o escriturado na apuração do imposto; Infração 02 - falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições interestaduais destinadas ao ativo fixo ou consumo do estabelecimento e Infração 03 - entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal.

Arremata esclarecendo que os fatos levantados e demonstrados em todo o procedimento fiscal, bem como nesta informação fiscal, não deixam dúvidas quanto às imputações fiscais atribuídas ao Autuado pelo mérito, as quais demonstraram de modo claro e preciso as infrações cometidas.

Conclui pugnando pela procedência o Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito fiscal no montante de R\$49.394,09, relativo a três irregularidades, conforme descrito na inicial, sendo contestadas todas as infrações.

Inicialmente, consigno que, apesar do defendente às fl. 14, assim se manifestar em sua impugnação: *“Para confirmar nossos argumentos vejam os demonstrativos anexos que foram feitos pelo próprio Autuante, onde diversas notas fiscais emitidas foram consideradas lançadas no mesmo mês da emissão, enquanto na verdade nos livros fiscais foram lançadas em meses posteriores, conforme demonstramos na planilha e nos livros de entradas anexos.”*, não carrou aos autos qualquer dos elementos citados.

O defendente alegou que o lançamento de ofício estaria viciado com nulidade pelo fato de que na apuração do crédito tributário a fiscalização não obedeceu à sua escrituração fiscal e se alicerçou em sistema eletrônico, utilizando apenas as datas de emissões das notas fiscais e por não lhe terem sido fornecidos os arquivos contendo os demonstrativos de apuração, em mídia digital em Excel, e sim em PDF impedindo a conferência dos cálculos apresentados, cerceando seu direito de defesa por dificultar seu questionamento acerca dos valores apresentados.

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada nas razões de defesa, haja vista que o levantamento fiscal que lastreou a apuração da exigência fiscal nos três itens objeto da autuação foi efetuada com base na Escrituração Fiscal Digital - EFD do estabelecimento autuado que, de acordo a legislação de regência se constitui, de fato, a escrituração legal do autuado. É o que se depreende claramente do art. 247 do RICMS-BA/97, *in verbis*:

“Art. 247. A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).

§ 1º A EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:

I - Registro de Entradas;

II - Registro de Saídas;

III - Registro de Inventário;

IV - Registro de Apuração do ICMS;

V - Livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP.

VI - Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.”

Portanto, não faz qualquer sentido a alegação de que a autuação não obedeceu a escrituração fiscal do impugnante. Constatamos também que foram utilizadas as notas fiscais eletrônicas nas quais constam o autuado como destinatário constantes no sistema público de armazenamento de NFe, em confronto com a EFD do impugnante.

Do mesmo modo, não deve prosperar a alegação de cerceamento de defesa pelo fato de que os arquivos com as planilhas de apuração das infrações objeto da autuação foram fornecidos em PDF, uma vez que, a sistemática de apuração encontra-se claramente explicitada em cada uma das colunas das planilhas discriminando, passo a passo, todos os cálculos realizados na apuração do débito que permite aquilatar integralmente a origem dos valores. Ademais, mesmo sendo desnecessária a utilização do Excel para aquilatar e conferir os cálculos das planilhas, é evidente a facilidade de importação dos arquivos de planilhas em PDF para o programa Excel, sendo prescindível qualquer conhecimento aprofundado de informática. Por isto, entendo que inexistem qualquer óbice à perfeita compreensão do quanto apurado nos demonstrativos que discriminam, individualizadamente, todos os elementos de cada operação arrolada no levantamento fiscal. Logo, não vislumbro qualquer mitigação ao exercício da ampla defesa e do contraditório pelo impugnante.

Observo ainda que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos legais infringidos, tipificada as multas aplicadas relativamente às irregularidades apuradas. Também não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos com cópias entregues ao autuado, não estando presentes no processo qualquer dos motivos de nulidades previstos na legislação, bem como os elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99.

No mérito, a infração 01 refere-se a recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS - LRAICMS, no mês de abril de 2013, no valor de R\$2.305,57.

Como o próprio teor da acusação fiscal explicita, o fulcro da exigência fiscal decorre da simples ausência de coincidência entre a escrituração do estabelecimento no mês de abril de 2013 em seu LRAICMS e o correspondente recolhimento no período de apuração do imposto. Portanto, irregularidade de fácil e nítida compreensão que, por sua natureza direta e objetiva, independe de qualquer demonstração complexa, senão o simples comparativo entre valores.

Em sede de defesa, o impugnante, mesmo dispondo de toda a documentação fiscal gerada pelo próprio estabelecimento autuado e do demonstrativo de apuração que lhe fora entregue, não carrou aos autos qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal.

Logo, concluo pela subsistência do item 01 da autuação.

A infração 02 trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

A acusação fiscal se fundamenta na ocorrência do fato gerador do imposto, ao teor do inciso IV, do §2º, do art. 1º, do RICMS-BA/97, *in verbis*:

“Art. 1º O Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), de que tratam o art. 155, inciso II, §§2º e 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil e a Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996, tem como fatos geradores:

[...]

§2º O ICMS incide sobre:

[...]

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

Assim, demonstrada a apuração da exigência fiscal na planilha constante do Anexo 3, constante do CD acostado à fl. 07, cuja cópia foi entregue ao autuado, que não apresentou qualquer contestação, entendo restar devidamente configurada a infração.

Nestes termos, resta mantida a Infração 02.

A infração 03 imputa ao sujeito passivo a entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

A obrigação do registro das entradas de mercadorias na escrita fiscal decorre da imposição expressa no RICMS-BA/12, a seguir reproduzida.

“Art. 217. O livro Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A, destina-se à escrituração (Conv. S/Nº, de 15/12/70):

1 - das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento;”

Ao compulsar as peças que compõem o contraditório atinente a acusação fiscal consubstanciada nesse item da autuação, verifico que o autuado mesmo de posse da cópia dos demonstrativos sintético e analítico discriminando as notas fiscais não registradas em sua escrita fiscal não apontou qualquer inconsistência no levantamento fiscal capaz de elidir a acusação fiscal.

Concluo pela subsistência do item 03 da autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206880.3010/16-8**, lavrado contra **SAMAVI DISTRIBUIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.163,42**, acrescido da multa de **60%**, prevista, nas alíneas “b” e “f”, do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$11.230,57**, previstas, respectivamente, nos incisos XI, do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2017.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA