

A. I. Nº - 018184.3025/16-9
AUTUADA - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - NILZA DAS DORES CORDEIRO PIRES
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 16.11.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0174-05/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NOS REGIMES DE SUBSTITUIÇÃO E DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, COM ENCERRAMENTO DAS FASES SUBSEQUENTES DE TRIBUTAÇÃO. Excluídas das exigências fiscais as ocorrências alcançadas pela decadência. Infração 01 parcialmente subsistente. Excluída da autuação a infração 02; **b) DOCUMENTOS INIDÔNEOS. EMITENTE EM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR. INSCRIÇÃO ESTADUAL INAPTA. ATO PUBLICADO EM EDITAL NO DOE.** Mantida parcialmente a exigência fiscal, contida no item 03, com a exclusão dos períodos alcançados pela decadência; **c) MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS POR ISENÇÕES OU SUJEITAS À REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO.** Ficou demonstrado o cometimento das infrações através das provas trazidas pela autuante ao PAF. Excluída parte das ocorrências fiscais em razão da extinção do crédito tributário pela decadência. Item 04 da autuação mantido integralmente e item 05 parcialmente subsistente; **d) IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL.** Infração não elidida pela defesa. O item 06 do A.I. é totalmente subsistente. **e) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL.** As vias das notas fiscais anexadas ao presente processo comprovam que os valores do ICMS nelas destacados são inferiores ao ICMS creditado no livro Registro de Entrada de Mercadorias. Excluídas as ocorrências fiscais atingidas pela decadência. Infração 07 parcialmente subsistente; **f) REGISTRO DE VALORES SUPERIORES AOS DESTACADOS EM DOCUMENTOS FISCAIS.** Crédito de ICMS referente à antecipação parcial recolhida, lançada a maior na escrita fiscal. Parte dos pagamentos realizados através dos documentos de arrecadação estadual se refere a operações de aquisição de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, que a legislação veda a apropriação de créditos do imposto. Item 08 parcialmente mantido, com a exclusão dos períodos mensais alcançados pela decadência. **2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO.** Excluídas as parcelas cujo crédito tributário se encontrava extinto pela decadência. Demonstrada a procedência do item 09 e procedência parcial do item 10 da autuação. **3. ANTECIPAÇÃO**

TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. Excluída parte das ocorrências pela decadência. Demonstrada a procedência do que remanesce. Mantida integralmente o item 11 e parcialmente o item 12 da autuação. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NOS LIVROS FISCAIS. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração não elidida pela defesa. Item 13 mantido. 5. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD. FALTA DE APRESENTAÇÃO NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. CONDUTA OMISSA DO CONTRIBUINTE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. O enquadramento legal da conduta omissa do contribuinte foi realizado no art. 42, inc. XIII-A, letra “L”, da Lei nº 7.014/96, que na redação atualmente vigente, dada pela alteração promovida pela Lei nº 13.461/15, posterior à lavratura do Auto, que prescreve a aplicação da penalidade de R\$ 1.380,00 tão somente pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da EFD. Excluída da norma apenadora a expressão “... ou sem as informações exigidas na legislação”, de forma que a ausência dos REGISTROS, ainda que exigíveis para esse contribuinte, não seria mais passível de imposição de multa. A norma tributária-penal menos gravosa retroage. Aplicação da norma contida no art. 106, inc. II, letra “a”, do CTN. Item 14 excluído da autuação. Preliminares de nulidade do lançamento, rejeitadas. Acolhida a preliminar de decadência de parte dos créditos tributários vinculados às infrações por descumprimento de obrigação principal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 21/09/2016 para exigir ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor principal de R\$144.765,01, contendo as seguintes imputações:

Infração 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro do exercício de 2011. Valor exigido: R\$42.330,17, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Ocorrência verificada no mês de junho do exercício de 2011. Valor exigido: R\$11,99, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – Utilizou indevidamente crédito fiscal referente a documentos falsos ou inidôneos. Constou da peça acusatória que o contribuinte apresentou notas fiscais de aquisição tendo como remetente a empresa Comercial de Estivas Matos, I.E. 054.475.186 e CNPJ 03.751.706/0002-64. A citada empresa informou à SEFAZ-Ba, através do processo SIPRO nº 091716/2016-3, que encerrou suas atividades em 31 de dezembro de 2010 e que não houve movimentação nos exercícios de

2011 e 2012. No rodapé das notas fiscais apresentadas, a autorização para a confecção dos formulários contínuos é do número 000.001 a 5.000. Nas notas fiscais apresentadas a numeração é a partir de 16.000. Demonstrativo de Débito, fotocópias das notas fiscais, fotocópia do processo SIPRO nº 091716/2016-3 e cópias dos livros Registro de Entradas de Mercadorias e Apuração do ICMS anexados a este PAF. Ocorrência verificada nos meses janeiro, fevereiro, março, abril, outubro e dezembro do exercício de 2011. Valor exigido: R\$46.679,03, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. IV, letra “j”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - Utilizou indevidamente crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Saídas isentas nas operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extrativos animais e vegetais (art. 14, inc. I, letra “b”, do Dec. nº 6.284/97 – RICMS). Ocorrência verificada no mês de dezembro do exercício de 2011. Valor exigido: R\$67,56, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 - Utilizou indevidamente crédito fiscal referente a aquisições de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto. Saídas internas com redução de base de cálculo de 100% das mercadorias arroz e feijão, óleos comestíveis vegetais e pescados (art. 78-A e 87, incs. VII e XXXVI, do Dec. nº 6.284/97 – RICMS). Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro do exercício de 2011. Valor exigido: R\$8.046,76, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal referente a imposto não destacado no documento fiscal. Ocorrência verificada no mês de novembro do exercício de 2011. Valor exigido: R\$43,25, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 - Utilizou indevidamente crédito fiscal em valores superiores aos destacados nos documentos fiscais. Ocorrência verificada nos meses de abril, junho, outubro, novembro e dezembro do exercício de 2011. Valor exigido: R\$2.836,25, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 08 – Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação ou do exterior. Ocorrência verificada nos meses de janeiro, abril, maio, julho, agosto e dezembro do exercício de 2011. Valor exigido: R\$18.776,23, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 09 – Deixou de efetuar 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 exterior. Ocorrência verificada nos meses de abril, julho, agosto, setembro e outubro do exercício de 2011. Valor exigido: R\$2.998,78, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 10 – Efetuiu 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 exterior. Ocorrência verificada nos meses de janeiro, março, maio, junho e dezembro do exercício de 2011. Valor exigido: R\$1.516,86, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 11 - Deixou de efetuar recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Ocorrência verificada nos meses de março a outubro do exercício de 2011. Valor exigido: R\$4.152,15, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 12 – Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Ocorrência verificada nos meses de março a outubro do exercício de 2011. Valor exigido: R\$493,00, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 13 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Descumprimento de obrigação acessória. Aplicada a multa de 1% sobre o valor comercial das entradas, prevista no art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de janeiro e março do exercício de 2011. Valor exigido: R\$252,98.

Infração 14 – Deixou o contribuinte de efetuar a entrega dos arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital – EFD – ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária. Os arquivos com as EFDs apresentadas pelo contribuinte não contêm as operações realizadas. Descumprimento de obrigação acessória. Aplicada a multa fixa de R\$ 1.380,00 sobre o valor comercial das entradas, prevista no art. 42, inc. XIII-A, letra “I”, da Lei nº 7.014/96. Ocorrência verificada nos meses de janeiro a dezembro do exercício de 2011. Valor total exigido: R\$16.560,00.

O contribuinte foi notificado do lançamento em 23/09/2016, através de intimação pessoal firmada por procurador habilitado nos autos (doc. fls. 1638/1639). Ingressou com defesa administrativa protocolada na Infaz Ilhéus, em 24/11/2016. A petição defensiva se encontra anexada às fls. 1.642 a 1.656 deste PAF.

O contribuinte pontuou, inicialmente que a autuante, apesar de zelosa e diligente, não cumpriu o prescrito no inciso III do art. 39, do RPAF/99, visto que não existe clareza no que se refere aos fatos relatados na peça acusatória e que foram detectadas discrepâncias nas planilhas que serviram de base para a apuração do imposto em confronto com a documentação fiscal da empresa e o enquadramento legal das infrações.

Ressaltou ainda que o § 1º do art. 39 do Decreto nº 7.629/99 (RPAF) exige que se lavre o Auto de Infração no estabelecimento do infrator. Disse que somente tomou conhecimento do Auto de Infração quando da sua assinatura. Portanto, sustenta que essas situações implicam em nulidade da autuação, nos termos do § 1º do art. 18 do citado regulamento, pelos vícios que entende insanáveis, acima apontados.

Mais à frente, discorreu que no processo em apreço não consta os elementos documentais em que a autuante se baseou para imputar as infrações referidas. Disse que os “demonstrativos” não fazem qualquer referência a que infração correspondem. Que caberia à auditora fiscal explicar em que elementos se baseou para lançar as infrações correspondes e a vinculação das mesmas a determinado “demonstrativo”. Sustenta que essa situação seria mais uma hipótese de nulidade processual.

Argumenta que as situações acima descritas configuram CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA da autuada, a qual, por não saber a que período fiscal ou contábil a infração se refere, e que a autuante passou por cima da legislação tributária pertinente, ou seja, exigiu da autuada, o pagamento de tributo sem indicar o período em que se verificaram os ilícitos fiscais.

Suscitou, em seguida, a preliminar de decadência dos créditos tributários de todo o período anterior à 27/06/2011, com fundamento nas disposições do inciso V do art. 156 c/c o § 4º do art. 150 da Lei nº 5.172, de 25.10.1966 (CTN), bem como da jurisprudência pátria, em decisões recentes exaradas pelas Cortes Judiciais superiores (Superior Tribunal de Justiça – STJ, e Supremo Tribunal Federal – STF).

Ressaltou que a decadência é conceituada como o perecimento do direito pelo não exercício dentro de determinado prazo. Que não comporta suspensão nem interrupção e é irrenunciável, devendo ainda ser pronunciada de ofício.

Disse que no caso em exame houve a apuração e o prévio recolhimento do tributo pela empresa autuada, sem qualquer intervenção prévia da autoridade administrativa. Que uma vez efetivada a apuração do montante devido, poderia o fisco homologar o que fora declarado, ficando o declarante (sujeito passivo) no aguardo desta ulterior homologação. No entanto, em não havendo esta fiscalização dos atos praticados pelo contribuinte, há que ser observado o lapso temporal

para sua realização (homologação tácita), que será de cinco anos, contados do fato gerador, conforme dispõe no §4º do artigo 150 do CTN.

Ao ingressar nas razões de mérito a defesa passou a discorrer sobre as infrações que lhe foram imputadas, fazendo análise em separado de cada umas das ocorrências fiscais.

Infrações 01 e 02 - Entende a defesa estar assegurado o direito aos créditos que foram utilizados na escrita fiscal nos termos do que dispõe a legislação pertinente conforme comprovaria a documentação fiscal anexada. Afirmou ainda que é permitido, no dispositivo legal em que se baseou as cobranças impugnadas e nas notas fiscais e planilhas anexadas, o direito à apropriação do crédito fiscal e que a empresa 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 anexos. Pede que essas exigências fiscais sejam declaradas indevidas.

Infração 03 – Salientou a defesa que os créditos utilizados pela empresa autuada foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo. Disse que os créditos destacados nas notas fiscais se referem a negócio comercial legal e lícito. Que a numeração das notas fiscais está em conformidade com as autorizações de uso fornecidas pela SEFAZ-Ba e que, quando da emissão dos referidos documentos, a empresa emitente não se encontrava na condição de inapto. Em decorrência, os documentos que acobertaram as entradas eram idôneos e, portanto, legítimos os créditos lançados na escrita fiscal da empresa autuada. Disse ainda que essa infração necessita de um melhor esclarecimento por parte da autuante.

Infrações 04 e 05 – Mais uma vez a defesa afirmou que os créditos lançados em sua escrita fiscal estão previstos em lei e se encontram devidamente comprovados a partir da documentação fiscal anexada aos autos (livro Registro de Apuração do ICMS). Declarou também que essa infração necessita de um melhor esclarecimento por parte da autuante.

Infrações 06, 07 e 13 – Novamente a defesa afirma que os créditos utilizados em sua escrita fiscal estão previstos em lei e se encontram devidamente comprovados com a documentação fiscal anexada à peça impugnatória. Que também não houve a entrada de mercadorias em seu estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal. Pontuou que os documentos contábeis e livros fiscais próprios anexados à peça de defesa elidem a exigência fiscal.

Infração 08 – Ressaltou inicialmente a defesa que não foi indicado nos Demonstrativos que lastreiam essa exigência fiscal em que “lugar” da documentação fiscal ou contábil foram apuradas as diferenças lançadas no Auto de Infração. Em seguida afirmou que os créditos utilizados em sua escrita fiscal estão previstos em lei e se encontram devidamente comprovados com a documentação fiscal anexada à peça impugnatória.

Infrações 09 e 11 – Reiterando o quanto já afirmado anteriormente em relação às demais ocorrências, a defesa afirma que efetuou todos os lançamentos fiscais contábeis e promoveu ao pagamento de todos os tributos devidos no período abrangido pela autuação. Que não há que se falar, no caso concreto, em recolhimento a menor do tributo.

Infrações 10 e 12 – A defesa declarou que a autuante não atentou para o fato de que a responsabilidade da empresa autuada é supletiva, ou seja, que deveria a auditora fiscal ter lavrado o A.I. contra a empresa remetente das mercadorias tendo em vista as disposições normativas existentes nos acordos interestaduais firmados entre os entes federados. Que somente após o esgotamento dos meios de cobrança previstos na legislação é que se poderia exigir o imposto da empresa ora autuada e mesmo assim, com a possibilidade de pagamento espontâneo, de acordo com o previsto nas normas do RICMS (Regulamento do ICMS).

Infração 14 – A autuada requereu o cancelamento da penalidade lançada neste item do Auto de Infração em razão da sua conduta ter sido praticada sem dolo, fraude ou simulação, e que a

omissão apurada não resultou em falta de recolhimento de tributo.

Informou ainda que não houve intimação para a apresentação da EFD (escrituração fiscal digital) e que as mesmas, em sua totalidade, foram transmitidas, conforme documentos em anexo.

Em razões subsidiárias solicitou que caso não seja possível a exclusão integral da penalidade, que se determine a redução da pena pecuniária, com base nas disposições do art. 158 do RPAF/99, norma cujo teor transcreveu na peça impugnatória.

Foi prestada informação fiscal em 23/12/2016, peça que se encontra apensada às fls. 1.663 a 1681 deste PAF.

No tocante às nulidades suscitadas pela defesa, a autuante declarou que os documentos inseridos às folhas 1 a 12 (referentes ao Auto Infração) informam com clareza as infrações cometidas pela empresa autuada e os correspondentes enquadramentos legais. Quanto às planilhas, as mesmas foram elaboradas com base nos livros e documentos fiscais apresentados pela autuada no curso da ação fiscal.

No que pertine à alegação de que o A.I. foi lavrado na repartição fiscal, a autuante transcreveu na peça informativa as disposições do § 1º, do art. 39 do Decreto nº 7.629/99, com o seguinte teor:

*§ 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na **repartição fazendária** ou no local onde se verificar ou apurar a infração.*

Além das alegações anteriores, afirma a autuada que os fatos e fundamentos do processo são divergentes, contraditórios e imprecisos. Mais uma vez reafirma que a autuante, em seus demonstrativos, não informa a que infração esses demonstrativos se referem, e que nas infrações tipificadas no processo não consta o indicativo em que a autuante se baseou para caracterizar as referidas infrações.

Acrescentou que as afirmações defensivas de que os fatos e fundamentos do processo são divergentes, contraditórios e imprecisos não procedem. Pontuou que os demonstrativos são claros e em consonância com as infrações tipificadas no presente processo, ou seja, os demonstrativos seguem as sequências das infrações contidas no Auto de Infração e que a autuada recebeu os demonstrativos e a via do Auto de Infração, conforme comprovam os documentos de folhas 1636 a 1637.

Observou ainda que, em conformidade com as disposições do § 1º, do art. 19 do RPAF/99, que as eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais, contidas na legislação, não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Acrescentou ainda que os demonstrativos de débito relacionados a cada infração, as fotocópias e vias dos documentos fiscais anexados nos respectivos demonstrativos, os documentos de folhas 1465 a 1580 (cópias do Livro Registro de Entrada de Mercadorias), os documentos de folhas 1581 a 1606 (cópias do Livro Registro de Apuração do ICMS) e os documentos de folhas 1 a 12 (Auto Infração), demonstram com clareza e precisão as infrações que foram imputadas ao contribuinte, conforme será melhor detalhado na abordagem das questões de mérito.

Quanto à preliminar de decadência dos créditos tributários reclamados cinco anos antes da lavratura do Auto de Infração, a autuante sustenta que essa questão se encontra expressamente regulada pelas disposições do art. 965 do RICMS/97, vigente à época das ocorrências lançadas, com contagem do prazo decadencial a partir de 01/01/2011 e encerramento em 31/12/2016. Que a

lavratura do A.I. se deu em 21/09/2016, não estando configurada a decadência dos créditos lançados de ofício.

Ao ingressar nas razões de mérito a autuante, seguindo a mesma metodologia adotada pela defesa, procedeu à análise em separado de cada uma das ocorrências fiscais.

Infrações 01 e 02 – Base documental da ocorrência: demonstrativo de débito (fls. 18 a 41); vias das notas fiscais (fls. 42 a 925); cópia do Protocolo ICMS nº 106, de 10 de agosto de 2009 (doc. fls. 1607 a 1622) e fotocópias dos Livros Registro de Entrada (doc. fls. 1465 a 1580) e do livro Registro de Apuração de ICMS (doc. fls. 1581 a 1606).

Afirmou a autuante que a defendente não anexou na peça impugnatória nenhuma documentação fiscal ou planilha para contraditar a acusação fiscal, conforme comprovam os documentos de folhas 1642 a 1659. Enfatizou, em seguida, que ao contrário do que foi afirmado pela autuada, a legislação do ICMS não permite a utilização de crédito fiscal referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação ou substituição tributária, conforme dispõe o art. 97 do RICMS/BA/97, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

A autuante registrou ainda que a defendente recebeu os demonstrativos de débito das infrações 01 e 02, conforme comprovam os documentos juntados às folhas 1636 a 1637.

Infração 03 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documento (s) fiscal (is) falso (s), ou inidôneo (s). **Base documental da ocorrência:** Demonstrativo de débito (doc. fls. 929); fotocópias das notas fiscais (docs. fls. 930 a 940); fotocópia do processo SIPRO nº 091716/2016-3 (doc. fls. 641 a 945); e, fotocópias dos Livros Registro de Entrada (doc. fls. 1465 a 1580) e Registro de Apuração de ICMS (doc. fls. 1581 a 1606).

Afirmou a autuante que as alegações defensivas não procedem, visto que a autuada não juntou na peça de defesa nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os elementos anexados às folhas 1642 a 1659. Que a empresa **Comercial de Estivas Matos Ltda**, inscrição estadual nº 054.475.186 e CNPJ nº 03.751.706/0002-64, informou à Secretaria da Fazenda-Ba, através do processo SIPRO nº 091716/2016-3 (docs. fls. 941 a 945), que encerrou suas atividades em 31 de dezembro de 2010, e, que não houve movimentação econômica dessa empresa nos anos 2011 e 2012. Acrescentou que no rodapé das notas fiscais apresentadas (docs. fls. 930 a 940), a autorização para confecção dos formulários contínuos é do número 000.001 a 5.000 e que a numeração das notas fiscais é superior a 5.000, conforme comprovam os documentos de folhas 930 a 940 (cópias das notas fiscais).

Quanto à alegação da autuada que o imposto destacado nas referidas notas fiscais foi pago pelo remetente não procede, tendo em vista que a própria remetente informou à Secretaria da Fazenda-Ba que encerrou suas atividades em 31 de dezembro de 2010 e que não houve movimento econômico nos exercícios de 2011 e 2012 (doc. fls. 941 a 945). Que além do comunicado, feito pelo remetente, de que encerrou suas atividades em 31/12/2010 (docs. fls. 941 a 945), a mesma se tornou INAPTA em 14/09/2011, conforme consta no Sistema INC da Secretaria da Fazenda - Ba. Os documentos de folhas 938 a 940 (notas fiscais) têm como data de saída os meses de outubro e dezembro de 2011, portanto, após a inaptidão do remetente. Em decorrência, as notas fiscais apresentadas e objeto do presente processo são inidôneas, conforme dispõe o art. 209 do RICMS/97, com a seguinte redação:

Art. 209. Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que:

(...)

III - não guardar os requisitos ou exigências regulamentares, inclusive no caso de utilização após vencido o prazo de validade nele indicado;

(...)

VII - for emitido por contribuinte:

a) fictício ou que não estiver mais exercendo suas atividades;

Ponderou que caso não seja este o entendimento do CONSEF, estaria comprovado nos autos que as notas fiscais de aquisição de parte das mercadorias acobertadas pelos documentos fiscais estariam enquadradas no regime de antecipação tributária total, que não permite, de acordo com as normas legais, a utilização de créditos fiscais do ICMS. Anexou na Informação Fiscal, planilha onde identifica data de registro, número das notas fiscais, base de cálculo, valor do ICMS e as mercadorias que estavam acobertadas pelos citados documentos.

Infrações 04 e 05 – A base documental dessas infrações compreende: o Demonstrativo de débito (doc. fls. 949 a 956); vias das notas fiscais (doc. fls. 957 a 1144); fotocópias dos Livros Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 1465 a 1580) e do Registro de Apuração do ICMS (docs. fls. 1581 a 1606); e, demonstrativo de débito (docs. fls. 949 a 956), recebido pela autuada, conforme documentos de folhas 1636 a 1637.

Relatou a autuante que o contribuinte, na peça de defesa, também não apresentou nenhuma documentação fiscal que elidisse essas ocorrências, conforme se encontra detalhado nas peças inseridas às fls. 1642 a 1659. Que no texto do A.I. a infração foi fundamentada nas disposições do RICMS-Ba de 1997, que tratam da isenção e da redução da base de cálculo (art. 14, inc. I, letra “b” e art. 78-A e art. 87, incs. VII e XXXVI, do RICMS).

Infração 06 - A base documental dessa ocorrência se encontra inserida: no Demonstrativo de débito (doc. fl. 1145), via da nota fiscal (doc. fl. 1146) e fotocópias dos Livros Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 1465 a 1580) e Registro de Apuração do ICMS (doc. fls. 1581 a 1606). Pontuou que a via da nota fiscal anexada ao presente processo (doc. fl. 1146) comprova que na mesma não há destaque do ICMS, entretanto, consta ICMS creditado, por ocasião do lançamento da referida nota fiscal no Livro Registro de Entrada de Mercadorias (doc. fls. 1465 a 1580). No demonstrativo de débito (doc. fl. 1145) está indicada a data de registro, número da nota fiscal e valor do ICMS creditado.

Infração 07 – A base documental dessa infração, por sua vez, se encontra documentada no Demonstrativo de débito (docs. fls. 1147 a 1149), vias das notas fiscais (docs. fls. 1150 a 1261) e fotocópias dos Livros Registro de Entrada de Mercadorias (doc. fls. 1465 a 1580) e Registro de Apuração do ICMS (docs. fls. 1581 a 1606). Registrou que as vias das notas fiscais anexadas ao presente processo (doc. fls. 1150 a 1261) comprovam que os valores do ICMS nelas destacados são inferiores ao ICMS creditado no Livro Registro de Entrada de Mercadorias (doc. fls. 1465 a 1580). Acrescentou que no demonstrativo de débito (doc. fls. 1147 a 1149) foi indicada a data de registro, número das notas fiscais, valor do ICMS creditado e o valor do ICMS destacado nas referidas notas fiscais.

No tocante à **infração 13**, relacionada à falta de registro de aquisição de mercadorias na escrita fiscal, a autuante declarou que a **base documental** dessa ocorrência integra o Demonstrativo de débito (doc. fl. 1461); vias das notas fiscais (docs. fls. 1462 a 1463) e cópia do Livro Registro de Entrada de Mercadorias (doc. fls. 1465 a 1580). Detalhou que o Livro Registro de Entrada de Mercadoria (doc. fls. 1465 a 1580) comprova que as referidas notas fiscais (docs. fls. 1462 a 1463) não estão registradas e que no demonstrativo de débito (doc. fls. 1461) foi indicada a data de emissão e os números das notas fiscais.

Infração 08 – Pontuou a autuante que a **base documental** dessa ocorrência se encontra detalhada no Demonstrativo de débito (doc. fl. 1262); demonstrativo de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, por mês de pagamento (doc. fl. 1263); cópias dos DAEs de recolhimento (docs. fls. 1264 a 1273) e fotocópias dos Livros Registro de Apuração do ICMS (doc. fls. 1581 a 1606). Que no demonstrativo de débito dessa ocorrência (doc. fl. 1262), está indicado com clareza a infração, “Auditoria de indevida de crédito fiscal – ICMS parcial utilizado a maior na coluna Outros Créditos no Livro Registro de apuração do ICMS”. Já na coluna VALOR LANÇADO constam os valores escriturados pela autuada nos Livros Registros de Apuração do ICMS (docs. fls. 1581 a 1606). Por sua vez, na coluna CRÉDITO CORRETO, constam os valores que a autuada deveria ter

lançado na coluna “Outros Créditos” dos Livros Registro de Apuração do ICMS. Que o demonstrativo inserido a folha 1263 – demonstrativo de ICMS parcial por mês de pagamento - e os documentos de folhas 1264 a 1273 (vias dos DAEs – documentos de arrecadação estadual) comprovam esses valores.

Detalhou ainda que nos documentos de folhas 1264 a 1273 (vias dos DAEs de recolhimento) a autuada identifica a especificação da Receita Tributária como ICMS ANTECIPAÇÃO DE DESCREDENCIADOS OU COMO ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL, entretanto, como comprova o demonstrativo de ICMS parcial por mês de pagamento (doc. fl. 1263), parte dos recolhimentos referem-se a mercadorias enquadradas no regime de antecipação tributária total, o que não permite direito ao crédito fiscal de ICMS. Por fim, declarou que o contribuinte, na peça de defesa, não apresentou nenhuma documentação fiscal para elidir a infração, conforme comprovariam os documentos de folhas 1642 a 1659.

Infração 09 – Essa infração tem por **lastro documental** o demonstrativo de débito (doc. fls. 1274 a 1275); vias das notas fiscais (docs. fls. 1276 a 1284); demonstrativos de recolhimento do ICMS antecipação tributária (docs. fls. 1304 a 1305); vias dos DAEs de recolhimento (docs. fls. 1306 a 1315); cópia do Livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 1465 a 1580) e comprovantes de recolhimento (Sistema INC - docs. fls. 1623 a 1631). Registrou a autuante que a autuada, quando da elaboração da defesa, não apresentou nenhuma documentação fiscal que elidisse a autuação conforme informações inseridas às folhas 1642 a 1659 deste PAF.

Infração 11 – Disse que as **bases documentais** dessa ocorrência estão contempladas no Demonstrativo de Débito (doc. fls. 1316 a 1319); vias das notas fiscais (docs. fls. 1320 a 1395); demonstrativos de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial por mês de referência (doc. fls. 1449); cópias dos DAEs de recolhimento (docs. fls. 1450 a 1463); fotocópia do Livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. 1465 a 1580) e comprovante de recolhimento (Sistema INC da SEFAZ-Ba - docs. fls. 1623 a 1631).

Declarou que os documentos anexados ao presente processo comprovam que não houve recolhimento em relação às notas fiscais constantes do demonstrativo de folhas 1316 a 1319, referente aos meses de março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro e outubro de 2011, e que a autuada, quando da elaboração da peça de defesa, não apresentou nenhuma documentação fiscal que elidisse essa ocorrência, conforme comprovariam as informações inseridas às folhas 1642 a 1659 deste PAF.

Infração 10 – A **base documental** dessa ocorrência se encontra detalhada no demonstrativo de débito (doc. fls. 1285 a 1286); vias das notas fiscais (docs. fls. 1287 a 1303); demonstrativos de recolhimento do ICMS antecipação tributária (docs. fls. 1304 a 1305); cópia do Livro Registro de Entrada de Mercadorias (doc. fls. 1465 a 1580) e comprovantes de recolhimento do imposto (Sistema INC - docs. fls. 1623 a 1631).

Declarou a autuante que os documentos anexados ao presente processo comprovam que houve recolhimento a menor do ICMS devido a título de antecipação tributária total em relação às notas fiscais constantes no demonstrativo de folhas 1623 a 1631, anexados ao presente processo, referente aos meses de janeiro, março, maio, junho e dezembro do exercício de 2011. Afirmou também que a defendente não apresentou nenhuma documentação fiscal que elidisse essa ocorrência.

Infração 12 – A **base documental** dessa infração se encontra detalhada no demonstrativo de débito (doc. fls. 1396 a 1398), vias das notas fiscais (docs. fls. 1399 a 1448); demonstrativos de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial por mês de referência (doc. fl. 1449); cópias dos DAEs de recolhimento (docs. fls. 1450 a 1463); fotocópia do Livro Registro de Entrada de Mercadorias (doc. fls. 1465 a 1580) e comprovante de recolhimento (Sistema INC - docs. fls. 1623 a 1631).

Declarou que os documentos anexados ao presente processo comprovam que houve recolhimento a menor do ICMS devido a título de antecipação tributária parcial em relação às notas fiscais constantes no demonstrativo de folhas 1399 a 1448, anexados ao presente processo e

relacionados aos meses de janeiro, março, maio, junho e dezembro de 2011. Afirmou também que a defesa não apresentou nenhuma documentação fiscal que elidisse essa ocorrência.

Infração 14 – Nessa ocorrência o contribuinte 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. O contribuinte apresentou a EFD, porém, não informou as operações realizadas (doc. fl. 1464). Foi anexado aos autos mídia digital (CD), contendo os arquivos apresentados pelo contribuinte (doc. fl. 1464). Disse a autuante que essa imputação não foi por falta de entrega da EFD e sim apresentação da escrita digital sem conter nos arquivos das operações realizadas.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 14 (catorze) imputações conforme se encontra detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão.

Em razões preliminares a defesa suscitou a nulidade do Auto de Infração ao argumento de que o mesmo deveria ter sido lavrado no estabelecimento do infrator e que a descrição dos fatos deveria ter sido exposta com clareza e precisão, com a correspondente vinculação dos Demonstrativos a cada ocorrência fiscal.

Observe, entretanto, que os documentos inseridos às folhas 1 a 12 deste PAF (texto do Auto Infração) descrevem de forma detalhada as infrações que são imputadas ao sujeito passivo e os correspondentes enquadramentos legais. Quanto aos Demonstrativos que serviram de lastro probatório das exigências fiscais, observe que os mesmos têm por fonte ou origem os dados e informações extraídas dos livros e documentos fiscais apresentados pela autuada no curso da ação fiscal, compreendendo:

- 1 - Auditoria do crédito indevido – produtos da antecipação tributária (fls. 18 a 41), por período mensal;
- 2 – Auditoria da antecipação parcial – falta de recolhimento e recolhimento a menor (doc. fls. 1316 a 1319 e fls. 1396 a 1398, respectivamente).

No que pertine à alegação de que o A.I. foi lavrado na repartição fiscal, as disposições do § 1º do art. 39 do Decreto nº 7629/99 (RPAF), estabelecem que:

*§ 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na **repartição fazendária** ou no local onde se verificar ou apurar a infração.*

Os demonstrativos de débito relacionados a cada infração, as fotocópias e vias dos documentos fiscais anexados ao PAF; os documentos de folhas 1465 a 1580 (Livro Registro de Entrada de Mercadorias), os documentos de folhas 1581 a 1606 (Livro Registro de Apuração do ICMS) e o documento de folhas 1 a 12 (texto do Auto Infração), demonstram com clareza e precisão as infrações que foram imputadas ao contribuinte, conforme será melhor detalhado na abordagem das questões de mérito.

Em conformidade com as disposições do § 1º, do art. 19 do RPAF/99, as eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário.

Face ao acima exposto e considerando as disposições expressas da legislação do processo administrativo fiscal acima transcritas, não acolho as arguições de nulidades apresentadas na peça defensiva.

A impugnante suscitou a decadência parcial dos créditos tributários reclamados em relação aos fatos geradores verificados antes de 27/06/2011. Observe, entretanto, que o A.I. foi lavrado em 21/09/2016, com ciência ao contribuinte em 23/09/2016. As imputações objeto da citada preliminar

estão relacionadas cobranças de imposto por recolhimento a menor e utilização indevida de crédito fiscal.

Na vigência das normas revogadas do COTEB (CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO ESTADO DA BAHIA – LEI Nº 3.956/81), a contagem do prazo decadencial era unificada sendo considerado como “*dies a quo*” para qualquer situação, independentemente da conduta do contribuinte:

I – o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento administrativo poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornasse definitiva a decisão anulatória, por vício formal, de lançamento administrativo anteriormente efetuado.

Essa matéria, no Supremo Tribunal Federal (STF), foi objeto da edição da Súmula Vinculante (SV) nº 08, de 12 de junho de 2008. A Corte Superior ao expor as razões que serviram de embasamento para a edição da citada Súmula, fez menção aos RE's 560.626-1, 556.664-1 e 559.943-4, sinalizando que tanto sob a égide da Constituição pretérita (art. 18, § 1º, da CF de 1967/69) quanto sob a Constituição atual (art. 146, III, "b", da CF de 1988), a prescrição e a decadência só poderiam ser disciplinadas por LEI COMPLEMENTAR, de âmbito nacional, por serem institutos gerais de direito tributário. Para o STF, somente o CTN poderia prever prazos prescricionais e decadenciais em torno da matéria tributária, visto que regulação normativa distinta por cada ente da federação implicaria em ofensa a diversos princípios, entre eles a isonomia e a segurança jurídica.

Destaco que as razões ou fundamentos de decidir que conduziram à edição da SV nº 08 não integraram o verbete sumular que se ateve à inconstitucionalidade de dispositivos de normas federais que tratavam de decadência e prescrição de contribuições previdenciárias. Eis o teor da Súmula: “***São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Dec-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212, que tratam da prescrição e da decadência de crédito tributário***”. Todavia, foi indicado, com bastante precisão o entendimento do plenário do STF a respeito do tema da decadência tributária, afastando-se a tese da possibilidade e regulação desse instituto do direito em legislação firmada por cada ente da Federação.

Em sintonia com os entendimentos acima alinhavados, especialmente nas hipóteses de pagamento parcial de tributos lançados por homologação, foram proferidas, mais recentemente, decisões originárias do Tribunal de Justiça da Bahia, a exemplo da Apelação nº **0510938-28.2013.8.05.0001** – Relator Des. Lidivaldo Reaiche Raimundo Britto e Agravo Regimental nº **0566887-03.2014.8.05.0001/50000** – Relator Des. Mauricio Kertzman Szporer. No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no AgRg no REsp (Agravo Regimental no Recurso Especial) nº **1532105 -RR** – Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho (data do julgamento: 15/03/2016) e no AgRg no REsp nº **131802015 - RS** – Relator Min. Benedito Gonçalves (data do julgamento: 15/08/2013).

Por sua vez, a Procuradoria do Estado da Bahia (PGE/PROFIS) através de diversos Pareceres Jurídicos acostados em processos administrativos fiscais que tramitaram neste CONSEF tem ressaltado a inafastabilidade do entendimento consolidado na Súmula Vinculante nº 8 do STF, de que as regras concernentes à decadência e prescrição se encontravam reservadas pela C.F. à regulação por lei complementar nacional, não havendo possibilidade de êxito de tese contrária na esfera judicial, vinculada à aplicação de normas previstas na legislação estadual. Em decorrência a PGE vem se pronunciando nos PAFs esboçando as seguintes conclusões:

- a exemplo do que fez o próprio STF quando da edição da Súmula Vinculante (SV) nº 08, seria pertinente a aplicação da técnica da modulação de efeitos dos atos de interpretação voltados ao reconhecimento da decadência, de forma que a Administração judicante poderia decidir pela invalidação dos autos de infração que aplicassem o prazo previsto pelo art. 107-B, § 5º, do COTEB, se lavrados em data posterior à pacificação do entendimento do STF, ou seja, após a edição da SV nº 8, em 12 de julho de 2008;

- ao reconhecer a mudança de orientação jurisprudencial com o fim de atender o interesse público primário no sentido de evitar a litigiosidade do Estado e a ocorrência de sucumbências judiciais desnecessárias o Parecer sugere que seja reconhecida a decadência de constituir o crédito tributário apenas quanto aos lançamentos lavrados após a consolidação da dessa mudança de entendimento, ou seja, somente em relação aos autos de infração lavrados em data posterior a 12 de julho de 2008;

- Assim, aplicando a orientação fixada pela SV nº 08 do STF foi sugerido no Parecer da PGE a dispensa de intervenções judiciais pelos Procuradores do Estado observados os seguintes critérios, abaixo reproduzidos:

i) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e não pago ou simplesmente ausência de declaração e pagamento (omissão de operação ou prestação de serviços tributáveis), deve ser aplicada a regra do art. 173, inciso I, do CTN e do art. 107-B, §5º do COTEB (prazo decadencial contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador);

ii) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, c/c art. 173, inciso I e parágrafo único, do CTN (prazo decadencial contado a partir do primeiro dia do exercício seguinte à expedição de ato declarando a existência de dolo, fraude ou simulação ou da notificação ao sujeito passivo de medida preparatória para constituir o fato jurídico dolo, fraude ou simulação);

iii) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de dolo, fraude ou simulação quanto a débito declarado e pago, integral ou parcialmente, e, havendo notificação do sujeito passivo de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, c/c 173, parágrafo único do CTN (prazo decadencial contado a partir do recebimento da notificação pelo sujeito passivo);

iv) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, em data anterior à 12 de junho de 2008, deve ser aplicada a regra do art. 107-B, §5º do COTEB;

v) com relação aos autos de infração lavrados quando verificada a existência de débito declarado e pago, integral ou parcialmente, em data posterior à 12 de junho de 2008, deve ser aplicada a regra do art. 150, §4º, do CTN.

O entendimento exposto acima foi objeto de Consolidação pela Procuradoria Estadual no Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0.

Portanto, tratando-se de lançamento de ofício corretivo dos atos de apuração e pagamento realizados pelo contribuinte, relacionados a cobranças de imposto por recolhimento a menor, utilização indevida de crédito fiscal e multa percentual de imposto não pago por antecipação, porém com recolhimento na saída subsequente, via tributação normal, nos encontramos diante de situações que se enquadram na regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN, ou seja, trata-se de hipótese de lançamento por homologação que somente ocorre nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se a posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade.

No caso concreto o A.I. em exame foi lavrado em 21/09/2016, com ciência ao contribuinte em 23/09/2016. Os fatos geradores das infrações 01, 02, 03, 05, 07, 08, 10 e 12, anteriores 30/08/2011, ou seja, concretizados antes do interstício de 5 (cinco) anos, com datas de ocorrências em 31/01/2011, 28/02/2011, 31/03/2011, 30/04/2011, 31/05/2011, 31/06/2011, 31/07/2011 e 31/08/2011, foram atingidos pela decadência. Os créditos tributários reclamados naquelas datas ficam extintos, incidindo neste caso a regra do art. 156, inc. V, do CTN, que apresenta o seguinte teor:

Art. 156 – Extinguem o crédito tributário:

(...)

V – a prescrição e a decadência.

Passo a examinar a partir de agora a preliminar de decadência em relação às infrações 13 e 14, relacionadas a descumprimento de obrigações acessórias.

As obrigações de escrituração dos livros fiscais e apresentação dos arquivos da EFD (Escrituração Fiscal Digital), das DMA (Declarações Mensais de Apuração do ICMS) e demais informações de interesse do fisco, previstas na legislação de regência do tributo, estão no rol, conforme já alinhado acima, das denominadas obrigações instrumentais ou acessórias (obrigações de fazer). São informações indispensáveis e necessárias para que o fisco possa aplicar os roteiros de fiscalização a partir dos registros de entradas, saídas, estoques etc. O não cumprimento dessas obrigações pelo sujeito passivo enseja a aplicação de penalidades pecuniárias, observados os procedimentos legais prévios para lançamento das mesmas, previstos nas normas de regência, com especial destaque, em relação aos arquivos magnéticos, para a prévia e necessária intimação visando a correção das inconsistências ou omissões.

Tratando-se de obrigação de fazer, mediante a transmissão e entrega dos arquivos magnéticos ao fisco e das informações econômico-fiscais, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 173, inc. I, do CTN, cujo prazo “*a quo*” ou inicial tem contagem a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado. Diante da inércia do contribuinte de não apresentar os arquivos ou informações econômico-fiscais ou apresentá-los com inconsistência, não há ato do sujeito passivo a ser homologado pelo fisco. Nessa linha de entendimento, considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 21/09/2016, o prazo de decadência em relação aos fatos geradores verificados no exercício de 2011 teve início em 01/01/2012, encerrando-se em 31/12/2016, de forma que não se encontrava extinto o direito do fisco de lançar as penalidades por descumprimento das obrigações instrumentais cobradas neste Auto de Infração.

Diante do acima exposto, concluo as penalidades lançadas nos itens 13 e 14 não estão alcançadas pela decadência.

No mérito, examinarei cada uma das infrações imputadas ao sujeito passivo na ordem como foram abordadas pela defesa na peça impugnatória.

As infrações 01 e 02 apresentam a seguinte base documental: demonstrativo de débito (fls. 18 a 41); vias das notas fiscais (fls. 42 a 925); cópia do Protocolo ICMS nº 106, de 10 de agosto de 2009 (doc. fls. 1607 a 1622) e fotocópias dos Livros Registro de Entrada (doc. fls. 1465 a 1580) e do livro Registro de Apuração de ICMS (doc. fls. 1581 a 1606). A exigência fiscal sobre a utilização indevida de crédito fiscal em relação a operações com mercadorias sujeitas ao pagamento do ICMS de forma antecipada ou por substituição tributária.

Observe, inicialmente, que a defesa não anexou na peça impugnatória nenhuma documentação fiscal ou planilha para contraditar essas acusações.

Ao contrário do que foi afirmado pela autuada, a legislação do ICMS não permite a utilização de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida (s) com pagamento de imposto por antecipação ou substituição tributária, conforme dispõe o art. 97, inc. IV, letra “b”, do RICMS/BA-1997, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, com a seguinte redação:

Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

(...)

IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:

(...)

b) tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, salvo exceções expressas (arts. 356 e 359);

Ficam mantidas as exigências fiscais que compõem os itens 01 e 02, com a exclusão das parcelas do crédito tributário extintas pela decadência.

Infração 01 – Procedente em parte - acolhida a decadência em relação aos fatos geradores dos meses de janeiro a agosto de 2011.

Ocorrência	Vencimento	Vlr histórico	Vlr. Pós julgamento
30/09/2011	09/10/2011	1.957,23	1.957,23
31/10/2011	09/11/2011	1.502,74	1.502,74
30/11/2011	09/12/2011	1.767,19	1.767,19
31/12/2011	09/01/2012	2.111,78	2.111,78
TOTAL		7.338,94	7.338,94

Infração 02 – Improcedente – acolhida a decadência em relação ao fato gerado do mês 06/2011.

Infração 03 – Foi imputado ao contribuinte a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo. **Base documental desta ocorrência:** Demonstrativo de débito (doc. fls. 929); fotocópias das notas fiscais (docs. fls. 930 a 940); fotocópia do processo SIPRO nº 091716/2016-3 (doc. fls. 641 a 945); e, fotocópias dos Livros Registro de Entrada (doc. fls. 1465 a 1580) e Registro de Apuração de ICMS (doc. fls. 1581 a 1606).

A emitente da nota fiscal cujo crédito foi glosado, a empresa **Comercial de Estivas Matos Ltda.**, inscrição nº 054.475.186 e CNPJ nº 03.751.706/0002-64, informou à Secretaria da Fazenda-Ba, através do processo SIPRO nº 091716/2016-3 (doc. fls. 941 a 945), que encerrou suas atividades em 31 de dezembro de 2010, e, que não houve movimentação econômica da empresa nos anos 2011 e 2012. No rodapé das notas fiscais apresentadas (docs. fls. 930 a 940), a autorização para confecção dos formulários contínuos é do número 000.001 a 5.000. Já a numeração da autorização das notas fiscais objeto do lançamento é superior a 5.000, conforme comprovam os documentos de folhas 930 a 940 (cópias reprográficas das notas fiscais).

A alegação da defesa que o imposto destacado nas referidas notas fiscais foi pago pelo remetente não elide a infração, tendo em vista que a própria empresa emitente dos documentos fiscais informou à Secretaria da Fazenda-Ba que encerrou suas atividades em 31/12/2010 e que não houve movimento econômico nos exercícios de 2011 e 2012 (doc. fls. 941 a 945). Além desse comunicado de encerramento de suas atividades (docs. fls. 941 a 945), a empresa emitente dos documentos fiscais se tornou INAPTA em 14/09/2011, conforme consta no Sistema INC da Secretaria da Fazenda-Ba, Edital nº 32/2011, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia. Observo ainda que os documentos de folhas 938 a 940 (notas fiscais) têm como data de saída os meses de outubro e dezembro de 2011, portanto, após a inaptidão do remetente. Em decorrência as notas fiscais apresentadas e objeto do presente processo são inidôneas, conforme dispõe o art. 209 do RICMS/97, com a seguinte redação:

Art. 209. Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que:

(...)

III - não guardar os requisitos ou exigências regulamentares, inclusive no caso de utilização após vencido o prazo de validade nele indicado;

(...)

VII - for emitido por contribuinte:

b) fictício ou que não estiver mais exercendo suas atividades;

Mantida parcialmente a infração 03, com a exclusão dos períodos mensais atingidos pela decadência (janeiro, fevereiro, março e abril de 2011). O demonstrativo da Infração 03 passa a ter a seguinte composição:

Ocorrência	Vencimento	Vlr histórico	Vlr. Pós julgamento
31/10/2011	09/11/2011	19.551,15	19.551,15
31/12/2011	09/01/2012	365,15	365,15
TOTAL		19.916,30	19.916,30

Infrações 04 e 05 – Essas ocorrências estão relacionadas à glosa de créditos fiscais de ICMS de operações de aquisição de mercadorias cujas saídas subsequentes internas são beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo do imposto (hortaliças, frutas, produtos agropecuários, feijão, arroz, óleos comestíveis e pescados).

A base documental dessas infrações compreende: o Demonstrativo de débito (doc. fls. 949 a 956); vias das notas fiscais (doc. fls. 957 a 1144); fotocópias dos Livros Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 1465 a 1580) e do Registro de Apuração do ICMS (docs. fls. 1581 a 1606); e, demonstrativo de débito (docs. fls. 949 a 956), recebido pela autuada, conforme documentos de folhas 1636 a 1637.

Observo inicialmente que o contribuinte, na peça de defesa, também não apresentou nenhuma documentação fiscal que elidisse essas ocorrências, conforme se encontra detalhado nas peças inseridas às fls. 1642 a 1659. O lançamento fiscal, por sua vez, foi fundamentado em disposições expressas do RICMS-BA/97, que tratam da isenção e da redução da base de cálculo (art. 14, inc. I, letra “b” e art. 78-A e art. 87, incs. VII e XXXVI, do RICMS).

Infração **04** fica mantida integralmente no valor de R\$67,56.

A Infração **05** é reduzida, com a exclusão dos períodos mensais atingidos pela decadência (janeiro, fevereiro, março, abril, junho, julho e agosto de 2011). O demonstrativo da Infração 05 passa a ter a seguinte composição:

Ocorrência	Vencimento	Vlr histórico	Vlr. Pós julgamento
30/09/2011	09/10/2011	1.011,36	1.011,36
31/10/2011	09/11/2011	1.066,84	1.066,84
30/11/2011	09/12/2011	715,79	715,79
31/12/2011	09/01/2012	1.654,43	1.654,43
TOTAL		4.448,42	4.448,42

Infração 06 – Nessa infração a imputação foi de utilização indevida de crédito de ICMS em relação a documento fiscal em que o imposto não foi destacado.

A base documental dessa ocorrência se encontra inserida no Demonstrativo de débito (doc. fl. 1145), via da nota fiscal (doc. fl. 1146) e fotocópias dos Livros Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 1465 a 1580) e Registro de Apuração do ICMS (doc. fls. 1581 a 1606).

A cópia da via da nota fiscal anexada ao presente processo (doc. fl. 1146) comprova que na mesma não há destaque do ICMS, entretanto, consta ICMS creditado, por ocasião do lançamento da referida nota fiscal no Livro Registro de Entrada de Mercadorias (doc. fls. 1465 a 1580). No demonstrativo de débito (doc. fl. 1145) está indicada a data de registro, número da nota fiscal e valor do ICMS creditado. Infração não elidida pela defesa. Mantida a exigência fiscal.

A Infração **06** fica mantida integralmente, no valor de R\$43,25.

Infração 07 – Trata essa ocorrência da utilização indevida de crédito fiscal por apropriação de valores, na escrita fiscal, superiores aos destacados nos documentos fiscais de aquisição.

A base documental dessa infração, por sua vez, se encontra documentada no Demonstrativo de débito (docs. fls. 1147 a 1149), vias das notas fiscais (docs. fls. 1150 a 1261) e fotocópias dos Livros Registro de Entrada de Mercadorias (doc. fls. 1465 a 1580) e Registro de Apuração do ICMS (docs. fls. 1581 a 1606).

As vias das notas fiscais anexadas ao presente processo (doc. fls. 1150 a 1261) comprovam que os valores do ICMS nelas destacados são inferiores ao ICMS creditado no Livro Registro de Entrada de Mercadorias (doc. fls. 1465 a 1580). No demonstrativo de débito (doc. fls. 1147 a 1149) foi indicada a data de registro, número das notas fiscais, valor do ICMS creditado e o valor do ICMS

destacado nas referidas notas fiscais. Percebe-se, sem maior esforço, naquele demonstrativo, os valores que foram apropriados a maior na escrita fiscal do sujeito passivo. Por sua vez a defesa não apresentou qualquer elemento de prova que contraditasse essa ocorrência.

Mantida parcialmente a infração 07, com a exclusão dos períodos mensais atingidos pela decadência (janeiro e junho de 2011). O demonstrativo da Infração 07 passa a ter a seguinte composição:

Ocorrência	Vencimento	Vlr histórico	Vlr. Pós julgamento
31/10/2011	09/11/2011	143,42	143,42
30/11/2011	09/12/2011	1.803,51	1.803,51
31/12/2011	09/01/2012	92,19	92,19
TOTAL		2.039,12	2.039,12

Infração 08 – Nessa ocorrência a imputação foi de utilização a maior de crédito fiscal de ICMS referente à parcela da antecipação parcial recolhida em relação às aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação para fins de comercialização.

A base documental dessa ocorrência se encontra detalhada no Demonstrativo de Débito (doc. fl. 1262); demonstrativo de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial, por mês de pagamento (doc. fl. 1263); cópias dos DAEs de recolhimento (docs. fls. 1264 a 1273) e fotocópias dos Livros Registro de Apuração do ICMS (doc. fls. 1581 a 1606). No demonstrativo de débito dessa ocorrência (doc. fl. 1262), está indicado com clareza a infração, “Auditoria de indevida de crédito fiscal – ICMS parcial utilizado a maior na coluna Outros Créditos no Livro Registro de apuração do ICMS”. Já na coluna VALOR LANÇADO constam os valores escriturados pela autuada nos Livros Registros de Apuração do ICMS (docs. fls. 1581 a 1606). Por sua vez, na coluna CRÉDITO CORRETO, constam os valores que a autuada deveria ter lançado na coluna “Outros Créditos” dos Livros Registro de Apuração do ICMS. O demonstrativo inserido a folha 1263 – demonstrativo de ICMS parcial por mês de pagamento - e os documentos de folhas 1264 a 1273 (vias dos DAEs – documentos de arrecadação estadual) comprovam esses valores.

Nos documentos de folhas 1264 a 1273 (vias dos DAEs de recolhimento) a autuada identifica a especificação da Receita Tributária como ICMS ANTECIPAÇÃO DE DESCRENCIADOS OU COMO ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL, entretanto, como comprova o demonstrativo de ICMS parcial por mês de pagamento (doc. fl. 1263), parte dos recolhimentos referem-se a mercadorias enquadradas no regime de antecipação tributária total, o que não permite direito ao crédito fiscal de ICMS.

A infração 08 fica mantida parcialmente, com a exclusão dos períodos mensais atingidos pela decadência (janeiro, abril, maio, julho e agosto de 2011). O demonstrativo da Infração 08 passa a ter a seguinte composição:

Ocorrência	Vencimento	Vlr histórico	Vlr. Pós julgamento
31/12/2011	09/01/2012	3.133,65	3.133,65

Infração 09 – Nessa ocorrência a exigência fiscal tem por base a acusação de falta de recolhimento do ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação. Aqui não se aplica a contagem do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN, iniciada a partir da ocorrência do fato gerador, visto que o contribuinte se encontrava totalmente omissos de pagamento do ICMS devido por antecipação total, nos meses de abril, julho, agosto, setembro e outubro do exercício de 2011. Incide, neste caso, a regra do art. 173, I, do CTN que estabelece que a contagem do prazo decadencial conta-se do primeiro dia do exercício fiscal seguinte à ocorrência dos fatos geradores. No caso em exame o *dies a quo* teve início em 01/01/2012, extinguindo-se o direito do Estado de proceder ao lançamento de ofício em 31/12/2016. O A.I. foi lavrado em 21/09/2016, portanto, dentro do prazo legal, estabelecido no CTN.

No mérito, observo que essa infração tem por **lastro documental** o demonstrativo de débito (doc. fls. 1274 a 1275); vias das notas fiscais (docs. fls. 1276 a 1284); demonstrativos de recolhimento do ICMS antecipação tributária (docs. fls. 1304 a 1305); vias dos DAEs de recolhimento (docs. fls. 1306 a 1315); cópia do Livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 1465 a 1580) e comprovantes de recolhimento (Sistema INC - docs. fls. 1623 a 1631).

Não foram juntados na peça defensiva documentos que comprovassem o pagamento do ICMS exigido neste item do Auto de Infração. Fica mantida a integralidade da exigência fiscal, no importe principal de R\$2.998,78.

Infração 10 – Nessa ocorrência a imputação foi de recolhimento a menor de ICMS, por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

A **base documental** dessa ocorrência se encontra detalhada no demonstrativo de débito (doc. fls. 1285 a 1286); vias das notas fiscais (docs. fls. 1287 a 1303); demonstrativos de recolhimento do ICMS antecipação tributária (docs. fls. 1304 a 1305); cópia do Livro Registro de Entrada de Mercadorias (doc. fls. 1465 a 1580) e comprovantes de recolhimento do imposto (Sistema INC - docs. fls. 1623 a 1631).

Os documentos anexados ao presente processo comprovam que houve recolhimento a menor do ICMS devido a título de antecipação tributária total em relação às notas fiscais constantes no demonstrativo de folhas 1623 a 1631, anexados ao presente processo, referente aos meses de janeiro, março, maio, junho e dezembro do exercício de 2011. A defendente não apresentou nenhuma documentação fiscal que elidisse essa ocorrência.

A infração 10 fica mantida parcialmente, com a exclusão dos períodos mensais atingidos pela decadência (janeiro, março, maio e junho de 2011). O demonstrativo da Infração 10 passa a ter a seguinte composição:

Ocorrência	Vencimento	Vlr histórico	Vlr. Pós julgamento
31/12/2011	09/01/2012	612,17	612,17

Infração 11 – Foi imputado ao contribuinte, neste item, a falta de recolhimento de ICMS devido a título de antecipação parcial, por aquisições de mercadorias ou outras unidades federadas destinadas à posterior comercialização.

As **bases documentais** dessa ocorrência estão contempladas no Demonstrativo de Débito (doc. fls. 1316 a 1319); vias das notas fiscais (docs. fls. 1320 a 1395); demonstrativos de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial por mês de referência (doc. fls. 1449); cópias dos DAEs de recolhimento (docs. fls. 1450 a 1463); fotocópia do Livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. 1465 a 1580) e comprovante de recolhimento (Sistema INC da SEFAZ-Ba - docs. fls. 1623 a 1631).

Nessa ocorrência também não se aplica a contagem do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN, iniciada a partir da ocorrência do fato gerador, visto que o contribuinte se encontrava totalmente omissos de pagamento do ICMS devido por antecipação parcial, nos meses de março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro e outubro do exercício de 2011. Incide, neste caso, a regra do art. 173, I, do CTN que estabelece que a contagem do prazo decadencial conta-se do primeiro dia do exercício fiscal seguinte à ocorrência dos fatos geradores. No caso em exame o *dies a quo* teve início em 01/01/2012, extinguindo-se o direito do Estado de proceder ao lançamento de ofício em 31/12/2016. O A.I. foi lavrado em 21/09/2016, portanto, dentro do prazo legal, estabelecido no CTN.

Os documentos anexados ao presente processo comprovam que não houve recolhimento em relação às notas fiscais constantes do demonstrativo de folhas 1316 a 1319, referente aos meses de março, abril, maio, junho, julho, agosto, setembro e outubro de 2011. A autuada, quando da elaboração da peça de defesa, não apresentou nenhuma documentação fiscal que elidisse essa

ocorrência, conforme comprovam as informações inseridas às folhas 1642 a 1659 deste PAF. Mantida a exigência fiscal, integrante do item 11 do A.I., no valor principal de R\$4.152,15.

Infração 12 – Nesta ocorrência o contribuinte é acusado de ter procedido ao recolhimento a menor do ICMS devido a título de antecipação parcial, por aquisições de mercadorias em outras unidades federadas destinadas a posterior comercialização.

A **base documental** dessa infração se encontra detalhada no demonstrativo de débito (doc. fls. 1396 a 1398), vias das notas fiscais (docs. fls. 1399 a 1448); demonstrativos de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial por mês de referência (doc. fl. 1449); cópias dos DAEs de recolhimento (docs. fls. 1450 a 1463); fotocópia do Livro Registro de Entrada de Mercadorias (doc. fls. 1465 a 1580) e comprovante de recolhimento (Sistema INC - docs. fls. 1623 a 1631).

Os documentos anexados ao presente processo comprovam que houve recolhimento a menor do ICMS devido a título de antecipação tributária parcial em relação às notas fiscais constantes no demonstrativo de folhas 1399 a 1448, anexados ao presente processo e relacionados aos meses de janeiro, março, maio, junho e dezembro de 2011. A defesa, em reação a essa acusação, também não apresentou nenhuma documentação fiscal que elidisse a ocorrência.

A infração 12 fica mantida parcialmente, com a exclusão dos períodos mensais atingidos pela decadência (janeiro e fevereiro de 2011). O demonstrativo da Infração 12 passa a ter a seguinte composição:

Ocorrência	Vencimento	Vlr histórico	Vlr. Pós julgamento
30/11/2011	09/12/2011	141,23	141,23
31/12/2011	09/01/2012	43,92	43,92
TOTAL		185,15	185,15

No tocante à **infração 13**, relacionada à falta de registro, na escrita fiscal, de entradas de mercadorias, foi aplicada a multa de 1% sobre o valor comercial dos produtos, prevista no art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96. Restou configurado o descumprimento, pelo contribuinte, de obrigação acessória ou instrumental.

A **base documental** dessa ocorrência integra o Demonstrativo de débito (doc. fl. 1461); vias das notas fiscais (docs. fls. 1462 a 1463) e cópia do Livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 1465 a 1580).

A cópia do Livro Registro de Entrada de Mercadoria (doc. fls. 1465 a 1580) comprova que as referidas notas fiscais (docs. fls. 1462 a 1463) não foram registradas e que no demonstrativo de débito (doc. fls. 1461) foi indicada a data de emissão e os números das notas fiscais.

Infração não elidida pelo sujeito passivo. Mantida a totalidade da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor principal de **R\$252,98** – ocorrência verificada nos meses de janeiro e março de 2011.

Infração 14 – Nessa ocorrência o contribuinte 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. Trata-se também de descumprimento de obrigação acessória ou instrumental.

Restou demonstrado nos autos que o contribuinte apresentou a EFD, nos prazos previstos na legislação, porém, não informou nos arquivos eletrônicos as operações realizadas (doc. fl. 1464). Foi anexado aos autos mídia digital (CD), contendo os arquivos apresentados pelo contribuinte (doc. fls. 1464).

Observo que essa imputação não se refere à falta de entrega da EFD nos prazos previstos na legislação e sim apresentação da escrita fiscal digital sem conter, nos arquivos eletrônicos, as informações das operações realizadas pelo sujeito passivo.

O enquadramento legal da conduta omissa do contribuinte foi realizado no art. 42, inc. XIII-A, letra “L”, da Lei nº 7.014/96, que na redação atualmente, vigente, dada pela alteração promovida pela Lei nº 13.461/15, anterior à lavratura do Auto, verificada em 21/09/2016, prescreve a aplicação da penalidade de R\$1.380,00 tão somente pela falta de entrega da EFD nos prazos previstos na legislação.

Eis o teor da norma, na redação originária, com a penalidade de R\$5.000,00, e os textos após as alterações processadas, respectivamente, pelas Leis nº 12.917/13 e nº 13.461/15:

(Redação atual dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15):

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

(...)

l) R\$1.380 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal – EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, 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.

(Redação anterior, dada pela Lei nº 12.917, de 31/10/13, DOE de 01/11/13, efeitos entre 01/11/13 e 10/12/15):

l) R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal – EFD, ou entrega sem as informações exigidas na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo.

(Redação originária da alínea “l” que foi acrescentada ao inciso XIII-A do caput do art. 42, pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos entre 31/03/10 e 31/10/13):

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

Foi excluída da norma apenadora, na redação atual (Lei nº 12.917/13), a expressão “... ou sem as informações exigidas na legislação”, de forma que a ausência dos REGISTROS da escrita fiscal, ainda que exigíveis para esse contribuinte, não seria mais passível de imposição da multa fixa de R\$1.380,00. Restou apenada tão somente, por multa fixa, a falta de entrega efetiva, nos prazos previstos na legislação, da Escrituração Fiscal – EFD.

Observo ainda que no mesmo dispositivo há também a multa cumulativa de 1% (um por cento) sobre o valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração. Todavia, essa penalidade não foi lançada neste A.I., não podendo o órgão de julgamento fazê-lo nessa etapa do procedimento sob pena de alterar a substância do lançamento de ofício, para incluir nova acusação fiscal e inserir novos valores. Somente em nova ação fiscal poderia a penalidade de 1% ser aplicada ao ato omissivo do sujeito passivo.

Ressalto, por fim, que a norma tributária-penal menos gravosa retroage para atingir fatos geradores contidos em lançamentos pretéritos, conforme prescreve o art. 106, inc. II, letra “a”, do CTN (Código Tributário Nacional), de forma que somente subsistiria a penalidade fixa de R\$1.380,00 para os períodos em que o contribuinte se encontrasse efetivamente omissa de transmissão à SEFAZ-BA dos arquivos da EFD, o que não se verificou no caso concreto.

Pelas razões acima expostas, julgo que a multa lançada no item 14 do Auto de Infração é **indevida**.

Diante do exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter a seguinte composição por ocorrência fiscal:

Infração 01 – R\$7.338,94;
Infração 02 – IMPROCEDENTE;
Infração 03 – R\$19.916,30;
Infração 04 – R\$67,56;
Infração 05 – R\$4.448,42;
Infração 06 – R\$43,25;
Infração 07 – R\$2.039,12;
Infração 08 – R\$3.133,65;
Infração 09 – R\$2.998,78;
Infração 10 – R\$612,17;
Infração 11 – R\$4.152,15;
Infração 12 – R\$185,15;
Infração 13 – R\$252,98 (MULTA);
Infração 14 – IMPROCEDENTE (MULTA);
TOTAL DO A.I. APÓS JULGAMENTO – R\$45.188,47.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **018184.3025/16-9**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor principal de **R\$44.935,49**, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 19.916,30, e de 60%, sobre R\$ 25.019,19, previstas no art. 42, inciso IV, letra “j”, II, alínea “d” e inc. VII, letra “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$252,98**, prevista no art. 42, inciso XI, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de setembro de 2017.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR