

**A. I. Nº** - 018184.3033/16-1  
**AUTUADO** - DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - NILZA DAS DORES CORDEIRO PIRES  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉUS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET - 19. 12. 2017

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0197-01/17**

**EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. Períodos de ocorrências da exigência fiscal alcançados pela decadência. Infração 1 improcedente. **b)** MERCADORIA ADQUIRIDA. COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Períodos de ocorrências alcançados pela decadência foram excluídos da exigência fiscal. Mantida a exigência apenas quanto ao período não alcançado pela decadência e cuja conduta infracional imputada ao autuado restou demonstrada. Infração 2 parcialmente subsistente. **c)** MERCADORIA ADQUIRIDA. COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Períodos de ocorrências da exigência fiscal alcançados pela decadência. Infração 3 improcedente. **d)** DOCUMENTOS FISCAIS INIDÔNEOS. EMITENTE EM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR. Períodos de ocorrências da exigência fiscal alcançados pela decadência. Infração 4 improcedente. **d)** DOCUMENTOS FISCAIS LANÇADOS EM DUPLICIDADE. Períodos de ocorrências alcançados pela decadência foram excluídos da exigência fiscal. Mantida a exigência apenas quanto ao período não alcançado pela decadência e cuja conduta infracional imputada ao autuado restou demonstrada. Infração 5 parcialmente subsistente. **e)** MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES ISENTAS OU COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Períodos de ocorrências alcançados pela decadência foram excluídos da exigência fiscal. Mantida a exigência apenas quanto ao período não alcançado pela decadência e cuja conduta infracional imputada ao autuado restou demonstrada. Infrações 6 e 7 parcialmente procedentes. **f)** IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Períodos de ocorrências alcançados pela decadência foram excluídos da exigência fiscal. Mantida a exigência apenas quanto ao período não alcançado pela decadência e cuja conduta infracional imputada ao autuado restou demonstrada. Infração 8 parcialmente subsistente. **g)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Períodos de ocorrências alcançados pela decadência foram excluídos da exigência fiscal. Mantida a exigência apenas quanto ao período não alcançado pela decadência e cuja conduta

infracional imputada ao autuado restou demonstrada. Infração 9 parcialmente subsistente. **h) NÃO EXIBIÇÃO, À FISCALIZAÇÃO, DOS DOCUMENTOS FISCAIS CORRESPONDENTES.** Períodos de ocorrências alcançados pela decadência foram excluídos da exigência fiscal. Mantida a exigência apenas quanto ao período não alcançado pela decadência e cuja conduta infracional imputada ao autuado restou demonstrada. Infração 10 parcialmente subsistente. **i) REGISTRO DE VALORES SUPERIORES REFERENTES À ANTECIPAÇÃO PARCIAL.** Períodos de ocorrências da exigência fiscal alcançados pela decadência. Infração 11 improcedente. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO IMPOSTO.** Períodos de ocorrências da exigência fiscal alcançados pela decadência. Infração 12 improcedente. **b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO IMPOSTO.** Períodos de ocorrências alcançados pela decadência foram excluídos da exigência fiscal. Mantida a exigência apenas quanto ao período não alcançado pela decadência e cuja conduta infracional imputada ao autuado restou demonstrada. Infração 13 parcialmente subsistente. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Períodos de ocorrências da exigência fiscal alcançados pela decadência. Infração 14 improcedente. **b) RECOLHIMENTO A MENOS.** Períodos de ocorrências alcançados pela decadência foram excluídos da exigência fiscal. Mantida a exigência apenas quanto ao período não alcançado pela decadência e cuja conduta infracional imputada ao autuado restou demonstrada. Infração 15 parcialmente subsistente. **4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTROS ESTADOS DA FEDERAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Períodos de ocorrências da exigência fiscal alcançados pela decadência. Infração 16 improcedente. **b) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Períodos de ocorrências da exigência fiscal alcançados pela decadência. Infração 17 improcedente. **5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS.** No caso destas infrações foi imposta multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias, na forma prevista no art. 42, IX, XI, da Lei nº 7.014/96, respectivamente. As condutas infracionais imputadas ao autuado nestes itens da autuação restaram comprovadas. Ou seja, as notas fiscais constantes nos demonstrativos elaborados pela autuante não foram escrituradas pelo

sujeito passivo. Infrações 18 e 19 procedentes.

**6. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO COM INFORMAÇÕES FISCAIS EXIGIDAS PELA LEGISLAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA.** O enquadramento legal da conduta infracional imputada ao autuado 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 de Infração, prescreve a aplicação da penalidade de R\$ 1.380,00 tão somente pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da EFD. Diante disso, considerando que a norma tributária que comine penalidade menos severa retroage para atingir fatos geradores contidos em lançamentos pretéritos, consoante estabelece o art. 106, II, “a”, do Código Tributário Nacional (CTN), de forma que somente subsistiria a penalidade de R\$1.380,00 para os períodos em que o autuado, de fato, não tivesse efetuado a entrega à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia dos arquivos da EFD, o que, conforme visto, não ocorreu no presente caso, este item da autuação é improcedente. Preliminares de nulidade do lançamento não acolhidas. Acatada 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

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/12/2016, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$919.536,72, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro a maio de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.331,16, acrescido da multa de 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$98.656,22, acrescido da multa de 60%;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de maio, junho e outubro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$228,58, acrescido da multa de 60%;
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos, ou inidôneos, nos meses de janeiro a março, junho, outubro e novembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$251.684,26, acrescido da multa de 100%;
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, nos meses de abril e dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$65.210,77, acrescido da multa de 60%;

6. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$22.556,47, acrescido da multa de 60%;
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto, no mês dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$479,97, acrescido da multa de 60%;
8. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais, nos meses de fevereiro, março, junho a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.413,90, acrescido da multa de 60%;
9. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro, julho a setembro e dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.256,12, acrescido da multa de 60%;
10. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de fevereiro, abril a outubro e dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$403.118,87, acrescido da multa de 60%;
11. Utilizou a mais crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação ou do exterior, nos meses de janeiro a março, maio, julho, agosto e dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$13.549,46, acrescido da multa de 60%;
12. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, agosto a outubro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.262,60, acrescido da multa de 60%;
13. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro a maio, agosto, outubro e dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$6.980,20, acrescido da multa de 60%;
14. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de abril, julho a outubro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.619,09, acrescido da multa de 60%;
15. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro a março, maio, junho, novembro e dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$6.582,66, acrescido da multa de 60%;
16. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de março, abril, julho, setembro e outubro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$6.035,65, acrescido da multa de 60%;
17. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de janeiro, fevereiro, maio, junho, agosto, novembro e dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$8.462,35, acrescido da multa de 60%;
18. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria bem, ou serviço sujeito a tributação sem o devido registro escrito fiscal, no mês de abril de 2011, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$3.769,84, correspondente a 1% do valor comercial da mercadoria;

19. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro escrita fiscal, no mês de abril de 2011, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$4.158,55, correspondente a 1% do valor comercial da mercadoria;

20. Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD – ou entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos legislação tributária, nos meses de janeiro a novembro de 2011, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$15.180,00.

O autuado apresentou defesa (fls.3.679 a 3.696). Em caráter preliminar argui a nulidade do Auto de Infração por ausência de clareza. Alega que a autuante não cumpriu o prescrito no inciso III do art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), quanto aos fatos por ela relatados, em consonância com as planilhas elaboradas, enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação apresentada pela autuada.

Diz que se verifica, ainda, que o § 1º do art. 39 do RPAF/99 exige que o Auto de Infração seja lavrado no estabelecimento do infrator, o que não foi efetuado. Alega que somente tomou conhecimento da autuação quando da sua assinatura. Sustenta que assim sendo é caso de nulidade da autuação, nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF/99, pelos vícios insanáveis constantes no Auto de Infração acima citado.

Afirma que dessa forma a infração deverá ser excluída do processo em tela, porque os fatos e fundamentos do processo são divergentes, contraditórios, imprecisos, portanto, nulo de pleno direito.

Alega que muito mais grave ainda é o fato de que, nas infrações tipificadas no processo em apreço, não consta o indicativo em que a autuante se baseou para caracterizar as infrações referidas, já que os “demonstrativos”, além de não fazerem referência a que infração corresponde, nelas também, não consta em que demonstrativo correspondem..

Assevera que caberia a autuante explicar, no processo em apreço, em que se baseou para identificar que a infração corresponde ao determinado “demonstrativo” e que o determinado “demonstrativo” se refere a uma determinada infração. Afirma ser mais um caso de nulidade processual.

Indaga onde está a precisão exigida pela legislação acima referida, para que possa exercer o seu direito de defesa.

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

Conclusivamente, diz que dessa forma é caso de nulidade da autuação, nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF/99, pelos vícios insanáveis constantes no Auto de Infração, requerendo a sua aplicação por este órgão julgador.

Prosseguindo, reporta-se sobre a extinção do crédito tributário em face da ocorrência da decadência. Requer que seja aplicada a decadência, extinguindo o crédito tributário, relativo aos lançamentos efetuados pela autuante, tendo como fato gerador todo o período anterior à 19/12/2011, nos termos do inciso V do art. 156 c/c o § 4º do art. 150 da Lei nº. 5.172 de 25.10.1966, bem como, da jurisprudência pátria exarada pelas Cortes máximas do direito brasileiro, tais como, o Superior Tribunal de Justiça - STJ e, igualmente, o Supremo Tribunal Federal – STF, em suas decisões relativas a essa matéria, naquilo que lhe beneficia, como norteiam os princípios gerais do direito. Menciona o conceito da decadência dado pela doutrina. Observa que a decadência não comporta suspensão nem interrupção, sendo irrenunciável e deve ser pronunciada de ofício. Reproduz o art. 150 do CTN.

Observa que no lançamento por homologação em questão, ocorre a apuração e o prévio recolhimento do tributo pelo devedor, sem qualquer intervenção prévia da autoridade administrativa. Uma vez efetivada a apuração do montante devido, pode o fisco homologar o que fora declarado, ficando o sujeito passivo no aguardo desta ulterior homologação. Esta poderá ser expressa, mediante uma fiscalização através da qual o fisco certificará a legalidade e a exatidão das apurações e recolhimentos realizados. No entanto, em não havendo esta fiscalização pessoal, há que se observar também o lapso temporal para sua realização (homologação tácita), que será de cinco anos dispostos no §4º do artigo 150 do referido CTN.

Continuando, consigna que em não sendo acatada a preliminar arguida passa a impugnação do mérito da autuação.

No que tange à infração 1, alega que a autuante apresenta demonstrativo, incluindo valores de créditos fiscais suposta e indevidamente utilizados pela empresa, contudo, não indica em que lugar da documentação fiscal e contábil consta esta utilização indevida.

Assevera que os créditos utilizados foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, que colaciona aos autos.

Salienta que verificando o livro Registro de Apuração do ICMS da empresa, não consta a utilização desse crédito fiscal de ICMS dos valores no demonstrativo, elaborado pela autuante, relativo a esta infração. Indaga como se falar em tal infração. Diz ser inexistente.

Consigna que esta infração está à mercê de um melhor esclarecimento, precisão e clareza por parte da autuante nos termos do que dispõe o RPAF/BA., a fim de que possa se defender.

Conclusivamente, diz que é improcedente este item da autuação.

Relativamente às infrações 2 e 3, manifesta o entendimento de que tem direito ao crédito utilizado, nos termos do que dispõe a legislação pertinente, conforme comprova a documentação fiscal que anexa. Acrescenta que a autuante incorre em equívoco quando acusa a utilização indevida de crédito fiscal, inclusive, consta dos seus relatórios e do Auto de Infração, cobrança de suposta utilização de crédito fiscal relativa a mercadorias enquadradas no regime de antecipação tributária ou mesmo substituição tributária, sendo esta permitida pela legislação do ICMS, conforme comprovam as notas fiscais e planilhas que anexa. Afirma que 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 anexados.

Conclusivamente, afirma que são improcedentes estas infrações.

No tocante à infração 4, sustenta que os créditos utilizados foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente a estes, colacionados aos autos.

Assevera que a documentação juntada, é idônea e foi devidamente registrada nos livros fiscais próprios da empresa conforme prevê a legislação pertinente. Acrescenta que os documentos fiscais são idôneos e o contribuinte em situação regular perante o Fisco estadual.

Salienta que a numeração das notas fiscais está de acordo com o pedido e autorização para a sua confecção. Diz que as notas fiscais foram emitidas e o imposto destacado efetivamente pago pela remetente, por isso, não há que se falar em inidoneidade dos documentos fiscais referidos. Observa que não consta que a remetente estava, quando da emissão dos documentos fiscais na situação de INAPTO ou Baixado, portanto, os documentos são idôneos, nos termos da legislação correlata.

Frisa que esta infração está à mercê de um melhor esclarecimento, precisão e clareza por parte da autuante nos termos do que dispõe o RPAF/BA, a fim de que possa melhor se defender.

Conclusivamente, afirma que esta infração é improcedente.

Quanto à infração 5, alega que a autuante apresenta demonstrativos incluindo valores de créditos fiscais, suposta e indevidamente utilizados, porém, não indica em que lugar da documentação fiscal

e contábil da empresa esta utilização indevida. Afirmar que os créditos utilizados foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal, que colaciona aos autos. Salienta que verificando o Livro Registro de Apuração do ICMS não consta a utilização de crédito fiscal de ICMS dos valores nos demonstrativos, elaborados pela autuante, relativo a esta infração. Sustenta que a infração não existe.

Conclusivamente, sustenta que a infração é improcedente.

No que concerne às infrações 06 e 07, diz que a autuante apresenta demonstrativos incluindo valores de créditos fiscais, suposta e indevidamente utilizados, relativo a aquisição de mercadorias com redução e isenção do imposto, porém, não indica em que lugar da documentação fiscal e contábil consta esta utilização indevida. Afirmar que os créditos utilizados foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, juntados ao presente processo.

Consigna que verificando o livro Registro de Apuração do ICMS não consta a utilização de crédito fiscal de ICMS dos valores nos demonstrativos, elaborados pela autuante, relativo a esta infração. Indaga como se falar em tais infrações.

Alega que estas infrações estão à mercê de um melhor esclarecimento, precisão e clareza por parte da Fiscalização nos termos do que dispõe o RPAF/BA, a fim de que possa se defender. Assegura que não houve por parte utilização de qualquer crédito fiscal relativo a mercadorias beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo, sem que não fossem àquelas previstas em lei.

Conclusivamente, pede pela total improcedência destas infrações.

No respeitante às infrações 08, 09 e 10, diz que a autuante acusa que a empresa se aproveitou de crédito fiscal de ICMS supostamente indevido, relativo a imposto não destacado em documentação fiscal, ou mesmo, em valores superiores aos neles destacados.

Afirmar que os créditos utilizados foram os previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, colacionada aos autos.

Diz que não houve qualquer utilização indevida de crédito fiscal, em qualquer documento fiscal ou contábil da empresa, assim como, não deu entrada no estabelecimento comercial de mercadorias não tributadas sem o seu registro na escrita fiscal. Acrescenta que os documentos contábeis que anexa comprovam o contrário, ou seja, foram todas registradas nos livros fiscais próprios.

Conclusivamente, pede pela improcedência destas infrações porque não comprovadas pela autuante em sua autuação.

Quanto à infração 10, observa que a autuante apresenta demonstrativos incluindo valores de créditos fiscais referentes à utilização sem a devida comprovação documental. Alega, no entanto, que a autuante não indica em que lugar da documentação fiscal e contábil da empresa está a utilização indevida. Afirmar que os créditos utilizados pela empresa foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente a estes, que acosta aos autos.

Assevera que no Livro Registro de Apuração do ICMS não consta a utilização de crédito fiscal de ICMS dos valores nos demonstrativos, elaborados pela autuante, relativo a esta infração. Indaga como se falar em infração. Diz que a infração é inexistente.

Salienta que não houve falta de apresentação, por parte da empresa, de qualquer documento solicitado pela autuante no sentido de comprovar a lisura e veracidade da escrita fiscal e contábil.

Diz que esta infração está à mercê de um melhor esclarecimento, precisão e clareza por parte da autuante nos termos do que dispõe o RPAF/BA., a fim de que possa se defender.

Conclusivamente, sustenta que este item da autuação é improcedente.

Quanto à infração 11, diz que os demonstrativos apresentados pela autuante, apresentam, de forma equivocada, lançamentos a mais de crédito de ICMS, segundo a autuação, utilizados indevidamente pela empresa. Alega, todavia, que não indica, com precisão, em que lugar da documentação fiscal e contábil da empresa consta os valores citados já que não os localizou.

Afirma que os créditos utilizados foram os que estão previstos em lei e devidamente comprovados com a documentação fiscal referente aos mesmos, colacionada aos autos.

Salienta que verificando o Livro Registro de Apuração do ICMS não consta a utilização de crédito fiscal de ICMS dos valores nos demonstrativos elaborados pela autuante, relativo a esta infração. Indaga como se falar em tal infração. Diz ser inexistente.

Conclusivamente, pede a improcedência desta infração porque não comprovada pela autuante, notadamente pelo fato de que a documentação, no caso comprovantes de pagamentos da SEFAZ e cópias do Livro Registro de Apuração de ICMS, que colaciona aos autos comprova que os recolhimentos estão corretos, porque dentro do que prescreve a lei.

No tocante às infrações 12 e 13, afirma que a autuante incorre em equívoco quando acusa que a empresa estava omissa no que se refere ao recolhimento de ICMS relativo a operações escrituradas nos livros fiscais próprios; as destinadas ao ativo fixo, bem como, àquelas destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, conforme consta das infrações acima referidas.

Diz que conforme se pode verificar dos seus registros fiscais, constata-se que o imposto já fora pago de forma correta e em sua totalidade, conforme comprovam os documentos constantes dos autos, no caso DAEs e Notas Fiscais, nos termos da legislação pertinente.

Sustenta que os valores recolhidos foram os efetivamente devidos, conforme consta dos arquivos da Secretaria da Fazenda e dos documentos que colaciona aos autos.

Conclusivamente, afirma que não pode prosperar este item da autuação.

No que concerne às infrações 14 e 16, diz que em conformidade com os documentos que colaciona aos autos, comprova que não só efetuou os lançamentos contábeis e fiscais nos livros fiscais próprios, bem como, efetuou os recolhimentos de todos os tributos devidos.

Assevera que não há que se falar em falta de recolhimento ou recolhimento a menos do ICMS, conforme a acusação fiscal, haja vista que os documentos de arrecadação provam que todos os recolhimentos foram efetuados dentro do que prescreve a legislação que regulamenta a matéria.

Conclusivamente, sustenta que a autuação é indevida.

No que diz respeito às infrações 15 e 17, alega que a autuante, ao proceder a fiscalização relativa a esta infração, não atentou para a efetivação correta dos cálculos, tendo-se em vista que a responsabilidade tributária da empresa é supletiva. Explica: a autuante deveria ter lavrado o Auto de Infração contra a empresa remetente da mercadoria tendo em vista os acordos e protocolos existentes entre os entes federados e, somente após esgotados todos os meios persuasórios conforme o previsto na legislação que regulamenta a matéria é que se poderia lhe exigir o recolhimento do tributo devido.

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

Salienta que, diante disso, em razão de a autuante não ter provado que adotou as medidas necessárias e legais, exigindo o imposto inicialmente do remetente, está impedida de autuar a



empresa destinatária das mercadorias, pela supletividade, atribuindo-se o direito ao destinatário – autuado - de recolher o imposto e, se devido, em última fase de cobrança, de forma espontânea, nunca por meio de autuação. Salaria que isso é o que prevê a norma regulamentar deste Estado, relativo ao período fiscalizado.

No concernente à infração 18, afirma que a autuante incorreu em equívoco, pois, conforme os documentos que colaciona aos autos, não só efetuou os lançamentos contábeis e fiscais nos livros fiscais próprios, bem como, recolheu o ICMS devido, descabendo falar-se em aquisição de mercadorias tributáveis sem o devido registro fiscal.

Conclusivamente, sustenta que este item da autuação é indevido.

No que tange à infração 20, requer com fulcro no art. 42-XIII-A, “I” da Lei nº. 7014/96 e do RPAF/BA o cancelamento da multa imposta, sob o fundamento de não ter ocorrido qualquer prática de dolo, fraude ou simulação, bem como que não houve falta de recolhimento de tributo, conforme consta dos autos, fato este não informado pela autuante, bem como, em razão de não ter havido intimação por parte da autuante para a apresentação da EFD. Ressalta que as EFDs referentes à esta infração foram todas transmitidas, conforme documentos que colaciona aos autos. Requer, ainda, caso não seja possível o cancelamento da multa que esta seja reduzida, pelos fatos acima exposto e do disposto regulamentar no art. 158 do RPAF/BA/99, cujo teor reproduz.

Finaliza a peça defensiva requerendo que seja acolhida a preliminar arguida ou, no mérito, que seja julgado improcedente o Auto de Infração.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls. 3.702 a 3.725). Contesta a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante pela ausência de clareza. Diz que os documentos de folhas 1 a 16 dos autos informam com clareza as infrações cometidas pelo autuado e os enquadramentos legais. No tocante às planilhas, consigna que foram elaboradas com base nos documentos apresentados pelo autuado e com as informações e documentos existentes nos Sistemas da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Quanto à alegação de documentação apresentada pelo impugnante na peça defensiva, diz que não é verdadeira, conforme comprovam os documentos de folhas 3.679 a 3.699.

Relativamente à alegação defensiva de que o § 1º do art. 39 do RPAF/BA/99 exige que o Auto de Infração seja lavrado no estabelecimento do infrator, sustenta que não procede. Observa que o referido dispositivo regulamentar determina que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Quanto à arguição de nulidade por serem os fatos e fundamentos do processo divergentes, contraditórios e imprecisos, além de a autuante em seus demonstrativos, não informar a que infração esses demonstrativos se refere e que nas infrações tipificadas no processo não consta o indicativo em que a autuante se baseou para caracterizar as referidas infrações, afirma a autuante que não procede. Salaria 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. Observa que o autuado recebeu os demonstrativos e a via do Auto de Infração, conforme comprovam os documentos de fls. 3.675 a 3.676. Invoca e reproduz o §1º do art. 18 do RPAF/BA/99. Sustenta que a Informação Fiscal apresentada com base nos documentos constantes no presente Auto de Infração (docs. fls. 1 a 3677) deixa claro que em nenhum momento deixou de cumprir as normas legais.

Contesta também a arguição defensiva de cerceamento do direito de defesa. Diz que não procede. Salaria que os demonstrativos referentes a cada infração (demonstrativos de débitos), as fotocópias e vias dos documentos fiscais anexados a cada demonstrativo, os documentos de folhas 3438 a 3633 (Livro Registro de Entrada de Mercadorias), os documentos de folhas 3634 a 3659 (Livro Registro de Apuração do ICMS), comprovante de recolhimento – Sistema INC – (docs. fls. 3660 a 3668), CD com os arquivos referentes aos livros fiscais (doc.fl. 3669) e documento de folhas 1 a 16 (Auto Infração), demonstram com clareza e precisão as infrações e a que período se refere. Observa que em

conformidade com o documento de fls. 3.675 a 3.676 o autuado recebeu os demonstrativos o e Auto de Infração.

No que tange à arguição defensiva de extinção do crédito tributário em decorrência da decadência, referente ao período objeto da autuação anterior a 19/12/2011, afirma que não procede. Diz que o exercício tem início em 01/01/2011 e seu término em 31/12/2011, sendo que a lavratura do Auto de Infração em lide ocorreu em 19/12/2016. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 965, I, parágrafo único, do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto n. 6.284/97, o qual estabelece que o direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, sendo que, o direito extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

No que tange às alegações defensivas atinentes à infração 1, sustenta que estas não procedem. Observa que o demonstrativo de fl. 20 indica a data do registro, número do documento fiscal e o ICMS creditado, lançado pelo autuado no seu livro Registro de Entrada de Mercadorias (docs. fls. 3.438 a 3.633). Diz que os documentos de fls. 3.634 a 3.659, no caso Livro Registro de Apuração do ICMS, comprovam que o autuado cometeu a infração. Acrescenta que a legislação não permite a utilização do crédito fiscal.

Ressalta que o impugnante não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de fls. 3.679 a 3.699.

Quanto às infrações 2 e 3, afirma que as alegações defensivas não procedem. Salienta que o impugnante não juntou à Defesa nenhuma documentação fiscal ou planilha, conforme comprovam os documentos de fls. 3.679 a 3.699.

Ressalta que em nenhum momento autuação se refere à falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição. Acrescenta que, contrariamente ao que afirma o impugnante, a legislação não permite a utilização de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação ou substituição tributária. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 97, IV, “b”, do RICMS/BA/97.

No tocante à infração 4, afirma que as alegações defensivas não procedem. Salienta que o impugnante não juntou à Defesa nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de fl. 3.679 a 3.699.

Observa que a empresa Comercial de Estivas Matos Ltda., inscrição estadual 054.475.186 e CNPJ 03.751.706/0002-64, informou à Secretaria da Fazenda-BA, por meio do processo SIPRO nº 091725/2016-4 (docs. fls. 1.632 a 1.636) que encerrou suas atividades em 31/12/2010, e, que não houve movimentação nos anos 2011 e 2012. Acrescenta que no rodapé das notas fiscais apresentadas (docs. fls. 1.605 a 1.631), a autorização para confecção dos formulários contínuos é do número 000.001 a 5.000, sendo que a numeração das notas fiscais é superior a 5.000, conforme comprovam as notas fiscais acostadas às fls. 1.605 a 1.631.

Contesta a alegação defensiva de que o imposto destacado efetivamente nas referidas notas fiscais foi pago pela remetente. Afirma que não procede tal alegação, tendo em vista que o próprio remetente informou à Secretaria da Fazenda-BA, que encerrara suas atividades em 31/12/2010 e que não houve movimento nos exercícios de 2011 e 2012, conforme documentos de fls. 1.632 a 1.636.

Consigna que, conforme “Histórico de Situação” que acostou aos autos, a referida empresa se tonou inapta em 14/09/2011 e as Notas Fiscais nºs 16697, 16701, 16699 e 16700 foram emitidas em outubro de 2011, conforme documentos de fls. 1.623 a 1.626, e as Notas Fiscais nºs 16744, 16745, 16746, 16747 e 16748, fls. 1.627 a 1.631, foram emitidas em novembro de 2011.

A autuante manifesta o entendimento que as notas fiscais apresentadas e objeto da autuação são inidôneas. Neste sentido, invoca e reproduz o art. 209, III, VII, “a”, do RICMS/BA/97.

Relativamente à infração 5, assevera que as alegações defensivas não procedem. Observa que o impugnante quando da Defesa, não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de fls. 3.679 a 3.699.

Assinala que os valores registrados no Livro Registro de Apuração do ICMS, referente às operações de entrada, representam os valores totalizados das operações de entrada (por CFOP) e não por valores por documentos fiscais. Acrescenta que esse procedimento ocorre no livro Registro de Entrada.

Ressalta que a infração não se refere à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo, mas sim a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento fiscal em duplicidade.

Registra que o demonstrativo de débito, fls. 1.637 a 1.648, informa a data de registro referente a cada nota fiscal, escriturada em duplicidade, no livro Registro de Entrada de Mercadorias, fls. 3.438 a 3.633, e CD contendo os arquivos referentes aos Livros Fiscais apresentados pelo autuado (doc. fl. 3.669).

No respeitante às infrações 06 e 07, afirma que as alegações defensivas não procedem.

Especificamente quanto à infração 6, diz que o impugnante não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de fls. 3.679 a 3.699. Observa que logo após o texto da infração, está o artigo do RICMS-BA referente à infração cometida, ou seja, Redução de Base de Cálculo, 78-A, 87, XXX, XXXVI.

Afirma que os documentos de folhas 1 e 16 dos autos demonstram com clareza a infração cometida. Aduz que no demonstrativo de débito de fls. 2.305 a 2.314, recebido pelo autuado, conforme comprovam documentos de fls. 3.675 a 3.676, os referidos artigos constam indicados.

Observa que os valores registrados no Livro Registro de Apuração de ICMS, referente às operações de entrada, representam os valores totalizados das operações de entrada por CFOP e não por valores por documentos fiscais. Explica que esse procedimento ocorre no livro Registro de Entrada.

Quanto à infração 7, invoca e reproduz o art. 14, I, “b”, do RICMS/BA/97 que dispõe que são isentas do ICMS as operações de saídas internas e interestaduais efetuadas por quaisquer estabelecimentos, exceto se destinados a industrialização, de flores e frutas, exceto amêndoas e nozes; em estado natural, resfriados ou congelados.

No que concerne às infrações 8, 9 e 10, afirma que não procedem as alegações defensivas. Observa que o impugnante não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de fls. 3.679 a 3.699.

Especificamente no que se refere à infração 8, diz que as vias das notas fiscais anexadas aos autos, fls. 2.621 a 2.678, comprovam que nestas não há destaque do ICMS, entretanto, consta ICMS creditado, quando do lançamento das referidas notas fiscais no livro Registro de Entrada de Mercadorias, docs. fls. 3.438 a 3.633.

Quanto à infração 9, afirma que as vias das notas fiscais anexadas aos autos, fls. 2.681 a 2.706, comprovam que os valores do ICMS nelas destacados são inferiores ao ICMS creditado no livro Registro de Entrada de Mercadorias, fls. 3.438 a 3.633.

Quanto à infração 10, diz que houve solicitação para entrega de documentos, conforme comprovam os documentos de fls. 2.710 a 2.712, no caso Intimação e relação das notas fiscais. Acrescenta que o documento de fl. 2.713 comprova quais as notas fiscais foram apresentadas após a Intimação. Observa que conforme o documento de fl. 2.713 - notas fiscais intimadas e apresentadas - as notas fiscais constantes no demonstrativo de débito, fls. 2.707 a 2.709, não foram apresentadas.

Salienta que a alegação defensiva de que apresentou documentação fiscal quando da Defesa, não é verdadeira, conforme comprovam os documentos de fls. 3.679 a 3.699.

Observa que os valores registrados no Livro Registro de Apuração de ICMS, referente às operações de entrada, representam os valores totalizados das operações de entrada por CFOP e não por valores por documentos fiscais. Diz que esse procedimento ocorre no livro Registro de Entrada.

Assinala que o demonstrativo de débito de fls. 2.707 a 2.709, o Auto de Infração ( docs. fls. 1 a 16), a cópia do livro Registro de Entrada de Mercadoria e documentos de fls. 3.438 a 3.633, e CD contendo os arquivos referentes aos Livros Fiscais apresentados pelo autuado, fl. 3.669, indicam com clareza o período e o enquadramento legal.

No tocante à infração 11, afirma que as alegações defensivas não procedem. Assinala que no Auto de Infração está indicado com clareza a infração (fls. 1 a 16). Diz que no demonstrativo de débito, fl. 2.714, na coluna “VALOR LANÇADO” consta os valores lançados pelo autuado no Livro Registro de Apuração do ICMS e CD com os arquivos referentes aos livros fiscais, fls. 3.634 a 3.659 e 3.669 dos autos. Na coluna “CRÉDITO CORRETO”, consta os valores que o autuado deveria lançar na coluna “Outros Créditos” no Livro Registro de Apuração do ICMS. Acrescenta que o demonstrativo de fls. 2.715/ 2.716 – demonstrativo de ICMS parcial por mês de pagamento -, os documentos de fls. 2.717 a 2.740, no caso vias dos DAEs, e comprovante de recolhimento Sistema INC, fls. 3.660 a 3.668, comprovam esses valores.

Frisa que conforme se pode constatar nos documentos de fls. 2.717 a 2.740, vias dos DAEs, o autuado identifica a Especificação da Receita como “ICMS ANTECIPAÇÃO DE DESCRENCIADOS OU COMO ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL”, entretanto, como comprova o demonstrativo de ICMS parcial por mês de pagamento, fls. 2.715/ 2.716, parte dos recolhimentos referem-se a mercadorias enquadrados no regime de antecipação tributária, o que não permite direito ao crédito fiscal de ICMS. Salienta que o impugnante não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de fls. 3.679 a 3.699.

Registra que anexou o demonstrativo de ICMS Antecipação Tributária; as vias das notas fiscais onde constam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, meses onde houve débito, e em que o recolhimento foi realizado com a especificação da receita “ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL E ICMS ANTECIPAÇÃO DE DESCRENCIADOS”.

No respeitante às infrações 12 e 13, assevera que as alegações defensivas não procedem. Observa que o impugnante não apresentou nenhuma documentação fiscal, conforme comprovam os documentos de fls. 3.679 a 3.699.

Especificamente quanto à infração 12, observa que se trata de notas fiscais não registradas, constantes no Sistema Eletrônico (NFE). Assinala que o Demonstrativo de débito de fl. 2.741, vias das notas fiscais acostadas às fls. 2.746 a 2.749, cópias dos livros Registro de Entrada de Mercadorias acostadas às fls. 3.438 a 3.633, e do Livro Registro de Apuração do ICMS, fls. 2.634 a 3.659, CD contendo os arquivos referentes aos Livros Fiscais apresentados pelo autuado fl. 3.669 e comprovante de recolhimento – Sistema INC, fls. 3.660 a 3.668.

Afirma que os documentos de fls. 3.660 a 3.668, no caso comprovantes de recolhimentos –Sistema INC, comprovam que não há recolhimento de ICMS diferencial de alíquota. Acrescenta que os documentos de fls. 3.634 a 3.659 e 3.669, no caso Livro Registro de Apuração do ICMS e CD com os arquivos dos livros fiscais, comprovam que não há valores lançados na coluna “Outros Débitos” a título de diferença de alíquotas.

Quanto à infração 13, Notas fiscais não registradas, constantes no Sistema Eletrônico (NFE). Demonstrativo de débito ( doc. Fls. 2750 a 2751), via da nota fiscal (doc. Fls. 2752 a 2801), cópia do Livro Registro Apuração do ICMS (doc. Fls. 3634 a 3659), CD contendo os arquivos referentes aos

Livros Fiscais apresentados pela Autuada (doc. Fls. 3669) e comprovante de recolhimento – Sistema INC – (docs. fls. 3660 a 3668).

Os documentos de folhas 3660 a 3668 ( comprovante de recolhimento –Sistema INC), comprovam que não há recolhimento de ICMS diferencial de alíquota. Os documentos de folhas 3634 a 3659 e 3669 (Livro Registro de Apuração do ICMS e CD com os arquivos dos livros fiscais) comprovam que não há valores lançados na Coluna Outros Débitos a título de diferença de alíquota.

Relativamente às infrações 14 e 16, afirma que as alegações defensivas não procedem.

Especificamente quanto à infração 14, afirma que os demonstrativos de débito de fls. 2.802/2.803, as vias das notas fiscais acostadas às fls. 2.804 a 2.826, demonstrativos de recolhimento do ICMS antecipação tributária de fls. 2.872/2.873, cópias dos DAEs acostadas às fls. 2.874 a 2.884 e comprovante de recolhimento do Sistema INC de fls. 3.660 a 3.668, comprovam que não houve recolhimento do imposto em relação às notas fiscais arroladas no demonstrativo de fls. 2.802/2.803 referente aos meses de abril, julho, agosto, setembro e outubro.

Observa que o autuado indica no campo Informações complementares do DAE a nota fiscal a que se refere o recolhimento e no campo 4 o mês de referência.

No tocante à infração 16, diz que o autuado indica no campo Informações complementares do DAE a que nota fiscal refere-se o recolhimento e no campo 4 o mês de referência . Afirma que o demonstrativo de débito de fls. 2.910 a 2.913, as vias das notas fiscais acostadas às fls. 2.914 a 2.985, o demonstrativo de recolhimento do ICMS por mês de referência de fls. 3.097/3.098, os DAEs acostados às fls. 3.099 a 3.123 e comprovante de recolhimento do Sistema INC de fls. 3.660 a 3.668, comprovam que não houve recolhimento em relação as notas fiscais arroladas no demonstrativo de fls. 2.910 a 2.913, referente aos meses de março, abril, julho, setembro e outubro.

No que diz respeito às infrações 15 e 17, sustenta que as alegações defensivas não procedem.

Especificamente quanto à infração 15, observa que o autuado indica no campo Informações complementares do DAE a que nota fiscal se refere o recolhimento e no campo 4 o mês de referência.

Afirma que o demonstrativos de débito de fls. 2.827 a 2.829, as vias das notas fiscais acostadas às fls. 2.830 a 2.871, demonstrativos de recolhimento do ICMS antecipação tributária de fls. 2.872/2.873), cópias dos DAEs acostadas às fls. 2.874 a 2.884 e comprovante de recolhimento do Sistema INC de fls. 3.660 a 3.668, comprovam que houve recolhimento a menos em relação as notas fiscais constantes no demonstrativo de folhas 287 a 2829 referente aos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho, novembro e dezembro.

Quanto à infração 17, observa que o autuado indica no campo Informações complementares do DAE a que nota fiscal se refere o recolhimento e no campo 4 o mês de referência.

Assevera que o demonstrativo de débito de fls. 2.986 a 2.990, as vias das notas fiscais acostadas aos autos às fls. 2.991 a 3.096, o demonstrativo de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial por mês de referência de fls. 3.097 a 3.098, as cópias dos DAEs acostadas às fls. 3.099 a 3.123, a cópia do livro Registro de Entrada de Mercadorias e o CD com os arquivos referentes aos livros fiscais de fls. 3.634 a 3.659 e 3.669, e comprovante de recolhimento do Sistema INC de fls. 3.660 a 3.668, comprovam que houve recolhimento a menos em relação as notas fiscais constantes no demonstrativo de fls. 2.986 a 2.990, referente aos meses de janeiro, fevereiro, maio, junho, agosto, novembro e dezembro.

No tocante à infração 18, diz que as alegações defensivas não procedem. Assevera que as notas fiscais constantes no demonstrativo de fls. 3.124 a 3.196 e na lista de operações de entrada (CD fl.. 3.436) não foram registradas, conforme comprovam os documentos de fls. 3.438 e 3.633, no caso registro de entradas de mercadorias e CD contendo os arquivos referentes aos livros fiscais, fl. 3.669.

No concernente à infração 19, diz que as alegações defensivas não procedem. Afirma que as notas fiscais constantes no demonstrativo de fls. 3.162 a 3.196 e na lista de operações de entrada (CD fls. 3436) não foram registradas conforme comprovam os documentos de fls. 3.438 e 3.633, no caso registro de entrada de mercadorias e CD contendo os arquivos referentes aos livros fiscais de fl. 3.669.

Quanto à infração 20, a autuante observa que o autuado deixou de apresentar informações exigidas na forma prevista na legislação conforme comprovam documentos de fl. 3.437, no caso CD contendo os arquivos apresentados. Esclarece que o autuado foi intimado para proceder à retificação conforme intimação de fl. 3.673, porém, não atendeu a solicitação.

A autuante finaliza a Informação Fiscal dizendo que em todo o período do procedimento de fiscalização, atendeu o que dispõem as normas em vigor, conforme comprovam os documentos acostados aos autos.

O autuado cientificado da Informação Fiscal se manifestou (fls. 3.741 a 3.743). Sustenta que o Auto de Infração deverá ser anulado ou julgado improcedente, conforme requerido na Defesa inicial, tendo em vista que os fatos e fundamentos arguidos são consistentes. Afirma que a autuante não trouxe nada de novo aos autos no sentido de contrariar a impugnação apresentada.

Alega que efetuou todos os recolhimentos constantes da autuação, descabendo falar-se em infrações cometidas.

Assevera que não houve utilização indevida de crédito fiscal de ICMS conforme consta na autuação relativa às infrações 1, 11 e 19, pois tudo foi feito dentro do que prescreve a lei. Diz que da mesma forma, não houve qualquer falta de recolhimento do ICMS conforme consta nas infrações 12 a 14, 16 e 17.

Quanto às infrações 15 e 18, diz que em nenhum momento deixou de cumprir o que determina a legislação que regulamenta a matéria em foco. Afirma que sempre efetuou o registro fiscal e contábil dos documentos correlatos, assim como, apresentou o arquivo eletrônico EFD na forma da lei.

Salienta que a Informação Fiscal apresentada pela autuante confirma que o Auto de Infração está totalmente contrário à legislação pertinente, inexistindo clareza precisão com relação aos fatos e fundamentos expostos. Acrescenta que tanto é verdade que a autuante ao finalizar a Informação Fiscal não pediu o julgamento pela procedência do Auto de Infração, portanto, prevalecendo os seus argumentos defensivos pela total improcedência do lançamento de ofício em lide.

Alega que é o próprio CONSEF que decidiu que o lançamento tributário efetuado por meio de livros fiscais impressos, conforme realizado pela autuante, é improcedente, não tendo qualquer validade jurídica. Neste sentido, invoca e reproduz excertos do Acórdão JJF Nº. 0008-05/17.

Finaliza a Manifestação requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a improcedência.

A autuante cientificada da Manifestação do autuado se pronunciou (fls.3.748/3.749). Diz que as demais alegações apresentadas pelo autuado são as mesmas apresentadas na Defesa inicial. Mantém a autuação.

## **VOTO**

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de vinte infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo todas impugnadas.

Inicialmente, cabe apreciar a preliminar de nulidade arguida.

Argui o impugnante a nulidade do Auto de Infração por não ter sido lavrado no seu estabelecimento.

Por certo que não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que, consoante estabelece o § 1º do art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, *o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento infrator, na repartição fiscal ou no local onde se verificar ou apurar a infração.*

Portanto, como o Auto de Infração em lide foi lavrado na repartição fazendária não ocorreu qualquer falha ou vício, haja vista a existência de norma autorizando a lavratura na repartição fazendária.

Argui também o impugnante a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que, os fatos e fundamentos do processo são divergentes, contraditórios e imprecisos, falta de clareza e precisão e não saber a que período fiscal ou contábil a infração se refere.

Certamente que também não há como prosperar essa alegação defensiva. Isto porque, contrariamente ao alegado pelo impugnante, verifica-se que os demonstrativos foram elaborados com clareza e precisão, sendo possível identificar-se que referidos demonstrativos seguem sequencialmente as infrações descritas no Auto de Infração. Constata-se que o autuado recebeu os referidos demonstrativos e a via do Auto de Infração, conforme comprovam os documentos acostados aos autos. Não se vislumbra a possibilidade de existência de dúvidas quanto ao período autuado, pois, claramente apontado nos demonstrativos, além do que o impugnante demonstrou conhecer o período autuado ao arguir a extinção do crédito tributário por ocorrência da decadência relativo aos lançamentos efetuados pela autuante, tendo como fato gerador todo o período anterior à 19/12/2011.

Verifica-se que os demonstrativos referentes a cada infração, as fotocópias e vias dos documentos fiscais anexados a cada demonstrativo, que fundamentaram a autuação, demonstram com clareza e precisão as infrações e a que período se refere. A descrição dos fatos infracionais no Auto de Infração foi efetuada de forma clara, compreensível, inexistindo violação ao devido processo legal e ao direito de ampla defesa e do contraditório do autuado.

Diante do exposto, não acolho as nulidades arguidas, haja vista a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o Auto de Infração.

O impugnante argui a extinção do crédito tributário, por ocorrência da decadência, relativo aos lançamentos com fato gerador ocorrido em todo o período anterior a 19/12/2011, nos termos do inciso V do art. 156 c/c o § 4º do art. 150 da Lei nº. 5.172/66 (CTN).

Cabe observar que a questão da ocorrência da decadência por um longo tempo tornou-se uma matéria tormentosa no âmbito deste CONSEF, haja vista que, via de regra, as decisões sempre apontaram no sentido de inocorrência da decadência, por se considerar a contagem do prazo de cinco anos a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, e não no prazo previsto no § 4º do art. 150 do mesmo diploma legal.

Ocorre que, após um detalhado e minucioso estudo sobre a matéria, inclusive a repercussão das autuações nos julgamentos realizados na esfera judicial, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia/Procuradoria Fiscal, promoveu a uniformização de sua orientação jurídica sobre esse tema, tendo editado o Incidente de Uniformização nº. PGE 2016.194710-0, no qual firmou o entendimento de que: *Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.* Foi observado no referido Incidente de Uniformização que, no caso de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, não se aplicaria a regra do art. 150, § 4º, mas sim do art. 173, I, ambos do CTN.

Por outro lado, quanto à contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, o entendimento firmado apontou no sentido de que conta-se *o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando:* a) *o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento;* b) *o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável;* c) *o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o valor efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.*

A análise do entendimento manifestado pela PGE/PROFIS permite concluir que, sendo o Auto de Infração referente à apuração e pagamento efetuado pelo contribuinte, atinentes à exigência de ICMS por recolhimento a menos e utilização indevida de crédito fiscal, aplica-se a regra contida no § 4º, do art. 150 do CTN, significando dizer que diz respeito à 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, pela referida autoridade.

No presente caso, verifica-se que o Auto de Infração foi lavrado em 19/12/2016, com ciência ao autuado em 23/12/2016, portanto, assistindo razão ao impugnante quanto à ocorrência da decadência no que tange aos fatos geradores ocorridos anteriormente à data de 23/12/2016.

Assim sendo, no que concerne às infrações 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16 e 17, ocorreu a decadência quanto às datas de ocorrências de 31/01/2011, 28/02/2011, 31/03/2011, 30/04/2011, 31/05/2011, 30/06/2011, 31/07/2011, 31/08/2011, 30/09/2011, 31/10/2011 e 30/11/2011, sendo os créditos tributários exigidos nas referidas datas fulminados pela decadência, na forma do art. 156, V, do CTN.

Entretanto, no que concerne às infrações que versam sobre descumprimento de obrigação acessória, no caso as infrações 18, 19 e 20, não assiste razão ao impugnante, haja vista que não ocorreu a decadência arguida.

Isso porque, a obrigação de escrituração dos documentos fiscais e apresentação dos arquivos atinentes a Escrituração Fiscal Digital (EFD), e demais informações de interesse do Fisco, previstas na legislação do ICMS, se trata de obrigações acessórias do sujeito passivo, portanto, obrigações de fazer. O descumprimento dessas obrigações impõe a aplicação de penalidade pecuniária com observância dos procedimentos legais prévios para lançamento desta penalidade, na forma prevista na legislação do ICMS.

Desse modo, sendo obrigação de fazer, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 173, inc. I, do CTN, cujo prazo inicial tem contagem a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido realizado, já que, em face da inércia do sujeito passivo de não cumprir a obrigação acessória, inexistente ato do sujeito passivo a ser homologado pelo Fisco.

Assim sendo, como o Auto de Infração foi lavrado em 19/12/2016, o prazo decadencial referente aos fatos geradores ocorridos no exercício de 2011 se iniciou em 01/01/2012, encerrando-se em 31/12/2016, de forma que não se encontrava extinto o direito da Fazenda Pública Estadual de lançar as penalidades por descumprimento das obrigações acessórias impostas na autuação.

No que concerne ao pedido de diligência, observo que o impugnante não apontou qualquer situação, mesmo por amostragem, que justificasse a necessidade sua realização. Como os elementos contidos nos autos são suficientes para formação do meu convencimento sobre o deslinde das questões, indefiro o pedido com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

Passo ao exame das infrações.



No que tange à infração 1, verifica-se que as datas de ocorrências são 28/02/2011, 31/03/2011, 30/04/2011 e 31/05/2011, portanto, em face do que foi dito acima, acolho a decadência arguida pelo impugnante e, por consequência, fica extinto o crédito tributário atinente a este item da autuação. Infração improcedente.

Quanto à infração 2, a exigência fiscal diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal em relação a operações com mercadorias sujeitas ao pagamento do ICMS de forma antecipada.

Verifica-se que o impugnante não colacionou na peça defensiva qualquer documento fiscal ou planilha para rechaçar este item da autuação.

Na realidade, contrariamente ao que sustenta o impugnante, a legislação do ICMS não permite a utilização de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação ou substituição tributária, conforme dispõe o art. 97, inc. IV, “b”, do RICMS/BA-1997, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

O mencionado dispositivo regulamentar dispõe que:

**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);

Diante disso, fica mantida a exigência quanto à data de ocorrência de 31/12/2011 no valor de R\$5.163,99 e excluídas as parcelas do crédito tributário extinto pela decadência, referente aos meses de janeiro a novembro de 2011. Infração parcialmente procedente.

Relativamente à infração 3, verifica-se que as datas de ocorrências são 31/05/2011, 30/06/2011, 30/10/2011, portanto, em face do que foi dito acima, acolho a decadência arguida pelo impugnante e, por consequência, fica extinto o crédito tributário atinente a este item da autuação. Infração improcedente.

No respeitante à infração 4 - verifica-se que as datas de ocorrências são 31/01/2011, 28/02/2011, 31/03/2011, 30/06/2011, 30/10/2011 e 30/11/2011, portanto, em face do que foi dito acima, acolho a decadência arguida pelo impugnante e, por consequência, fica extinto o crédito tributário atinente a este item da autuação. Infração improcedente

No tocante à infração 5, assiste razão a autuante. Consta-se que o demonstrativo de débito de fls. 1.637 a 1.648, indica a data de registro referente a cada nota fiscal, cujo crédito fiscal foi utilizado em duplicidade. Verifica-se que o impugnante não colacionou na peça defensiva qualquer documento fiscal ou planilha para rechaçar este item da autuação.

Diante disso, fica mantida a exigência quanto à data de ocorrência de 31/12/2011 no valor de R\$58.680,54 e excluída a parcela do crédito tributário extinto pela decadência, referente ao mês abril de 2011. Infração parcialmente procedente.

Quanto às infrações 6 e 7 – impugnadas conjuntamente pelo autuado -, dizem respeito à glosa de créditos fiscais de ICMS referente a operações de aquisição de mercadorias cujas saídas subsequentes são beneficiadas com isenção ou redução de base de cálculo do imposto. O lançamento fiscal fundamenta-se em disposições expressas do RICMS-BA/97, que tratam da isenção e da redução da base de cálculo (art. 14, I, “b” e art. 78-A e art. 87, XXX e XXXVI, do RICMS).

Verifica-se que o impugnante não colacionou na peça defensiva qualquer documento fiscal ou planilha para rechaçar estes itens da autuação.

Diante disso, no que tange à infração 6, fica mantida a exigência quanto à data de ocorrência de 31/12/2011 no valor de R\$3.248,80 e excluídas as parcelas do crédito tributário extinto pela decadência, referente aos meses de janeiro a novembro de 2011. Infração parcialmente procedente.

A infração 7 fica mantida integralmente no valor de R\$479,97, haja vista que diz respeito apenas à data de ocorrência de 31/12/2011.

No que concerne às infrações 8, 9 e 19 – impugnadas conjuntamente – constata-se que assiste razão a autuante. Efetivamente, o autuado não apresentou qualquer documentação fiscal no intuito de impugnar estas infrações.

Nota-se que as vias das notas fiscais anexadas aos autos, fls. 2.621 a 2.678, comprovam que nos referidos documentos fiscais não há destaque do ICMS, entretanto, o autuado utilizou crédito fiscal do ICMS referente a tais notas fiscais, sendo correta a glosa do crédito fiscal, conforme a infração 8. Diante disso, na infração 8 fica mantida a exigência quanto à data de ocorrência de 31/12/2011 no valor de R\$259,78 e excluídas as parcelas do crédito tributário extinto pela decadência, referente às datas de ocorrências de 28/02/2011, 31/03/2011 e 30/06/2011. Infração parcialmente procedente.

Quanto à infração 9, constata-se que, de fato, as vias das notas fiscais acostadas aos autos, fls. 2.681 a 2.706, comprovam que os valores do ICMS nelas destacados são inferiores ao ICMS utilizado pelo autuado, sendo correta a glosa do crédito fiscal, conforme este item da autuação.

Assim sendo, na infração 9 fica mantida a exigência quanto à data de ocorrência de 31/12/2011 no valor de R\$78,28 e excluídas as parcelas do crédito tributário extinto pela decadência, referente às datas de ocorrências de 31/01/2011, 31/07/2011, 31/08/2011 e 30/09/2011. Infração parcialmente procedente.

No tocante à infração 10, verifica-se que o autuado, de fato, foi intimado para apresentar os documentos fiscais que fundamentaram o crédito fiscal utilizado objeto da glosa, conforme os documentos de fls. 2.710 a 2.712, no caso Intimação e relação das notas fiscais, contudo, as notas fiscais constantes no demonstrativo de débito, fls. 2.707 a 2.709, não foram apresentadas.

Dessa forma, na infração 10 fica mantida a exigência quanto à data de ocorrência de 31/12/2011 no valor de R\$7.847,99 e excluídas as parcelas do crédito tributário extinto pela decadência, referente às datas de ocorrências de 28/02/2011, 30/04/2011, 31/05/2011, 30/06/2011, 31/07/2011, 31/08/2011, 30/09/2011, 31/10/2011 e 30/11/2011. Infração parcialmente procedente.

No tocante à infração 11, verifica-se que as datas de ocorrências são 31/01/201, 28/02/2011, 31/03/2011, 31/05/2011, 31/07/2011, 31/08/2011 e 31/10/2011, portanto, em face do que foi dito acima, acolho a decadência arguida pelo impugnante e, por consequência, fica extinto o crédito tributário atinente a este item da autuação. Infração improcedente.

Quanto à infração 12, verifica-se que as datas de ocorrências são 31/01/2011, 28/02/2011, 31/08/2011, 30/09/2011 e 31/10/2011, portanto, em face do que foi dito acima, acolho a decadência arguida pelo impugnante e, por consequência, fica extinto o crédito tributário atinente a este item da autuação. Infração improcedente.

Relativamente à infração 13, verifica-se que assiste razão a autuante quando consigna que os documentos de folhas 3.660 a 3.668, no caso comprovante de recolhimento do Sistema INC da SEFAZ/BA, comprovam que não houve recolhimento de ICMS referente à diferença entre as alíquotas internas e interestaduais (ICMS DIFAL).

Diante disso, nesta infração fica mantida a exigência quanto à data de ocorrência de 31/12/2011 no valor de R\$110,51 e excluídas as parcelas do crédito tributário extinto pela decadência, referente às datas de ocorrências de 31/01/2011, 28/02/2011, 31/03/2011, 30/04/2011, 31/05/2011, 31/08/2011 e 31/10/2011. Infração parcialmente procedente.

Quanto à infração 14, verifica-se que as datas de ocorrências são 31/04/2011, 31/07/2011, 31/08/2011, 30/09/2011 e 31/10/2011, portanto, em face do que foi dito acima, acolho a decadência arguida pelo impugnante e, por consequência, fica extinto o crédito tributário atinente a este item da autuação. Infração improcedente.

Quanto às infrações 15 e 17 – impugnadas conjuntamente – constata-se que assiste razão a autuante.

Efetivamente, no que tange à infração 15, verifica-se que no campo Informações complementares do DAE o autuado, de forma correta, aponta identifica a nota fiscal a que se refere o recolhimento e no campo 4 do referido documento fiscal o mês de referência.

Observa-se que o demonstrativos de débito de fls. 2.827 a 2.829, as vias das notas fiscais acostadas às fls. 2.830 a 2.871, demonstrativos de recolhimento do ICMS antecipação tributária de fls. 2.872/2.873, cópias dos DAEs acostadas às fls. 2.874 a 2.884 e comprovante de recolhimento do Sistema INC de fls. 3.660 a 3.668, comprovam que houve recolhimento a menos em relação as notas fiscais constantes no demonstrativo de folhas 287 a 2829 referente aos meses de janeiro, fevereiro, março, maio, junho, novembro e dezembro.

Diante disso, nesta infração fica mantida a exigência quanto à data de ocorrência de 31/12/2011 no valor de R\$625,68 e excluídas as parcelas do crédito tributário extinto pela decadência, referente às datas de ocorrências de 31/01/2011, 28/02/2011, 31/03/2011, 31/05/2011, 30/06/2011 e 30/11/2011. Infração parcialmente procedente.

No tocante à infração 17, do mesmo modo que a infração anterior, o autuado identifica corretamente no campo Informações complementares do DAE a nota fiscal a que se refere o recolhimento e no campo 4 o mês de referência.

Observa-se que o demonstrativo de débito de fls. 2.986 a 2.990, as vias das notas fiscais acostadas aos autos às fls. 2.991 a 3.096, o demonstrativo de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial por mês de referência de fls. 3.097 a 3.098, as cópias dos DAEs acostadas às fls. 3.099 a 3.123, e comprovante de recolhimento do Sistema INC de fls. 3.660 a 3.668, comprovam que houve recolhimento a menos em relação as notas fiscais constantes no demonstrativo de fls. 2.986 a 2.990, referente aos meses de janeiro, fevereiro, maio, junho, agosto, novembro e dezembro.

Diante disso, na infração 17 fica mantida a exigência quanto à data de ocorrência de 31/12/2011 no valor de R\$226,29 e excluídas as parcelas do crédito tributário extinto pela decadência, referente às datas de ocorrências de 31/01/2011, 28/02/2011, 31/05/2011, 30/08/2011 e 30/11/2011. Infração parcialmente procedente.

Quanto à infração 16, verifica-se que as datas de ocorrências são 31/03/2011, 31/04/2011, 31/07/2011, 30/09/2011 e 31/10/2011, portanto, em face do que foi dito acima, acolho a decadência arguida pelo impugnante e, por consequência, fica extinto o crédito tributário atinente a este item da autuação. Infração improcedente.

Relativamente às infrações 18 e 19, verifica-se que dizem respeito a descumprimento de obrigação acessória, decorrente da entrada no estabelecimento de mercadoria bem, ou serviço sujeito a tributação (infração 18) e não tributável (infração 19) sem o devido registro escrita fiscal.

No caso de ambas as infrações foi imposta multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias, na forma prevista no art. 42, IX, XI, da Lei nº 7.014/96, respectivamente. As condutas infracionais imputadas ao autuado nestes itens da autuação restaram comprovadas. Ou seja, as notas fiscais constantes nos demonstrativos elaborados pela autuante atinente a ambas as infrações não foram escrituradas, haja vista que, conforme inclusive a acusação fiscal contida na infração 20 – que será objeto de análise a seguir – o contribuinte apresentou os arquivos EFD, *porém, os mesmos não contêm as operações realizadas.*

Diante disso, as infrações 18 e 19 são subsistentes.

No que tange à infração 20, a acusação fiscal é de que autuado *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 autuado apresentou os arquivos EFD em abril de 2012, *porém, os mesmos não contêm todas as operações realizadas*.

A autuante na Informação Fiscal esclareceu que o autuado deixou de apresentar informações exigidas na forma prevista na legislação conforme comprovam documentos de fl. 3.437, no caso CD contendo os arquivos apresentados e que o autuado foi intimado para proceder à retificação conforme intimação de fl. 3.673, porém, não atendeu a solicitação.

Ou seja, segundo a autuante, o autuado **apresentou** os arquivos e foi **intimado** para proceder a **retificação**, conforme intimação de fl. 3.673, porém, não atendeu a solicitação.

Conforme consignado no Auto de Infração, a multa imposta neste item da autuação foi a prevista no art. 42, inc. XIII-A, letra “L”, da Lei nº 7.014/96.

O referido dispositivo legal originariamente apresentava a redação abaixo reproduzida que surtiu efeitos entre 31/03/10 e 31/10/13:

**(Redação originária da alínea “I” 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):**

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

Posteriormente, o referido art. 42, inc. XIII-A, letra “L”, da Lei nº 7.014/96 teve a sua redação alterada que produziu efeitos entre 01/11/13 e 10/12/15, passando a ser a seguinte:

**(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):**

*I) R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal – 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.*

Ocorre que a redação atual, dada pela alteração promovida pela Lei nº 13.461/15, que passou a produzir efeitos a partir de 11/12/2015, portanto, em data anterior à lavratura do Auto de Infração em lide - 19/12/2016 -, determina a aplicação da penalidade de R\$1.380,00 exclusivamente **pela falta de entrega da EFD nos prazos previstos na legislação**.

Assim dispõe o referido dispositivo legal:

**(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:**

(...)

*I) 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.*

Verifica-se da simples leitura do dispositivo legal acima transcrito que a alteração promovida pela Lei nº 12.917/13, excluiu da redação anterior a expressão [... *ou sem as informações exigidas na legislação...*], de forma que a ausência das informações da escrita fiscal, mesmo que obrigatória para o autuado, não estaria mais sujeita à imposição da multa fixa de R\$1.380,00. Significa dizer que pela redação vigente cabe, exclusivamente, a imposição da multa por descumprimento de obrigação acessória pela falta de entrega da Escrituração Fiscal – EFD, nos prazos previstos na legislação.

Observa-se que no referido dispositivo legal, existe ainda a previsão de imposição da multa cumulativa de 1% (um por cento) sobre o valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, contudo, também cabível de aplicação quando o contribuinte não entrega a escrituração, mesmo sendo intimado neste sentido.

Diante disso, considerando que a norma tributária que comine penalidade menos severa retroage para atingir fatos geradores contidos em lançamentos pretéritos, consoante estabelece o art. 106, II, “a”, do Código Tributário Nacional (CTN), de forma que somente subsistiria a penalidade de R\$1.380,00 para os períodos em que o autuado, de fato, não tivesse efetuado a entrega à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia dos arquivos da EFD, o que, conforme visto, não ocorreu no presente caso, este item da autuação é improcedente.

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa, não acolho a pretensão defensiva, haja vista que, no presente caso, o autuado incorreu em diversas infrações sem qualquer justificativa plausível, inclusive por um longo período, prejudicando em muito os trabalhos desenvolvidos pela Fiscalização.

No tocante à alegação defensiva de que o próprio CONSEF decidiu que o lançamento tributário efetuado por meio de livros fiscais impressos, conforme realizado pela autuante, é improcedente, não tendo qualquer validade jurídica, conforme decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal proferida nos termos do Acórdão JJJ Nº. 0008-05/17, vale registrar que a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal deste CONSEF decidiu no sentido da procedência da autuação, conforme o Acórdão CJF Nº. 0162-12/17, cujo teor do voto reproduzo abaixo:

[...]

Exige-se do sujeito passivo o ICMS em razão do recolhimento a menos ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS.

Entendeu a 4ª JJJ ser Improcedente o lançamento sob o argumento de que os livros fiscais impressos pelo contribuinte e utilizado pelo autuante para comprovar a acusação fiscal não possuem qualquer validade jurídica, pois à época dos fatos geradores o mesmo estava obrigado a realizar a sua escrituração fiscal através da Escrituração Fiscal Digital-EFD.

De fato o contribuinte autuado estava obrigado a Escrituração Fiscal Digital - EFD desde janeiro de 2011, cujos arquivos foram transmitidos ao Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, porém, os mesmos não continham dados das operações realizadas.

Conforme disposto no art. 247 do RAICMS/12 a Escrituração 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. A EFD substitui a escrituração e impressão dos livros fiscais, inclusive o Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, portanto, inexistem dúvidas que houve, por parte do contribuinte, um descumprimento de uma obrigação tributária acessória, estabelecida na Lei nº 7.014/76, já que os arquivos transmitidos foram apresentados zerados.

Ocorre que o próprio contribuinte apresentou para a fiscalização a Memória de Cálculo utilizada para a apuração mensal do imposto, denominado “Registro de Apuração do ICMS”, fls. 287 a 310, acompanhado da listagem das notas fiscais de entradas, em ordem cronológica, denominada “Registro de Entradas”, fls. 8 a 284, dados omitidos na EFD.

Em tal listagem consta mensalmente os totais dos créditos acobertados pelos respectivos documentos fiscais, entretanto, no cálculo do imposto devido efetuado pelo sujeito passivo, demonstrado na mencionada Memória de Cálculo foram transportados e utilizados montantes de créditos superiores, resultando em recolhimento a menos do imposto, conforme demonstrado no documento de fl. 06. Mesmo que o contribuinte tivesse apresentado apenas as notas fiscais de entradas e de saídas a fiscalização chegaria a mesma conclusão após o confronto dos débitos e créditos acobertados com documentação fiscal, tendo em vista que durante o período fiscalizado inexistiu saldo credor oriundo de períodos anteriores.

Ainda corroborando a conclusão de que houve recolhimento a menor do imposto verifico, em consulta realizada no sistema de Informações do Contribuinte - INC, que os valores totais dos créditos informados nas DMAs transmitidas pelo recorrido a esta secretaria são idênticos aos valores inseridos na mencionada Memória de Cálculo do imposto comprovando que os mesmos foram utilizados pelo contribuinte para apuração do imposto devido mensalmente.

A título de exemplo transcrevo os valores relativos ao mês de dezembro de 2011 dos créditos informados na DMA, Relação de Notas Fiscais, fl. 284 e Memória de Cálculo do Imposto, fl. 310, demonstrando a utilização indevida de crédito fiscal o que resultou, comprovadamente, em recolhimento a menos do imposto no valor de R\$34.815,71, no mês de dezembro de 2011, situação que se repetiu nos demais meses objeto da autuação.

Relação de N. Fiscal	Memória de Cálculo	DMA	Diferença
36.583,79	71.399,50	71.399,50	34.815,71

Diante da constatação da exigência, o autuado deveria sustentar sua impugnação com provas em contrário da afirmação fiscal, o que não ocorreu, limitando-se a informar que: “quanto aos lançamentos em seu livro de Registro de Apuração fará as devidas retificações no momento oportuno, levando-se em consideração que o recolhimento a menor relativo às divergências apontadas pela autuante não correspondem à realidade”. Por isso, entendo que deva ser reformada a Decisão da primeira Instância para restabelecer o valor do Auto de Infração para R\$ 246.971,12.

Consequentemente, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto para restabelecer o débito e julgar PROCEDENTE o Auto de Infração.

Observa-se que a decisão considerou que o próprio contribuinte apresentou para a Fiscalização a “Memória de Cálculo” utilizada para a apuração mensal do imposto, denominado “Registro de Apuração do ICMS”, acompanhado da listagem das notas fiscais de entradas, em ordem cronológica, denominada “Registro de Entradas”, dados estes omitidos na EFD.

Relevante, ainda, o registro feito pela ilustre Conselheira/Relatora no sentido de que, *corroborando a conclusão de que houve recolhimento a menor do imposto verifíco, em consulta realizada no sistema de Informações do Contribuinte - INC, que os valores totais dos créditos informados nas DMAs transmitidas pelo recorrido a esta secretaria são idênticos aos valores inseridos na mencionada Memória de Cálculo do imposto comprovando que os mesmos foram utilizados pelo contribuinte para apuração do imposto devido mensalmente.*

Dessa forma, acorde com a decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal acima referida, não há que se falar em improcedência do lançamento por ter sido realizado com elementos não registrados na EFD, mas sim em “Memória de Cálculo” fornecida pelo próprio sujeito passivo.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa a ter a seguinte conformação por ocorrência fiscal:

<b>Infração 01 – IMPROCEDENTE</b>
<b>Infração 02 – R\$5.163,99;</b>
<b>Infração 03 – IMPROCEDENTE</b>
<b>Infração 04 – IMPROCEDENTE</b>
<b>Infração 05 – R\$58.680,54</b>
<b>Infração 06 – R\$3.248,80</b>
<b>Infração 07 – R\$479,97</b>
<b>Infração 08 – R\$259,78</b>
<b>Infração 09 – R\$78,28</b>
<b>Infração 10 – R\$7.847,99</b>
<b>Infração 11 – IMPROCEDENTE</b>
<b>Infração 12 – IMPROCEDENTE</b>
<b>Infração 13 – R\$110,51;</b>
<b>Infração 14 – IMPROCEDENTE</b>
<b>Infração 15 – R\$625,68</b>
<b>Infração 16 – IMPROCEDENTE</b>
<b>Infração 17 – R\$226,29</b>
<b>Infração 18 – R\$3.769,84 (MULTA)</b>
<b>Infração 19 – R\$4.158,55 (MULTA)</b>
<b>Infração 20 – R\$ - IMPROCEDENTE -(MULTA)</b>
<b>TOTAL DEVIDO APÓS O JULGAMENTO – R\$84.650,22</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **018184.3033/16-1**, lavrado contra **DALNORDE COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$76.721,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” e “f”, e inc. VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$7.928,39**, prevista no art. 42, incisos IX, 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, 16 de novembro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR