

A. I. Nº - 272041.0002/17-8
AUTUADO - MIX SUPERMERCADOS LTDA. - ME
AUTUANTE - PAULO NOGUEIRA DA GAMA
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18.12.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0226-04/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES COM NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. NULIDADE. Não se confirmou que houve falta de estorno de crédito fiscal já que o autuante não efetuou qualquer verificação na escrita fiscal do autuado, fato comprovado através das penalidades que foram aplicadas relacionadas a falta de entrega da EFD. Insegurança na constituição do lançamento. Infração nula, com a recomendação de que seja renovado o procedimento fiscal para exigência do valor porventura devido, a salvo dos vícios aqui apontados. **2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR INFORMADO NA DMA E O RECOLHIDO. NULIDADE.** Fato não demonstrado nos autos. Item nulo, com a recomendação de que seja renovado o procedimento fiscal para exigência do valor porventura devido, a salvo dos vícios aqui apontados. **3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS.** Fatos comprovados. Não acolhida a arguição de nulidade. Acusações subsistentes. **4. ARQUIVOS ELETRÔNICOS. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD. MULTAS. a) FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO.** O autuado não atendeu as intimações para apresentação dos arquivos. Não acolhida a arguição de nulidade. Adequação da data de ocorrência e de vencimento da infração. Item subsistente. **b) FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS FIXADOS PELA LEGISLAÇÃO.** Acusação comprovada. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida os presentes autos de exigência de crédito fiscal no montante de R\$444.517,06 e demais acréscimos legais, em face das seguintes acusações:

1 - Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS no total de R\$116.862,74 relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso VII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

2 – Deixou de recolher ou recolheu a menor o ICMS – Substituição/Antecipação Interna – declarado na DMA no(s) prazo(s) regulamentar(es), no total de R\$15,75. Divergência entre ICMS

Substituição Tributária por retenção informado na DMA e o recolhido. Multa de 50% prevista pelo Art. 42, inciso I, da Lei nº 7.014/96.

3- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no total de R\$18.405,48 referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Penalidade prevista pelo Art. 42, inciso II “d” da Lei nº 7.014/96.

4 - Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. Recolheu a menor ICMS de janeiro de 2014 a Dezembro de 2015 no total de R\$93.711,10. Multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

5 - Deixou o contribuinte de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD - na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária. O Contribuinte não atendeu à Intimação Genérica, e nem às 3(três) Intimações Específicas para Apresentação dos Arquivos EFDs de Janeiro de 2014 a Dezembro de 2015, inclusive o Inventário de 2015 apresentado em fevereiro de 2016. Multa aplicada no total de R\$181.021,99 prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei nº 7.014/96 c/c a Lei nº 12.917/13 a Art. 112 do CTN.

6 - Deixou o contribuinte 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. Não apresentou EFDs de Janeiro de 2014 a Dezembro de 2015. Ainda, não apresentou o Inventário em Fevereiro de 2015. Multa aplicada no total de R\$34.500,00 prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei nº 7.014/96 c/c a Lei nº 12.917/13 e Art. 112 do CTN.

Regularmente cientificado do lançamento, o autuado ingressou com Impugnação, fls. 297 a 305, onde após citar a tempestividade da peça defensiva, descrever as infrações e suscitar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, passou a pugnar pela nulidade das infrações 01,02, 03, 05 e 06, ante as razões a seguir esposadas.

A este respeito sustenta que as referidas infrações restam eivadas de nulidades, pois, em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o Demonstrativo elaborado pelo autuante encontra-se eivado de vícios e defeitos inquestionáveis e irreparáveis, que afirma que passará demonstrar.

Com relação às infrações 01, 02 e 03, sustenta que utilizou os créditos fiscais conforme destacados nas notas fiscais de entradas corretamente, desconhecendo se houve algum erro na apropriação desses créditos e deixado de realizar o estorno, conforme aponta o autuante.

Afirma que o mesmo não poderia apontar essas irregularidades uma vez que não possuía em seu poder notas fiscais e documentos fiscais pertinentes, e que, além disso, os arquivos EFD no qual aponta as infrações 05 e 06 que não foram entregues ou sugere que foram entregues sem as informações e exigências na forma e prazos previstos na legislação pertinente.

Questiona como poderia o autuante afirmar que o contribuinte deixou de efetuar o estorno dos créditos fiscais de ICMS se ele não possui as informações para que se chegasse a essa afirmação, ou seja, trata-se nessa situação claramente de arbitramento de cobrança de imposto, tolhendo, assim, o seu direito líquido e certo de defesa.

Quanto à alegação as acusações de utilização indevida de fiscal de ICMS e de ter deixado de recolher ou recolher a menor ICMS (infrações 02 e 03), defende que não se sustentam pois utilizou exatamente do crédito fiscal que estava destacado nas notas fiscais de compras e recolheu o ICMS tanto por Antecipação Parcial e Substituição Tributária de mercadorias, que afirma poder comprovar através de planilhas e os próprios documentos que estão à disposição do Fisco e os arquivo entregues ainda que extemporâneo.

No que diz respeito a acusação de recolhimento a menos de ICMS Antecipação parcial, infração 04, indaga como o autuante pode fazer tal afirmação se não possuía em seu poder os arquivos

EFD, e os documentos necessários para que se chegasse a essa conclusão, pontuando que insistentemente solicitou ao autuante uma prorrogação do prazo para entrega dos arquivos, pois se encontrava com problemas no sistema para geração dos arquivos e que, quando solucionados essas questões, os arquivos foram enviados.

Quanto as infrações 05 e 06 referentes a penalidades pela não entrega dos arquivos EFD nos prazos previstos na legislação tributária, reconhece que de fato não os entregou e que o motivo para tal fato foram os problemas na geração dos mesmos junto ao seu sistema de automação, ainda que tenha ocorrido a dilação do prazo para entrega por mais 20 (vinte) dias, através do DTE, prazo este que considerou curto.

Disse que tão logo foi resolvido o problema realizou a entrega dos arquivos, porém o autuante já havia realizado a lavratura do Auto de Infração, cerceando, com isso, seu direito de defesa.

Ante os argumentos supra, pugna pela declaração de nulidade do Auto de Infração e consequente inexigibilidade das multas aplicadas.

Em seguida diz que apesar de confiante no acolhimento da preliminar de nulidade pleiteada, “adentrará no mérito da questão face ao princípio da eventualidade”, porém não apresentou qualquer argumento.

Ao se referir as multas e juros aplicados, cita que são várias as agruras sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas imposta, ao tempo em que, habitualmente as leis são confusas e obscuras, ou ainda são apenas mais uma bandeira da burocracia que destrói nosso País, concluindo que *“tal fato pode ser observado no tumulto legislativo ao qual estão submetidas as empresas nacionais e consequente sujeição a tributação do não menos confuso ICMS”*.

Em conclusão requer que seja declarada a nulidade do presente Auto de Infração e caso não seja este o entendimento que o feito seja convertido em diligência a fim de apurar as informações aqui prestadas para se comprovar suas alegações e ainda, seja adentrado no mérito para se constatar a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, procedendo-se aos recálculos do reais valores devidos, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se a Impugnante de todo o andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa, pugnando, ao final, que a presente autuação seja julgada improcedente, uma vez que padece a mesma de embasamento jurídico.

O autuante prestou Informação Fiscal, fls. 308 e 309, onde ao se referir a preliminar de nulidade relativa às infrações 01, 02, 03 e 04 diz que o sistema de banco de dados da SEFAZ contém informações das notas fiscais de entradas interestaduais, arrecadações e outras tantas importantes para a realização da auditoria fiscal, sendo que estas infrações foram apuradas justamente através desse sistema de informação.

Naquilo que se relaciona às infrações 05 e 06, destaca que apesar da autuada ter sido intimada por três vezes, com duas prorrogações, ainda assim alegou cerceamento de defesa.

Aponta que ao consultar, pela última vez, no dia 01/04/2017, constatou que as EFDs não foram entregues, destacando que está anexando o *Relatório Resumo de Arquivos EFD/OIE* da autuada, e também os detalhes técnicos do *Apenas Relatório MIX.html*, os quais comprovam o dia da consulta consoante “Data de Criação” e “Data de Modificação”, restando comprovado que a autuada não atendeu os prazos das intimações e das prorrogações.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade das infrações 01, 02, 03, 05 e 06, trazendo à baila argumentos que serão aqui examinados individualmente.

Assim é que, quanto a infração 01, tem-se a seguinte acusação: *Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS no total de R\$116.862,74 relativo a mercadorias entradas no*

estabelecimento com utilização de crédito fiscal e que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto.

Em sua informação fiscal o autuante manteve a exigência fiscal citando que apurou a infração com base no Sistema de Informações da Sefaz que armazena dados relacionados as entradas interestaduais de mercadorias.

O autuado alegou cerceamento ao seu direito de defesa sob o argumento de que o autuante não pode afirmar que deixou de efetuar o estorno dos créditos já que o mesmo não possui as informações necessárias para se chegar a essa afirmação, revestindo-se a exigência fiscal em uma espécie de arbitramento da base de cálculo.

Examinando as planilhas elaboradas pelo autuante, fls. 177 a 290, vejo que estas não se relacionam ou indicam a existência de falta de estorno de crédito e, sim, uma possível utilização indevida de crédito fiscal em relação a uma quantidade expressiva de operações internas e interestaduais, envolvendo mercadorias diversas, sem que haja uma indicação precisa da causa motivadora da possível utilização indevida do crédito.

Se de fato ocorreu falta de estorno de crédito em relação a operações cujas saídas ocorreram sem tributação, deveria estar consignado no lançamento a vinculação existente entre as operações de entradas com as respectivas saídas, aliado a comprovação dos respectivos registros efetuados na escrita fiscal.

No caso sob análise vejo que assiste razão ao autuado quando sustenta que o autuante não possui as informações necessárias para tal afirmação, vez que não houve nenhum exame realizado pelo autuante na sua escrita fiscal, já que, para todo o período autuado, foram aplicadas penalidades pela falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou os entregou sem as informações exigidas na forma prevista pela legislação, assim como não houve atendimento pelo autuado da intimação expedida para entrega dos mesmos arquivos digitais.

Nesta situação não há como se afirmar que houve falta de estorno de crédito fiscal, ou, até mesmo, em uma segunda hipótese não ventilada pela acusação de que houve utilização indevida de crédito fiscal já que o autuante não efetuou qualquer verificação na escrita fiscal, fato comprovado pelas das penalidades aplicadas através das infrações 05 e 06 relacionadas a falta de entrega da EFD.

Desta maneira, ante a total insegurança presente na constituição do lançamento, com fulcro no Art. 18, inciso IV do RPAF/BA, julgo nula a infração 01, com a recomendação de que seja renovado o procedimento fiscal para exigência do valor porventura devido, a salvo dos vícios aqui apontados.

Quanto a infração 02, contém a seguinte acusação: *“Deixou de recolher ou recolheu a menor o ICMS – Substituição/Antecipação Interna – declarado na DMA no(s) prazo(s) regulamentar(es), no total de R\$15,75. Divergência entre ICMS Substituição Tributária por retenção informado na DMA e o recolhido. Multa de 50% prevista pelo Art. 42, inciso I, da Lei nº 7.014/96”.*

O autuado requereu sua nulidade sob a alegação de que não houve comprovação pelo autuante e que recolheu o imposto por antecipação. De fato, analisando as peças que integram estes autos não visualizei qualquer documento que comprove a efetividade da acusação. O autuante limitou-se a citar que deixou de recolher ou que recolheu a menos o imposto retido, o qual foi declarado na DMA, porém não demonstrou essa ocorrência. Observe-se que, se de fato houve retenção do imposto sem o devido recolhimento a multa não seria a indicada na autuação, e sim, no percentual de 150% referente a imposto retido e não recolhido.

De maneira que ante a total falta de demonstração e comprovação da infração, inclusive na ausência de indicação da base de cálculo, com arrimo no Art. 18, inciso IV do RPAF/BA julgo nula a infração 02 e recomendo que o procedimento fiscal seja renovado a salvo da falha apontada.

As infrações 03 e 04 acusam o autuado de ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no total de R\$18.405,48 bem como de que houve recolhimento a menos no valor de R\$93.711,10 referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização.

O autuado também requereu a nulidade destes itens sob o argumento de que efetuou o recolhimento do imposto por antecipação parcial e da substituição tributária, cuja comprovação poderá se obter através das planilhas e os próprios documentos que estão à disposição do Fisco e os arquivos entregues extemporaneamente. Afirmou, ainda, que pelo fato de não ter ocorrido a entrega da sua EFD e o autuante não haver manuseado os documentos necessários à realização da auditoria, não haveria como apurar as ocorrências que lhe foram atribuídas.

Neste caso não assiste razão ao autuado em seus argumentos. Os levantamentos elaborados pelo autuante tomaram como base as informações relativas as notas fiscais de entradas interestaduais e os documentos de arrecadação constantes no banco de dados da Sefaz, onde, através deles, foram elaboradas as planilhas de fls. 18 a 175, indicando o número de cada documento fiscal, a data de aquisição a origem, produto, e os respectivos cálculos, os quais não foram rechaçados pelo autuado.

De maneira que, independentemente da falta de apresentação da EFD pelo autuado, fato este que motivou as penalidades adiante analisadas, considero que os elementos utilizados pelo autuante para realização da auditoria pertinente as infrações 03 e 04 são suficientes para apuração dos fatos e formação do convencimento, deixo de acolher a arguição de nulidade e, no mérito, como não houve impugnação específica em relação aos valores consignados nas planilhas base para a autuação, julgo procedentes ambas as infrações.

A infração 05 trata de multa no total de R\$181.021,99 pela falta de entrega da EFD quando regularmente intimado para este fim. O autuado reconheceu que de fato não fez a entrega dos arquivos solicitados em face de problemas existentes em seu sistema de automação e que, tão logo equacionou tal problema procedeu a entrega dos arquivos, porém o Auto de Infração já havia sido lavrado.

Consta dos autos três intimações específicas para que o autuado apresentasse as EFDs dos exercícios de 2014 e 2015, cuja última foi recebida pelo autuado em 21/03/2017, porém não ocorreu o atendimento, sendo o Auto de Infração lavrado em 31/03/2017. Por oportuno, ressalto que não consta dos autos comprovação que ocorreu, mesmo extemporaneamente a entrega pelo autuado dos arquivos solicitados, situação esta que, a rigor, não descaracterizaria a infração.

Nessa condição, não acolho o argumento de nulidade apresentado pelo autuado.

No aspecto meritório vejo que o autuante apresentou os demonstrativos mensais consolidados referentes as operações de aquisições internas e interestaduais, fls. 14 e 15, o qual serviu como parâmetro para efeito de determinação da base de cálculo para aplicação da penalidade, o qual não foi contestado pelo autuado.

Verifiquei, entretanto, que os campos relativos a data de ocorrência e data de vencimento desta infração 05 estão preenchidos incorretamente, destoando com a orientação contida no item 2.2 da Instrução Normativa nº 55/14, nos quais deverão conter apenas a data do primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado para a entrega do arquivo eletrônico, neste caso, dia 29/03/2017 já que a intimação foi recebida pelo autuado em 21/03/2017.

Ante ao exposto, julgo procedente a infração 05 no valor de R\$181.021,99 porém com retificação apenas da data de ocorrência e de vencimento na forma acima exposta.

A infração 06 trata de penalidade fixa pela falta de entrega pelo autuado, no prazo fixado pela legislação, dos arquivos eletrônicos referentes a EFD. O argumento defensivo suscitando a nulidade da infração nos mesmos termos constantes do item precedente não podem ser aceitos, pois, realmente, está comprovado nos autos que tais arquivos não foram entregues sendo cabível a penalidade no valor de R\$1.380,00 por cada período não apresentado na forma prevista pelo Art.

42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei nº 7.014/96, razão pela qual a infração 06 é totalmente subsistente no valor de R\$34.500,00.

Em conclusão voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, sendo as infrações 01 e 02 julgadas nulas e as demais totalmente procedentes, devendo ser renovado o procedimento fiscal em relação aos itens julgados nulos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **272041.0002/17-8** lavrado contra **MIX SUPERMERCADOS LTDA. – ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$112.116,58** acrescido da multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas pelo descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$215.521,99** previstas pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” do mesmo diploma legal citado, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pelo Lei nº 9.837/05. Recomenda-se que seja renovado o procedimento fiscal em relação as infrações julgadas nulas.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, em 01 de dezembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA