

A. I. Nº - 293873.0024/15-1
AUTUADO - SAIS NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - RITA DE CÁSSIA BITTENCOURT NERI
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19/04/2018

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0035-03/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NÃO APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO REFERIDO CRÉDITO. Contribuinte não traz aos autos elementos capazes de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. 2. BENEFÍCIO FISCAL. PROGRAMA DESENVOLVE. PERDA DO DIREITO AO BENEFÍCIO. A falta de recolhimento, na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação do prazo, resultou na perda do direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia – Desenvolve. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 25/11/2015, exige crédito tributário no valor de R\$200.382,77, em razão das seguintes irregularidades:

1. 01.02.42 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro, fevereiro de 2011, e junho de 2012, no valor de R\$136.100,02, acrescido da multa de 60%. Consta na descrição dos fatos que se refere a Auto de Infração complementar ao de nº 293873.1606/15-4 lavrado em 16/06/2015 que se encontra parcelado, em razão da não observância durante a fiscalização do saldo credor indevido, transferido do exercício anterior. Utilizou crédito fiscal de ICMS indevidamente, por não apresentar o competente documento comprobatório do direito ao crédito no mês de janeiro de 2011. O contribuinte refez a escrita fiscal lançando no referido mês um saldo credor no valor de R\$115.800,94, sem comprovar sua legitimidade.

2. 03.08.03 - recolheu a menos o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita à dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação a parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, nos meses de novembro e dezembro de 2013, no valor de R\$64.282,75 acrescido da multa de 60%.

O autuado impugna o lançamento fls.18/32. Reproduz as infrações que lhe foram imputadas com os respectivos dispositivos infringidos.

Comenta que foi diagnosticada inconsistência na Escrituração Fiscal, período Janeiro 2011 a Outubro de 2014, face aos equívocos de boa fé da Autuada. Daí foi solicitada autorização para retificar a Escrituração Fiscal Digital – EFD, a qual foi autorizada consoante parecer integrante do processo SIPRO nº. 213198/2014-0. Após retificação, o Autuado apresentou ao fisco, para realização dos trabalhos de Auditoria, que resultou no Auto de Infração nº 293873.1606/15-4, que foi reconhecido pela autuada, portanto, aquela ação fiscal foi desenvolvida com base nos livros retificados, referentes ao período de 01/01/2011 a 31/12/2013.

Disse que foi surpreendida com nova fiscalização do mesmo período, a qual não acatou elementos anteriormente aceitos, como no caso do saldo credor em 31/12/2010, lançado no mês de janeiro/2011, como inerente ao período anterior, na quantia de R\$ 115.800,94, glosando os créditos dos meses de Janeiro e Fevereiro de 2011, nas quantias de R\$11.945,42 e R\$7.923,84, respectivamente, bem como, deixando de reconhecer crédito legítimo (ICMS pago indevidamente) na apuração do DESENVOLVE, resultando no presente Auto de Infração.

Sobre o lançamento que ora combate, diz efetuar a seguinte explicação a respeito da Infração 01: são três ocorrências, a primeira em 31/01/2011, valor R\$127.746,36; a segunda em 28/02/2011, valor R\$ 7.923,84 e a terceira em 30/06/2012, valor histórico R\$ 429,82.

Aduz que a primeira ocorrência desdobra-se em duas situações: a) lançamento de saldo credor em janeiro/2011 na quantia de R\$115.800,94; b) utilização indevida de crédito (ICMS) sem apresentação dos documentos comprobatórios na quantia de R\$ 11.945,42. Ressalta a falta de clareza do lançamento, considerando que o valor lançado a título de ICMS pago indevidamente, competência 12/2010, é de R\$11.945,42; c) crédito indevido lançamento em duplicidade da Nota Fiscal 6998 na quantia de R\$429,82.

No que diz respeito à segunda ocorrência, lançamento a título de utilização indevida de crédito no valor de R\$7.923,84, assevera que fica totalmente prejudicada a defesa por falta de identificação, clareza e precisão na metodologia utilizada no demonstrativo de débito e no campo descrição dos fatos no Auto de Infração que ora combate.

Quanto à terceira ocorrência, afirma que reconhece e requer a expedição do DAE.

Com relação à Infração 02, diz que a acusação fiscal é que teria recolhido a menos a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, ensejando a perda do benefício da parcela incentivada. Observa que com a falta de clareza dos levantamentos indispensáveis à demonstração dos fatos arguidos para materializar o lançamento, ficou prejudicado seu sagrado direito de defesa.

No entanto, em que pese o esforço e a dedicação da Autuante na busca da constatação de ilícitos tributários, não logrou totalmente o êxito desejado. Diz que a verdade é que, há situações com absoluta regularidade fiscal e com a legislação aplicável ao caso, envolvida no contexto das infrações.

Assevera que não houve as alegadas infrações aos dispositivos invocados pela Autuante, no que diz respeito às parcelas impugnadas, sobretudo, quando examinada a questão, sob a luz dos argumentos defensivos. Invoca o art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), para dizer da tipicidade cerrada do direito tributário, devendo-se proceder ao lançamento nos estritos limites definidos na Lei.

Afirma que a primeira irregularidade processual diz respeito às ocorrências classificadas na infração 01, especificamente a utilização de crédito indevido 28/02/2011, valor histórico R\$7.923,84, face a falta de identificação, clareza e inconsistência da metodologia utilizada nos levantamentos indispensáveis à demonstração do fato arguido, sendo que na descrição dos fatos, a Autuante, não identifica e nem esclarece a origem da suposta infração.

Assegura que a segunda irregularidade processual diz respeito à infração 02 – falta de clareza e imprecisão dos levantamentos indispensáveis à demonstração do fato arguido, principalmente pela inobservância da Instrução Normativa nº. 27/2009.

Sobre a terceira irregularidade processual, diz que apesar de sua inegável capacidade técnica, a Autuante acabou não trazendo aos autos, elementos capazes de demonstrar de forma segura as infrações 01 e 02, por isso o presente Auto de Infração deve ser julgado nulo de pleno direito, em face das irregularidades processuais demonstradas. Aduz que, embora certa do provimento das preliminares, não perderá a oportunidade de ilidir a Autuação.

Para falar do mérito das infrações, inicia descrevendo sobre a competência veiculada pela Constituição, para instituir os impostos. Explana sobre os elementos essenciais para que nasça

um tributo. Afirma que o procedimento administrativo se baseia nos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, este último configurado no conteúdo material da norma legal. Sobre o tema cita lições do professor Alberto Xavier, arrimada em BUHLER, lembra que a Administração Fiscal não deve ter em mãos cláusulas gerais para a exigência de impostos, ante as circunstâncias de fato de que depende o tributo, que devem estar fixadas o mais rigorosamente possível numa formulação legal.

Diz que deve ser relevado o fato de tratar-se a impugnante de tradicional grupo detentor de ilibada reputação no mercado nacional, operando no segmento de fabricação de fertilizantes, cumpridora de todas as suas obrigações legais e contratuais, notadamente aquelas decorrentes das imposições fiscais tributárias, tanto assim que impugna aquilo que realmente não deve.

Explica que ao diagnosticar inconsistências em sua escrita fiscal, as quais não implicaram falta de recolhimento, e sim em recolhimento a maior ou indevidamente, diz que na oportunidade solicitou autorização para retificar a Escrituração Fiscal Digital – EFD, período janeiro 2011 a Outubro/2014, através do processo SIPRO nº. 213198-2014-0, o qual foi deferido em 22/12/2014, consoante fotocópia parecer acostado à defesa, docs. 04 a 11.

Sobre a infração 01 afirma que após retificação, a Autuada apresentou ao fisco, os livros fiscais retificados, período Janeiro/2011 a Dezembro/2013, RAICMS/2011 - com saldo credor inicial (Janeiro/2011) lançado no campo 009 – a título de “Saldo credor do período anterior na quantia de R\$ 115.800,94”. Lançou também, no campo 006 (Outros Créditos) – Antecipação Parcial na quantia de R\$10.374,20, ICMS pago indevidamente na quantia de R\$11.945,42 e no mês de Fevereiro/2011 – lançou no campo 006 (Outros Créditos) Antecipação Parcial R\$11.069,53 e ICMS pago indevidamente na quantia de R\$14.896,00, consoante fotocópias do Registro de Apuração do ICMS (Docs.12 a 36) e dos comprovantes de recolhimentos carreados ao processo (docs. 37 a 44). Registra que os referidos valores foram acatados na auditoria do período 01/01/2011 a 31/12/2013, a qual resultou no Auto de Infração nº. 293873.1606/15-4 – docs. 45 a 48.

No que tange à infração 02, afirma que a presunção de que teria recolhido a menos o ICMS em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita à dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada, não se configura, posto que a Autuante não considerou crédito a maior ou indevidamente apurado na reconstituição das escritas, repete que são créditos fiscais acatados quando da lavratura do Auto de Infração nº. 2933873.1606/15-4. E como prova incontestável da legitimidade destes créditos fiscais, apresenta fotocópias do RAICMS/2013 (docs.49/74) e dos Relatórios do cálculo do incentivo fiscal Desenvolve, dos meses de novembro e dezembro de 2013 (docs. 75/76), o que entende, põe termo à discussão.

Declara que pretende defender-se tão somente daquilo que realmente não deve, tanto é assim que reconhece a legitimidade parcial do Auto de Infração, parte do crédito tributário exigido na quantia de R\$ 429,82. Requer expedição do DAE para quitação da parcela reconhecida, com redução da multa nos termos do art. 45 da Lei 7.014/96.

Com relação à infração 01, separa em três ocorrências e repete os argumentos já delineados anteriormente para rebater a acusação fiscal.

Esclarece que a infração 02 ocorre em razão de a Autuante não considerar créditos (ICMS pago a maior ou indevidamente recuperado) legítimos. E como se trata de tributação reflexa (por não ter considerado crédito legítimo apurado na reconstituição), impõe-se o reconhecimento destes créditos apurados na reconstituição das escritas fiscais – o que poria termo à discussão.

Solicita diligencia a ASTEC no sentido de verificar se realmente ocorreram os equívocos retro citados para que seja realizada uma revisão fiscal, através de agente neutro da própria fiscalização sem interesse no processo, para primeiro: cotejar e conferir os registros de entradas, saídas, documentos fiscais e comprovantes de recolhimentos do ICMS com o registro de apuração do ICMS 2009/2010, período auditado anteriormente; Segundo, cotejar e conferir os registros de

entradas, saídas, documentos fiscais e comprovantes de recolhimentos do ICMS com os registros de apuração do ICMS 2011/2012/2013; terceiro, apurar DESENVOLVE nos termos da instrução normativa nº 27/2009, com base nos dados do registro de apuração de 2013, levando em conta os créditos legítimos apurados na reconstituição da escrita fiscal digital; quarto, conciliar os registros de apuração do ICMS do período auditado com os livros, documentos fiscais e comprovantes de recolhimentos. Assevera que após esta conciliação com certeza restará comprovado a improcedência das parcelas impugnadas.

Sobre a busca pela verdade material e o ônus da prova, no curso do processo administrativo fiscal que frisa ser da Fazenda Pública e não do contribuinte, segundo a lição de Hugo de Brito Machado. Diz que o ônus probatório dos fatos que fundamentam a atividade fiscalizadora da Fazenda Pública Estadual não pode ser atribuído à Autuada, sob pena de subversão da legislação nacional.

Sobre o princípio do não confisco e da proporcionalidade, cita Odete Medauar. Reproduz doutrina e jurisprudência. Observa que se impõe, portanto, a nulidade do lançamento face as preliminares levantadas, considerando que a Autuante apesar de sua inegável capacidade técnica, acabou não trazendo aos autos, elementos capazes de demonstrar de forma consistente as infrações 01 e 02, o que por si só, daria ensejo à nulidade nos termos do art. 18 do RPAF/99 que reproduz.

Requer a nulidade da autuação, procedência somente quanto à parte reconhecida e improcedência das demais parcelas do auto de infração.

A autuante prestou informação fiscal fls.170/178. Sintetiza os argumentos da defesa. Ratifica a infração reconhecida pelo autuado. Repete argumento defensivo sobre inconsistência na escrituração contábil, no período de janeiro de 2011 a outubro de 2014, e que foi solicitado e autorizado pela SEFAZ, retificação, conforme parecer Sipro no. 213198/2014-0 fl. 38 do PAF.

Sobre a Infração 01, diz que o autuado argumenta que houve falta de clareza na demonstração dos cálculos apresentados e a respeito da Infração 02, que a presunção de que teria recolhido a menos não se configura, uma vez que a autuante não considerou crédito a maior ou indevidamente apurado na reconstituição da escrita.

Traça os seguintes esclarecimentos: sobre a infração, 01 ressalta que considerou os dados retificados na primeira fiscalização, ressalvando que após tê-la concluído observou que as DMA's não retratavam os livros fiscais apresentados, como também, que o exercício 2010 foi homologado com saldo a recolher de R\$11.945,42. Afirma que posteriormente foi refeito o livro de Apuração e lançado um saldo credor de R\$115.800,94.

Esclarece que durante a ação fiscal intimou o contribuinte fls.173 e 177, a apresentar esclarecimentos sobre a origem deste saldo credor, constante do Processo Sipro nº 025212/2016-3, onde foi apresentada a planilha do DESENVOLVE com os valores devidos e recolhidos a mais fls.178 a 182 do PAF.

Com relação à alegação de que houve falta de clareza nos cálculos apresentados, esclarece que foi feita uma planilha e entregue junto aos papéis de trabalho, na qual foram identificados os créditos utilizados pelo contribuinte e quais destes foram considerados indevidos. Menciona que com o objetivo de elucidar melhor os dados, volta a discriminar o somatório dos mesmos:

a) crédito considerado indevido de R\$127.746,36 - refere-se ao saldo credor transferido do exercício anterior de R\$115.800,94, somado ao valor de dezembro de 2010 no montante de R\$11.945,42. Afirma que o exercício já se encontrava homologado, na época com débito de ICMS a recolher de R\$11.945,42. Ou seja, quando o autuado refez a escrita gerou um crédito transferido do exercício anterior de R\$115.800,94, além do valor que tinha recolhido referente a dezembro de 2010 de R\$11.945,42 que foi transferido para o exercício seguinte. Lançando estes valores na planilha do DESENVOLVE gerou um crédito indevido de R\$ 127.746,36. Após os débitos e créditos previstos

nos cálculos do DESENVOLVE, gerou um saldo credor a ser transferido para o mês de fevereiro de R\$6.972,16;

b) com relação ao mês de fevereiro, o contribuinte considerou como crédito o valor recolhido referente a janeiro/2011 de R\$14.896,00. No entanto, de acordo com os cálculos refeitos, foi constatado um saldo credor de R\$6.972,16 em janeiro de 2011, e o valor considerado indevido foi a diferença entre o apurado (de forma não comprovada) no valor R\$14.896,00 e R\$6.972,16 (saldo do mês anterior) gerando um crédito indevido em fevereiro/2011 de R\$7.923,84.

No que tange à infração 02, aduz que foram refeitos os cálculos do DESENVOLVE de acordo a legislação, não tendo valor a recolher até outubro de 2013.

Prossegue afirmando que o cálculo para os meses seguintes foram:

a) em novembro de 2013 foi identificado um valor da parcela não incentivada de R\$ 11.774,39 que deveria ter sido recolhido até o dia 09 de dezembro, o que não aconteceu. Desta forma, o contribuinte perdeu o direito ao incentivo e o valor devido passou a ser de R\$26.294,92.

b) em dezembro de 2013, diz ter ocorrido o mesmo equívoco. Foi identificado um valor de R\$ 14.067,17 da parcela não incentivada e que deveria ter sido recolhido até o dia 09 de janeiro de 2014, o que não aconteceu. Desta forma, o contribuinte perdeu o direito ao incentivo e o valor passou a ser devido de R\$37.987,83. É o que dispõe o Decreto 8205/2002, Capítulo V, Deveres e Sanções, art. 18, que transcreve.

Informa que o contribuinte apresentou o refazimento da planilha do DESENVOLVE no período de 01/2009 a 12/2010, onde justificaria a origem do saldo credor lançado em janeiro de 2011 fls.181/182, alegando que na época do recolhimento, houve erro na apuração do imposto e que os totais das entradas e saídas não foram alterados. Anexou também os livros de Apuração 2009 e 2010, fls. 236 a 288, antes e após o refazimento dos cálculos fls.183 a 235 do PAF.

Conclui que a alegação da autuada foi devidamente analisada e pede a este Conselho que com base nas justificativas apresentadas, seja declarada a procedência do presente auto de infração.

Considerando a arguição de nulidade feita pelo defendantе alegando falta de clareza no levantamento fiscal e ante aos esclarecimentos dados pela autuante na informação fiscal, sem que fosse dada ciência ao contribuinte, esta 3ª JJF decidiu converter o PAF em diligência fl.295, à INFRAZ DE FEIRA DE SANTANA, para que fossem tomadas as seguintes providências:

1) intimasse o autuado fazendo entrega, mediante recibo, de cópia da informação fiscal fls. 170/172, concedendo prazo de 60 (sessenta) dias, Reabertura do Prazo de Defesa, para que o sujeito passivo, querendo se manifestasse.

2) caso isso ocorresse a autuante deveria proceder a nova informação fiscal.

O autuado volta a se manifestar fls.302/305. Faz um resumo dos fatos. Afirma que após a apresentação da defesa, a manifestante foi intimada duas vezes para prestar comprovação do saldo credor transferido do exercício anterior no valor de R\$115.800,94. Assevera que atendeu a todas e comprovou de forma cristalina a origem dos créditos legítimos, objeto das intimações, consoante esclarecimentos e comprovações fls. 06 a 09.

Invoca o art. 214, inciso V do RICMS/2012, que estabelece normas sobre as formalidades de abertura e encerramento dos livros fiscais, para registrar que a autuante teria fiscalizado a empresa autuada nos exercícios anteriores, 2009 e 2010, tendo homologado os referidos exercícios. Sustenta que a auditora autuante cumpriu a norma do retrocitado dispositivo regulamentar, apondo os visos de abertura e encerramento nos livros fiscais, o que entende teria comprovado de forma incontestável a legitimidade do saldo credor transferido do exercício anterior para o seguinte, no montante ora discutido. Diz anexar fotocópia do livro de Registro de Apuração do ICMS, 2009 e 2010, o que chama de prova incontestável, visto que visado pela fiscal autuante.

Ressalta que os valores lançados em 31/01/2011 e em 28/02/2011, são decorrentes da glosa de créditos legítimos no total de R\$115.000,94, que foram homologados pelo próprio fisco conforme aduzido anteriormente. Diz serem improcedentes os dois lançamentos.

Sobre o argumento da fiscalização a respeito de inconsistência da DMA de dezembro de 2010, frisa prevalecer a Escrituração Fiscal Digital - EFD, e no presente caso, estaria sujeito a uma penalidade fixa nos termos do inciso XVIII, c, art. 42 da Lei 7014/96.

No que diz respeito à infração 02, diz que a acusação fiscal não se configura, pois a metodologia e o critério adotado pela autuante para aferir a regularidade da apuração do DESENVOLVE, agride de morte a Instrução Normativa nº 27/2009.

Sustenta apresentar provas incontestáveis da improcedência da referida infração, ao apensar ao processo cópias do livro Registro de Apuração do ICMS dos meses de novembro e dezembro de 2013 e dos demonstrativos dos cálculos do DESENVOLVE, nos termos da Instrução Normativa 27/2009, acostados a defesa, documentos 75/76.

Roga que a autuante preste informação fiscal sobre todos os aspectos que envolvem a defesa e das provas acostadas, inclusive dos relatórios dos cálculos do DESENVOLVE e ao final a manifestante seja notificada a respeito do resultado da informação fiscal.

Ratifica sua defesa inicial, requer revisão a ser realizada pela ASTEC/CONSEF e que o auto de infração seja julgado procedente, apenas na parte reconhecida, na quantia de R\$429,82.

A autuante presta nova informação fiscal fls.386/388. Diz ter atendido a diligência exarada nos autos à fl. 295, no qual esta Corte Administrativa, determinando que o sujeito passivo fosse intimado a receber cópia da informação fiscal e fosse concedido prazo de 60 (sessenta) dias, reabertura de prazo de defesa, para que querendo se manifestasse.

Explica que como o autuado se manifestou, nova informação fiscal foi introduzida nos autos, a qual, de início, descreve um breve resumo de como foi desenvolvida a auditoria fiscal que culminou com a lavratura do auto de infração, objeto desta lide.

Salienta que nesta informação, nenhum fato ou documento novo é apresentado, apenas oportuniza para expor e intensificar argumentos pela procedência da autuação.

Informa que o procedimento de auditoria fiscal teve início em 26/10/2015, envolvendo o período de 01/01/2011 a 31/12/2012 (exercícios de 2011 e 2012), resultando na lavratura do presente Auto de Infração. Transcreve as irregularidades apuradas na ação fiscal.

Afirma que depois de refeito o cálculo do Desenvolve com os ajustes gerados pela autuação, foi verificado um crédito fiscal de R\$ 6.972,16. Como o contribuinte registrou um crédito fiscal total de R\$14.896,00, foi lançado no mês de fevereiro/2012, a diferença no auto de infração no valor de R\$ 7.923,84.

Quanto ao mês de junho/2012 foi imputada a cobrança de R\$ 429,82, como crédito indevido, pelo lançamento em duplicidade da NF nº 6998. Infração admitida pelo contribuinte.

No que tange à infração 02, afirma que o contribuinte ao apresentar as razões de defesa, declara que detectou erros na sua escrita fiscal, solicitando a SEFAZ autorização para retificar o SPED/Fiscal referente ao período de janeiro/2011 a dezembro/2014 (Processo SIPRO/Sefaz nº 213198/2014-0), o qual foi autorizado na data de 22/12/2014 (doc. fl. 21). Nesta data, o mesmo apresenta à SEFAZ, os livros fiscais de apuração do ICMS em formato não eletrônico, os quais foram visados por esta preposta fiscal que estava fiscalizando a empresa (doc. fl. 140).

Prossegue explicando que o autuado afirmou que como a Infaz Feira de Santana, “não disponibilizou as condições que possibilitassem a transmissão dos arquivos”, requereu em 23/07/2015 (Processo SIPRO/SEFAZ nº 137098/2015-0), autorização e disponibilização de tais condições ao Gerente de Automação Fiscal - GEAFL/SEFAZ, o que, em 19/11/2015 foi deferido com prazo de transmissão de tais arquivos até dia 20/12/2015 (doc. fl. 41).

Informa que, como dito anteriormente, em 26/10/2015 fora iniciado processo de auditoria fiscal referente ao período em questão (2011 e 2012), o qual fora desenvolvido com base nos livros impressos fornecidos, pelo contribuinte, como também baseada em dados constantes nas DMA's transmitidas, as quais espelhavam a realidade dos livros fiscais que foram apresentados à fiscalização.

Ressalta que, mesmo ciente que tinha em curso um pedido de retificação de livros fiscais, o autuado, quando regularmente intimado do início do processo de auditoria, apresentou os livros fiscais sem fazer nenhuma menção de que aqueles livros estavam sendo objeto de "retificação". Ou seja, o autuado utilizou a autorização que lhe fora concedida, de forma a atuar como uma espécie de "habeas corpus" preventivo, também conhecido como salvo-conduto, para ser utilizado caso o resultado da auditoria fiscal não lhe fosse favorável.

Chama a atenção dos Julgadores de que o objeto desta lide não trata da questão do contribuinte ter ou não direito de retificar os livros fiscais, isso não é objeto de discussão, dado que o mesmo estava devidamente autorizado pela SEFAZ/BA. Sublinha que os dados ali apresentados são o cerne da questão, pois nas DMA's informadas pelo mesmo, constam valores que refletem os dados dos livros fiscais antes da retificação e cujos recolhimentos de impostos têm correlação com estes.

Sustenta que, ante tal divergência (livros retificados versus DMA's), objetivando atender ao princípio primordial insculpido no RPAF/99, que é a busca da verdade material, além de proporcionar ao contribuinte amplitude de defesa, o mesmo foi intimado para apresentar, de forma objetiva, em 17/02/2016 (doc. fl.173) documentos que comprovassem a legalidade do saldo credor transferido de dezembro/2010 para janeiro/2011, pois, como frisado, de forma deliberada, apenas ao final da auditoria e já tendo conhecimento das imputações às quais estaria sendo submetido, fez a referida retificação.

Prossegue informando que em resposta, o autuado relata de forma genérica que os dados constam nos livros fiscais e que, "a empresa põe todos os livros e documentos à disposição do FISCO" (doc. fl.175).

Esclarece que dado a não objetividade da resposta do autuado, em concordância com o princípio da responsabilidade de efetuar autuação fiscal na justa medida das infrações levantadas e não rebatidas pelo contribuinte, o mesmo foi re-intimado nos mesmos termos, a apresentar os documentos que julgassem convenientes. Em nova resposta, o autuado traz aos autos lista de recolhimentos efetuados no período (sem novidade, pois já era do conhecimento da fiscalização). Traz ainda, demonstrativo do cálculo do DESENVOLVE referente a 2009 e 2010, os quais não refletem e não ajudam a elucidar como o autuado apurou o saldo final de dez/2010 e que passou como saldo credor inicial de janeiro/2011, no valor de R\$115.800,94 (doc. fl. 178).

Registra que em terceira intervenção (atendendo diligência do CONSEF, objeto desta manifestação), obedecendo a linha de informação no que tange à generalidade dos argumentos, o autuado discorre que atendeu a todas as informações requeridas pela fiscalização e que no confronto DMA versus livro Fiscal, o último tinha prevalência. Enfim, conclui que o autuado não traz aos autos qualquer argumento taxativo da origem do saldo credor objeto da glosa.

Apresenta entendimento que a diligência determinada pelo CONSEF foi atendida e que o autuado não trouxe aos autos qualquer fato que modifique a imputação fiscal ao qual foi submetido.

Requer a esta Corte Administrativa julgamento pela Procedência do Auto de Infração em sua totalidade.

O presente PAF foi julgado Procedente por unanimidade conforme Acórdão 3^a JJF nº 0119-03/17. O autuado interpôs Recurso Voluntário suscitando a nulidade da Decisão, sob a alegação de que não fora intimado para o comparecimento à sessão de julgamento ocorrida em 22.06.2017, visto que teria recebido mensagem eletrônica cientificando da ocorrência da sessão de julgamento e

em tal comunicado constou a data 22/08/2017, o que teria violado o seu direito à sustentação oral de suas razões defensivas.

A 2^a CJF deu provimento ao Recurso nos termos do Acórdão CJF nº 0382-12/17 fls.582/586 e o PAF retornou à primeira Instância para novo julgamento.

VOTO

Preliminarmente, é importante registrar que o presente PAF foi julgado Procedente por unanimidade, conforme Acórdão 3^a JJF nº 0119-03/17. O autuado interpôs Recurso Voluntário suscitando a nulidade da Decisão, sob a alegação de que não fora intimado para o comparecimento à sessão de julgamento ocorrida em 22.06.2017, visto que teria recebido mensagem eletrônica cientificando da ocorrência da sessão de julgamento e em tal comunicado constou a data 22/08/2017, o que teria violado o seu direito à sustentação oral de suas razões defensivas.

A 2^a CJF deu provimento ao Recurso nos termos do Acórdão CJF nº 0382-12/17 fls.582/586 e o PAF retornou à primeira Instância para novo julgamento.

O defensor arguiu nulidade, alegando falta de clareza do lançamento, sendo prejudicada a defesa por falta de identificação, clareza e precisão na metodologia utilizada no demonstrativo de débito e no campo descrição dos fatos no Auto de Infração. Acrescentou que com a falta de clareza dos levantamentos indispensáveis à demonstração dos fatos arguidos para materializar o lançamento, restou violado seu sagrado direito de defesa.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF não acolho estas alegações, pois não correspondem à realidade dos fatos. Ao contrário, observo que a acusação fiscal é bastante clara, tanto na descrição dos fatos, quanto no enquadramento legal das infrações. O defensor foi intimado inúmeras vezes para comprovar o direito aos créditos fiscais utilizados em sua escrituração fiscal. A autuante deixou evidente, quais os valores que foram creditados, quando isto ocorreu e porque deveriam ser comprovados. Neste caso, caberia ao defensor apresentar os comprovantes para legitimá-los. Não o fazendo, ensejou a lavratura do auto de infração.

Assim, verifico que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidade elencados nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99.

O defensor solicitou diligencia a ser realizada pela ASTEC/CONSEF. Cabe de plano, consignar que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, cabendo ao autuado demonstrar suas alegações, sendo inadmissível realização de diligência, quando destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia, simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos. No presente caso, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem requeridas de ofício para o convencimento dos julgadores.

Por outro lado, esta 3^a JJF, sempre primando pela busca da verdade material e respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, após discussão em pauta suplementar, decidiu converter o PAF em diligência, determinando a reabertura do prazo de defesa ao contribuinte, 60 (sessenta) dias, a fim de que tivesse conhecimento dos esclarecimentos feitos pela autuante quando da informação fiscal e pudesse exercer o contraditório de forma ampla, como manda a lei. Portanto, fica indeferido o pedido de diligência à ASTEC/CONSEF com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99.

No mérito, na infração 1, o autuado foi acusado de que teria utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao

referido crédito, nos meses de janeiro, fevereiro de 2011, e junho de 2012, no valor de R\$136.100,02, acrescido da multa de 60%, demonstrativo fls.06/07.

A auditora fiscal visando detalhar a irregularidade apurada, assim descreveu os fatos: disse que realizou fiscalização nesta empresa, gerando o Auto de Infração nº 293873.1606/15-4, lavrado em 16/06/2015. Sob o argumento de que haveria inconsistência na EFD – Escrituração Fiscal Digital, no período de janeiro de 2011 a outubro de 2014, a empresa solicitou e foi autorizada pela SEFAZ, a operar a retificação da EFD, conforme parecer SIPRO no. 213198/2014-0, fl. 38 do PAF. Esta autorização se deu em 22/12/2014 (doc. fl. 21). Neste caso, a mesma Auditora que fiscalizou a empresa e lavrou o auto de infração retomencionado, foi designada para fazer as verificações de praxe, para legitimar as retificações realizadas pelo contribuinte.

Neste passo, conforme relatado na informação fiscal, a autuante constatou que o valor registrado no final do exercício de 2010 e que teria sido homologado na fiscalização que realizou, estava divergente do agora retificado e apresentado pelo defendant. Observou que as DMA's não retratavam os livros fiscais apresentados. Chamou a atenção que o exercício 2010, foi homologado com o mês de dezembro/2010, apresentando saldo a recolher de R\$11.945,42. Posteriormente, com a retificação levada à efeito pelo sujeito passivo, o livro de Apuração apontava um saldo credor de R\$115.800,94, transferido para o mês de janeiro de 2011.

Prosseguindo, a autuante intimou o autuado fls. 173/177, a comprovar a legitimidade desta alteração em sua escrita fiscal e como não obteve êxito, explicou ter lavrado o presente auto de infração, com a seguinte configuração:

a) mês de janeiro de 2011, crédito considerado indevido de R\$127.746,36 - refere-se ao saldo credor transferido do exercício anterior de R\$115.800,94, somado ao valor de dezembro de 2010 no montante de R\$11.945,42, que constava como saldo a recolher e o autuado teria se creditado na apuração do ICMS DESENVOLVE. Ou seja, quando o autuado refez a escrita gerou um crédito transferido do exercício anterior de R\$115.800,94, além do valor que tinha recolhido referente a dezembro de 2010 de R\$11.945,42 (estornou este valor dizendo ser indevido) que foi transferido para o exercício seguinte, lançando estes valores na planilha do DESENVOLVE gerando um crédito indevido de R\$ 127.746,36;

b) com relação ao mês de fevereiro de 2011, o contribuinte considerou como crédito o valor recolhido referente a janeiro/2011 de R\$14.896,00. No entanto, de acordo com os cálculos refeitos, foi constatado um saldo credor de R\$6.972,16 em janeiro de 2011, e o valor considerado indevido foi a diferença entre o apurado (de forma não comprovada) no valor R\$14.896,00 e R\$6.972,16 (saldo do mês anterior), gerando um crédito indevido em fevereiro/2011 de R\$7.923,84;

c) no que diz respeito ao mês de junho/2012, crédito indevido referente ao lançamento em duplicidade da nota fiscal 6998 na quantia de R\$429,82. O defendant reconheceu o cometimento desta irregularidade, ficando esta parcela mantida, visto que sobre a mesma não há mais lide.

O defendant quando de sua impugnação e também em sua manifestação sobre a realização da diligência fiscal, limitou-se a negar o cometimento das irregularidades que lhe foram imputadas. Prendeu-se ao argumento de que o fato de ter sido anteriormente fiscalizado, inclusive pela mesma autuante do presente PAF, estaria com o exercício de 2010 homologado, o que seria prova de que os créditos fiscais que registrou seriam legítimos.

Sustentou que a auditora apôs os vistos de abertura e encerramento nos livros fiscais conforme previsão regulamentar, o que entende teria comprovado de forma incontestável a legitimidade do saldo credor transferido do exercício anterior para o seguinte.

Analisando o conjunto das alegações defensivas aliadas aos elementos constantes do PAF e esclarecimentos trazidos à lume pela autuante, constata que o termo da lide reside no mundo das provas. No presente caso, revela-se imprescindível a apresentação pelo autuado dos comprovantes que dêem legitimidade ao valor escrutado, conforme retificado em sua EFD. Repita-se que antes da mencionada retificação, sua escrituração retratava saldo devedor de

R\$11.945,42 em dezembro de 2010. Posteriormente, após ajustes que realizou, transformou-se em saldo credor de R\$115.800,94.

Saliento que o próprio defendant ao requerer à Inspetoria a retificação da EFD, o faz sob fundamento de que diagnosticou inconsistências em sua escrita Fiscal, as quais não implicaram em falta de recolhimento, e sim em recolhimento a maior ou indevido do ICMS. Acrescentou que na infração 01 após retificação, apresentou ao fisco, os livros fiscais retificados, RAICMS/2011 - com saldo credor inicial (Janeiro/2011) lançado no campo 009 – a título de “Saldo credor do período anterior de R\$ 115.800,94” e teria lançado também, no campo 006 (Outros Créditos) – Antecipação Parcial na quantia de R\$10.374,20, ICMS pago indevidamente na quantia de R\$11.945,42 e no mês de Fevereiro/2011 – lançou no campo 006 (Outros Créditos) Antecipação Parcial R\$11.069,53 e ICMS pago indevidamente na quantia de R\$14.896,00.

Analizando estes fatos, saliento que não se pode legitimar créditos fiscais, somente à vista dos livros de escrituração conforme requer o autuado.

Quanto à alegação de que estaria com o exercício de 2010 homologado, portanto seria indevida uma nova fiscalização, ressalto que no próprio corpo do Auto de Infração encontra-se registrado: *“ressalvamos o direito da Fazenda Estadual de apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outros elementos que possam configurar obrigações tributárias.”* Nessa linha, a irregularidade apontada está em absoluta consonância com a Lei, declaro, portanto, caracterizada a infração 01.

No que tange à infração 02, o autuado foi acusado de ter recolhido a menos o ICMS, em razão da falta de recolhimento na data regulamentar, da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, nos meses de novembro e dezembro de 2013, no valor de R\$64.282,75 conforme demonstrativo fl.11.

De forma detalhada, a autuante explica que o lançamento foi apurado conforme segue:

- a) em novembro de 2013 foi identificado um valor da parcela não incentivada de R\$ 11.774,39 que deveria ter sido recolhido até dia 09 de dezembro, o que não aconteceu. Desta forma, o contribuinte perdeu o direito ao incentivo e o valor devido passou a ser de R\$26.294,92.
- b) em dezembro de 2013, diz ter ocorrido o mesmo equívoco. Foi identificado um valor de R\$ 14.067,17 da parcela não incentivada e que deveria ter sido recolhido até dia 09 de janeiro de 2014, o que não aconteceu. Desta forma, o contribuinte perdeu o direito ao incentivo e o valor passou a ser devido de R\$37.987,83.

O defendant afirmou que a autuante não considerou o crédito a maior ou indevidamente apurado na reconstituição da escrita. Disse que a infração 02 ocorre, porque foram desconsiderados créditos (ICMS pago a maior ou indevidamente lançado, que foi recuperado) e que seriam legítimos. Acostou ao processo planilha demonstrativa com os valores apurados fls. 375/383.

Da verificação dos elementos que compõem esta infração, constato que na verdade não existe divergência entre os valores apurados pela fiscalização e aqueles demonstrados pelo autuado. Observo que o lançamento decorre como repercussão da infração 01, em que o autuado não comprova a legitimidade da existência de saldo credor, de forma a compensar com o valor do ICMS normal devido, nos meses apontados no auto de infração. Não ocorreu descumprimento da Instrução Normativa 27/2009 pela autuante, conforme alegado pelo autuado. Tanto é assim, que os valores apurados no levantamento fiscal fl.11, coincidem com aqueles calculados pelo autuado no demonstrativo que trouxe em sua defesa fls. 375/383.

No presente caso, os valores que deveriam ser recolhidos no dia 09 do mês subsequente ao apurado, a título de parcela não incentivada e que o autuado deixou de recolher por registrar

saldo credor em sua escrituração, contraria a legislação, visto que tais créditos não foram devidamente comprovados.

Da análise da legislação aplicável aos fatos acima transcritos, resta indubidoso o acerto da autuação, visto a impossibilidade em se creditar de valores não comprovados com documentos fiscais idôneos e legítimos.

Saliento que o próprio Regulamento do Estado da Bahia condiciona a apropriação de crédito fiscal, a que tenham sido calculados corretamente e estejam destacados em documento fiscal correspondente, art. 93 § 4º e 5º do RICMS/97.

Assim, observo da análise de sua defesa, que não constam os meios de prova com os quais o interessado pretenda demonstrar a verdade de suas alegações, consoante dispõe o art. 8º, inciso IV do RPAF. Ademais, o Autuado não traz aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos apurados pelo Fisco, portanto, a simples negativa de cometimento da infração não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, nos termos do art. 143 do RPAF/BA.

Ressalto por importante, que embora o defendantee tenha fundamentado seu Recurso Voluntário sob o fundamento de que teve cerceado seu direito de ampla defesa, quando ficou impedido da realização da sustentação oral no primeiro julgamento, até esta data não trouxe à luz deste PAF os meios comprobatórios legítimos de suas alegações, deixando inclusive de comparecer à presente sessão de julgamento. Assim sendo, fica mantida a infração 02.

Em relação à multa aplicada lançada no percentual de 60% do imposto, a arguição de confiscatoriedade e os pedidos de aplicação dos princípios da capacidade contributiva, proporcionalidade e razoabilidade, não podem ser acolhidos, visto que a imposição fiscal decorre de expressa previsão da Lei nº 7.014/96, no seu art. 42, inc. VII “a” e II, letra “f”.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 293873.0024/15-1, lavrado contra **SAIS NORDESTE INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$200.382,77**, acrescido das multas de 60% previstas nos incisos VII, alínea “a” e II, alínea “f” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de março de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR