

A. I. Nº - 297248.0007/17-4
AUTUADO - TRINO ORGANIZAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - MARLON ANTONIO LIMA REGIS
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/05/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0047-03/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIA NÃO ENTROU NO ESTABELECIMENTO. **b)** TRANSFERÊNCIA INCORRETA DE SALDO CREDOR. **c)** ESTORNO PROPORCIONAL A REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** ERRO NA APURAÇÃO DO VALOR DEVIDO. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE BENEFÍCIO FISCAL. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ NOS LANÇAMENTOS. Não há elementos nos autos que determinem com segurança o valor correto da base de cálculo. A ação fiscal não comprova a regularidade dos valores lançados. Desobediência ao artigo 130, II, do COTEB. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE REECOLHIMENTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Fato não contestado. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração reconhecida. O autuado reconhece o cometimento da infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 31/03/2017, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$90.532,46, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

Infração 01 – 01.02.10. - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou o serviço não ter sido prestado. Contribuinte se creditou a mais pelas compras das mercadorias, nos meses de junho e julho de 2016, no valor de R\$13.188,64, acrescido da multa de 150%. Enquadramento: art.42, inciso V, alínea "b";

Infração 02 - 01.02.71. - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à transferência incorreta de saldo credor do período anterior, nos meses de julho e agosto de 2016 no valor de R\$13.188,64 acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - 01.05.03 - deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Contribuinte é atacadista de pescados e optou pelas saídas com redução de base de cálculo (41,176%), sendo obrigado a estornar o crédito pelas entradas na mesma proporção. Ocorrências nos meses de julho a dezembro de 2015, janeiro a março, e agosto a dezembro de 2016, no valor de R\$18.124,20, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 – 02.12.01. deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, conforme declarado na DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS, no mês de dezembro de 2016, no valor de R\$8.388,70, acrescido da multa de 50%;

Infração 05 – 03.02.04. - recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto nos meses de janeiro, julho, agosto, outubro e novembro de 2016, no valor de R\$13.885,05, acrescido da multa de 60%;

Infração 06 - 03.02.06 - recolheu a menos ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo nos meses de janeiro, maio, junho, outubro a dezembro de 2015, junho a novembro de 2016, no valor de R\$14.581,26, acrescido da multa de 60%;

Infração 07 - 07.24.03 - deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, por empresa na condição pequeno porte não optante pelo Simples Nacional, nos meses de julho, novembro e dezembro de 2016, no valor de R\$9.175,97, acrescido da multa de 60%;

O autuado impugna o lançamento às fls.102/114. Contesta a autuação dizendo da tempestividade da sua defesa. Repete as irregularidades que lhe foram imputadas. Diz que com fulcro no art.39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, oferece impugnação ao Auto de Infração pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

Aduz que, inserida no rol das empresas que desfrutam de tradição no setor em que atua, foi surpreendida com uma alteração tempestiva na tributação do item precípua que compõe o seu objeto social, notadamente a tributação integral dos pescados, por força do Decreto nº 16.738/2016 (DOE de 21.05.2016), impelindo-o a cumprir tal exação no ínfimo prazo de 10 dias. Frisa que apesar de não ter havido a criação de um novo tributo e nem mesmo a sua majoração, o efeito na carga tributária, da revogação do benefício fiscal da isenção integral nas operações internas do item supramencionado, são os mesmos.

Declara reconhecer a procedência parcial do Auto em epígrafe, haja vista a correta apuração por parte da autoridade fiscalizadora da “Infração 04” e “Infração 07”. Desse modo, pautado no quanto disposto no § 2º, do art. 123 do RPAF/99, anexa as cópias dos DAE's que comprovam o efetivo pagamento dos valores concernentes às parcelas iniciais dos parcelamentos e os respectivos documentos que convalidam a suspensão da exigibilidade daqueles tributos. Ao tempo que requer, desde já, o seu abatimento no valor total apurado.

De outro modo, afirma que não pode concordar com as demais condutas que lhe estão sendo imputadas. Observa a existência de afronta aos princípios constitucionais da legalidade, devido processo legal e contraditório nesta demanda administrativa, culminando em nítido cerceamento de defesa por parte da autoridade fiscalizadora. Isto porque, durante a realização das diligências que resultaram na lavratura deste Auto de Infração, o Fisco Estadual deixou de demonstrar com clareza a metodologia que utilizara para identificar quais operações teriam resultado em falta de recolhimento ou apuração indevida dos tributos destacados nas Infrações 01, 02, 03, 05 e 06.

Argumenta que a fiscalização não indicou no levantamento fiscal as notas fiscais, CFOPs e demais características que permitissem efetivamente apurar uma eventual irregularidade contábil, ficando sujeita a afirmações do Autuante, impossibilitando o exercício do direito de defender-se.

Comenta que o auto de infração resume-se na apresentação de sucintas planilhas, com o escopo de fundamentá-las. Diz que foi procedido um irregular levantamento fiscal sem qualquer amparo legal, resultando em um Auto de Infração ilegítimo. Assinala que em nenhum momento o Agente Autuante requiriu a busca da verdade material, colhendo dados corretos da sua escrita fiscal.

Aduz que restou prejudicado não apenas o seu direito de defesa, vez que a ausência de descrição e quantificação clara dos fatos imputados como lesivos à Fazenda, com indicação dos documentos fiscais que suscitaram a fundamentação de inconformidade, representam verdadeiro empecilho ao contraditório, resultando em impasse para prosseguimento do feito dentro dos trâmites resguardados pelo devido processo legal.

Afirma que as fiscalizações realizadas por agentes fiscais devem buscar a função orientadora e corretiva, apontando objetivamente as falhas e indicando as correções necessárias para o bom e fiel cumprimento da legislação estadual, sem olvidar-se da autuação fundamentada. Sobre a matéria reproduz o art. 2º do RPAF/99.

Assevera que as infrações 01, 02, 03, 05 e 06 deverão ser rechaçadas, vez que violam esses princípios. Sobre o tema cita o professor Alberto Xavier em “Do Lançamento Tributário”. Assinala que o RPAF/99 não deixa dúvidas quanto ao dever do Fisco de provar (e não apenas presumir a prática de infração), conforme determina o artigo 28, § 4º do RPAF/99.

Entende caber à Fazenda Pública o ônus da prova, haja vista que ao proceder ao lançamento de ofício e consequente aplicação de penalidade, este acusa o contribuinte de ter infringido determinada disposição legal, devendo, portanto, provar o alegado.

Argumenta que a mera apresentação de planilhas não constitui elemento suficiente para provar a utilização indevida dos créditos fiscais e utilização indevida de saldo credor. Tampouco autoriza a presunção de que os estornos referiam-se a utilização indevida do benefício da redução de base de cálculo, ou que o contribuinte recolheu ICMS a menor, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, como pretende o representante da autoridade fiscalizadora.

Lembra como preceitua o Código Tributário Nacional, no seu artigo 142, que a atividade administrativa do lançamento é vinculada, sob pena de responsabilidade funcional. Dessa forma, não pode o auditor fiscal fazendário presumir, por exemplo, a entrada irregular de mercadorias na empresa, baseado tão somente nas informações prestadas pelo contribuinte na DMA, sem a devida observância da EFD e demais ferramentas disponibilizadas pelo Fisco.

Acrescenta que a conduta omissiva do ente fiscalizador, também repercute de maneira negativa nas Infrações 03, 05 e 06. Ocorre que em todos os casos relacionados, o Auditor Fiscal restringiu-se a aplicar uma multa sobre um fato gerador insubsistente, desconsiderando o que preconiza a norma legal, bem como, as provas documentais que confirmam que em momento algum foi realizado uma ilicitude.

Afirma que o CONSEF, em inúmeras oportunidades, tanto através de suas Juntas, como nas decisões de suas Câmaras, inclusive da Câmara Superior, tem dado mostras de ser um órgão preocupado com a legalidade, não cedendo às pressões internas, externas ou ao corporativismo. Uma amostra disso encontra-se nas decisões que reproduz em que o CONSEF anulou o procedimento fiscal em virtude de lançamentos efetuados, sem observância de preceito legal expresso. Neste sentido, cita o Acórdão JF nº 0898/01, que julgou improcedente um auto de infração análogo ao ora impugnado. Requer a declaração de nulidade do Auto de Infração por vício insanável que lhe macula a validade.

Sobre as infrações 01 e 02, diz que a primeira seria decorrente da suposta utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, em que o agente entendeu que não havia entrado a mercadoria no seu estabelecimento.

Diz que o Fisco teria chegado a tal conclusão, a partir da análise do arquivo DMA, cuja planilha que anexa ao processo é o fiel retrato das informações prestadas nesta declaração. Salienta que a DMA é uma obrigação acessória extremamente limitada, no que diz respeito ao detalhamento das informações ali prestadas.

Explica que após a implantação do SPED - EFD do ICMS/IPI - não há o que se falar em apuração e imputação de sanção fiscal, utilizando-se apenas a DMA. Afirma que a EFD é uma obrigação acessória cogente aos contribuintes do ICMS que apuram o imposto pela conta corrente fiscal. Ela serve para suprir o sujeito ativo da obrigação tributária, das mais variadas e detalhadas informações acerca do ICMS. Diz que se as informações colhidas através da escrituração fiscal digital tivessem sido corretamente apuradas, ficaria patente que os valores apresentados pelo autuante, como créditos indevidos, foram completamente neutralizados pelos lançamentos de estornos de crédito de R\$ 8.464,89 e R\$ 9.093,43, respectivamente. Ademais, os valores apresentados na planilha 01, não convergem com os documentos fiscais. O valor total de crédito pelas entradas de mercadorias foi de R\$ 6.317,80 e R\$ 5.526,22, respectivamente e conforme demonstrados na EFD.

Entende que a ausência de documentos nesta autuação, dificultou a contestação dos valores

apresentados. Por consequência, tem-se uma informação imprecisa, pois não ficaram demonstrados quais foram as notas fiscais que consubstanciaram aqueles créditos. Frisa que os valores declarados a título de estornos de créditos, referem-se à sumarização dos destaques de ICMS nas notas fiscais de retorno de vendas em veículos, tendo em vista que conforme preconiza a legislação do ICMS, não há destaque desse imposto nestas notas fiscais, quando do retorno das mercadorias para o estabelecimento.

Aduz que o Autuante, em suas planilhas, deixou de demonstrar que notas de entrada ensejaram os valores de créditos apurados e que mercadorias estariam suscitando a validade dos créditos, conforme CFOP e CST. Ressalta que os valores lançados na sua escrita fiscal e demonstrados através da EFD são lícitos e apurados corretamente, oriundos de mercadorias tributadas que entraram no seu estabelecimento naquele período. Portanto, foram utilizados devidamente os referidos créditos fiscais de ICMS, referentes à transferência correta de saldo credor do período anterior.

Afirma que a escrita fiscal é meio e prova para atestar o cumprimento das obrigações principais e acessórias a que está obrigada, não podendo, pois, ser desconsiderada pela fiscalização, a não ser em casos excepcionais nos quais se prove de modo irrefutável a sua imprestabilidade, o que não ocorreu no presente caso.

Sobre as infrações 03 e 06, afirma serem completamente desarrazoadas no que diz respeito ao aspecto temporal do fato gerador, ocorrido entre 01/07/2015 a 31/01/2016, deverão ser indiscutivelmente rechaçadas. Isto tendo em vista que o parecer final que concedeu o deferimento do Termo de Acordo – Decreto 7.799/00, art. 1º e 2º - foi firmado em 01/02/2016. Comenta que tem ciência de que, a despeito da data de solicitação deste Termo de Acordo com a administração tributária estadual, não deveria gozar dos benefícios previstos na redação inserta neste decreto antes que houvesse o parecer final, e não o fez.

Este mesmo Decreto, por sua vez, firmou como uma das premissas para que o contribuinte pudesse passar a fruir deste benefício, a exigência de termo de acordo especificamente direcionado ao interessado, determinando quais as beneficias faria jus e seus critérios.

Diz que a presumida infração 03, com escopo no art. 312, § 1º, RICMS/2012, é incompatível com as operações realizadas pelo contribuinte, nos termos do art. 6º do Decreto 7.799/00 que reproduz. Afirma restar evidente que os procedimentos atinentes a apropriação de créditos nas operações beneficiadas com a redução de base de cálculo, deverá seguir o regramento previsto no Decreto 7.799/00. Aponta que em breve análise aos lançamentos efetuados pelo sujeito passivo da obrigação tributária, tem-se a nítida percepção de que os créditos tomados obedeceram ao limite expandido no art. 6º, cujas entradas foram oriundas de fornecedores beneficiados com a redução prevista neste decreto ou com carga tributária de 7%.

Repisa que o representante do Fisco não apresentou a relação com os documentos fiscais e demais características imprescindíveis que nortearam a tentativa de glosa de crédito; cita a título de exemplificação a apuração do contribuinte concernente a fevereiro de 2016. Tem-se escriturado na EFD do ICMS, o total de operação interna tributada com redução de base de cálculo, a cifra de R\$ 2.264,70, com apropriação de R\$226,47, isto é, 10%.

Ressalta que além dos argumentos expendidos, conforme prevê o art. 1º do Decreto 7.799/00, se beneficiou com a redução de base de cálculo apenas com irrisória parcela das suas vendas. Diz que nenhuma fonte de direito previsto no ordenamento jurídico tributário, sustentará a apuração apresentada pelo auditor fiscal ao acrescentar em suas planilhas que o contribuinte deveria estornar aqueles créditos, sem consonância com suas vendas e sem redução de base de cálculo.

Reafirma que as escriturações fiscais digitais apresentadas foram totalmente desconsideradas nesta peça de autuação. As informações colhidas nas DMA's não contribuíram para o entendimento dos lançamentos efetuados pelo sujeito passivo. Ao contrário, corroboraram para a equivocada percepção do autuante que ao invés de buscar os esclarecimentos compulsórios

apresentados pela EFD, concluiu erroneamente que os estornos de créditos e débitos eram frutos de créditos proporcionais, redução de base de cálculo nas saídas, por força do benefício de redução de base de cálculo acordado.

Diz que tal procedimento não foi responsável, pois resultou lesivo ao contribuinte, decorrente de ilações do autuante que está impedido por força do art. 3º do Código Tributário Nacional, de exercer qualquer ato discricionário, uma vez que o tributo somente poderá ser cobrado “... mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Na infração 05, a fiscalização afirma ter apurado recolhimento a menor de ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Rebate dizendo que quem cometeu erros na apuração dos valores do imposto foi o autuante.

Ratifica que o contribuinte do imposto que apura o ICMS pela conta corrente fiscal tem garantia expressa na Lei 7.014/1996, mormente no § 6º, do art. 26, de creditar-se do valor do imposto antecipado parcialmente. O RICMS/2012, por seu turno, aludiu este regramento no inciso II, do art. 309.

Analisa a apuração realizada pelo autuante, aduzindo que não foi considerado o recolhimento da antecipação parcial do imposto no mês de janeiro de 2016. Todavia, foi realizada a arrecadação desta exação em 25/01/2016, com a pecúnia de R\$ 1.068,00. Por conseguinte, no mês de julho de 2016 houve a extinção do crédito tributário, no que tange à antecipação parcial do ICMS, no valor principal de R\$ 7.044,92, adicionado ao valor de R\$281,76, parcela concernente ao ajuste do CIAP, perfazendo R\$7.326,68.

Prossegue esclarecendo que no mês de agosto de 2016 houve o recolhimento da antecipação parcial do ICMS no valor de R\$ 5.892,00, lançados juntamente com a parcela do crédito da aquisição de bem do ativo imobilizado no valor de R\$ 289,75, totalizando o quadro de outros créditos em R\$ 6.181,75. Já na apuração de outubro deste mesmo ano houve cumprimento da obrigação principal no valor de R\$7.398,38, referente ao valor principal da antecipação parcial do ICMS, com recolhimento sumarizado de R\$7.553,75, com acréscimos moratórios, mas antes do vencimento do ICMS do regime de comércio em 09 de novembro de 2016. Destarte, R\$7.398,98 mais R\$278,20 da parcela apurada no CIAP, têm-se R\$7.676,58 escriturados como outros créditos. Finalmente, na apuração de novembro de 2016, fora apropriada a antecipação parcial do ICMS no valor de R\$ 5.740,82 e a parcela apurada no CIAP R\$264,32, sumarizando R\$ 6.005,14.

Conforme citado anteriormente e fazendo-se necessário ao deslinde, o regulamento permite a apropriação do valor concernente à antecipação parcial do ICMS que não encerra a fase de tributação deste imposto, posteriormente ao seu recolhimento. Mas a despeito do que foi estatuído, o agente da fiscalização lançou esses recolhimentos dentro do mês da apuração corrente deste mesmo imposto, isto é, antes do seu efetivo pagamento.

Assim, diz que após argumentação demonstrada e provada, requer a nulidade do Auto de Infração, maculado pelo desrespeito ao princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, em latente cerceamento de defesa.

Requer o acolhimento da impugnação para julgar e declarar nulo e/ou improcedente o auto de infração. Por fim, requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidas, em especial a juntada posterior de documentos.

O autuante prestou a informação fiscal fls. 121/122. Repete as irregularidades apontadas no auto de infração. Sintetiza os termos da defesa. Diz ser mister informar o que se segue:

Observa que a Impugnante reconhece a procedência parcial do presente lançamento fiscal no tocante às infrações 04 e 07. Diz que ao contrário do afirmado na impugnação, o Auto de Infração obedece a todas as exigências da legislação tributária nacional e estadual, não contendo vícios insanáveis que o iniquem de nulidade. Aduz que a exigência fiscal traz a perfeita qualificação do sujeito passivo, bem como, faz-se acompanhada de todos os demonstrativos de cálculo do imposto exigido, bem como das provas documentais, tratando-se de obrigação líquida e certa. Ao

contrário da autuação, a impugnação não traz aos presentes autos nenhuma documentação que comprove suas assertivas.

Sobre as Infrações 01 e 02, ao contrário do aduzido pela Impugnante os levantamentos efetuados se basearam não só nas DMAs, mas também nos dados contidos no Sistema de Notas Fiscais Eletrônicas – desta SEFAZ, bem como foram carreadas aos autos diversas Notas Fiscais Eletrônicas, DAES, etc. As DMAs foram utilizadas pelo fato de exporem os dados consolidados dados esses, que batem com as informações das NFe. Afirma que a DMA é uma declaração eletrônica tão válida quanto à EFD. No caso presente, as informações declaradas batem com o recolhimento efetuado pela autuada. Além disso, não houve retificação de nenhuma DMA. Tanto é verdade, que o Fisco notifica diretamente os contribuintes que apresentam divergências entre o Imposto declarado e o Recolhido – com base tão somente nas DMAs transmitidas.

Observa que o contribuinte também alega que os valores lançados não convergem com os documentos fiscais, conforme demonstrado pela EFD. Todavia, ele não traz à colação nenhuma planilha contendo a relação de documentos fiscais para comprovar o que alega. Diz que não tem mais acesso à EFD do contribuinte, pois a Ordem de Serviço encontra-se expirada. Como este não fez retificação das DMAs transmitidas e como essas DMAs trazem o cálculo do ICMS devido que bate com o imposto pago, acredita que as informações transmitidas eletronicamente espelham a verdade contábil da autuada.

Sobre a Infração 03, explica que de acordo com artigo 6º do dec. 7799/00, os créditos fiscais não poderão exceder a 10% do valor da operação. Esse fato não foi levado em consideração, tendo sido dada uma interpretação antiga e já ultrapassada a este artigo. De modo que razão assiste à ora Impugnante e o imposto exigido deve ser desconsiderado pelos julgadores do CONSEF.

No que tange à Infração 05, afirma que ao contrário do alegado pela Impugnante, o valor de R\$1.068,00 refere-se ao mês de dezembro de 2015, mas foi computado em “Outros Créditos” em janeiro de 2016. Da mesma forma, o valor de R\$ 5.892,00 é relativo ao mês de julho e não agosto de 2016. Explica que ao contrário do aduzido pela defesa, o valor de R\$7.398,38, se refere ao mês de setembro e não outubro de 2016, conforme Planilha 05 e relação de DAES acostada à fl. 88.

Sobre a Infração 06, afirma que o fato de ter utilizado os dados das DMAs transmitidas que não foram retificadas e que serviram para demonstrar os cálculos do imposto recolhido pelo contribuinte, não deve dar causa à improcedência aludida. Explica que de acordo com o Dec. 7799/00, o contribuinte atacadista deve reduzir a base de cálculo das saídas em 41,76%. O fato é que foi autuado por ter aumentado essa redução através de estorno de débito a maior.

Conclui ter explicado as controvérsias e opina pela Procedência Parcial do lançamento fiscal, tendo em vista o reconhecimento da Improcedência da Infração 03, cujo montante deve ser abatido da presente exação.

O autuado volta a se manifestar fls. 127/130. Assinala que tendo em vista a informação fiscal, faz-se necessário alguns esclarecimentos.

Reitera a procedência parcial do lançamento fiscal no tocante às infrações 04 e 07. Por se tratar de ICMS declarado e não recolhido, no que diz respeito à infração 04 e quanto à infração 07, tem-se o não recolhimento da antecipação parcial do ICMS, pelos argumentos apresentados na defesa. Confirma os argumentos suscitados na defesa quanto às preliminares de nulidade e quanto ao mérito.

Reitera a improcedência da infração 01, frisando que o instrumento para se viabilizar a ação fiscal é sua EFD - Escrituração Fiscal Digital. Contesta a utilização exclusivamente da DMA para apurar os valores reclamados neste item da autuação. Insiste que se for analisada sua escrituração fiscal juntamente com os documentos que lhe dão suporte, não será apurada qualquer diferença. Volta a explicar a composição dos valores lançados no livro de entradas, dos meses de junho e julho de 2016. Aponta a ocorrência de notas fiscais de retorno de mercadorias em trânsito. Assevera que tendo em vista o alegado pelo autuante de que não tem mais acesso a EFD, anexa

os relatórios de apuração do ICMS, assim como, os relatórios concernentes a entradas, espelhos da escrituração fiscal do ICMS (EFD).

Salienta a improcedência da infração 02, tendo em vista que foi utilizado devidamente os créditos fiscais de ICMS referentes à correta transferência de saldo credor do período anterior.

Aduz concordar com o autuante no sentido de que não foram enviadas DMAs retificadoras, pelo simples fato das escriturações e DMAs originais não utilizarem créditos indevidos, haja vista os estornos efetuados, neutralizando aqueles créditos.

No que tange à Infração 05, afirma que os argumentos expendidos na impugnação são substancialmente esclarecedores e patentes quanto à apropriação dos créditos decorrentes do pagamento da antecipação parcial.

Diz que diverge e se sente constrangido diante da incompreensão do agente fiscal perante a redação inserta no inciso II, do art. 309 do RICMS/BA. O crédito não é lícito, enquanto não houver a extinção do crédito tributário pertinente à antecipação parcial. Reitera a impossibilidade de lançar como crédito o ICMS da antecipação parcial antes de seu pagamento. Assim explica que o valor de R\$ 1.068,00 refere-se às aquisições interestaduais de dezembro de 2015, mas o crédito deverá ser registrado no período em que ocorrer o recolhimento, neste caso, janeiro de 2016.

Da mesma forma, o valor de R\$ 5.892,00 é de fato relativo às aquisições interestaduais de julho de 2016, e deverá ser apropriado no período do seu recolhimento, agosto de 2016. Na seara deste raciocínio, o valor de R\$ 7.398,38 se refere as aquisições interestaduais de setembro de 2016, apropriados na apuração após o seu recolhimento.

A respeito da infração 06, frisa que o Parecer final que concedeu o deferimento do Termo de Acordo – Decreto 7799/2000, art. 1º e 2º – foi firmado em 01/02/2016. Somente a partir desta data é que o contribuinte começou a utilizar minimamente este benefício. O fato é que o autuante supôs que os valores consolidados nas DMAs a título de estorno de débito, fossem pertinentes a redução de base de cálculo do benefício aludido.

Nas apurações mensais da EFD estão apresentados os lançamentos a título de estorno de débito de ICMS, nos quais nenhum deles refere-se à redução de base de cálculo por força do regime especial aludido. Elabora demonstrativo para comprovar sua assertiva. Aponta os registros de ajustes que realizou:

- a) Ajuste EFD BA030008: Estorno de débitos – Remessa de mercadoria para venda fora do estabelecimento – último dia do mês – valor destacado na NF de remessa – art. 346, I do RICMS/2012.
- b) Ajuste EFD BA039999*: Estorno de débitos – Ocorrências não especificadas anteriormente – ICMS – Erro no documento fiscal ECF, produtos substituídos e/ou isentos foram classificados como tributados.
- c) Ajuste EFD BA039999**: Estorno de débitos – Ocorrências não especificadas anteriormente – ICMS – Lançamento efetuado em documento fiscal CFOP 5929, já lançado no ECF.

Volta a salientar que aos contribuintes obrigados à entrega da EFD-ICMS/IPI, é vedada a escrituração fiscal dos livros e documentos listados no Ajuste SINIEF 02/2009 de forma diversa. Sendo assim, não há que se falar em impressão de livros fiscais. Um dos objetivos do Projeto SPED é a economia de papel. Por óbvio, o autuante não poderia exigir que fossem entregues esses livros fiscais.

Conclui que deve ser declarada a improcedência parcial do presente lançamento fiscal, tendo em vista o reconhecimento da Procedência das infrações 04 e 07, cujo montante já fora reconhecido e encontra-se com a exigibilidade suspensa, por força do parcelamento de débitos.

Assevera que o auditor fiscal presumiu as irregularidades arroladas na autuação, baseado tão somente nas informações prestadas pelo contribuinte na DMA, sem a devida observância da EFD

e demais ferramentas disponibilizadas pelo Fisco. Desprezou, desta forma, a sua escrituração fiscal para caracterizar com segurança as infrações que lhe imputou.

Disse que se as informações colhidas através da escrituração fiscal digital tivessem sido corretamente apuradas, ficaria patente que os valores apresentados pelo autuante como créditos indevidos, foram completamente neutralizados pelos lançamentos de estornos de crédito que realizou.

Em pauta suplementar, após análise e discussão sobre a matéria, os membros da 3ª JF decidiram converter em diligência o presente processo fl.163, à INFAZ Cruz das Almas, a fim de que o auditor fiscal AUTUANTE, tomasse as seguintes providências:

- a) intimasse o Autuado, concedendo cópia desse pedido e um prazo de 10 (dez) dias para elaborar demonstrativos com base no levantamento fiscal, apresentando os documentos fiscais que sustentam os seus registros fiscais no tocante às alegações defensivas, a respeito das infrações contestadas, para comprovar, dessa forma, os argumentos trazidos em sua impugnação;
- b) apreciasse à luz da legislação vigente e da EFD - Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, a legitimidade de suas alegações. Os valores que fossem assim comprovados deveriam ser excluídos do levantamento fiscal;
- c) caso seja realizado ajustes para as infrações contestadas, deveria ser elaborado novo demonstrativo de débito.

Após atendimento destas solicitações, a INFAZ Cruz das Almas deveria intimar o contribuinte e fazer entrega, mediante recibo, dos novos documentos gerados por esta diligência concedendo-lhe um prazo de 10 (dez) dias, para que ele, querendo, se manifestasse.

Cumprida a diligência fls. 167/217, o Auditor fiscal presta nova informação fiscal a respeito da referida diligência fls. 220/221. Afirma que após a apresentação de planilhas e demonstrativos conforme intimado ao autuado, conclui que de fato, conforme pedido inicialmente pela defesa, o presente lançamento fiscal deve ser julgado nulo pelas razões que enumera:

- a) o Auto de Infração carece de elementos que determinem com segurança e exatidão a base de cálculo das infrações, pois à época da lavratura não dispunha de acesso à EFD do autuado e usou como base de dados apenas as informações transmitidas nas DMAs;
- b) este fato teria impossibilitado a computação das notas fiscais de devolução de vendas e dos retornos das vendas em veículos, gerando reflexo em todas as demais infrações levantadas;
- c) a decretação da nulidade possibilitará o emprego de uma nova ferramenta eletrônica - o SIAFI - tornando possível acessar os dados da EFD e compará-los aos dados das notas fiscais eletrônicas e respectivos conhecimentos de transporte eletrônicos, gerando demonstrativos mais confiáveis e seguros em uma nova auditoria;
- d) diz ser de interesse público que o lançamento com vício seja anulado, a fim de que seja instaurado um novo procedimento fiscal, conforme art. 156 do RPAF/99.

Consta às fls.224/226, extrato do SIGAT/SICRED demonstrando valores reconhecidos pelo Autuado.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe é composto por sete infrações arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

Após analisar as peças componentes do presente PAF, verifico que as infrações 04 e 07 foram reconhecidas pelo sujeito passivo, que requereu os respectivos parcelamentos, conforme provam documentos extraídos do SIGAT/SICRED fls. 224/226, não existindo lide a ser julgada a respeito das mesmas. Infrações mantidas.

A defesa, em preliminar, suscitou a nulidade dos demais itens do auto de infração, alegando insegurança na determinação das infrações e dos valores lançados, visto que não foram

detalhadas as notas fiscais que caracterizam o ilícito tributário, o que cerceou seu direito de defesa.

Da análise de todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que este processo contém falhas formais que se mostram insanáveis, razão pela qual não adentrarei ao mérito das imputações atribuídas ao sujeito passivo.

Compulsando os autos, observo que o Autuante, no que diz respeito às infrações 01, 02, 03, 05 e 06, deixou de materializar com clareza e exatidão a regularidade dos valores lançados como base de cálculo.

Neste caso, observo o cometimento dos seguintes vícios: **a)** desprezou a Escrituração Fiscal Digital - EFD do autuado, limitando-se aos dados informados na DMA para apurar infrações de natureza diversas; **b)** não indicou no levantamento fiscal as notas fiscais, CFOPs e demais características que permitissem apurar as irregularidades apontadas; **c)** desconsiderou as datas de ocorrência efetiva do fato gerador, na apuração do valor devido (data para lançamento de crédito fiscal só após o recolhimento do imposto); **d)** desprezou notas fiscais de devolução de vendas e dos retornos das vendas em veículos, gerando reflexo em todas as demais infrações levantadas.

Este procedimento feriu de morte o lançamento ora analisado, pois inexiste prova no processo de qual seja o valor real cobrado por cada operação nas infrações em comento, atinentes a este lançamento de ofício.

Não cabe ao Autuante determinar sem provas o valor da base de cálculo do lançamento de ofício, e é dever do Fisco determinar com segurança a liquidez do lançamento, comprovando a exatidão de seus cálculos, sem o que é nula a exigência fiscal.

Dessa forma, o Auto de Infração descumpra o disposto no inciso II, do artigo 130 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, que determina, *in verbis*:

Art. 130. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

II – dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

Nesse sentido, o lançamento de ofício também contraria o artigo 41, inciso II, do RPAF/99, que repete o teor do mencionado artigo do COTEB.

A autuação em foco enquadra-se ainda no estabelecido pela Súmula CONSEF nº 1:

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Ressalte-se por importante que a 3ª JJF na busca da verdade material, em pauta suplementar decidiu converter este processo em diligência à INFAZ de origem para que dentre outras providências, fossem apreciadas à luz da legislação vigente e da EFD - Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, a legitimidade de suas alegações, apresentando os documentos que poderiam comprovar a exatidão do valor da base de cálculo das operações objeto da imputação legal.

Em resposta à diligência solicitada, o Autuante afirmou que de fato conforme pedido pela defesa, o presente lançamento fiscal deveria ser julgado nulo pelas razões que ele próprio enumerou.

Assim, as infrações 01, 02, 03, 05 e 06 são nulas e represento à autoridade competente, no sentido de programar ação fiscal junto ao estabelecimento autuado, para exigir o imposto efetivamente devido, a salvo de falhas e incorreções aqui apontadas, nos termos estabelecidos pelo art. 156 do RPAF/99.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **297248.0007/17-4**, lavrado contra **TRINO ORGANIZAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.564,67**, acrescido das multas de 50% sobre R\$8.388,70 e de 60% sobre R\$9.175,97, previstas no art. 42, incisos I e II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

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, 04 de abril de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – JULGADOR