

A. I. N° - 141596.0015/17-4
AUTUADO - FORJA BAHIA LTDA.
AUTUANTE - MARIA DAS GRAÇAS SILVA FREITAS
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/10/2018

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0129-01/18

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Alegação defensiva de que os documentos teriam sido cancelados não restou comprovada. Do mesmo modo, a alegação defensiva de que o levantamento levado a efeito pela autuante contém valores totalmente em desacordo com os dados constantes nas notas fiscais emitidas pela empresa, não restou comprovada. Infração subsistente. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Autuado elide a autuação ao comprovar que no período objeto da autuação houve apuração de saldo credor, portanto, inexistindo imposto a recolher. Infração insubstancial. 3. BENEFÍCIOS FISCAIS. PROGRAMA DESENVOLVE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO DA PARCELA NÃO INCENTIVADA. Infração reconhecida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS Á TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. No caso destas infrações foi imposta multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias, na forma prevista no art. 42, IX e XI da Lei nº 7.014/96, respectivamente. As condutas infracionais imputadas ao autuado nestes itens da autuação restaram comprovadas. Ou seja, as notas fiscais constantes nos demonstrativos elaborados pela autuante não foram escrituradas pelo sujeito passivo na forma regulamentar. Infrações 4 e 5 procedentes. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia/diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/12/2017, formaliza a exigência de crédito tributário no valor total histórico de R\$490.740,96, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro de 2013, janeiro, fevereiro e março de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$467.984,15, acrescido da multa de 100%;
2. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, nos meses de outubro e dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.153,00, acrescido da multa de 60%;
3. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na determinação do valor da parcela sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração

Econômica do Estado da Bahia – DESENVOLVE no mês de janeiro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.954,50, acrescido da multa de 60%;

4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro escrita fiscal, nos meses de janeiro, abril a setembro, novembro e dezembro de 2013, abril, maio, julho a dezembro de 2014, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$16.006,81, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias;
5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março, julho a dezembro de 2013, janeiro a março de 2014, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.642,50, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias.

O autuado, por intermédio de advogados legalmente constituídos, apresentou Defesa (fls. 119 a 128). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Requer que se confira efeito suspensivo à Defesa apresentada, consoante o art. 151 do Código Tributário Nacional – CTN. Discorre sobre os fatos que ensejaram a autuação.

Consigna que sempre procurou cumprir corretamente com suas obrigações fiscais, sendo o Auto de Infração em questão eivado de vício que o torna inválido e inepto, ou seja, nulo de todos os efeitos, sejam fiscais ou legais.

Reporta-se sobre a infração 1. Alega que a exigência fiscal atinente à data de ocorrência de 31/01/2013, refere-se a notas fiscais canceladas nos registros internos da empresa, porém, canceladas fora do prazo no sistema da SEFAZ, a qual, por esta razão, não acolheu o pedido de cancelamento, permanecendo, dessa forma, o débito nos registros da SEFAZ.

Requer a desconsideração da infração apontada pelo não cumprimento da obrigação acessória, consistente na ausência de comunicação do cancelamento das notas fiscais arroladas na autuação.

Quanto às demais exigências deste item da autuação, diz que decorrem da entrega do SPED EFD dos respectivos meses, no caso janeiro a março, sem movimento (zerados) para posterior retificação, que não ocorreu até a data da autuação, tendo sido retificados em 25/01/2018.

Sustenta, no entanto, que independentemente da não entrega da referida obrigação, a autuante elaborou o seu levantamento sobre valores totalmente em desacordo com os dados constantes nas notas fiscais emitidas pela empresa, as quais constam nos arquivos da SEFAZ, além de ter considerado somente os valores que representam os débitos de ICMS, no caso, saídas de produtos, deixando de considerar qualquer crédito decorrente das compras/entradas de mercadorias.

Observa que o art. 52, LV da Constituição Federal, assegura a todos os litigantes, em processos judiciais ou administrativos, o direito ao contraditório e à ampla defesa. Acrescenta que, destarte, um Auto de Infração eivado de informações errôneas impossibilita o exercício das garantias constitucionais, na medida em que inexistem elementos fidedignos que permitam o exercício da defesa.

Frisa que é inegável o respeito ao direito constitucional de todas as partes envolvidas num litígio/demandas, assegurando-lhes a ampla defesa no processo judicial e também no administrativo, caso contrário, todo o procedimento e processo serão nulos de pleno direito, bem como todos os atos decorrentes destes.

Salienta que o processo administrativo está adstrito aos princípios gerais da Administração, destacando-se, no caso, os princípios da legalidade e da publicidade. Diz que no que tange à publicidade, face à falta de informação e falta de conhecimento em relação a todos os atos por parte do prejudicado, em qualquer que seja o procedimento, este não se prestará ao fim almejado, colocando todo o procedimento contrário ao princípio da eficiência.

Assevera que desse modo, o Auto de Infração, no que se refere ao item 1, é inválido, inepto por

não disponibilizar os elementos necessários à sua defesa.

Assinala que para melhor visualização, demonstra em planilhas, conforme ANEXOS I a III, a comparação entre os dados constantes no relatório emitido pela autuante, parte integrante do Auto de Infração, e os dados corretos extraídos dos livros fiscais e SPED EFD, entregues em 25/01/2018.

Ressalta que apesar da entrega do SPED EFD dos meses de janeiro a março de 2014 zerados, cumpriu a obrigação principal do tributo, qual seja efetuar o recolhimento quando apurado ICMS a pagar.

Registra que com a entrega da obrigação acessória (SPED EFD) retificadora dos meses de janeiro a março de 2014, foram apurados os valores, conforme tabela que apresenta.

No tocante à infração 2, observa que decorre de apuração separada, efetuada pela autuante, relativa às outras entradas e outras saídas, referente a DIFAL e CIAP, além de outras entradas e saídas, as quais, já estão consideradas na apuração mensal do ICMS a débito e a crédito nos respectivos meses, valores estes já considerados na apuração mensal, cujos saldos finais resultaram em saldo credor, não havendo qualquer saldo a recolher nos respectivos meses de outubro a dezembro de 2013.

Sustenta que essa apuração é indevida, haja vista que a demonstração caracteriza uma dupla apuração dos mesmos débitos e créditos, considerados na determinação do saldo a recolher ou credor, sendo, portanto, indevido o lançamento do débito.

Assevera que tal procedimento caracteriza-se em *bis in idem*, defeso pelo nosso ordenamento, conforme Jurisprudência que invoca e reproduz.

No que concerne à infração 3, diz que o valor é devido em função de divergência no cálculo do valor da dilação do ICMS correspondente ao incentivo fiscal - DESENVOLVE, uma vez que foi considerado indevidamente, para determinação do valor da dilação do mês, o saldo credor apurado no mês anterior, pois a apuração do benefício deve ser determinada sobre as operações de cada mês, independentemente.

Relativamente às infrações 4 e 5, consigna que decorrem, segundo a acusação fiscal, de notas fiscais de operações de entrada de mercadorias, bens ou serviços no estabelecimento, tributadas e não tributadas, que deixaram de ser escrituradas nos livros fiscais e no SPED EFD.

Afirma que os valores constantes nas planilhas elaboradas pela autuante que identificam as notas fiscais, estão totalmente em desacordo com os dados constantes nas notas fiscais recepcionadas pela empresa, as quais também constam nos arquivos da SEFAZ.

Alega que nesse ponto, pode-se aduzir o mesmo que se foi expedido quanto à infração 1, pois, verifica-se também, afronta ao princípio insculpido no art. 5º, LV da CF, ou seja, o direito ao contraditório e à ampla defesa: as informações errôneas que instruem o Auto de Infração, impossibilitam o exercício da defesa.

Assevera que desse modo, no que se refere às infrações 4 e 5, as informações inscritas no Auto de Infração são inválidas e ineptas, por não disponibilizar os elementos necessários à sua defesa.

Salienta que para melhor visualização, colacionou em planilhas, conforme ANEXOS IV a XIII da Defesa, a comparação entre os dados constantes no relatório emitido pela autuante, parte integrante do Auto de Infração, e os dados corretos extraídos das notas fiscais recepcionadas pela empresa.

Ressalta que existindo cobrança a maior, o Auto de Infração perde os requisitos da liquidez e certeza, necessários para a configuração da obrigação tributária passível de cobrança, restando impossível à manutenção dos gravames, devendo seguir ao arquivo administrativo da repartição fazendária.

Diz que em caso de entendimento contrário, mister se faz a elaboração de nova planilha,

expurgando-se a capitalização, reduzindo as multas e os juros incidentes sobre o valor principal aos índices preconizados em lei, primando pela observância dos dispositivos legais e conferindo à empresa a mais perfeita justiça.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- a nulidade da infração 1;
- seja declarado, quanto à infração 2, indevido o lançamento do débito, pela ocorrência do *bis in idem*;
- quanto à infração 3, seja lançado o documento de arrecadação para devida quitação do débito, expurgando-se os valores da capitalização, salvaguardando-se o justo valor das multas e dos juros incidentes sobre o valor principal, adequando-os aos índices preconizados em lei;
- seja, em face à inépcia e à consequente nulidade das infrações 4 e 5, segundo os motivos expendidos, declarada a inexigibilidade do crédito tributário, por ausência de certeza e liquidez, sendo, outrossim, declarado o cumprimento da obrigação principal;
- que, sendo declarada a nulidade das infrações 1, 2, 4 e 5, seja arquivado o processo administrativo, suportando o notificante, posteriormente, os custos havidos pela empresa na produção da Defesa;
- que, sendo as infrações 1, 2, 4 e 5 consideradas como ineptas, inválidas, consequentemente, inexigíveis, seja declarada a configuração de cerceamento de defesa e afronta aos princípios contidos no art. 5º, LV da Constituição Federal;
- que, seja o feito convertido em diligência a fim de apurar as suas alegações;
- que, constatando-se a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, proceda-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se a empresa de todo o andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa;
- a juntada e a consideração das planilhas anexadas, que demonstram os argumentos contidos na Defesa;
- a juntada dos documentos anexados, os quais declararam autênticos, por força do art. 425, IV do CPC.

A autuante prestou Informação Fiscal (fls. 293/294). Contesta as alegações defensivas.

No tocante às infrações 1, 4 e 5, diz que o autuado confessa que as notas fiscais não foram escrituradas por terem sido objeto de cancelamento, sem que o mesmo tivesse sido informado para a SEFAZ, no prazo, nos registros a serem encaminhados à mesma.

Observa a autuante que não houve, por parte da fiscalização, cálculos em desacordo com os valores constantes nos documentos fiscais, tendo em vista que os mesmos foram efetuados com base naqueles documentos constantes nos sistemas da SEFAZ que, em cruzamento com a EFD do autuado, não foram detectados na citada escrita fiscal.

Afirma que descabe também na autuação, a consideração do imposto original a título de crédito fiscal quando da entrada da mercadoria no estabelecimento, inclusive porque o mesmo já fora considerado quando da apuração do saldo do imposto a recolher nos períodos respectivos.

Salienta que todas as provas da infração estão anexadas ao processo, tais como: a EFD impressa do autuado e a relação dos documentos não constantes na mesma, constituindo tais provas às fls. 13 a 77 dos autos. Ressalta que a EFD a ser admitida é aquela anexada pela fiscalização que fora extraída do sistema oficial, e não a nova apresentada pelo autuado, haja vista que foi objeto de retificação sem o devido conhecimento e autorização da autoridade fiscal.

Conclusivamente, mantém as infrações 1, 4 e 5.

No tocante às infrações 2 e 3, diz que as diferenças do imposto sujeito ao benefício do Programa DESENVOLVE, bem como o ICMS não contemplado pelo referido programa, foram apuradas conforme planilhas desenvolvidas para este fim, anexadas aos autos às fls. 8 a 11, levando-se em consideração os CFOPs praticados pela empresa, respectivamente, lançados em cada uma delas, o que poderá ser conferido pelo órgão julgador. Acrescenta que as operações foram selecionadas com base na escrita fiscal do autuado, no caso, o livro Registro se Apuração do ICMS, constituindo as fls. 78 a 112 dos autos.

Conclusivamente, mantêm estes dois itens de autuação.

Finaliza a peça informativa, retornando o PAF para as providências cabíveis.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo que o autuado reconheceu o cometimento da infração 3 e impugnou na totalidade as infrações 1, 2, 4 e 5.

Inicialmente, no que tange ao requerimento do impugnante no sentido de que seja conferido à Defesa efeito suspensivo, por certo que o pretendido efeito não exige qualquer reconhecimento por parte do órgão julgador administrativo, haja vista que o próprio dispositivo legal invocado, no caso, o artigo 151, III do Código Tributário Nacional - CTN, estabelece que a exigibilidade do crédito tributário fica suspensa nas reclamações e recursos.

No tocante à arguição defensiva de nulidade das infrações 1, 2, 4 e 5, não vejo como prosperar a pretensão do impugnante. As condutas infracionais imputadas ao autuado se encontram claramente descritas. Identifica-se sem qualquer prejuízo a base de cálculo, o montante do débito, o período de ocorrência, sendo possível constatar-se a certeza e liquidez de crédito tributário em cada item da autuação. O direito de defesa e do contraditório do Contribuinte foi respeitado e plenamente exercido, conforme se verifica na peça defensiva apresentada.

Diante do exposto, não acolho a preliminar de nulidade arguida.

Quanto à diligência requerida pelo impugnante, considero desnecessária a sua realização, haja vista que os elementos que compõem o presente processo se apresentam suficientes para análise e decisão da lide, razão pela qual indefiro o pedido, com fulcro no art. 147, I, "a" do Regulamento do Processo Administrativo (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, relativamente à infração 1, considero que assiste razão à autuante. A alegação defensiva de cancelamento das notas fiscais atinentes à data de ocorrência de 31/01/2013, não se confirma. Em verdade, no sistema da SEFAZ/BA, os referidos documentos fiscais constam na condição de não cancelados, significando dizer que o autuado não providenciou na forma regulamentar, o devido cancelamento.

Quanto às demais exigências referentes a este item da autuação, no caso, janeiro a março de 2014, observo que o próprio autuado admite serem decorrentes da entrega do SPED EFD dos aduzidos meses sem movimento (zerados), para posterior retificação, que não ocorreu até à data da autuação.

Verifico, também, que a autuante contesta a argumentação defensiva e registra que todas as provas da infração estão anexadas aos autos, no caso, a EFD impressa do autuado e a relação dos documentos não escriturados nesta, acostadas às fls. 13 a 77 dos autos.

No presente caso, considero correto o entendimento manifestado pela autuante, no sentido de que a EFD a ser admitida é aquela anexada pela Fiscalização, que fora extraída do sistema oficial, e não a nova apresentada pelo autuado, haja vista que fora objeto de retificação sem o devido conhecimento e autorização da autoridade fiscal.

A alegação defensiva de que, independentemente da não entrega da referida EFD, a autuante

elaborou o seu levantamento sobre valores totalmente em desacordo com os dados constantes nas notas fiscais emitidas pela empresa, as quais constam nos arquivos da SEFAZ, a meu ver, não pode prosperar.

Isso porque, o impugnante não indicou especificamente, mesmo que por amostragem, qualquer Nota Fiscal para permitir confirmar as suas razões e, se fosse o caso, proceder à exclusão dos valores porventura lançados indevidamente.

Na realidade, a análise da planilha comparativa colacionada pelo impugnante (fls. 130 e segs.), permite constatar que, por exemplo, os valores referentes às Notas Fiscais nºs 8857 e 8902, são totalmente coincidentes com os valores dos referidos documentos fiscais apontados na planilha elaborada pela autuante. Os demais valores apontados pelo impugnante, não dizem respeito às Notas Fiscais arroladas no levantamento levado a efeito pela autuante.

No tocante à alegação defensiva de consideração do imposto original, a título de crédito fiscal, quando da entrada da mercadoria no estabelecimento, certamente que inexiste óbice ao creditamento pretendido, desde que os créditos fiscais sejam legítimos e estejam documentalmente comprovados.

Ocorre que o impugnante apenas alegou a existência de crédito fiscal, contudo, nada apresentou que pudesse contrariar a afirmativa da autuante no sentido de que este já fora considerado quando da apuração do saldo do imposto a recolher nos períodos respectivos.

Diante disso, a infração 1 é procedente.

No que concerne à infração 2, o impugnante alega que os valores exigidos foram considerados na apuração mensal, cujos saldos finais resultaram em saldo credor, não havendo qualquer saldo a recolher nos meses de outubro a dezembro de 2013.

No tocante a este item da autuação, a meu ver, assiste razão ao impugnante. De fato, a análise dos elementos acostados aos autos, bem como da Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA, constante do sistema da SEFAZ/BA, referente ao período objeto da autuação, no caso, outubro e dezembro de 2013, permite constatar que foram apurados saldos credores, portanto, inexistindo imposto a recolher.

Desse modo, a infração 2 é insubsistente.

Quanto à infração 3, foi reconhecida pelo impugnante que, inclusive, solicitou a emissão do documento de arrecadação para que possa efetuar o recolhimento do débito reconhecido.

Vale esclarecer que o aduzido documento de arrecadação não está disponível neste CONSEF, devendo a solicitação ser feita à repartição fazendária competente. Infração subsistente.

No respeitante às infrações 4 e 5, que dizem respeito à entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação (infração 4) e não tributáveis (infração 5), sem o devido registro escrita fiscal, observo que o impugnante alega que os valores constantes nas planilhas elaboradas pela autuante que identificam as notas fiscais estão totalmente em desacordo com os dados constantes nas notas fiscais recepcionadas pela empresa, as quais também constam nos arquivos da SEFAZ/BA.

No presente caso, considero que a alegação defensiva não pode prosperar.

Isso porque, o impugnante não indicou especificamente, expressamente, mesmo que por amostragem, qualquer Nota Fiscal para permitir confirmar as suas razões e, se fosse o caso, proceder à exclusão de valores porventura lançados indevidamente.

Na realidade, o impugnante colacionou aos autos o que denominou de planilhas comparativas (fls.130 e segs.), cuja análise das notas fiscais, por amostragem, permite constatar que os valores são totalmente coincidentes com os valores apontados na planilha elaborada pela autuante, inclusive existindo valores apontados pelo impugnante que não dizem respeito às notas fiscais arroladas no levantamento levado a efeito pela autuante.

Assim sendo, as infrações 4 e 5 são subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **141596.0015/17-4**, lavrado contra **FORJA BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$470.938,65**, acrescido da multa de 60% sobre R\$2.954,50 e 100% sobre R\$467.984,15, previstas no art. 42, incisos II, “f” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$17.649,31**, previstas nos incisos IX e XI, reduzida a multa em obediência à Lei nº 13.461/15 c/c o art. 106, II, “c” da Lei nº 5.172/66 (CTN), do mesmo artigo e diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº. 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de agosto de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

OLEGARIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR