

A. I. Nº - 017241.0030/17-5
AUTUADO - MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO ZENEL LTDA.
AUTUANTE - JACKSON DAVI SILVA
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 16/05/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0095-03/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** AQUISIÇÕES DE BENS DO ATIVO PERMANENTE. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. Ficou comprovada a utilização do crédito fiscal relativo a aquisição de bens destinados ao Ativo Permanente do estabelecimento sem observar a legislação. **b)** CRÉDITO UTILIZADO A MAIS. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Infração comprovada. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS E O IMPOSTO RECOLHIDO. PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. Constatado que o autuado deu saídas de mercadorias tributadas em seus equipamentos de ECF sem tributação. Infração subsistente 3. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Na aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o imposto deve ser recolhido na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado. 5. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS. A falta de fornecimento de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou sua entrega sem as informações exigidas na legislação, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa no valor de R\$1.380,00, cumulativamente, multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior. Mantida a exigência fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/2017, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$184.951,26, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2013; janeiro a maio de 2014. Valor do débito: R\$27.160,73. Multa de 60%.

Infração 02 – 01.02.71: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a transferência irregular de saldo credor do período anterior, mês de dezembro de 2013. Valor do débito: R\$24.066,27. Multa de 60%.

Em complemento, consta a informação de que o contribuinte utilizou crédito fiscal de ICMS a mais no mês de janeiro de 2013, no valor de R\$29.741,93, quando deveria utilizar somente R\$5.675,66, conforme apurado no Demonstrativo de Apuração do ICMS.

Infração 03 – 03.01.04: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de janeiro a dezembro de 2013; janeiro a dezembro de 2014 e de janeiro a dezembro de 2015. Valor do débito: R\$14.796,97. Multa de 60%.

De acordo com a descrição dos fatos, a empresa efetuou saídas de mercadorias tributadas nos seus equipamentos ECF, sem tributação; saídas de mercadorias como se fossem da substituição tributária, conforme consta no Demonstrativo de Lançamento de Débito Fiscal de ICMS.

Infração 04 – 05.05.01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de dezembro de 2013; dezembro de 2014 e dezembro de 2015. Valor do débito: R\$51.991,69. Multa de 100%.

Infração 05 – 07.01.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de abril, maio, agosto e outubro de 2015. Valor do débito: R\$17.255,60. Multa de 60%.

Infração 06 – 16.14.04: Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação tributária, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2015. Multa de R\$1.380,00 por cada mês, totalizando R\$49.680,00.

Consta, ainda, que o contribuinte enviou o arquivo eletrônico com divergência entre a DMA e o livro Registro de Apuração do ICMS/EFD e outros documentos, mesmo após ter sido concedido novo prazo para fazer nova apresentação do referido arquivo – retificação de arquivo,

O autuado apresentou impugnação às fls. 308 a 321, alegando que houve preterição ao direito de defesa, seja pela falta de entrega de demonstrativos ao contribuinte, seja pela falta de clareza da imputação, seja porque o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, nem o montante do débito tributário. Pede a nulidade do lançamento, e requer, se houver necessidade, a realização de diligência e perícia para constatar a veracidade dos fatos. Diz que os demonstrativos, num total aproximado de vinte, não foram entregues ao contribuinte em meio magnético, sendo que as poucas cópias fornecidas pelo Fiscal estão tarjadas e ilegíveis.

Informa que o preposto fiscal apontou seis infrações, mas entregou somente uma planilha magnética em PDF, referente à infração 03, na qual contém 351 páginas relacionando cerca de 1.700 cupons fiscais, e não foram entregues demonstrativos eletrônicos das demais infrações, dificultando ou impedindo a defesa do contribuinte.

Ressalta que o autuante informou no seu recibo de entrega de 13 cópias de demonstrativos. Entretanto, essas fotocópias de demonstrativos estão ilegíveis e de má qualidade. Além disso, a pessoa que recebeu esses documentos na empresa e tomou ciência da autuação, por não fazer parte do quadro de sócios da empresa, nem trabalhar no escritório de contabilidade, nem ser advogado, nem pessoa preparada para receber intimação do Fisco, simplesmente assinou o recibo e recebeu a papelada, sem conferir nem ter sido alertado pelo preposto fiscal para isso.

Entende que o preposto fiscal deveria dirigir-se ao estabelecimento, onde encontraria seus administradores ou ao escritório de contabilidade, onde estariam pessoas que lidam com tais documentos. Como não se dispôs a fazer assim, o preposto fiscal ainda deveria ter enviado tais demonstrativos pelo endereço eletrônico do contribuinte ou do escritório de contabilidade. Mas não o fez.

Afirma que tal procedimento prejudicou todo o trabalho da defesa e do contraditório, dificultando ou impedindo que se chegue à verdade material pelo caminho do devido processo legal. Diz que o CD anexo, único documento eletrônico recebido do preposto fiscal, contém somente um demonstrativo dos dezessete que constam no PAF. Faltou gravar os demais demonstrativos.

Reproduz o art. 18 do RPAF-BA/99 e diz que é inevitável recorrer ao CONSEF, em busca de uma decisão justa que possa ser suportada pelas finanças da empresa, no que se refere às multas formais impostas, como também, recorrer para não pagar mais que o devido, pois, do contrário, estaria sendo confiscado, o que não é permitido pela legislação.

Também alega que apesar da grande captação dos arquivos magnéticos nos sistemas tecnológicos da SEFAZ, o fisco deixou de confrontá-los com a documentação original, pelo menos por simples amostragem. Como não fiscalizou, mas apenas transformou os arquivos magnéticos em Auto de Infração, com aplicação de multas de caráter confiscatório, os erros implicam nulidade da autuação, impondo o refazimento do procedimento fiscal a salvo de incorreções.

Quanto à infração 01, alega que a exigência fiscal não procede porque o crédito teve origem nos documentos fiscais, cuja diferença de alíquota foi cobrada no Auto de Infração nº 232957.0001/12-7, no total de R\$83.299,37, que foi pago em 2013. Por isso, o contribuinte passou a ter direito ao crédito a partir do pagamento do tributo exigido no Auto de Infração mencionado. Pagou o que lhe fora cobrado naquela época, ficando com o direito ao crédito.

Também alega que os dispositivos legais citados pelo autuante não lhe dão amparo, porque não se conjugam com a narrativa dos fatos, nem com o direito, pois o contribuinte, ao pagar o imposto deve utilizar o respectivo crédito.

Afirma que a autuação foi efetuada em total desobediência aos dispositivos legais, e não há dúvidas de que há falhas e omissões neste Auto de Infração que o conduzem à nulidade ou improcedência.

Infração 02: Alega que, mais uma vez, houve equívoco do autuante. O crédito glosado nesta infração é o mesmo crédito autuado na infração 01. Como houve utilização de crédito apurado, o saldo ficou maior, sendo assim, se a exigência anterior é improcedente, também é improcedente glosar o mesmo crédito outra vez. Seriam duas exigências de tributos e multas para o mesmo fato, que se desdobrou em dois lançamentos. E, se por acaso a infração 01 prosperasse, esta infração 02 não poderia vigorar porque é consequência da anterior.

Infração 03: Alega que as mercadorias que foram objeto da autuação estão sujeitas ao pagamento do ICMS por substituição tributária, e foram excluídas no ano seguinte ao pagamento, e que ainda estavam cadastradas no estoque.

Diz que a MVA cobrada pelo Estado é bem superior ao lucro que as empresas realmente praticam. Assim, para não haver cobrança, teria que ser abatido o valor da diferença de alíquota e ainda, da MVA cobrada na substituição tributária para apurar se realmente existe diferença a favor do

Estado. Afirma que o autuante não fez esta operação, sendo um caso claro de pagamento em duplicidade.

Conclui que é improcedente o lançamento, porque as mercadorias mencionadas na autuação que saíram pelo equipamento ECF foram aquelas cujo ICMS foi recolhido por substituição tributária no ano anterior, e cuja tributação estava encerrada, porque o ICMS foi pago antecipadamente.

Infração 04: Alega que a exigência fiscal está eivada de vícios insanáveis, que só podem ser corrigidos se for anulada para ser refeita a salvo de erros e incorreções. Diz que o autuante não examinou documento algum da empresa, nem por amostragem, em busca da verdade material. Bastava fazer uma simples amostragem e constataria que a maioria dos DANFEs se referem a Simples Faturamento para venda futura, cujos documentos de efetiva entrada da mercadoria ou do bem ou serviço foram escriturados no livro Registro de Entradas.

Informa que, a título de amostragem elaborou planilha com quarenta DANFEs, devidamente registrados no livro Registro de Entradas, que não foram vistos pelo autuante. Diz que ele relacionou, sem base legal, documentos referentes a remessa de brinde, remessa de amostra grátis, remessa em bonificação e doação de brindes, remessa para merchandising, remessa para locação, retorno de garantia, remessa para comodato. Ressalta que nada disso é compra de mercadoria, nem desembolso que represente omissão de receita tributada. Era suficiente um simples olhar para perceber que tais documentos e operações não significam presunção alguma de omissão de receita.

Alega que o lançamento tomou por base a idéia frágil e antecipada de presunção, sendo necessário, tornar nulo o auto de infração, porque está cheio de erros e longe da verdade material.

Também alega que o Demonstrativo de Omissão de Receita (fls. 23/25 do PAF) foi relacionado no Recibo de Entrega de Demonstrativos da Fiscalização, como se tivesse cinco folhas. Então, restaria o preposto fiscal entregar duas folhas, pois no PAF só se encontram três folhas. Essas incertezas tornam nula a autuação, porque não há segurança para a defesa do contribuinte.

Infração 05: Alega que as divergências apontadas pelo autuante são resultados da diferença entre as datas da emissão das notas fiscais e da entrada das mercadorias no estabelecimento.

Para comprovar o alegado, anexa demonstrativo de todo o período, 01/2013 a 12/2015, afirmando que a única diferença de apenas R\$2.961,91 refere-se a notas fiscais emitidas em 2015 e que foram registradas em janeiro de 2016.

Ressalta que as mercadorias adquiridas nem sempre chegam dentro do mesmo mês da emissão do documento fiscal. Frequentemente, a mercadoria chega no mês seguinte ao da emissão da nota fiscal e assim que chega, a nota é registrada e o imposto é pago. O autuante pegou os documentos de compra do mês e comparou com o recolhimento feito dentro desse mesmo mês. Esqueceu que o ICMS foi pago em seguida, quando a mercadoria entrou no estabelecimento, sendo improcedente a infração 05.

Infração 06: Afirma que os dados magnéticos apresentam inconsistências das mais variadas formas, até mesmo por desconfigurações na sua transmissão, sendo necessário que a autoridade fiscal intime o contribuinte e aponte as inconsistências, de forma específica, para que seja efetuado ajuste, mesmo porque, o contribuinte tem todo interesse em corrigir os pontos duvidosos para cumprir as obrigações acessórias e evitar multas desnecessárias.

Diz que essas multas por obrigações acessórias são, na maioria das vezes, astronomicamente desproporcionais à falta cometida, a exemplo da que foi aplicada, no valor total de R\$49.680,00 simplesmente porque o autuante não intimou o contribuinte para fazer os ajustes, como determina a legislação do ICMS, § 4º, do art. 247, do RICMS-BA/2012.

Conclui que é improcedente a penalidade aplicada, afirmando que entregou os arquivos EFD transmitidos no prazo regulamentar. Pelo fato de o autuante não ter concedido o prazo de trinta dias para a correção de possíveis inconsistências, requer aos julgadores que decidam pela

nulidade da autuação, por cerceamento ao direito de defesa. Pede o cancelamento da multa, com fundamento no art. 158 do RPAF-BA/99, assegurando que não há prova de que a falta de ajustes dos arquivos magnéticos tenha sido praticada com fraude, dolo ou simulação.

Por fim, reitera o pedido de nulidade do Auto de Infração. Requer perícia no arquivo magnético contendo a única planilha da infração 03. Pede que os documentos e livros fiscais e contábeis sejam examinados por um Assistente Técnico do CONSEF antes do julgamento na instância administrativa.

O autuante presta informação fiscal à fl. 454 dos autos. Diz que o defendente alegou que não foram entregues os demonstrativos e falta de clareza das infrações. Considerando as alegações defensivas, sugere que sejam entregues novamente, cópias legíveis dos demonstrativos, reabrindo o prazo para que o autuado apresente nova defesa.

O Contribuinte foi intimado e elaborado Termo de Entrega dos Demonstrativos (fl. 474 do PAF). Apresentou manifestação às fls. 476/477, alegando que recebeu, no dia 24/07/2018 um CD contendo os demonstrativos do Auto de Infração, de forma não editável, mas que daria início ao novo prazo de defesa.

Afirma que os mencionados demonstrativos não apresentam com exatidão o montante devido; mantém a impugnação, requerendo a nulidade do Auto de Infração, pelos motivos já expostos, e também, pede a improcedência da autuação fiscal.

Diz que outro ponto que merece destaque, é que o Fisco não deu possibilidade alguma de transmissão dos arquivos magnéticos com as informações corretas, conforme determina a legislação. Entende que o devido processo legal impede o Estado de exigir multas e tributos sem o direito à ampla defesa, como também, outros princípios de Direito, a exemplo da legalidade e proibição do confisco.

Pede o cancelamento da multa pelo descumprimento de obrigação acessória, com fundamento no art. 158 do RPAF-BA/99.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante às fls. 519 a 523, discordando das alegações defensivas. Diz que o demonstrativo da infração 03 foi entregue em meio magnético, por envolver uma grande quantidade de folhas, e os demais demonstrativos, por se tratar de poucas folhas, foi feita a entrega ao contribuinte em papel. Não houve cerceamento de defesa, o autuado recebeu as cópias dos demonstrativos, tanto que elaborou sua impugnação.

Informa que a funcionária da coordenação administrativa da SEFAZ fez a entrega dos demonstrativos ao Sr. Luizvaldo Cunha Araújo (fls. 305/306), que é empregado da empresa, conforme comprova a cópia do livro Registro de Empregados, e o comprovante de entrega, em devolução do livro Registro de Empregados, comprovantes acostados aos autos juntamente com a informação fiscal.

Quanto à infração 01, informa que a empresa foi fiscalizada (2009/2010), tendo sido constatado falta de pagamento de ICMS relativo à diferença de alíquotas – Ativo Imobilizado, no montante de R\$83.299,37. O contribuinte fez parcelamento do valor apurado, em 25 vezes, gerando parcela mensal de R\$3.331,97, começando a utilizar na DMA, a partir do mês de maio de 2012, o total do valor da parcela mensal, quando deveria ter se creditado apenas do montante de R\$1.734,10, referente à parcela mensal de aquisição de bens do ativo imobilizado, estando comprovado que o autuado utilizou de forma errada o valor referente ao parcelamento do montante do ativo imobilizado, feito em vinte e cinco vezes.

Infração 02: Informa que o autuado tinha utilizado o crédito de ICMS maior a partir de maio de 2012, por isso, foi refeito o conta corrente (maio a dezembro de 2012), para verificar a exatidão do saldo credor existente no final do ano, estornando o crédito utilizado a mais no período, chegando a um valor de saldo credor no montante de R\$5.675,66, conforme descrito no doc. de fl. 12, e não o valor de R\$29.741,93, conforme consta na DMA de dezembro de 2012 (fl. 20).

Infração 03: Informa que, por meio do PRODIFE, utilizando o arquivo PAF ECF, foi gerada uma planilha – Demonstrativo de Lançamento do Débito Fiscal de ICMS a Menor Relativo a Venda Realizada através de Cupons Fiscais emitidos por ECF, ficando constatado que o autuado deu saídas de mercadorias tributadas em seus equipamentos de ECF sem tributação, ao efetuar saídas de mercadorias como se fossem da substituição tributária, nos exercícios de 2013 a 2015. Diz que a defesa fez alegações sem apresentar provas.

Infração 04: Informa que ao fazer cruzamento entre as notas fiscais eletrônicas e a EFD do autuado, utilizando o programa PRODIFE, foi constatado que o autuado não escriturou notas fiscais de compras, que não contavam no SPED, conforme relação de notas fiscais descritas no Demonstrativo de fls. 23/25, gerando débito de ICMS.

Diz que o autuado esqueceu que estava obrigado a apresentar Escrituração Fiscal Digital – EFD a partir de 01/01/2013, e quanto ao argumento relativo às mercadorias que não são tributadas, afirma que foi cobrado omissão de saída, de acordo com o cálculo do índice de proporcionalidade, já que o programa exclui da base de cálculo do ICMS os valores dos produtos isentos, não tributados e outras.

Infração 05: Diz que o defendente não comprovou que as notas fiscais descritas nos demonstrativos de fls. 225/228 foram recolhidas no mês seguinte da data de emissão. Deveria demonstrar, através dos DAEs e outros documentos que o recolhimento do ICMS substituição tributária, mês a mês, referente às notas fiscais elencadas no demonstrativo mencionado.

Infração 06: Informa que apesar de o empregado da empresa ter recebido os demonstrativos, solicitou que a Coordenação Administrativa da INFAZ entregasse novamente cópias dos demonstrativos, sendo comunicado via DT-e (Domicílio Tributário Eletrônico) quanto ao recebimento de novas cópias. Diz que o autuado não se preocupou em receber os novos demonstrativos em mídia, e os mesmos só foram entregues ao defendente em 25/07/2018, conforme fl. 474.

De posse dos novos documentos, o defendente apenas reiterou o pedido de nulidade e não se preocupou em apresentar elementos com a finalidade de desfazer as peças elaboradas pelo Fisco. Afirma que não houve preterição ao direito de defesa, o autuado teve ciência do processo, recebeu as cópias das peças existentes no Auto de Infração, alegou o que bem quis, não teve interesse em juntar novas peças ao processo, após o recebimento em mídia dos demonstrativos que lhe foram entregues anteriormente, e que serviram para a sua defesa. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

O defendente alegou que houve preterição ao direito de defesa, seja pela falta de entrega de demonstrativos ao contribuinte, seja pela falta de clareza da imputação, seja porque o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, nem o montante do débito tributário. Pede a nulidade do lançamento, e requer, se houver necessidade, a realização de diligência e perícia para constatar a veracidade dos fatos.

Disse que o autuante não fiscalizou, mas apenas transformou os arquivos magnéticos em Auto de Infração, com aplicação de multas de caráter confiscatório; o autuante cometeu erros que implicam nulidade da autuação, impondo o refazimento do procedimento fiscal a salvo de incorreções.

Na informação fiscal à fl. 454 dos autos, o autuante disse que o defendente alegou que não foram entregues os demonstrativos, e falta de clareza das infrações. Considerando as alegações defensivas, solicitou que fossem entregues, novamente, cópias legíveis dos demonstrativos, reabrindo o prazo para que o autuado apresentasse nova defesa.

Também informou, que a funcionária da coordenação administrativa da SEFAZ fez a entrega dos demonstrativos ao Sr. Luizvaldo Cunha Araújo (fls. 305/306), que é empregado da empresa,

conforme comprova a cópia do livro Registro de Empregados, e o comprovante de entrega, em devolução do livro Registro de Empregados, comprovantes acostados aos autos juntamente com a informação fiscal.

Observo que o autuado foi intimado e lavrado Termo de Entrega dos Demonstrativos (fl. 474 do PAF). Apresentou manifestação às fls. 476/477, registrando que recebeu, no dia 24/07/2018, um CD com os demonstrativos contidos no Auto de Infração.

Com a entrega de novas cópias dos demonstrativos elaborados pelo autuante e reabertura do prazo de defesa, considero superada a alegação defensiva de falta de entrega de demonstrativos ao contribuinte.

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento, deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado.

No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

O Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA, compreende normas de planejamento, execução, avaliação e controle de tributos estaduais. São executados roteiros de fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem todas as etapas dos serviços a serem executados pelos prepostos fiscais. Neste caso, pode ser efetuada verificação de livros, documentos, papéis, e mercadorias.

Esses roteiros de fiscalização, estabelecem metodologia e técnica de atuação fiscal, de modo que o desenvolvimento dos trabalhos fiscais esteja em conformidade com a legislação tributária, podendo a auditoria fiscal ser realizada através de contagem física ou análise físico-documental ou digital, inclusive por meio de arquivos magnéticos enviados à base de dados da SEFAZ, podendo ser aplicados os mencionados roteiros a qualquer estabelecimento.

Vale salientar, que não implica nulidade da autuação caso tenha havido equívoco na indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que, pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99. A descrição dos fatos e dispositivos regulamentares constantes no Auto de Infração indicam que a autuação fiscal trata de ICMS.

Não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O autuado tomou conhecimento de todos os lançamentos efetuados, conforme se pode constatar nas planilhas acostadas aos autos, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e o defendente tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas em relação a todos os itens do Autos de Infração.

O defendente também alegou que outro ponto que merece destaque, é que o Fisco não deu possibilidade alguma de transmissão dos arquivos magnéticos com as informações corretas, conforme determina a legislação.

Se o levantamento fiscal é efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado, por meio dos arquivos magnéticos, a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte e tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas, saídas e estoque de mercadorias. Portanto, no caso de inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir os erros, antes do procedimento fiscal.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração, foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O PAF está

revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O defendente requereu a realização de diligência e perícia no arquivo magnético, contendo a única planilha da infração 03. Solicitou que os documentos e livros fiscais e contábeis fossem examinados por um Assistente Técnico do CONSEF, antes do julgamento na instância administrativa.

Fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não foi identificada a existência dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante.

No mérito, a infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, nos meses de janeiro a dezembro de 2013; janeiro a maio de 2014.

O defendente alegou que a exigência fiscal não procede, porque o crédito teve origem nos documentos fiscais, cuja diferença de alíquota foi cobrada no Auto de Infração nº 232957.0001/12-7, no total de R\$83.299,37, que foi pago em 2013. Por isso, passou a ter direito ao crédito a partir do pagamento do tributo exigido no Auto de Infração mencionado. Pagou o que lhe fora cobrado naquela época, ficando com o direito ao crédito.

O autuante informou que a empresa foi fiscalizada (2009/2010), tendo sido constatado falta de pagamento de ICMS relativo à diferença de alíquotas – Ativo Imobilizado, no montante de R\$83.299,37. O contribuinte fez parcelamento do valor apurado, em 25 vezes, gerando parcela mensal de R\$3.331,97, começando a utilizar na DMA, a partir do mês de maio de 2012, o total do valor da parcela mensal, quando deveria ter se creditado apenas do montante de R\$1.734,10, referente à parcela mensal de aquisição de bens do ativo imobilizado, estando comprovado que o autuado utilizou de forma errada o valor referente ao parcelamento do montante do ativo imobilizado, feito em vinte e cinco vezes.

Quanto ao direito e escrituração do crédito fiscal pelas entradas de mercadorias, o contribuinte deve obedecer o que preceitua a legislação tributária, observando os limites ou condições, e a utilização do crédito destacado nas Notas Fiscais de aquisição de bens destinados ao Ativo Permanente do estabelecimento deve observar a legislação. Neste caso, em relação ao crédito fiscal de ICMS decorrente de entradas de mercadorias no estabelecimento destinadas ao ativo permanente e respectivos serviços de transporte, o valor mensal a ser apropriado deve ser calculado com base na proporção das operações e prestações tributadas sobre o total das operações de saídas e prestações de serviço efetuadas no mesmo período, nos termos do § 6º, do art. 29 da Lei nº 7.014/96.

Não se trata de simples descumprimento de obrigação acessória, haja vista que, em se tratando de fruição ou reconhecimento de crédito fiscal que depende de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em foi creditado o imposto indevidamente.

Concluo pela subsistência desta infração, considerando que a escrituração do crédito fiscal deve ser efetuada nos livros fiscais próprios mediante documento fiscal idôneo, que atenda a todas as exigências da legislação pertinente, o que não se observou no presente caso. Infração subsistente.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo à transferência irregular de saldo credor do período anterior, mês de dezembro de 2013. O contribuinte utilizou crédito fiscal de ICMS a mais no mês de janeiro de 2013, no valor de R\$29.741,93, quando deveria utilizar somente R\$5.675,66, conforme apurado no Demonstrativo de Apuração do ICMS.

O autuado alegou que, mais uma vez, houve equívoco do autuante. O crédito glosado nesta infração é o mesmo crédito autuado na infração 01. Como houve utilização de crédito apurado, o saldo ficou maior, sendo assim, se a exigência anterior é improcedente, também é improcedente glosar o mesmo crédito outra vez. Se por acaso a infração 01 prosperasse, esta infração 02 não poderia vigorar porque é consequência da anterior.

O autuante esclareceu que o autuado tinha utilizado o crédito de ICMS maior, a partir de maio de 2012, por isso, foi refeito o conta corrente (maio a dezembro de 2012), para verificar a exatidão do saldo credor existente no final do ano, estornando o crédito utilizado a mais no período, chegando a um valor de saldo credor no montante de R\$5.675,66, conforme descrito no doc. de fl. 12, e não o valor de R\$29.741,93, que consta na DMA de dezembro de 2012 (fl. 20).

Observo que foi refeita conta corrente do ICMS, sendo apurado crédito indevido no período fiscalizado, e o defendente não apresentou qualquer documento para contrapor o levantamento fiscal nem comprovou o recolhimento do débito apontado na autuação. Acato os valores apurados pelo autuante mediante levantamento fiscal e concluo pela procedência desta infração.

Infração 03: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de janeiro a dezembro de 2013; janeiro a dezembro de 2014 e de janeiro a dezembro de 2015.

De acordo com a descrição dos fatos, a empresa efetuou saídas de mercadorias tributadas nos seus equipamentos ECF, sem tributação; saídas de mercadorias como se fossem da substituição tributária, conforme consta no Demonstrativo de Lançamento de Débito Fiscal de ICMS.

O defendente apresentou o entendimento de que, as mercadorias que foram objeto da autuação, estão sujeitas ao pagamento do ICMS por substituição tributária, foram excluídas no ano seguinte ao pagamento, e que ainda estavam cadastradas no estoque.

Disse que a MVA cobrada pelo Estado, é bem superior ao lucro que as empresas realmente praticam. Assim, para não haver cobrança, teria que ser abatido o valor da diferença de alíquota e ainda, da MVA cobrada na substituição tributária para apurar se realmente existe diferença a favor do Estado. Afirma que o autuante não fez esta operação, sendo um caso claro de pagamento em duplicidade.

O autuante informou que, por meio do PRODIFE, utilizando o arquivo PAF ECF, foi gerada uma planilha – Demonstrativo de Lançamento do Débito Fiscal de ICMS a Menor, Relativo a Venda Realizada através de Cupons Fiscais emitidos por ECF, ficando constatado que o autuado deu saídas de mercadorias tributadas em seus equipamentos de ECF sem tributação, ao efetuar saídas de mercadorias como se fossem da substituição tributária, nos exercícios de 2013 a 2015. Disse que a defesa fez alegações sem apresentar provas.

Observo que em relação às operações com mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, devem ser observadas as alterações da legislação no curso do tempo, especialmente as regras consubstanciadas em Convênios ou Protocolos, bem como, no RICMS/BA, para fins de atribuição da chamada responsabilidade pelo recolhimento do tributo.

O defendente deveria apresentar as provas do não cometimento das infrações, nos termos do art. 123 do RPAF/99, e não cabe a este órgão julgador buscar outras comprovações, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento. Mantida a exigência fiscal, tendo sido constatado que o autuado deu saídas de mercadorias tributadas em seus equipamentos de ECF sem tributação.

Infração 04: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de dezembro de 2013; dezembro de 2014 e dezembro de 2015.

O defendente alegou que a maioria dos DANFES se referem a Simples Faturamento para venda futura, cujos documentos de efetiva entrada da mercadoria ou do bem ou serviço foram escriturados no livro Registro de Entradas. Informou que, a título de amostragem elaborou planilha com quarenta DANFES, devidamente registrados no livro Registro de Entradas, que não foram vistos pelo autuante. Disse que ele relacionou, sem base legal, documentos referentes a remessa de brinde, remessa de amostra grátis, remessa em bonificação e doação de brindes, remessa para merchandising, remessa para locação, retorno de garantia, remessa para comodato.

O autuante informou que ao fazer cruzamento entre as notas fiscais eletrônicas e a EFD do autuado, utilizando o programa PRODIFE, foi constatado que o autuado não escriturou notas fiscais de compras, que não contavam no SPED, conforme relação de notas fiscais descritas no Demonstrativo de fls. 23/25, gerando débito de ICMS.

Também esclareceu que o autuado esqueceu que estava obrigado a apresentar Escrituração Fiscal Digital – EFD, a partir de 01/01/2013, e neste caso, não pode ser aceita a escrituração efetuada em livro físico. Quanto ao argumento relativo às mercadorias que não são tributadas, informou que foi cobrado omissão de saída, de acordo com o cálculo do índice de proporcionalidade, já que o programa exclui da base de cálculo do ICMS os valores dos produtos isentos, não tributados e outras.

A falta de contabilização de entradas de mercadorias, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Trata-se de exigência do imposto por presunção legal, relativamente às compras de mercadorias sem o registro na escrita fiscal do contribuinte. Neste caso, a exigência do imposto foi efetuada com base no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido:

Art. 4º

...

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados;

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;

VII - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.

Portanto, a falta do registro de entradas de mercadorias, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Concluo pela subsistência desta infração, sendo devido o imposto, relativamente às notas fiscais não lançadas na escrita do contribuinte, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante às fls.

Infração 05: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de abril, maio, agosto e outubro de 2015.

O autuado alegou que as divergências apontadas pelo autuante, são resultados da diferença entre as datas da emissão das notas fiscais e da entrada das mercadorias no estabelecimento. Anexa demonstrativo de todo o período, 01/2013 a 12/2015, onde se percebe que a única diferença de apenas R\$2.961,91 refere-se a notas fiscais emitidas em 2015 e que foram registradas em janeiro de 2016. As mercadorias adquiridas nem sempre chegam dentro do mesmo mês da emissão do documento fiscal. Frequentemente, a mercadoria chega no mês seguinte ao da emissão da nota fiscal e assim que chega, a nota é registrada e o imposto é pago. O autuante pegou os documentos de compra do mês e comparou com o recolhimento feito dentro desse mesmo mês.

O autuante disse que o defendente não comprovou que as notas fiscais descritas nos demonstrativos de fls. 225/228, foram recolhidas no mês seguinte à data de emissão. Deveria demonstrar, através dos DAEs e outros documentos o recolhimento do ICMS substituição tributária, mês a mês, referente às notas fiscais elencadas no demonstrativo mencionado.

Na aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, o imposto deve ser recolhido na entrada da mercadoria no território deste Estado, ou até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada no estabelecimento, a depender, se o contribuinte está ou não credenciado.

O levantamento fiscal foi efetuado com base em Nota Fiscal, constando como destinatário o estabelecimento autuado, neste caso, existem elementos suficientes para confirmar a realização das operações em nome do autuado, ficando caracterizado que houve a realização de operação sujeita à substituição tributária.

Em relação ao imposto a ser antecipado, será calculado aplicando-se a alíquota estabelecida para as operações internas, sobre a base de cálculo prevista na legislação, e do valor do imposto resultante será deduzido o tributo de responsabilidade direta do remetente pela operação própria, destacado na documentação fiscal, bem como, quando for o caso, o imposto destacado no documento fiscal relativo ao serviço de transporte.

Não acato as alegações defensivas, considerando que o autuado não apresentou comprovação do recolhimento do tributo, mesmo que tenha sido realizado no mesmo posterior à data de emissão da nota fiscal, conforme alegado nas razões defensivas. Nos termos do art. 123 do RPAF/99, o defendente deveria apresentar impugnação acompanhada dos documentos comprobatórios das alegações, e não cabe a este órgão julgador buscar as comprovações, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo. Infração subsistente.

Infração 06: Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação tributária, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2015. Multa de R\$1.380,00 por cada mês, totalizando R\$49.680,00.

O defendente alegou que os dados magnéticos apresentam inconsistências das mais variadas formas, até mesmo por desconfigurações na sua transmissão, sendo necessário que a autoridade fiscal intime o contribuinte e aponte as inconsistências, de forma específica, para que seja efetuado ajuste, mesmo porque, o contribuinte tem todo interesse em corrigir os pontos duvidosos para cumprir as obrigações acessórias e evitar multas desnecessárias.

Disse que as multas por obrigações acessórias são, na maioria das vezes, astronomicamente desproporcionais à falta cometida, a exemplo da que foi aplicada, no valor total de R\$49.680,00 simplesmente porque o autuante não intimou o contribuinte para fazer os ajustes, como determina a legislação do ICMS, § 4º, do art. 247 do RICMS-BA/2012.

Conforme estabelece o art. 247 do RICMS-BA/2012, a Escrituração Fiscal Digital – EFD, se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como, no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.

A responsabilidade do contribuinte imposta pela legislação quanto à Escrituração Fiscal Digital tem exatamente o objetivo de facilitar o envio de informações às unidades federadas e à Secretaria da Receita Federal, de forma que o foco de atuação do fisco e a escrituração realizada pelo contribuinte, sejam facilitados por meio de um modelo único de lançamento, proporcionando fiscalizações e controles mais efetivos, não se aceitando escrituração em livro físico.

Com a promulgação da Lei nº 12.917, de 31/10/13 (DOE de 01/11/13), alterou-se a redação da alínea “I”, do inciso XIII-A, do caput do art. 42 e passou-se a exigir e punir o contribuinte pela falta entrega da EFD no prazo previsto na legislação ou sua entrega sem as informações exigidas:

Alínea “I” do inciso XIII-A, do art. 42:

I) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entrega sem as informações exigidas na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo.

Vale ressaltar, que a redação atual da mencionada alínea “I” do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei 7.014/96, foi dada pela Lei 13.461, de 10/12/2015, estando previsto:

I) R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da Escrituração não enviada;

No caso em exame, consta na descrição dos fatos, que o contribuinte enviou o arquivo eletrônico com divergência entre a DMA e o livro Registro de Apuração do ICMS/EFD e outros documentos, mesmo após ter sido concedido novo prazo para fazer nova apresentação do referido arquivo – retificação de arquivo, e essa informação não foi contestada pelo defendente.

A legislação prevê a obrigatoriedade para envio de arquivo de EFD, pelo estabelecimento, no prazo estabelecido, em relação ao do período de apuração do ICMS, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações no respectivo período (§ 2º, do art. 250 do RICMS-BA/2012). Dessa forma, a falta de fornecimento de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, no prazo previsto, ou sua entrega sem as informações exigidas na legislação, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa no valor de R\$1.380,00. Neste caso, não há como acatar as alegações defensivas, concluindo-se pela subsistência da penalidade aplicada.

O autuado requereu o cancelamento da multa pelo descumprimento de obrigação acessória, com fundamento no art. 158 do RPAF-BA/99. Não acato o pedido formulado pelo defendente para que seja cancelada a multa exigida, tendo em vista que não ficou comprovado nos autos que a falta de cumprimento da obrigação acessória não implicou falta de recolhimento de tributo, consoante o disposto no art. 158 do RPAF/99.

A falta cometida pelo contribuinte causou impedimento para a fiscalização desenvolver auditorias fiscais, e verificar se o imposto foi pago correta e integralmente. Por isso, não se pode

dizer que o descumprimento da obrigação acessória não trouxe prejuízo à fiscalização e que não houve falta de recolhimento de tributo.

Face 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 **017241.0030/17-5**, lavrado contra **MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO ZENEL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$135.271,26**, acrescido das multas de 60% sobre R\$83.279,57, e 100% sobre R\$51.991,69, previstas no art. 42, incisos II, “b” e “d”, III e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor total de **R\$49.680,00**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “I” da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2019

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR