

A. I. Nº - 146468.0001/19-8
AUTUADO - PORTAL DE ITAPUÃ COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - HENRIQUE IJALMAR LOPES GRANGEON
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/02/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0271-03/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. Contribuinte não apresenta elementos com o condão de elidir a autuação. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Autuado apresenta elementos que elide parcialmente a acusação fiscal. Infração parcialmente subsistente. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA FIXA. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infrações não contestadas. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. **a)** FALTA DE REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇOS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Fatos reconhecidos. **b)** EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO USO DO ECF. **c)** EXTRAVIO. NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. **d)** LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. Infração reconhecida. **e)** ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FORNECIMENTO COM DADOS DIVERGENTES. **e)** ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL/EFD. FALTA DE ENTREGA APÓS INTIMAÇÃO. O autuado não logra ilidir a acusação fiscal. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/02/2019, exige crédito tributário no valor de R\$39.708,89, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 01.02.28 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal. A empresa utilizou a maior o crédito fiscal do ICMS destacado em notas fiscais de Entradas, conforme cópias entregues ao contribuinte, nos meses de março de 2016 a março de 2017, no valor de R\$1.749,42, acrescido da multa de 60%;

Infração 02. 02.01.01 - deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de março, junho, agosto e dezembro de 2017, no valor de R\$1.677,56, acrescido da multa de 60%;

Infração 03. 04.05.03 – omissão de saídas de mercadorias isentas ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente sem a respectiva escrituração apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no exercício fechado de 2017, sendo aplicada multa fixa no valor de R\$460,00;

Infração 04. 07.15.01 - falta do recolhimento do ICMS por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, destinadas a

comercialização, nos meses de dezembro de 2015, dezembro de 2016, fevereiro a abril de 2017, no valor de R\$527,93, acrescido da multa de 60%;

Infração 05. 16.01.02 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2014 a abril de 2017, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não escriturada, totalizando R\$2.776,54;

Infração 06. 16.03.02 – extraviou documentos fiscais. Deixou de apresentar ao fisco as notas fiscais nº 651/850; 951 a 1.000; 1101 a 1200; 1301 a 1350 e notas fiscais de venda a consumidor nº 2001 a 2300 e 2451 a 2700, sendo aplicada penalidade fixa, totalizando R\$4.600,00;

Infração 07. 16.04.06 – escriturou livro fiscal em desacordo com as normas regulamentares. Deixou de escriturar o livro Registro de Saídas, parte integrante de sua EFD, todas as notas fiscais emitidas de janeiro de 2014 a abril de 2016, em especial aquelas com CFOP 5929 e 6929 (faturamento), sendo aplicada penalidade fixa de R\$140,00, no mês de abril de 2016.

Infração 08. 16.12.16 – emitiu documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal – ECF, nas situações em que, legalmente está obrigado nos meses de janeiro a março e novembro de 2014, janeiro, fevereiro, abril, maio, junho e novembro de 2015, fevereiro, junho a agosto de 2016, sendo aplicada multa fixa de 2% sobre os documentos irregulares, totalizando R\$2.101,57;

Infração 09. 16.12.27 – forneceu arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizados no estabelecimento, em cada período, nos meses de março de 2014 a dezembro de 2015, totalizando R\$13.629,58;

Infração 10. 16.14.03 – deixou de atender a intimação para entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, no mês de abril de 2017, sendo aplicada multa de 1%, totalizando R\$12.046,29.

O autuado impugna o lançamento, fls.359/371 (volume 02). Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Afirmar que as infrações que lhe foram imputadas serão devidamente descritas, esclarecidas e contestadas, nos seguintes termos.

Sobre a infração 01, diz que não cometeu esta irregularidade, pois agiu em conformidade com o art. 309 do RICMS, que reproduz. Aduz que pelo cotejo dos livros de Entradas escriturados entre março de 2016 e março de 2017, juntados com a defesa, resta demonstrada a correta apropriação dos créditos de ICMS pelas notas fiscais de entradas de mercadoria, razão pela qual fica impugnada a infração.

No que diz respeito a infração 02, afirma que diverge totalmente desta infração, pois efetivou, na época própria, o pagamento do ICMS devido, conforme quadro que elabora, cuja comprovação acosta ao anexo 2, da defesa. Aduz que restam comprovados os recolhimentos, nos meses de março, junho, agosto e dezembro de 2017. Afirmar ter comprovado o pagamento dos valores desta infração, devendo ser extinta a exigibilidade do crédito apontado.

No que concerne a infração 03, entende pela sua procedência e já realizou o pagamento do valor apontado. Apresenta o comprovante de pagamento do respectivo DAE.

Relativamente a infração 04, entende pela procedência da infração. Apresenta o comprovante de pagamento do respectivo DAE.

Sobre a infração 05, diz que impugna a referida autuação, tendo em vista que os livros fiscais demonstram que todas as notas fiscais, inclusive de energia e telefone, foram registradas conforme a legislação em vigor, tendo sido observado o lançamento de notas com CFOP, como por exemplo, a identificação do código de lançamento 1.253, para a compra de energia elétrica, conforme livros fiscais juntados. Pugna pela improcedência desta infração.

No tocante a infração 06, assevera que ao tomar ciência do extravio das notas fiscais relacionadas nesta infração, provavelmente em decorrência da mudança de endereço de sua sede administrativa, comunicou imediatamente à equipe de fiscalização que realizava a inspeção fiscal que resultou neste Auto de Infração.

Diz que a descoberta do extravio das referidas notas fiscais, deu-se simultaneamente à ação fiscal, de modo que houve a devida comunicação à Inspetoria Fazendária, na pessoa do agente fiscalizador, suprimindo a exigência do art. 234, inciso I do RICMS/2012. Ademais, conforme constatou a fiscalização, houve a publicação no Jornal Correio, nos dias 07 e 08 de fevereiro do corrente ano, com o fito de dar publicidade para efeito *erga omnes*.

Frisa que não se pode olvidar a importância da ação fiscal e o poder/dever punitivo do órgão fiscalizador, porém, devem ser observados os caracteres educativo e preventivo da fiscalização, o enquadramento legal da infração cometida, a sua motivação, para, enfim, ser aplicada a cominação da multa ao infrator.

Sustenta que, no presente caso, a punição pecuniária foi excessiva e inadequada, devendo ser anulada, pois o contribuinte cumpriu com o que determina a legislação quanto a publicidade e comunicação dos documentos fiscais extraviados. Pugna pela improcedência desta infração.

Sobre a infração 07, informa que reconhece o cometimento da infração e já realizou o pagamento do valor apontado, conforme DAE, o que torna extinta essa obrigação de pagar.

A respeito da infração 08, afirma que a acusação fiscal é de que teria emitido notas fiscais em vez dos comprovantes de vendas por meio do ECF, como determina a legislação tributária estadual, aplicando ao contribuinte a cominação de 2%, sobre o valor das notas fiscais assim emitidas. Sustenta que não houve nenhum prejuízo ao erário, pois todos os impostos foram devidamente recolhidos, conforme extrato desses recolhimentos, juntados em anexo. Portanto, diz que resta comprovado que não houve sonegação de impostos. Salienta que a emissão das referidas notas fiscais ocorreu quando não houve possibilidade técnica de uso do ECF, não podendo o contribuinte ser penalizado por isso.

Entende que deve ser considerado que cumpre regularmente com o que dispõe a legislação tributária quanto ao ECF, não podendo ser penalizado pela eventual desconformidade por causa de falhas do referido equipamento. Desta forma, pugna pela improcedência desta infração.

Na infração 09, impugna a referida autuação, tendo em vista que os livros fiscais demonstram que todas as notas fiscais, inclusive de energia e telefone, foram registradas conforme a legislação em vigor, tendo sido observado o lançamento de notas com CFOP, como por exemplo, a identificação do código de lançamento 1.253 para a compra de energia elétrica, conforme constam nos referidos livros fiscais, juntados. Pugna pela improcedência desta infração.

Relativamente a infração 10, contesta afirmando que apresentou a Escrituração Fiscal Digital-EFD, na forma e nos prazos previstos na legislação tributária estadual, conforme documentação que anexa. Salienta que o mês 04/2017, que consta da autuação, possui o recibo de entrega da documentação, ora juntado ao processo.

Requer o acolhimento da defesa, para que sejam julgadas improcedentes as Infrações 01, 05, 06, 08, 09 e 10 e sejam extintas as infrações 02, 03, 04 e 07, pela comprovação dos pagamentos efetuados, nos termos das fundamentações expendidas.

O Autuante presta informação fiscal, fls.622/625. Diz que o Auto de Infração, cuja lavratura se deu em 28/02/2019, exige ICMS mais penalidade Fixa, em função da constatação de dez irregularidades.

Afirma que, nas razões de defesa, a impugnante reconhece como legítimas e recolhe os valores referentes as Infrações 03, 04 e 07 e insurge-se contra as Infrações 01, 02, 05, 06, 08, 09 e 10, levantando situações e apresentando justificativas sobre as quais se pronunciou e concluiu, pedindo a improcedência dos itens contestados.

Sobre as alegações da Impugnante, quanto a exigência objeto da Infração 01, diz que os argumentos trazidos ao PAF não podem prosperar, pelas razões que passo a expor. Explica que se

nos detivermos no conteúdo apresentado no Anexo II, vamos encontrar ali discriminada a relação de todas as Notas Fiscais de Entradas, cuja utilização de Crédito Fiscal do ICMS se procedeu de forma indevida (nos casos em que não existia ICMS destacado no documento fiscal) ou mesmo, imposto destacado a maior (nos demais casos, em que o emitente do documento fiscal era optante pelo Simples Nacional e o valor do crédito a ser utilizado, em tais circunstâncias, fica limitado ao consignado no rodapé dos citados documentos fiscais (todos acostados ao PAF para comprovação dos fatos). Ou seja, a hipótese da utilização indevida fica configurada, pelo simples fato de ausência de destaque do ICMS no corpo da nota fiscal, associada à ausência de previsão legal, para que se utilizasse o crédito presumido.

Num segundo momento, diz que a utilização à maior, configura-se pelo fato de haver um limite de ICMS a ser utilizado, fixado no rodapé do documento fiscal, pelo fato de a empresa emitente ser optante pelo Simples Nacional. Como a defesa não consegue elidir a presente acusação, a mesma deve ser declarada totalmente procedente.

A respeito da Infração 02, afirma que com base na documentação apresentada pela empresa em sua peça de defesa, constata o efetivo recolhimento, apenas das parcelas de março e dezembro de 2017, fl.574 deste PAF. Informa que, ainda com base na documentação acostada pela empresa e após verificação procedida nos sistemas corporativos da SEFAZ (INC), não foi possível identificar o recolhimento das demais parcelas. Diz que gera um novo Anexo-III Retificado, com exigência do recolhimento do ICMS Normal, referente aos períodos de apuração que discrimina. Aduz que esta Infração seja julgada procedente em Parte.

No tocante a infração 05, diz que a autuada refuta a acusação, afirmando taxativamente que “os livros fiscais demonstram que todas as notas fiscais, foram registradas, conforme a legislação em vigor”. Para fundamentar esta assertiva, cópia do seu Registro de Apuração do ICMS, o período jan/2014 à dez/15 (fls. 575/599) e Registro de Entradas de mercadorias, dos meses de janeiro a março de 2017 (fls.602/604).

Informa que, após revisão procedida, nenhum documento fiscal que consta relacionado no anexo deste PAF e que fundamenta a presente exigência fiscal, teve seu registro comprovado na escrita fiscal. Entende que esta infração deve ser declarada totalmente procedente.

No que tange a infração 06, constata que a autuada reconhece a sua prática e justifica este fato alegando mudança, pontuando que o valor cobrado é exorbitante, pugnando pela improcedência.

Entende que tais argumentos não devem prosperar, pois o ilícito está devidamente reconhecido e confirmado, por conta, até mesmo, da publicação em Jornal de grande circulação. Destarte, fica configurado que o cancelamento ou mesmo, a redução da penalidade exigida, somente poderá ser determinada pelo órgão julgador (CONSEF), caso entenda cabível, e dê à punição, um caráter meramente educativo. Conclui que esta exigência fiscal deva ser declarada procedente.

Sobre a infração 08, diz que a impugnante reconhece a sua prática, vez que não questiona qualquer dado constante dos Demonstrativos que a fundamentam. Apela, todavia, ao Órgão Julgador, para que o valor da multa aplicada, seja cancelada ou reduzida, alegando o fato de que as mercadorias já tinham sido objeto de tributação antecipada, e que tal prática, não causou qualquer prejuízo à Fazenda estadual.

Entende, no particular, que o ilícito está efetivamente comprovado, nos termos da legislação que regula a matéria e do Anexo V, que a fundamenta, cabendo à esta Junta de Julgamento decidir quanto à sua manutenção integral, seu cancelamento, ou a redução, dando, em tais circunstâncias, um caráter “educativo” à presente sanção, como pleiteado na peça de defesa. Não obstante, entende que esta infração deva ser julgada totalmente procedente.

A respeito da infração 09, esclarece que ocorreu em relação ao período de março/2014 à dezembro/2015, gerando multa fixa, em razão dos arquivos eletrônicos enviados ao Fisco em 18/02/2019, revelarem dados divergentes em relação aos constantes das respectivas DMAs do período citado.

Salienta que o cálculo da penalidade fixa foi feito sobre o valor das divergências identificadas, com observância do limite estabelecido no art. 42, Inciso XII-A, alínea “i” da Lei 7.014/96. Ressalta ainda, que o contribuinte foi regularmente intimado em 26/12/2018, a proceder a apresentação destes arquivos, tendo feito apresentação de dados divergentes, conforme informado, tudo demonstrado no Anexo VIII, cuja cópia reprográfica foi entregue ao contribuinte em 25/02/2019. Por essa razão foi aplicada a penalidade fixa prevista na legislação tributária estadual no valor indicado.

Registra que os arquivos apresentados pela autuada, em relação aos meses de março/2014 à dezembro/2015, possuem valores divergentes em relação as DMA's. Comenta que toda a infração acha-se caracterizada e os procedimentos legais foram rigorosamente observados, inclusive no que tange ao prazo para correção destas discrepâncias, deixando a empresa de proceder as referidas correções. (Anexo VIII – fls.273/322 do PAF).

Aduz que, em sua peça de defesa, em relação a esta infração, a empresa limitou-se a “*editar e colar*” o item 2.5.2 da sua peça de defesa (folha 365) e que não guarda qualquer relação com a cobrança objeto desta infração. Face ao exposto, entende que esta infração deva ser julgada totalmente procedente.

Sobre as alegações defensivas, a respeito da infração 10, explica que os arquivos apresentados pela autuada, em relação ao mês de abril/2017, deixou de incluir Registros importantes da EFD, em especial os Registros C114/C116/C140/1300/1310/1320/1350/1360/1370

Informa que esta constatação fica fácil, observando-se os documentos constantes das fls.257 /259 deste PAF, cuja cópia foi regularmente entregue ao contribuinte em 22/02/2019. Entendo que a presente infração deva ser julgada totalmente procedente.

Conclui, solicitando à essa Corte que proceda a homologação das parcelas recolhidas em relação às infrações 03, 04 e 07; declare a procedência parcial da infração 02; e por fim, declare a procedência total das infrações 01, 05, 06, 08, 09 e 10, tudo com base nos elementos que fundamentam a presente exigência fiscal e do conjunto probatório documental apresentado.

O Autuado tomou ciência da informação fiscal, e voltou a se manifestar, fls.633/642. Sintetiza os termos da informação fiscal, afirmando que apresentou defesa às infrações apontadas no Auto de Infração, sendo que o Auditor Fiscal não reconheceu a procedência de parte da defesa apresentada, razão pela qual, submete à apreciação desse Órgão Julgador, os fundamentos que embasam seu recurso.

Sobre a infração 01, repete que não cometeu esta infração, pois teria, pois agiu em conformidade com o art. 309 do RICMS/12, que reproduz. Diz que pelo cotejo dos livros de Entradas, escriturados entre março de 2016 e março de 2017, já juntados ao processo, para efeito de comprovação de que não tem intenção de fraudar os cofres públicos, nem cometer ilícito fiscal. A título de exemplo, diz juntar 05 (cinco) notas fiscais, de fornecedores distintos, bem como, um excerto do livro de Registro de Entradas do mês 03/2016, demonstrando, assim, que todo crédito tomado está em conformidade com a legislação em vigor. Pede aos julgadores que julguem improcedente esta infração.

Declara que reconhece a infração 02.

Sobre a infração 05, refuta a autuação, tendo em vista que os livros fiscais demonstram que todas as notas fiscais, inclusive de energia e telefone, foram registradas, conforme a legislação em vigor, tendo sido observado o lançamento de notas com CFOP, como por exemplo, a identificação do código de lançamento 1.253 para a compra de energia elétrica, conforme constam nos referidos livros fiscais, já acostados aos autos. Aduz que tendo em vista o Auditor ter afirmado que relacionou os documentos fiscais num mencionado Anexo IX do PAF, sustenta que esse anexo não lhe foi apresentado, de modo que, não é possível cotejar essa informação com as notas escrituradas, e fica sua defesa prejudicada pela ausência desse citado anexo.

Requer aos julgadores que examinem a documentação acostada e julguem improcedente esta infração.

Sobre a infração 06, afirma que o Auditor pugna pela cominação da multa em face do extravio dos documentos fiscais, a despeito de ter sido apresentada na defesa a comunicação realizada em jornal de grande circulação, antes da lavratura do auto de infração.

Como a descoberta do extravio das referidas notas fiscais se deu simultaneamente à ação fiscal, e houve a devida comunicação à Inspetoria Fazendária, na pessoa do agente fiscalizador, entende que supriu a exigência do art. 234, inciso I do RICMS/12. Ademais, conforme constatou a fiscalização, houve a publicação no Jornal Correio, nos dias 07 e 08 de fevereiro do corrente ano, com o fito de dar publicidade para efeito *erga omnes*. Diz que não se pode olvidar a importância da ação fiscal e o poder/dever punitivo do órgão fiscalizador, porém devem ser observados os caracteres educativo e preventivo da fiscalização, o enquadramento legal da infração cometida, a sua motivação, para, enfim, ser aplicada a cominação da multa ao infrator. No presente caso, a punição pecuniária foi excessiva e inadequada, devendo ser anulada, pois o contribuinte cumpriu com o que determina a legislação quanto a publicidade e comunicação dos documentos fiscais extraviados. Pugna a esse Órgão Julgador a declaração de improcedência da infração.

No que tange à infração 08, a autuação em destaque identificou que emitiu notas fiscais em vez dos comprovantes de vendas por meio do ECF, como determina a legislação tributária estadual, sendo aplicada a cominação de 2% sobre o valor das notas fiscais emitidas, conforme o art. 42, inciso XII-A, alínea h da Lei 7.014/96.

Frisa que não houve nenhum prejuízo ao erário, pois todos os impostos foram devidamente recolhidos, conforme extrato desses recolhimentos, juntados em anexo. Salienta que a emissão das referidas notas fiscais ocorreu, quando não houve possibilidade técnica de uso do ECF, não podendo o contribuinte ser penalizado por isso. Deve ser considerado que cumpre regularmente com o que dispõe a legislação tributária quanto ao ECF, não podendo ser penalizado pela eventual desconformidade por causa de falhas do referido equipamento. Pede que julguem improcedente a infração.

Sobre a infração 09 impugna a referida autuação, tendo em vista que os livros fiscais demonstram que todas as notas fiscais, inclusive de energia e telefone, foram registradas conforme a legislação em vigor, tendo sido observado o lançamento de notas com CFOP, como por exemplo, a identificação do código de lançamento 1.253 para a compra de energia elétrica, conforme constam nos referidos livros fiscais, juntados em anexo. Diz ter feito o devido registro nos livros fiscais e nos SPEDs de todas as aquisições, bem como, de toda saída efetivada. Inclusive, já foram juntados aos autos todos os livros de entradas, para verificação do Fisco. Salienta que recolheu o ICMS devido aos cofres públicos, inclusive escriturando os livros de Entradas e Saídas de mercadorias, conforme constam nos seus registros fiscais, de acordo legislação em vigor.

Destaca que os SPEDs FISCAL - EFD ICMS/IPÍ foram informados corretamente, constando todas as operações da empresa, inclusive demonstrando os registros de operações e entradas, saídas e apuração do ICMS.

Reconhece que houve uma discrepância entre os SPEDs e as DMAS no período apontado, e não procedeu à correção da Declaração Mensal de Apuração, mas o fará oportunamente. Pede que se declare a improcedência desta infração.

No que tange à Infração 10, contesta, haja vista que apresentou a Escrituração Fiscal Digital -EFD, na forma e nos prazos previstos na legislação tributária estadual, conforme documentação que anexa.

Assevera que apesar de o SPED retificador ter sido enviado extemporaneamente, os impostos foram recolhidos dentro do prazo regulamentar, bem como a DMA também foi entregue no prazo. Desta forma, não houve prejuízo ao erário, devendo esse Colegiado julgar improcedente esta infração.

Reitera sejam julgadas improcedentes as Infrações 01, 05, 06, 08, 09 e 10, nos termos das fundamentações expendidas.

O Autuante presta nova informação fiscal, fls. 668/671. Afirma que, em suas razões de defesa, a impugnante reconhece como legítimas e recolhe os valores correspondentes às Infrações 02, 03, 04 e 07, insurge-se contra as Infrações 01, 05, 06, 08, 09 e 10, apresentando justificativas sobre as quais já se pronunciou através da informação fiscal. Assevera que, na nova manifestação, o contribuinte, mais uma vez, insurge-se contra as Infrações 02, 05, 07 e 08, limitando-se a repetir os argumentos apresentados na fase anterior (defesa) e que já se mostraram insuficientes para elidir as acusações ali apontadas. Diz que volta a se pronunciar sobre estas “novas” alegações.

Sobre a infração 01, aduz que analisando o teor dos “novos” argumentos trazidos ao Processo, depreende-se, que os mesmos visam tão somente confundir os Conselheiros e postergar ao máximo o cumprimento da obrigação tributária.

Aduz que, em sua peça de manifestação, a impugnante cita 05 (cinco) Notas Fiscais de Entradas (fls.659/663) e apresenta ainda, a cópia de folhas do Registro de Entradas, onde as mesmas teriam sido escrituradas, afirmando que com relação a estas notas fiscais, o crédito fiscal foi corretamente escriturado e utilizado.

Informa que este fato, realmente, corresponde à realidade, visto que, em relação as supracitadas Notas Fiscais de entradas, o Crédito Fiscal, se deu com observância das normas previstas no artigo 309 do RICMS/Ba, vigente a época, tanto assim, que as mesmas não constam do anexo II (folhas 48/123 do PAF) que fundamenta a citada exigência fiscal.

Reitera, portanto, os termos da informação fiscal já prestada, no sentido de que a utilização de Crédito Fiscal do ICMS se deu de forma indevida, nos casos em que não existia ICMS destacado no documento fiscal, ou mesmo a maior, nos demais casos, em que o emitente do documento fiscal era optante pelo Simples Nacional e o valor do crédito a ser utilizado, em tais circunstâncias, fica limitado ao que acha-se consignado no rodapé dos citados documentos fiscais (todos acostados ao PAF para comprovação da irregularidade cometida). Ou seja, a hipótese da utilização indevida fica configurada, pelo simples fato de ausência de destaque do ICMS no corpo da nota fiscal, associada à ausência de previsão legal para que se utilizasse o crédito presumido.

Prossegue, afirmando que, num segundo momento, a utilização à maior, configura-se pelo fato de haver um limite de ICMS a ser utilizado, fixado no rodapé do documento fiscal, pelo fato de que a empresa emitente é optante pelo Simples Nacional. Entende que a infração deve ser declarada totalmente procedente.

Sobre as alegações da Impugnante, quanto a exigência objeto da infração 05, diz que mais uma vez, fica clara sua intenção de confundir os Conselheiros, visando, postergar ao máximo, o cumprimento da obrigação tributária, que se acha perfeitamente caracterizada.

Explica que a autuada refuta a acusação e que *“os livros fiscais demonstram que todas as notas fiscais, foram registradas, conforme a legislação em vigor”*, e anexa cópia do livro Registro de Apuração do ICMS do período jan/2014 à dez/15 e Registro de Entradas de mercadorias dos meses de janeiro a março de 2017 (fls.602/604).

Nota que, nos argumentos apresentados na manifestação, o autuado afirmou que *“tendo em vista o auditor ter afirmado que relacionou os documentos fiscais num anexo IX do PAF, esse anexo não nos foi apresentado, de modo que não é possível cotejar essa informação, com as notas escrituradas, restando prejudicada a nossa defesa pela ausência deste anexo”*. Ou seja, diz que sabedora que *nenhum documento fiscal que consta no anexo IX, teve seu registro na escrita fiscal comprovado*, argui, agora, cerceamento no seu direito de defesa, alegando que não lhe foi entregue o Anexo IX, em que se fundamenta a presente exigência fiscal.

Frisa que se nos detivermos ao que consta na fl.328 do presente PAF, lá se encontrará o *“mencionado anexo IX”* devidamente visado por preposto da empresa em 27.02.19, dia anterior a lavratura do auto de infração.

Como a Defesa, mais uma vez tenta confundir os fatos e não consegue, de forma objetiva, elidir a presente exigência fiscal, entende que a mesma deve ser declarada totalmente procedente.

Quanto a infração 06, diz que a autuada de fato, reconhece a sua prática, justifica que sua ocorrência se deu, simultaneamente a ação fiscal e associa este fato ao seu processo de mudança, pontuando que o valor cobrado é exorbitante e pugna, pela sua improcedência.

Assevera que, nesta nova manifestação, o defendente não apresentou qualquer elemento novo, capaz de elidir a exigência fiscal.

Reiterou seu entendimento, de que tais argumentos não devem prosperar, pois o ilícito está devidamente reconhecido e confirmado, por conta, até mesmo, da publicação em jornal de grande circulação. (Correio da Bahia dos dias 07 e 08.02.19). Diz que a decisão sobre o pleito da autuada para que se diminua ou cancele a multa aplicada cabe ao órgão julgador (CONSEF). Entende que esta infração deve ser declarada totalmente procedente.

No que diz respeito à infração 09, afirma que a impugnante reconhece a sua prática, vez que não questiona qualquer dado constante dos Demonstrativos que a fundamentam. Argui na sua Manifestação que *“a presente infração só ocorreu em momentos em que houve pane ou impossibilidade de uso do equipamento”*. Porém, não apresenta a documentação comprobatória para sustentar tal afirmativa, que seria o Atestado de Intervenção Técnica em ECF e Registro feito no livro RUDFTO.

Entende que o ilícito está efetivamente comprovado, cabendo a este CONSEF decidir quanto à sua manutenção integral, cancelamento ou redução, dando, em tais circunstâncias, um caráter “educativo” à presente sanção, como pleiteado na peça de defesa, e agora na manifestação.

Entende que, não obstante os argumentos apresentados pela defesa, esta infração deve ser julgada totalmente procedente.

Com relação à infração 09, diz que vale registrar, que os Arquivos apresentados pela autuada em relação aos meses de março/2014 a dezembro/2015, apresentam valores divergentes em relação às DMAs apresentadas para os referidos meses.

Repete que toda a infração acha-se perfeitamente caracterizada e os procedimentos legais foram rigorosamente observados, inclusive no que tange ao prazo para correção destas discrepâncias, deixando a empresa de proceder as referidas correções.

Em sua manifestação, a empresa em verdade reconhece a prática da citada infração, quando afirma no item 1.7 que *“ em que pese tenha havido uma discrepância entre os SPED's e as DMA's no período apontado, o recorrente não procedeu a correção da DMA, o que fará oportunamente”*

Ratifica a informação fiscal e conclui, solicitando que a infração seja julgada totalmente procedente.

No que tange à infração 10, diz que vale registrar que os Arquivos apresentados pela autuada em relação ao mês de abril/2017, deixou de incluir registros importantes na EFD, em especial os registros C114/C116/C140/1300/1310/1320/1350/1360/1370, conforme documentos fls. 257/259 deste PAF, cuja cópia foi entregue ao contribuinte em 22/02/2019.

Face ao exposto, tendo em vista que em sua nova manifestação, a impugnante não apresenta qualquer novo elemento, reconhecendo inclusive, que *“o arquivo retificador foi enviado extemporaneamente”*, entende que a infração deva ser julgada procedente.

Conclui, solicitando a homologação das parcelas recolhidas em relação às infrações 02, 03, 04 e 07 e se declare a procedência total das infrações 01, 05, 06, 08, 09 e 10, tudo, com base nos elementos que fundamentam a presente exigência fiscal e do conjunto probatório documental apresentado.

Consta, às fls. 674/676, extrato do SIGAT/SICRED com recolhimento dos valores reconhecidos pelo autuado.

VOTO

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

Preliminarmente, mesmo não sendo arguidas questões prejudiciais, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido

dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com os fatos descritos no corpo do Auto de Infração.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

O defendente reconheceu o cometimento das irregularidades apuradas nas infrações 03, 04 e 07, que declaro procedentes, considerando que não existe litígio a ser julgado a respeito das citadas infrações.

No mérito, a infração 01 acusa o autuado de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS com repercussão na obrigação principal. A empresa utilizou a maior, o crédito fiscal do ICMS destacado em notas fiscais de Entradas, demonstrativo fls. 49/51.

O defendente afirmou que não cometeu esta irregularidade, pois teria agido em conformidade com o art. 309 do RICMS/2012. Juntou cópias dos livros de Registro de Entradas que reputou sustentar sua alegação.

Analisando os elementos que compõem esta infração, verifico que não assiste razão ao autuado. Conforme constatou o Autuante, as irregularidades apuradas se deram em função de utilização de crédito fiscal do ICMS não destacado em documentos fiscais ou referentes a aquisições oriundas de empresas optantes pelo regime do Simples Nacional, em que se creditou de valores a maior do que prevê a legislação de regência.

Assim, em tais circunstâncias, o aproveitamento de crédito do ICMS fica limitado à alíquota consignada no rodapé dos respectivos documentos fiscais, nos termos da Lei Complementar 123/06. O valor da incidência do ICMS devido pelas empresas enquadradas no regime do Simples Nacional varia, em função de sua faixa de enquadramento.

Vale ressaltar que a legislação de regência, estabelece normas para a legítima utilização do crédito fiscal. No caso de falta de destaque no documento fiscal, o emissor do documento, deverá emitir Nota Fiscal Complementar, apontando o correto valor do imposto. Para os valores destacados a maior, assim estabelece o § 7º, do art. 309, do RICMS/2012, *in verbis*:

Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

§ 7º Se o imposto for destacado a mais do que o devido, somente será admitido o crédito fiscal do valor do imposto corretamente calculado, inclusive quando, em operação interestadual, a legislação da unidade federada de origem fixar base de cálculo superior à estabelecida em lei complementar ou em convênio ou protocolo, ou o imposto houver sido cobrado com base em pauta fiscal superior ao valor da operação.

Registro, por importante, que todos os documentos, para comprovar a irregularidade cometida pelo autuado, estão acostados ao PAF, fls.52/123. Considerando que o contribuinte não apresentou provas, com o condão de elidir a acusação fiscal, a infração 01 é procedente.

A infração 02 refere-se a falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de março, junho, agosto e dezembro de 2017,

O defendente afirmou que efetivou, na época própria, o pagamento do ICMS devido, conforme recolhimentos, nos meses de março, junho, agosto e dezembro de 2017.

Em sede de informação fiscal, o Autuante esclareceu que com base na documentação apresentada pela defesa, constatou que houve o efetivo recolhimento, apenas das parcelas de março e dezembro de 2017, fl.574 deste PAF. Elaborou novo demonstrativo de débito com a exclusão das parcelas comprovadamente pagas.

Sobre esta infração, conforme afirmou o Autuante, não consta do banco de dados da SEFAZ (INC), recolhimento das parcelas referentes a junho e agosto de 2017. Como o defendente não trouxe aos autos, comprovantes legítimos destes recolhimentos, acolho o novo demonstrativo constante no Anexo - III Retificado, elaborado pelo fiscal Autuante e a infração 02, subsiste parcialmente no valor de R\$1.623,98. Infração parcialmente subsistente.

A infração 05 refere-se a entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2014 a abril de 2017.

Sobre esta infração, o defendente alegou que não cometeu a irregularidade apontada. Afirmou ter registrado todas as suas notas de entradas no respectivo livro de Registro de Entradas, apensando cópia ao processo.

Analisando os elementos que compõem esta infração, verifico que, apesar de o defendente ter alegado o registro de todas as notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal, apenas apensou cópia do seu livro Registro de Entradas ao processo, não apontando objetivamente, onde estariam escrituradas as citadas notas fiscais.

Observo que é dever do autuado, o cumprimento desta importante obrigação acessória, registrando em sua escrituração fiscal, todas as entradas de mercadorias, bens ou serviços, em seu estabelecimento. A lei não excepciona qualquer operação, pois a falta da escrituração regular dos documentos fiscais dificulta a fiscalização e a aplicação de diversos roteiros de auditoria. Considerando que o autuado não apresentou elementos, com o condão de elidir a acusação fiscal, entendo caracterizada a infração 05.

A infração 06 refere-se a extravio dos documentos fiscais nº 651/850; 951 a 1.000; 1101 a 1200; 1301 a 1350 e notas fiscais de venda a consumidor nº 2001 a 2300 e 2451 a 2700, sendo aplicada penalidade fixa, conforme demonstrativo fl.133.

O defendente não negou a irregularidade apurada em ação fiscal. Apresentou justificativa de que teria mudado de endereço no período em que se verificou o fato, invocou em sua defesa a publicação do ocorrido em jornal de grande circulação e pediu a redução ou cancelamento da multa aplicada.

Não acolho a pretensão defensiva, visto que a aplicação de penalidade por infração às normas tributárias, independe da intenção do agente, nos termos do art.136 do CTN. Ademais a multa aplicada se encontra em perfeita consonância com o art. 42, inciso XIX da Lei 7014/96, in verbis:

Art. 42. (. . .)

XIX - R\$ 5,00 (cinco reais), por documento inutilizado, extraviado, perdido ou guardado fora do estabelecimento, em local não autorizado, limitada a penalidade, no seu total, a:

a) R\$ 4.600,00 (quatro mil e seiscentos reais), tratando-se de Nota Fiscal, Conhecimento de Transporte, Nota Fiscal de Venda a Consumidor, Bilhete de Passagem, Cupom de Leitura ou Fita-Detalhe;

Da leitura do dispositivo acima descrito, verifica-se que a lei não condiciona a aplicação da multa, à ocorrência de prejuízo ao erário estadual. Por outro lado, o autuado não carrou aos autos, a prova de que teria recolhido efetivamente o ICMS devido, inerente a estas operações. Mantida a infração 06.

A infração 08 refere-se à emissão de documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal – ECF, nas situações em que legalmente está obrigado, demonstrativo fls.137/142.

Em relação a esta infração, o autuado, conforme alinhou com pertinência o Autuante, descumpriu a norma de regência, sujeitando-se a aplicação da multa prevista na alínea “h”, inciso XIII-A da

Lei 7014/96, quando não emitiu, nem anexou à via fixa, o cupom fiscal correspondente a cada nota fiscal D-1, no período autuado, o que caracterizou emissão de documento diverso, para a operação em pauta.

Quanto à alegação de que, não deixou de recolher os tributos associados aos citados documentos, não trouxe ao processo a necessária comprovação.

A respeito do pedido de redução das multas aplicadas, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, permite discricionariamente, que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo à infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, o autuado foi alvo de exigência tributária por descumprimento de obrigação principal, devidamente caracterizada e prevista na Lei 7014/96. Contudo, ainda que dolo não existisse, considero a emissão de outro documento fiscal, em lugar daquele decorrente do uso do emissor de cupom fiscal – ECF, um elemento de fragilização de todo o sistema de controle implantado através das obrigações acessórias, por atos normativos, visando acompanhar e assegurar o devido e regular recolhimento do ICMS aos cofres do Estado, razões pelas quais, não acolho o pedido de redução ou cancelamento da multa em questão. Infração mantida.

A infração 09 trata do fornecimento de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizados no estabelecimento, demonstrativo fls.324/328.

Em razão da descrição dos fatos, pelos elementos juntados aos autos e considerando as informações do Autuante, restou demonstrado, que intimado para corrigir as inconsistências apontadas, o contribuinte não retificou os erros detectados, e seu arquivo eletrônico, contendo as operações de entradas e de saídas e das prestações de serviços efetuadas e tomadas, em relação aos meses de março/2014 à dezembro/2015, continuaram a apresentar valores divergentes em relação as DMAs enviadas ao banco de dados da SEFAZ, para os referidos meses.

Portanto, o motivo determinante para a aplicação da multa foi o descumprimento de obrigação acessória, relativa ao fato de que o contribuinte forneceu arquivos com as inconsistências constantes nos papéis de trabalho às fls.324/328.

Sobre esta autuação e de acordo com a legislação do ICMS, a qual recepcionou as disposições contidas no Convênio ICMS 57/95 e suas alterações posteriores, o contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados é obrigado a apresentar, quando solicitado, a documentação minuciosa, completa e atualizada do sistema, contendo descrição, gabarito de registro (*layout*) dos arquivos, listagem dos programas e as alterações ocorridas no exercício de apuração, relativamente à totalidade das operações de entradas e de saídas de mercadorias ou das prestações realizadas.

Ressalto que, todos os contribuintes autorizados ao uso de SEPD, exceto os autorizados somente para escrituração do livro Registro de Inventário, estão obrigados a entregar o arquivo magnético contendo os dados referentes aos itens de mercadoria constantes dos documentos fiscais e registros de inventário, nos meses em que este for realizado.

Além disso, está previsto no artigo 42, XIII-A, alínea “i” da Lei 7.014/96, a aplicação de multa equivalente a “5% (cinco por cento) sobre o valor das divergências identificadas do valor das notas fiscais de entradas saídas de mercadorias e das prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, pelo não fornecimento, mediante intimação, do respectivo arquivo magnético contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços tomadas e realizadas, ou pela entrega dos referidos arquivos em padrão diferente do previsto na legislação ou em condições que impossibilitem a sua leitura”.

Cumprido salientar, consoante demonstrado acima, que o próprio contribuinte, na peça defensiva, reconheceu que nos arquivos magnéticos apresentados não constavam as correções das

inconsistências apontadas na autuação, quando alegou que os registros seriam regularizados e transmitidos à SEFAZ, oportunamente. Portanto, a infração 09 está devidamente caracterizada.

Quanto ao apelo para o cancelamento ou redução da multa, também não acato, pois o art.158, do RPAF/99, ao tratar das multas por descumprimento de obrigação acessória, somente admite a redução ou cancelamento pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, quando restar provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. No caso em comento, observo que tais condições não foram satisfeitas pelo contribuinte, haja vista que, no presente processo, também foi apurado pelo Fisco, descumprimento de obrigação principal. Portanto, deixo de acatar o pedido do contribuinte. Infração subsistente.

A Infração 10 se refere a falta de atendimento a intimação, para entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Cabe salientar que a Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, observando-se os prazos estabelecidos na legislação. O autuado, efetivamente, estava obrigado a fazer e apresentar a Escrituração Fiscal Digital – EFD, e 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 aqui discutida.

Vale salientar, que, ao preconizar a necessidade da Escrituração Fiscal Digital com aplicação de penalidades, a pretensão do legislador é de manter o controle da movimentação fiscal do contribuinte, e somente com aplicação de roteiros específicos de auditoria, é que se poderia avaliar, se a falta dessa escrituração não teria causado prejuízo ao erário estadual.

Entendo que restou comprovado, nos autos, o cometimento das irregularidades apontadas, sendo devidos os valores apurados nestes itens do presente Auto de Infração, considerando que 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 de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior. Infração subsistente.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores pagos.

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 **146468.0001/19-8**, lavrado contra **PORTAL DE ITAPUÃ COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.697,14**, acrescido das multas de 60%, previstas no inciso II, alíneas “d” e “f” do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$35.753,97**, previstas no incisos IX, XIII-A, alíneas “i” “h” “l” XIX, XXII, XVIII, alínea “b” do art. 42 da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR