

A. I. N° - 298963.0004/21-8
AUTUADO - BAITINGA MATERIAIS DE CONTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO CALMON ANJOS DE SOUZA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAC RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 20/12/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0205-04/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CONTRIBUINTE EXCLUÍDO DO SIMPLES NACIONAL. Comprovado que parte do valor exigido refere-se a mercadorias tributadas normalmente, registradas no livro Registro de Inventário na data estabelecida na legislação e informada na Escrituração Fiscal Digital-EFD, fazendo jus à utilização do crédito. Infração parcialmente subsistente. Adequação da multa para o percentual de 60%. Afastada as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 25/03/2021, para exigência de ICMS no valor de R\$203.104,58, em razão do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 001.002.010 - *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado.*

Em complementação foi consignada a seguinte informação: “*Após sair da condição de Simples Nacional, em 2017, o contribuinte utilizou como crédito fiscal o valor de R\$203.104,58, entretanto, não demonstra como apurou este valor, porquanto não detinha estoque compatível no exercício anterior.*”

O autuado através de seu representante legal apresenta defesa, fls. 02 a 29 inicialmente falando sobre a tempestividade de sua apresentação.

Após transcrever o teor da infração pede a declaração da nulidade do auto de infração ou, na melhor das hipóteses, julgá-lo totalmente improcedente.

Esclarece que o autuante lavrou contra a autuada dois autos de infração, um em razão de aproveitamento indevido de crédito do estoque decorrente da exclusão do Simples Nacional e o outro em razão do aproveitamento indevido de créditos e da falta de recolhimento do ICMS.

Ocorre que aparentemente o autuante não cumpriu os procedimentos formais obrigatórios prescritos no Regulamento do Processo Administrativo para instauração do procedimento administrativo fiscal e para a lavratura do auto de infração. Esta falta de observância das regras legais decerto impõe a declaração de nulidade do auto de infração ante o não preenchimento dos requisitos formais obrigatórios para o lançamento do crédito tributário, de acordo com o teor dos artigos 3º e 142 do CTN, que transcreveu.

Assevera que no Estado da Bahia o RPAF, previsto no Decreto nº 7.629/99, dispõe sobre o procedimento legal aplicável ao procedimento administrativo fiscal, à ação fiscal, ao lançamento do crédito tributário e a instauração do processo administrativo fiscal, e já no seu artigo 2º determina que deverão ser observados os princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa.

Fala sobre o princípio da oficialidade, transcrevendo lições de James Marins e avançando no exame do RPAF, diz que o artigo 15 trata dos atos e termos processuais que devem ser lavrados no curso da ação fiscal, além de prescrever os procedimentos obrigatórios a serem observados pela autoridade fiscal.

Na sequência, os artigos 26 e 28 do RPAF, que tratam especificamente da ação fiscal, dizem sobre o momento em que se considera iniciado o procedimento fiscal e descrevem a lavratura dos termos necessários à ciência do contribuinte.

Assevera que despeito desta regulamentação, verifica que no presente procedimento, a autuada não foi previamente intimada para apresentar esclarecimentos ou documentos, nem tomou ciência de qualquer Termo de Intimação Fiscal ou Termo de Início de Procedimento Fiscal. Na verdade, a autuada teve conhecimento apenas de um e-mail encaminhado no dia 20/01/21 à contabilidade da empresa (vide documento anexo) remetido através do endereço eletrônico “acas123@hotmail.com” que foi supostamente subscrito pelo Sr. Auditor Antônio

Calmon e dizia o seguinte:

“Meu nome é Antônio Calmon, sou auditor fiscal da Sefaz e estou refiscalizando a empresa Baitinga Materiais de Construção. A corregedoria encontrou alguns valores discrepantes e solicitou refiscalização.

Ocorre que o exercício fiscalizado é 2017 e a empresa era Simples Nacional em 2016.

Então o estoque apurado em 2016 gerou o crédito de 2017. Preciso ter o levantamento de crédito que vocês efetuaram, a corregedoria encontrou um valor extremamente alto passível de autuação que não percebi quando originalmente fiscalizei.

Agradeço para podermos eventualmente reduzir estes valores, se for possível.

A medida que forem surgindo outros problemas gostaria de ter um canal de comunicação, o telefone da ORCOMA aí é muito difícil.

Peço a gentileza de enviarem o levantamento para este e-mail: acas123@hotmail.com.

Atenciosamente,

Antônio Calmon”

Entende que quanto o procedimento administrativo fiscal seja regido pelo princípio do informalismo, formas mais simples possam ser adotadas, porém, não se pode dizer que no presente procedimento foram respeitadas minimamente as formalidades básicas necessárias à instauração da ação fiscal, nem se pode afirmar que dos atos praticados no presente procedimento fiscal decorram a necessária segurança e o respeito aos direitos do contribuinte.

Primeiro, destaca que não constam no domicílio tributário eletrônico da empresa quaisquer termos de intimação fiscal ou de início de procedimento fiscal dando prévia ciência à autuada do início desta ação fiscal. Também não lhe foram requisitados por meio de intimação fiscal quaisquer documentos ou arquivos. Segundo, ao que parece não foi sequer dado prévia ciência à autuada pelos meios oficiais e legais de que estaria sendo fiscalizada.

Afirma que no DT-e da empresa consta apenas a mensagem referente ao próprio auto de infração, sendo esta a única comunicação oficial encaminhada à empresa, isto é, o próprio auto de infração impugnado. Não obstante, verifica-se que consta anexo ao auto de infração um Termo de Início de Procedimento Fiscal emitido em 13/01/21, mas aparentemente tal mensagem não foi encaminhada ao DT-e da Autuada antes da lavratura do auto de infração, como demonstra os prints que copiou.

A respeito do e-mail, ressalva que não se tem certeza se de fato foi enviado pelo Sr. Auditor Antônio Calmon, haja vista que o endereço de origem não é um endereço eletrônico oficial da Sefaz Bahia - “@sefaz.gov.br”.

De todo modo, caso esta comunicação tenha sido de fato enviada pelo Sr. Auditor Fiscal, a mesma não está de acordo com as formalidades mínimas exigidas nos artigos 26 e 28 do RPAF e não tem validade para fins de instauração da ação fiscal, nem tampouco vale como termo de intimação fiscal do contribuinte, vez que não pode ser considerada como uma comunicação oficial um e-mail proveniente de servidor “hotmail”, no qual não constam sequer as informações básicas da empresa e da autoridade fiscal, como nome, sobrenome, cadastro e o comunicado sobre a abertura da ação fiscal.

Por outro lado, se o e-mail não provém da autoridade fiscal que lavrou o presente lançamento,

vemos que aparentemente a autuada não foi cientificada do início da ação fiscal, nem mesmo por meios informais, o que decreto impõe a declaração de nulidade do auto de infração em razão da inobservância dos procedimentos formais obrigatórios previstos nos artigos 2º, 15, 26 e 28 do RPAF que compromete a validade jurídico-formal do ato de lançamento do crédito tributário.

Com base no exposto, fica, portanto, suscitada a preliminar de nulidade do auto de infração em razão da inobservância dos procedimentos formais obrigatórios para instauração da ação fiscal e ciência da contribuinte fiscalizada.

Aduz que analisando a descrição dos fatos imputados à autuada e a peça do auto de infração chega-se à conclusão de que a autuação está totalmente desprovida de elementos probatórios. Examinando o inteiro teor da peça inicial acusatória que tem apenas 4 páginas, a despeito do vultoso valor lançado contra o contribuinte, que, dobrado em razão da multa de 100%, atinge o patamar de mais de 400 mil reais, constatou que o autuante apenas descreveu os fatos, mas não trouxe qualquer elemento probatório das suas acusações.

Além disto, verificou que os fatos descritos não guardam relação com os dispositivos legais apontados, não havendo no presente auto de infração elementos suficientes para se determinar com segurança a infração.

Diz o autuante, primeiro, na descrição dos fatos da peça inicial que a autuada teria utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, segundo diz que não teria demonstrado como apurou o valor dos créditos, porque supostamente não tinha estoque compatível no exercício anterior.

Constou, na mesma folha 4, planilha, simples com descrição bastante sucinta dos lançamentos dos créditos glosados, fundamentou a infração nos artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96 e aplicou a multa de 100% prevista no art. 42, V, b da mesma lei, dispositivos que transcreveu.

Diz que sem adentrar o mérito da infração, algo que, diga-se de passagem, é até difícil para a autuada ante a falta de informações e de elementos que lhe permitam identificar com segurança a infração; da simples leitura dos dispositivos legais utilizados para fundamentar a exigência vê-se que, além da inexistência de elementos probatórios ou de demonstrativos, não há mínima congruência entre os fatos descritos e os dispositivos legais apontados no auto de infração.

O autuante alega que a autuada teria escriturado créditos trazidos do Simples Nacional, sem apresentar o estoque de 2016, no entanto, não apresentou sequer a escrituração onde teria verificado o lançamento dos créditos aproveitados.

Ademais, embora alegue o indevido aproveitamento de créditos do estoque, fundamenta a infração em dispositivos legais que nada dizem sobre a utilização de créditos do estoque, ou sobre qualquer assunto relativo ao Simples Nacional, mas tão somente tratam da falta de entrada da mercadoria e do direito de crédito para fins de compensação com débito de imposto.

Apesar de apontar estes dispositivos, o autuante também não anexa aos autos qualquer elemento que demonstre que a autuada tenha realizado compensação de créditos com débitos do imposto, e que nesta hipótese, os créditos seriam indevidos.

Além disto, apesar de alegar que houve escrituração indevida de créditos decorrentes da exclusão do Simples Nacional, o fundamento legal da infração, como dito, é a suposta falta de entrada de mercadoria no estabelecimento, nos termos do art. 29, da Lei nº 7.014/96; inclusive a multa de 100% aplicada à autuada também se fundamenta na falta de entrada de mercadorias (art. 42, inciso V, b da Lei nº 7.014/96).

Observa em tempo que este fato, a falta de entrada de mercadoria, também não foi minimamente comprovado ou demonstrado.

Muito embora esteja obrigado a apresentar as provas necessárias à demonstração dos fatos, frequentemente o Fisco impõe ao contribuinte o ônus da famigerada prova negativa. Não raro, o contribuinte diante de simples alegações tem de suportar todo o ônus de comprovar que não fez algo que o Fisco lhe imputa sem mínimas provas.

Todavia, cabe lembrar que o dever de produzir as provas dos fatos antecede a lavratura do auto de infração e dele é requisito de validade material e formal. Como previsto no inciso II do art. 41 do RPAF, o auto de infração deve ser instruído com os demonstrativos e com as provas necessárias à demonstração do fato arguido.

Frisa que o contribuinte nem mesmo tem a certeza do que está sendo imputado a ele. Vide que pela leitura dos fatos e da fundamentação legal não é possível saber com segurança qual é realmente a infração imputada: se é a falta de entrada de mercadoria, se é a compensação indevida de créditos com débitos do imposto, se é a falta de comprovação de existência de estoque ou se é a falta de comprovação dos créditos do estoque.

Ora, como se sabe estas são coisas distintas, que tem fundamentação legal própria, penalidades específicas, e que não necessariamente estão correlacionadas ou decorrem umas das outras.

Entende que para o fim de melhor instruir e de comprovar a infração seria necessário que o autuante tivesse anexado as provas necessárias à demonstração do fato alegado, não apenas para possibilitar o pleno exercício da defesa do contribuinte que de posse destes elementos saberia com certeza do que está sendo acusado, mas também para permitir o julgamento justo do caso, já que o órgão julgador precisa apreciar as provas para formar seu convencimento, como determina o art. 153 do RPAF:

Acrescenta que o inciso II do art. 41 e o art. 142 do RPAF deixam claro que não cabe apenas ao contribuinte autuado produzir as provas de sua inocência; antes, e aqui dizemos antes da lavratura do auto de infração, cabe ao Fisco comprovar os fatos que alega contra o contribuinte para sustentar a autuação e justificar a penalidade aplicada, a qual no caso sob estudo atinge o altíssimo patamar de 100%.

Além disto, o art. 142 do RPAF fala que serão presumidos verdadeiros os fatos afirmados pela parte contrária, quando a outra se recusar a comprovar fato controverso com elemento comprobatório de que disponha. Decerto, tal dispositivo não se aplica somente ao contribuinte, mas também ao Fisco, já que fala expressamente em recusa de qualquer parte.

Conclui estar certos do dever do Fisco de comprovar suas alegações antes de lavrar o auto de infração, ou no mínimo de cumprir o dever de buscar os elementos probatórios necessários por meio de intimação do contribuinte ou de terceiros requisitando documentos e/ou informações, ou ainda por meio do cruzamento de dados ou do exame de documentos da própria base do Estado, devendo tudo trazer aos autos para que o contribuinte possa tomar ciência e se defender.

Para melhores esclarecimentos sobre a questão transcreve lição de Hugo de Brito Machado.

Assim, ante a falta de elementos que instruam e que comprovem minimamente os fatos alegados no auto de infração, em razão da falta de ante a falta de elementos que instruam e que comprovem minimamente os fatos alegados no auto de infração, em razão da falta de congruência dos fatos alegados com os dispositivos legais apontados para fundamentar a infração e penalidade aplicada, e ainda ante a falta de clareza na descrição da infração, suscita-se mais uma vez, com base no art. 18, IV, e no art. 41, II do RPAF, a nulidade do auto de infração que, como dito, tem apenas 4 páginas e não se faz acompanhar de nenhum demonstrativo ou documentos probatórios.

Ressalva mais uma vez que apresentação da defesa de mérito visa tão somente resguardar os interesses do contribuinte, e não suprir as faltas cometidas pelo autuante, já que a autuada pode ser extremamente prejudicada se não exercer o dever processual de alegar toda a matéria defensiva na impugnação, em razão do teor do art. 123, §1º do RPAF.

Antes, porém, de adentrar o mérito da infração registra mais uma vez o seu o inconformismo de ser obrigada a se defender de um ato nulo, inclusive, o fato de arcar com o ônus de contratar a defesa técnica jurídica e também de produzir a famigerada prova negativa, algo típico de regimes ditoriais que não condiz com o Estado de Direito.

Registra ainda que, acaso não seja declarada a nulidade do auto de infração, o que cogita por

extrema cautela processual, devem ser presumidos verdadeiros os fatos a seguir alegados pela autuada com base no art. 142 do RPAF, já que o auto de infração não se faz acompanhar por nenhuma prova.

Conforme se depreende da leitura da infração 01 o autuante parece dizer que a autuada escriturou créditos no valor de R\$203.104,58 trazidos do Simples Nacional, mas não comprovou a entrada das mercadorias no ano de 2016. Parece dizer também que o contribuinte teria lançado outros valores como se fosse de 2013, para serem aproveitados em 2017.

De antemão registra que a autuada era optante do Simples Nacional até 31 de dezembro de 2016 como prova a consulta que reproduz.

Como sabido, após a exclusão do regime simplificado, de acordo com o art. 32 da Lei Complementar nº 123/2006, a empresa passa a ser tributada como as demais pessoas jurídicas. Consequentemente, a partir do momento em que a exclusão do Simples Nacional produz efeitos, todas as operações passam a ser tributadas pelo regime normal de apuração do ICMS, o que significa dizer que mesmo as mercadorias que tenham sido adquiridas no período em que a empresa ainda era optante pelo Simples Nacional, quando comercializadas, deverão submeter-se à sistemática normal de tributação.

Assim, sobre as mercadorias existentes no estoque no momento de mudança de regime de tributação a empresa pode tomar os créditos e compensar com os débitos das operações praticadas na sequência, conforme estabelece o princípio da não cumulatividade previsto no art. 155, §2º, I da CF/88.

Feitas estas observações acrescenta que em julho de 2017 a autuada apresentou juntamente com a EFD-ICMS da competência 06/17 o respectivo Registro de Inventário, no qual demonstrou por meio idôneo e legítimo o valor de seu estoque de mercadorias tributáveis no total de R\$905.517,89, levantado após a exclusão do Simples Nacional, sendo o valor sobre o qual tomou os créditos.

Vale registrar que nos termos do art. 226, III, “c” do RICMS a autuada poderia ter tomado os créditos desde 31/12/2016, no entanto, só o fez em julho de 2017. Ora, quem pode o mais, pode o menos! Vide que o parágrafo único do art. 31 da Lei nº 7.014/96 permite que o contribuinte tome créditos de imposto no prazo de até 5 anos da data da emissão do documento fiscal.

Portanto, como se pode ver, a autuada faz jus ao crédito escriturado, sendo totalmente indevida a glosa e também a multa de 100% aplicada. Para comprovar o alegado informa estar anexando o citado Registro de Inventário e também as notas fiscais de entrada de todo o ano de 2016.

Com relação ao fato citado no auto de infração de que a empresa teria apropriado créditos de 2013 em 2017, embora não exista nenhuma prova desta alegação, cabe observar que se trata de mero erro de digitação constante da escrituração fiscal.

Como se pode ver os créditos são provenientes do estoque levantado após a exclusão do Simples Nacional, os quais estão plenamente comprovados no Registro de Inventário e também nas notas fiscais de entrada, restando, portanto, totalmente ilidida a infração imputada.

Acerca da possibilidade de utilização do crédito apurado do estoque de mercadorias por ocasião da exclusão do simples nacional vale constar ainda o entendimento favorável ao contribuinte já proferido pelo Eg. Conseg no Acórdão n. 0408-12/12, cuja ementa transcreveu:

Por fim acrescenta não há no caso nenhum pressuposto autorizador para aplicação da multa capitulada no art. 42, inciso V, da Lei nº 7.014/96, não há nem mesmo relação dos fatos descritos pela fiscalização com a tipificação da multa, vez que os créditos decorrem do estoque de inventário que foi levantado após a exclusão do Simples Nacional, e a multa trata sobre a falta de entrada das mercadorias no estabelecimento.

Assim sendo, restam plenamente evidenciadas as razões pelas quais deve o auto de infração ser julgado inteiramente improcedente, isso se primeiro não for cogitada a sua inteira nulidade.

Em caso de procedência pede a realização de diligência fiscal fim de se apurar corretamente o

fato gerador e os créditos de direito da autuada.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- 1º) declarar a nulidade do auto de infração ou, na pior das hipóteses, julgá-lo improcedente;
- 2º) em caso de entendimento diverso, pela procedência ainda que parcial, requer seja deferida a realização de diligência fiscal para a correta apuração do fato gerador e lançamento do imposto

A fim de instruir a presente impugnação requer desde já a juntada dos documentos anexos (Notas Fiscais de 2016, Livro Registro de Inventário, documentos cadastrais, consulta ao Simples, atos constitutivos, procuração e documentos de identificação).

O autuante presta a Informação Fiscal fl. 62 dizendo que a autuada insurge-se contra a autuação alegando que a empresa não foi devidamente intimada do início da fiscalização e que este fato seria suficiente o bastante para tornar o ato nulo.

Em relação a este argumento informa estar anexando o Termo de Início de Fiscalização encaminhado para o Domicílio Tributário do contribuinte, cuja ciência foi dada pelo mesmo às 11 horas e 22 minutos do dia 14 de janeiro de 2021, fato que torna vazia toda extensa argumentação.

Quanto a alegação de improcedência sob o argumento de o crédito indevido seria legítimo, pois, trazido do simples nacional informa que para afastar esta argumentação apresenta uma planilha, em csv, do inventário apresentado na escrituração fiscal digital referente a 2016.

Assevera que neste inventário pode-se constatar que apresenta um único item, copo plástico infantil decorado de canudo, apresentando saldo de estoque de 93.160 unidades, com preço unitário de R\$4,69 e Valor Total de R\$436.963,00, entretanto, esta multiplicação apresenta erro pois o produto entre o preço dado e a quantidade declarada é de R\$436.920,40.

Para que houvesse compatibilidade entre o valor do estoque e os créditos lançados, a alíquota interestadual do ICMS deveria ser de 42%, uma vez que no Inventário constante da EFD informa que a mercadoria teria origem no Mato Grosso do Sul.

Desta forma reafirma a procedência da infração.

VOTO

O sujeito passivo requer preliminarmente a nulidade do lançamento de ofício, em razão da ausência do Termo de Início de Fiscalização, ressaltando que o procedimento fiscal se inicia de acordo com o estabelecido no art. 26 do Decreto nº 7.629/99, e que o mesmo não foi apresentado no seu endereço, nem tampouco através do sistema DTE, criado por esta Secretaria.

Diz que teve conhecimento apenas através de um e-mail encaminhado no dia 20/01/21 à contabilidade da empresa, remetido através do endereço eletrônico acas123@hotmail.com, que foi supostamente subscrito pelo Auditor Antônio Calmon.

Assevera que tal procedimento não substitui o Termo de Início de fiscalização, acarretando a Nulidade do presente lançamento.

O autuante, por sua vez, ao prestar a Informação Fiscal assevera que o Termo de Início de Fiscalização foi encaminhado para o Domicílio Tributário do contribuinte, cuja ciência foi dada pelo mesmo, conforme documento que anexou à fl. 62.

A lavratura de Termo de Início de Fiscalização é um procedimento previsto no art. 196 do CTN:

“Art. 196.

A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.”

A Lei Estadual nº 7.753/00, que alterou o inciso III, “a”, do § 1º do art. 127 do COTEB - Código Tributário deste Estado, passou a prever, que se fosse lavrado o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, a emissão desse Termo de Intimação dispensaria a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

Tais determinações foram absorvidas pelo RPAF/BA, que prevê em seu art. 28, com redação em vigor a partir de 01/01/01:

“Art. 28.

A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrita diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.”

Da leitura dos dispositivos legais, verifico ser necessária a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, podendo o mesmo ser dispensado, através da Intimação para apresentação de Livros e Documentos.

No presente caso, constato que diferentemente do arguido pelo sujeito passivo o mesmo foi cientificado do início da ação fiscal através de mensagem enviada através de Domicílio Tributário Eletrônico-DTE, em 13/01/2021, com data de leitura nesta mesma data, conforme se verifica à fl. 63, comunicação esta, prevista no artigo 108 do RPAF/BA, cujo teor transcrevo:

“Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

§ 2º A comunicação por meio eletrônico somente será realizada para contribuinte credenciado pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br.”

Dessa forma, afasto essa primeira preliminar de nulidade.

Argui também o defendant, que não há clareza quanto aos fatos relatados pela autuante, em consonância com as planilhas elaboradas, enquadramento legal, infrações aplicadas e os fatos verdadeiros constantes da documentação apresentada.

Não há como prosperar essa preliminar de nulidade, pois de acordo com a descrição dos fatos inserida no Auto de Infração e os levantamentos elaborados pelo fisco que são partes integrantes do mesmo, verifica-se claramente que o ilícito diz respeito a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, após o contribuinte ter sido desenquadrado do Simples Nacional, por não ter demonstrado como apurou tal crédito, uma vez que não detinha estoque compatível com o valor lançado, no exercício anterior.

Em suma, o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos). O método de fiscalização encontra-se demonstrado nos papeis de trabalho que o notificado recebeu, já que neles está respaldado.

Assim, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo autuado.

No que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos constantes no PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste processo administrativo fiscal, razão pela qual tal pleito fica indeferido, com base no art. 147, inciso I do RPAF/99.

No mérito, como dito anteriormente a infração trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS após o contribuinte ter sido desenquadrado do Simples Nacional, e não demonstrou como apurou tal crédito, uma vez que não detinha estoque compatível com o valor lançado.

Verifico que o impugnante alega que era optante do Simples Nacional até 31 de dezembro de 2016, e que de acordo com o art. 32 da Lei Complementar nº 123/2016, a empresa passa a obedecer às normas de tributação aplicáveis as demais pessoas jurídicas, o que significa dizer que mesmo as mercadorias adquiridas no período em que era optante do Simples Nacional, a partir de então quando comercializadas deverão se submeter a sistemática normal de tributação.

Assim, é que em julho de 2017, diz ter apresentado juntamente com a EFD-ICMS da competência 06/17, o respectivo Registro de Inventário, no qual afirma ter demonstrado o valor de seu estoque de mercadorias tributáveis no total de R\$905.517,89.

Em relação ao fato citado no auto de infração, de que a empresa teria apropriado créditos de 2013 em 2017, observa o autuado que se trata de mero erro de digitação constante da escrituração fiscal digital.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, informa que o livro Registro de Inventário apresentado na Escrituração fiscal Digital - EFD referente ao exercício de 2016 contém apenas um item: copo plástico infantil decorado de canudo, apresentando saldo de estoque de 93.160 unidades, com preço unitário de R\$4,69 e Valor Total de R\$436.963,00, entretanto, esta multiplicação apresenta erro pois o produto entre o preço dado e a quantidade declarada é de R\$436.920,40, e mantém a autuação.

De fato, o sujeito passivo, ao ser excluído do Simples Nacional, passa a apurar o imposto pelo regime de conta corrente fiscal, e neste caso, faz jus a utilização dos créditos das mercadorias existentes em estoque e deverá observar a legislação estadual pertinente que a seguir transcrevo:

RICMS

Art. 225. O livro Registro de Inventário, modelo 7, destina-se aos contribuintes optantes pelo Simples Nacional para arrolar, pelos seus valores e com especificações que permitam sua perfeita identificação, as mercadorias, as matérias-primas, os produtos intermediários, os materiais de embalagem, os produtos manufaturados e os produtos em fabricação existentes no estabelecimento na data do balanço (Conv. S/Nº, de 15/12/70).

Art. 226. O contribuinte também encerrará livro Registro de Inventário, na forma prevista no art. 225, referente às mercadorias, matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, produtos manufaturados e produtos em fabricação existentes em estoque:

I - na data do encerramento das atividades;

II - no último dia útil do mês anterior ao mês em que produzir efeitos a mudança do regime de apuração do imposto de conta-corrente fiscal para Simples Nacional, situação em que o estoque será valorado pelo preço de custo;

III - no último dia útil do mês anterior ao mês em que produzir efeitos a exclusão de contribuinte do Simples Nacional, passando a apurar o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal, devendo especificar:

a) as mercadorias cujas operações subsequentes sejam isentas ou não-tributadas;

b) as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;

c) as demais mercadorias sujeitas ao ICMS, que não as referidas no inciso II deste artigo, para fins de utilização do crédito fiscal a elas correspondente, a ser calculado mediante a aplicação da alíquota vigente no momento da aquisição, sobre o preço mais recente da mercadoria.

§ 1º A escrituração de que cuida o caput deste artigo deverá ser realizada:

I - na hipótese do inciso I, até o momento da apresentação do pedido de baixa de inscrição;

II - nas situações previstas nos incisos II e III, no prazo de 60 dias, contado do primeiro dia do mês em que o reenquadramento começar a produzir efeitos.

§ 2º A utilização do crédito a que se refere a alínea “c” do inciso III deverá ser seguida de comunicação escrita dirigida à inspetoria fazendária do domicílio do contribuinte.

§ 3º O estoque apurado na forma deste artigo deverá ser lançado no Registro de Inventário, no prazo de 60 dias.

Da leitura dos dispositivos legais, verifico que em relação as mercadorias tributadas normalmente o valor do crédito a ser calculado será apurado através da aplicação da alíquota vigente no momento da aquisição, sobre o preço mais recente.

No caso sob análise, de acordo com o informado no livro Registro de Inventário inserido na EFD o contribuinte possuía um estoque de 93.160 unidades de copo plástico infantil decorado de canudo, ao preço unitário de R\$4,69, resultando no valor de R\$436.920,40, apesar de ter sido informado equivocadamente o valor de R\$436.963,30, entretanto, tal erro não é motivo para glosa do crédito, como entendido pelo autuante.

Dessa forma, como as aquisições são provenientes do Mato Grosso do Sul, conforme informado no livro Registro de Inventário apresentado na EFD, será aplicada a alíquota de 12%, sobre R\$436.920,40, resultando no valor de R\$52.430,44, que deveria ter sido escriturado no prazo de 60 dias, contados do primeiro dia do mês em que o reenquadramento começar a produzir efeitos.

Como a exclusão do Simples Nacional ocorreu em 31/12/2016, o contribuinte poderia utilizar o referido crédito a partir de 01 de março de 2017, porém, o fez em valor superior, em 05 parcelas, sendo a primeira em junho de 2017, no valor de R\$162.993,22, e as demais nos meses de julho, setembro, outubro e dezembro de 2017, conforme demonstrativo de fl. 04.

Assim, deve ser deduzido no mês de junho de 2017 a parcela de R\$52.430,44, resultando uma diferença de R\$110.562,78, devendo ser mantido os valores exigidos nos demais meses, considerando que o sujeito passivo apenas se limitou a afirmar que o valor de seu estoque de mercadorias tributáveis seria de R\$905.517,89, contradizendo o informado por ele próprio em sua EFD, e que houve erro de digitação na escrituração digital em relação aos valores exigidos em outubro e dezembro de 2017, não apresentando qualquer comprovação neste sentido.

Ante o exposto voto pelo pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$150.674,14, conforme a seguir demonstrado:

Mês/Ano	Auto Infração	Exclusão	Vlr. Devido
jun/17	162.993,22	52.430,44	110.562,78
jul/17	9991,36	0	9.991,36
set/17	10120	0	10.120,00
out/17	10000	0	10.000,00
dez/17	10000	0	10.000,00
Totais	203.104,58	52.430,44	150.674,14

Quanto à multa aplicada de 100%, observo que seria na situação de não ter havido a entrada na mercadoria do estabelecimento autuado, porém, tanto houve que houve o lançamento no livro Registro de Inventário, e não restou comprovada a existência de dolo, razão pela qual, procedo a adequação do percentual da multa para 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298963.0004/21-8, lavrado contra **BAITINGA MATERIAIS DE CONTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$150.674,14**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR