

PROCESSO - A. I. N° 232948.0409/15-1
RECORRENTES - FAZ. PÚB. ESTADUAL e OPERLOG LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA.
RECORRIDOS - OPERLOG LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA. e FAZ. PÚB. ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0084-05/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0054-12/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO PRESUMIDO. Documentos juntados ao processo comprovam que todos os estabelecimentos da empresa fizeram opção pela utilização do crédito presumido. Legítima a utilização do crédito presumido. Infração improcedente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. SERVIÇOS DE TRANSPORTES. PRESTAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. Livros fiscais juntados ao processo comprovam que na apuração do imposto não foi deduzido o crédito presumido. Refeitos os cálculos, o que implicou na redução do débito. Infração subsistente em parte. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTA. FALTA DE ENTREGA. **a)** NO PRAZO REGULAMENTAR. **b)** MEDIANTE INTIMAÇÃO. Restou comprovado que o estabelecimento autuado estava obrigado a fazer entrega dos arquivos eletrônicos, e tendo sido intimado para apresentar os arquivos magnéticos, não fez a entrega dentro do prazo legal, o que caracteriza falta de entrega e cabível a aplicação das multas por descumprimento da obrigação acessória. Infrações 3 e 4 procedentes. Acolhida a prejudicial de decadência com relação à infração 1, e rejeitada no tocante às infrações 2, 3 e 4. Não acolhido o pedido de redução ou cancelamento da multa, por falta de amparo legal. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício interposto (art. 169, I, “a” do RPAF/99), e Voluntário apresentado (art. 169, I, “b” do RPAF/99), no qual a JJF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/15, para exigir tributos no montante de R\$ 373.699,75, em razão das seguintes infrações:

1. *Utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de ICMS. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte optou indevidamente pelo uso do crédito presumido sem ter direito (art. 96, XI do RICMS/BA e Conv. ICMS 95/99) cuja opção deve alcançar todos os estabelecimentos (2010/2014) - R\$203.279,66, acrescido da multa de 60%.*
2. *Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a prestações de serviços de transportes devidamente escrituradas nos livros fiscais próprios (2010 a 2013) - R\$36.181,89, acrescido da multa de 60%.*
3. *Falta de entrega do arquivo eletrônico nos prazos previstos na Legislação Tributária, ou pela sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela legislação (2010 e 2011). Multa - R\$2.760,00.*
4. *Deixou de fornecer arquivo magnético, exigido mediante intimação, com informações e operações ou prestações realizadas, sendo aplicado multa - R\$131.478,20.*

O autuado apresenta defesa nas fls. 100 a 111. O autuante presta a primeira informação fiscal nas fls. 259/263. Cientificado da informação fiscal o sujeito passivo se manifestou nas fls. 299 a 301. O autuante prestou a segunda informação fiscal nas fls. 495/499. Cientificado da segunda informação fiscal, o sujeito passivo se manifestou nas fls. 603 a 615. O autuante voltou a prestar a terceira informação fiscal nas fls. 619/624. A JJF proferiu a seguinte decisão:

VOTO

O presente Auto de Infração acusa o cometimento de quatro infrações.

Inicialmente, quanto à nulidade suscitada, sob alegação de ausência de notificações para tomar conhecimento que estava sendo fiscalizado, observo que constam nas fls. 11 a 15, diversas intimações para apresentação de livros e documentos fiscais, que atende ao disposto no art. 26, III do RPAF/BA.

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

...

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;

Portanto, o procedimento fiscal foi feito obedecendo ao dispositivo regulamentar, e não procede o argumento de que não tomou conhecimento de que estava sendo fiscalizado.

Quanto à indicação do número da OS 502835/15 na intimação que o deficiente alega diferir do que consta no Termo de Encerramento/Auto de Infração, observo que § 3º, III, do art. 28 do RPAF/BA, prevê que deve ser indicado o número, “quando for o caso”. Logo, trata-se de cumprimento de uma medida administrativa, de controle interno, que não interfere em desconhecimento de estar sendo fiscalizado, visto que o procedimento externo exigido, é que seja feita a intimação. Por isso, fica afastada a nulidade suscitada.

No tocante à preliminar de decadência dos fatos geradores, o autuado afirmou que foi cientificado da autuação em 05/10/15, e deveria ser afastada a exigência de valores anteriores a 05/10/10.

A fiscalização acatou a decadência relativa a fatos geradores anteriores a 07/05/10, por entender que o prazo decadencial deve ser contado a partir da data da intimação em 07/05/15.

Este CONSEF, adotou o posicionamento de que a aplicação da regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, nas situações em que o contribuinte cumpriu as obrigações acessórias atinentes ao ICMS, que se aplica à situação presente, em que as operações foram devidamente escrituradas nos livros fiscais próprios, conforme editado no Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, o prazo decadencial é contado a partir da “ocorrência do fato gerador”.

Também, que para efeito da contagem de prazo, deve ser considerada a data em que o contribuinte tomou conhecimento do lançamento, a exemplo do Acórdão CJF 014-11/19.

Entretanto, faz-se necessário interpretar a natureza dos fatos geradores e procedimentos adotados pelo contribuinte. Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, quanto à obrigação principal, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

No referido Incidente de Uniformização da PGE, foram indicadas premissas, em que se conta o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando:

- a) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas não efetuar o respectivo pagamento;
- b) o contribuinte não declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omitir a realização da operação ou prestação tributável;
- c) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, efetuar o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificar que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em virtude de dolo, fraude ou simulação, que não foram comprovados.

Estas premissas, se aplicam às infrações decorrentes de descumprimento de obrigações principais, não havendo que se falar no art. 150, § 4º do CTN, quando a obrigação é acessória, já que o dispositivo legal complementar faz expressa referência à homologação do lançamento.

Portanto, a aplicação da decadência deve ser analisada à luz das exigências pertinentes e fatos geradores ocorridos anteriores a 05/10/2010, tendo em vista que o contribuinte foi notificado do lançamento em 05/10/15.

No mérito, a infração 1 exige ICMS por utilizar indevidamente crédito fiscal presumido, que o estabelecimento autuado não possuía direito, por entender que o art. 96, XI do RICMS/97, determinava que a opção pelo crédito presumido deveria alcançar todos os estabelecimentos.

Conforme apreciado preliminarmente, em relação à prejudicial de decadência, a infração trata de utilização indevida de crédito fiscal que foi compensado do débito fiscal que implicou na redução do imposto devido e pago. Portanto, aplica-se o disposto no art. 150, § 4º do CTN, operacionalizando-se a decadência relativa ao período de janeiro a abril de 2010, com redução dos valores exigidos totalizando R\$1.359,47, remanescendo o valor devido de R\$201.920,19, conforme fls. 133 a 219.

Com relação à questão material, a defendente juntou com a defesa cópia de alguns meses do livro RAICMS, e, diante da primeira informação fiscal, juntou cópia dos livros de todos estabelecimentos, o que foi acatado pela fiscalização na segunda informação fiscal.

Pelo exposto, as cópias dos livros RAICMS juntados às fls. 309 a 492, fazem prova de que o estabelecimento matriz e as demais filiais, inclusive o autuado (CNPJ 05.539.641/0004-85), eram optantes da utilização do crédito presumido, em conformidade com o disposto no art. 96, XI do RICMS/97, e 269 e 270 do RICMS/12.

Consequentemente, como o imposto foi exigido sem considerar o crédito presumido, o que foi reconhecido pelo autuante na segunda informação fiscal, não resta qualquer valor ser exigido.

Infração 1 improcedente.

Quanto à infração 2, que exige ICMS não recolhido no prazo regulamentar, o autuado alegou que:

- a) Decaiu os valores exigidos relativos aos meses 02 e 03/2010;
- b) Não foi considerada a existência de saldo credor nos meses 08/2011 e 05/2013;
- c) Não foi considerado o crédito presumido.

Quanto à materialização da decadência, que foi acolhida na informação fiscal, conforme apreciado preliminarmente, trata-se de situação em que o contribuinte declarou a "ocorrência do fato jurídico tributário, apurou o montante do imposto devido, mas não efetuou o respectivo pagamento", conforme indicado na transcrição anterior.

Neste caso, conforme orientação contida no Incidente de Uniformização da PGE, aplica-se o disposto no art. 173, I do CTN, e conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, fica afastado o pedido de aplicação da decadência, visto que a infração acusa falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a prestações de serviços de transportes devidamente escrituradas nos livros fiscais próprios.

Com relação à alegação de existência de saldos credores, observo que conforme ressaltado pelo autuante, o art. 96 do RICMS/97 estabelece:

Art. 96. São concedidos os seguintes créditos presumidos do ICMS, para fins de compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e de apuração do imposto a recolher:

...

XI - a partir de 01/01/97, aos prestadores de serviços de transporte, como opção do contribuinte, em substituição ao aproveitamento de créditos fiscais relativos a operações e prestações tributadas para apuração do imposto pelo sistema de compensação (débito/crédito), com a ressalva de que o contribuinte que optar pela utilização do presente benefício não poderá utilizar quaisquer outros créditos fiscais, salvo exceções expressas, sendo que:

Assim sendo, tendo optado pelo crédito presumido de que cuida o inciso XI do art. 96, não há possibilidade de aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.

Quanto ao argumento de que não foram considerados os créditos presumidos, constato, que a cópia do livro RAICMS acostado às fls. 581/582 e 188/189, comprova que dos valores exigidos nos meses 08/2011 e 05/2013, não foram deduzidos os valores dos créditos presumidos, fato que foi reconhecido pelo autuante na segunda informação fiscal:

DATA OCORR	DATA VCTO	ICMS DESTACADO	CRED. PRESUMIDO	ICMS DEVIDO
28/02/2010	09/03/2010			1.457,66
31/03/2010	09/03/2010			3.775,91
31/08/2011	09/09/2011	4.756,07	951,21	3.804,86
31/05/2013	09/06/2013	26.192,15	5.238,43	20.953,72
TOTAL				29.992,15

Ressalto, que no refazimento do demonstrativo do crédito presumido à fl. 625, o autuante incluiu a diferença apurada de R\$412,80, no mês 08/2013, que não tinha sido objeto da autuação, consequentemente não pode ser incluído neste lançamento.

Pelo exposto, a infração 2 fica julgada procedente em parte com redução do débito de R\$36.181,89, para R\$29.992,15.

Com relação às infrações 3 e 4, que aplica multa pela falta de entrega do arquivo eletrônico SPED, o autuado alegou:

- a) Ter decaído os valores relativos ao período de janeiro a setembro/2010;
- b) Não estava obrigado a fazer entrega de arquivos digitais ao teor do art. 897-B do RICMS/97;
- c) Fez a entrega dos arquivos atendendo a intimação da OS 502835/15 em 07/05/15.

Com relação ao período decadencial, conforme apreciado anteriormente, as infrações estão relacionadas com o descumprimento de obrigações acessórias, relativas às infrações 3 e 4, portanto, não se submetem ao regramento do art. 150, § 4º do CTN, pois se referem a obrigações de fazer (escriturar livros, entregar arquivos magnéticos), não havendo, em relação às mesmas, ato de lançamento ou pagamento a ser homologado pelo fisco. Consequentemente, submetem-se ao prazo de contagem geral, estabelecido no art. 173, I do CTN, que tem início a partir de 1º dia do exercício seguinte à ocorrência dos respectivos fatos geradores. Logo, os débitos lançados para as infrações acessórias, não foram atingidos pela decadência, pois o fisco dispunha de prazo até 31/12/2015, para formalizar o lançamento de ofício.

Com relação ao argumento de que não estava obrigado a fazer entrega do arquivo eletrônico da EFD, invocando o disposto no art. 897-B do RICMS/97, observo que a redação dada pelo Dec. nº 11.381, de 19/12/08, produziu efeitos a partir de 01/01/2009, estabelecendo:

A Escrituração Fiscal Digital é de uso obrigatório para os estabelecimentos dos contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, relacionados no anexo V do Protocolo ICMS 77/08.

Parágrafo único. Os contribuintes do ICMS interessados em utilizar a EFD das operações realizadas em seus estabelecimentos deverão solicitar sua inclusão no referido protocolo.

O período de 2009 a 2011, que engloba o período fiscalizado (2010/2011), sofreu diversas alterações.

Entretanto, conforme ressaltado pelo autuante:

- a) O contribuinte não fez prova de que “auferiu o faturamento mínimo exigido” (art. 897-B do RICMS/97);
- b) O Sistema da SEFAZ/BA, conforme cópia à fl. 264 comprova que estava obrigado a transmitir os arquivos SINTEGRA desde 20/09/2009, extinta com a transmissão da EFD a partir de 02/2013;
- c) Os arquivos SINTEGRA/SEPD foram transmitidos no mês 11/2015.

Dessa forma, desde 20/09/2009, o contribuinte estava obrigado a transmitir os arquivos SINTEGRA e a cópia dos comprovantes da recepção dos arquivos que foram objeto da intimação de fls. 14 e 15, de 27/05/15, relativos ao período de 01/01/2010 a 12/2010, e 02, 05 a 12/2011, só foram transmitidos em 09/11/2015, conforme documentos de fls. 272 a 282, após a lavratura do AI em 30/09/15.

Ressalte-se ainda, que diversos arquivos, a exemplo dos meses 01, 02 e 04/11, foram transmitidos no prazo previsto na legislação (28/02/11; 28/03/11 e 23/05/11), conforme fls. 278 e 279, que comprovam ter sido cumprida a obrigatoriedade de transmitir os arquivos magnéticos.

Restou comprovado o descumprimento das obrigações acessórias pertinentes às infrações 3 e 4, tendo em vista que não foram transmitidos os arquivos magnéticos no prazo previsto no art. 686 do Dec. 6.284/97, não fez a entrega no prazo determinado em atendimento à intimação, conforme previsto no art. 708-B do RICMS/97.

Pelo exposto, fica mantida integralmente as exigências relativas às infrações 3 e 4.

Quanto ao pedido de exclusão ou redução das multas, observo que as multas aplicadas são previstas no art. 42, II, “f” e XII-A, “j” da Lei 7.014/96, portanto, é legal e não compete a este órgão julgador promover o pedido de exclusão ou redução das multas decorrentes de obrigações acessórias, tendo em vista que a previsão contida no art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, foi revogada pela Lei nº 14.183/2019, com efeitos a partir de 13/12/19, e da mesma forma o Dec. 19.384/2019, revogou o art. 158 do RPAF/BA, com efeito a partir de 01/01/20.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

Infração	Valor Autuado	Valor Julgado	Situação
1	203.279,66	0,00	Improcedente
2	36.181,89	29.992,15	Procedente em parte
3	2.760,00	2.760,00	Procedente

4	131.478,20	131.478,20	Procedente
Total	373.699,75	164.230,35	

Devido a desoneração atualizada ser maior que R\$200.000,00, a JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

O advogado (Dr. Renato Ruez Rocha – OAB/SP nº 155.998) devidamente habilitado apresentou peça recursal onde inicialmente, reproduziu as imputações autuadas, descrevendo o período fiscalizado, enquadramento, multa aplicada e valor de cada infração, além de anexar quadro do julgamento da 5ª JJF que julgou pela Procedência Parcial o Auto de Infração, sendo improcedente a primeira infração, procedente em parte a segunda (reduzindo o valor de R\$36.181,89 para R\$29.992,15 e, as duas últimas pela procedência).

Em suas razões, suscita preliminar de nulidade por vício formal em virtude de ter sido ancorado em Ordem de Serviço - OS a qual o contribuinte não foi previamente notificado. Explicou que o Auto em comento indica a OS nº 504542/15 como fundamento de validade da autuação, entretanto, tal OS jamais chegou ao conhecimento prévio da recorrente ao passo que a recorrente não tomou ciência da “Notificação de Início de Fiscalização”, configurado está o cerceamento de defesa na esfera administrativa (art. 5º, LV, CF).

Afirma que sequer sabia que estava sendo fiscalizada, pois só tomou ciência do Auto quando já estava lavrado, sendo que recebeu inicialmente em 07/05/2015 era outra, a saber, OS nº 502835/15, objetivando apurar situações diversas das mencionadas no presente Auto.

Fala que tal situação (ausência de notificação prévia acerca do início da fiscalização) acarreta a nulidade formal de todo o trabalho fiscal, conforme determina o CTN – Art. 196, dispõe que a autuação não foi precedida do termo de início de fiscalização, de modo que o trabalho fiscal é nulo de pleno direito desde sua origem.

Pontua que o próprio Código Tributário da Bahia - COTEB, em seu artigo 127, que estabelece o Termo de Início de Fiscalização como marco inicial do procedimento fiscalizatório. Acrescenta que a notificação de início de fiscalização é corolário do devido processo legal e da ampla defesa.

Assim, tendo em vista a O.S. indicada no Auto ser diversa da que foi entregue para a contribuinte em 07/05/2015, caracterizado está a ausência de notificação prévia de início de fiscalização, sendo de rigor a anulação do presente Auto, por vício formal na sua constituição, o que ora reitera no presente Recurso Voluntário.

No mérito, alega quanto à infração 2, refutou que a JJF julgou pela Procedência Parcial, reduzindo a infração para R\$29.992,15. Disse que apesar de ter acolhido em parte a defesa da ora recorrente, com a devida vênus, entende que deveria ter sido acolhida na totalidade e julgado improcedente a autuação nesse item, pois na medida em que se o creditamento foi legítimo, não há que se falar na falta de pagamento do imposto.

Reitera que tanto o Auto de Infração, quanto a r. Decisão de Primeira Instância administrativa, não levou em consideração a escrita fiscal da recorrente, a fim de apurar se a contribuinte possuía saldo credor do imposto, caso prevalecesse a glosa dos créditos presumidos. Reproduz o art. 24 da Lei Complementar nº 87/1996 – Incisos I, II e III. Assim, se o agente fazendário discordou do creditamento realizado pelo sujeito passivo, **deveria realizar o estorno do crédito e apurar se o contribuinte tinha saldo credor ou saldo devedor do imposto**, levando as seguintes situações:

- a) se o contribuinte tiver apurado saldo credor mesmo com o estorno, o volume de créditos pode continuar a ser maior que o volume de débitos;
- b) se o contribuinte tiver apurado saldo credor o estorno pode levar à redução dos créditos a montante inferior ao volume de débitos do período;

c) se o contribuinte tiver apurado saldo devedor, o estorno aumentará esse saldo.

Salienta que a não-cumulatividade é característica do ICMS e a compensação dos créditos decorrentes das operações e prestações anteriores com o devido nas operações e prestações realizadas é norma objetiva, que deve ser seguida tanto pelo Fisco quanto pelo contribuinte. Cita julgados do STJ (*STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.065.234/RS, Rei. Ministro Luiz Fux, julgado em 15/06/2010, DJe 01/07/2010*).

Assevera que os créditos de ICMS *não constituem* mero direito do sujeito passivo contra a Fazenda Pública. Compõem o perfil da exigibilidade do ICMS e, portanto, não constituem apenas faculdade do contribuinte de escriturá-los e compensá-los no exercício da atividade a que se refere o art. 150 do CTN, mas também dever da Fazenda Pública ao verificar a matéria tributável na realização do lançamento (art. 142 do CTN).

Sustenta que existindo créditos relativos a um período de apuração em montante superior aos débitos mesmo após o estorno, não há (e nunca houve) imposto a pagar. No presente caso, falta não apenas o pressuposto o lançamento do imposto, mas também para incidência de juros e multa de mora. Se nada haveria que ser pago mesmo se o contribuinte não tivesse compensado os créditos glosados, o credor nada deixou de receber, e nada de ilícito foi cometido nesse aspecto. Reproduz julgado do STJ (*STJ, REsp. nº 1.250.218/ES, Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma. DJe. 09/03/2012, acórdão transitado em julgado no dia 17/04/2012, sem destaques no original*) órgão máximo em matéria legal, primando pela não-cumulatividade que rege o imposto, já censurou essa conduta da fiscalização. Junta linhas de defesa que consta no relatório do Acórdão do STJ.

Destaca que em análise da situação, disse que deveria o agente autuante seguir o comando do art. 24 da LC 87/96, que instrumentaliza a compensação realizadora da não-cumulatividade, em procedimento denominado recomposição da conta gráfica. Acrescenta que o lançamento, portanto, para além da aplicação de muita isolada prevista em lei, servirá para reduzir o saldo credor, obrigado o contribuinte a considerar, para o período seguinte àquele lançado, o saldo credor tal como reduzido pelo lançamento. O lançamento do crédito estornado como se imposto inadimplido fosse é, portanto, inválido e merece anulação.

Conclui reiterando os argumentos expostos em defesa, requer o cancelamento *in totum* do item 2 do Auto de Infração.

No que pertine a infração 3, discorre que que o agente fazendário esqueceu foi que a recorrente não estava obrigada à entrega desses arquivos digitais, em virtude de não ter auferido o faturamento mínimo exigido pela legislação, conforme artigo 897-B do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

Acrescenta que não tendo atingido o teto mínimo exigido pela legislação nos exercícios anteriores, a contribuinte não estava sujeita a referida obrigação acessória, razão pela qual é de rigor a anulação do item 03 do Auto de Infração, o que ora reiteramos no presente recurso.

Para a infração 4, disse que as multas aplicadas sobre as competências anteriores a outubro/2010 estarem extintas pela decadência (assunto já abordado anteriormente), tem-se ainda que a acusação é improcedente.

Afirma que comprovou perante o agente fiscal a entrega das mídias eletrônicas contendo os arquivos solicitados, quando do recebimento da intimação da OS 502835/15 em 07/05/2015. Entretanto, a recorrente anexou quando da apresentação da defesa administrativa os Comprovantes de Entrega desses arquivos eletrônicos ao Fisco da Bahia, conforme documentos já anexados nos autos, de modo que se reitera o pedido de cancelada das penalidades aplicadas no item 04 do Auto de Infração, uma vez que comprovado cabalmente que a contribuinte forneceu, sim, todas as informações eletrônicas indicadas.

Frisa que se não bastasse as alegações acima, tem-se, ainda, que a multa cobrada, pela suposta

ausência de entrega dos arquivos magnéticos, além de absolutamente indevida, com a devida *vênia*, assume o caráter de abuso de poder fiscal, posto que manifestamente confiscatória, pois atinge um valor muito elevado representando o dobro do valor do imposto, indevidamente reclamado.

Acrescenta que sem prova material da existência de fraude fiscal ou sonegação fiscal, como definidas em leis federais, a multa por suposta infração a dispositivo regulamentar, sem caracterizar má-fé, não pode ser astronômica, nem proporcional ao valor da operação ou do imposto, como no presente caso. Repete, afirmando que não há qualquer causa legítima ou legal para esse verdadeiro confisco tributário, afrontando o dispositivo constitucional, art. 150, IV da CF.

Assim, se não há infração à legislação, conforme preconizado até o exposto, não há o que se falar em cobrança de multa. Sustenta que restam frágeis os argumentos constantes da decisão administrativa singular, bem como do Auto de Infração, devendo, pelos motivos acima expostos, ser reformada a decisão e anulado a autuação ou, se assim não entender que então julguem totalmente improcedente ou, então, caso nenhum dos pedidos anteriores sejam acolhidos, que seja excluída a multa, em razão da ausência de impacto na arrecadação.

Finaliza requerendo e reiterando que:

- seja acolhida a preliminar suscitada e, caso não acolhida, requer seja julgado, no mérito, totalmente insubstancial o Auto de Infração guerreado e reformada a decisão;
- com o afastamento das cominações nele existentes, que seja afastada a multa.
- protesta pela defesa de seus direitos através de sustentação oral, como medida da mais necessária e salutar Justiça.

É o relatório.

VOTO

Examinando os autos do processo, constato que se trata de Recursos de Ofício e Voluntário em relação à Decisão de piso lavrada através do Acordão 5^a JJF nº 0084-05/21-VD, no que diz respeito ao julgamento do auto de infração em lide.

Contemplando inicialmente o Recurso de Ofício interposto pela 5^a JJF, verifica-se que a desoneração total da infração 01, e parcial da segunda, reduzindo o valor de R\$ 36.181,89, para R\$ 29.992,15, decorreu da comprovação trazida em sede de defesa, de que a autuada era optante da utilização de créditos fiscais, conforme disposto nos arts. 96, XI do RICMS/97, 269 e 270 do RICMS/12, cuja opção pelo crédito presumido deveria alcançar todos os estabelecimentos.

No mérito, a infração exige crédito de ICMS por utilização indevida de crédito fiscal presumido, que o estabelecimento autuado não possuía direito, por entender que o art. 96, XI do RICMS/97, determinava que a opção pelo crédito presumido deveria alcançar todos os estabelecimentos.

Verifico que a JJF apreciou as alegações da autuada em relação à prejudicial de decadência, a infração trata de utilização indevida de crédito fiscal que foi compensado do débito fiscal que implicou na redução do imposto devido e pago. Neste sentido, aplicou corretamente o disposto no art. 150, § 4º do CTN, pela decadência, no que se refere aos meses de janeiro a abril de 2010, excluindo o valore exigido de R\$ 1.359,47, restando o valor devido de R\$ 201.920,19, conforme demonstrado sob fls. 133 a 219.

Verifico também que a autuada, em sede de defesa, anexou cópias dos livros de RAICMS, bem como cópias dos livros fiscais de todos os estabelecimentos.

Constatou que na segunda informação fiscal o autuante acatou as alegações da autuada, e informa que após juntada das cópias dos livros RAICMS sob as fls.309 a 492, fazem prova de que o

estabelecimento matriz e as demais filiais, inclusive o autuado (CNPJ 05.539.641/0004-85), eram optantes da utilização do crédito presumido, em conformidade com o disposto nos arts. 96, XI do RICMS/97, 269 e 270 do RICMS/12.

Verifico que a JJJ, concluiu acertadamente pela improcedência da infração, pois restou comprovado que o estabelecimento matriz e demais filias eram optantes pela utilização do crédito presumido, com amparo no disposto nos arts. 96, XI do RICMS/97, 269 e 270 do RICMS/12.

Neste sentido não há reparo a fazer na Decisão recorrida, pois a retificações foram acolhidas pelo próprio autuante, e estão respaldadas em documentação probante acostada aos autos do processo.

Concluo em manter a Decisão de piso em relação às infrações 01 (Improcedente), e 02 (Parcialmente procedente).

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntario, verifico que a autuada, inconformada com a decisão de piso, em sede de recurso reitera as alegações de defesas no tocante as infrações 02, 03 e 04, que passo a analisar:

Inicialmente, suscita a nulidade por vício formal, em virtude de ter sido ancorado em Ordem de Serviço (OS), a qual o contribuinte não foi previamente notificado. Não podemos acatar tal argumento, visto que Ordem de Serviço é documento interno da SEFAZ para controle de tarefas por seus servidores. Não consta no RPAF/BA a obrigação de ciência aos contribuintes de tal documento.

Em relação à falta de ciência sobre estar “sendo fiscalizada”, tal argumento também não procede, pois consta dos autos (fls. 11 a 15) diversas intimações para apresentação de livros, arquivos e documentos para que os trabalhos fiscais pudessem ocorrer.

INFRAÇÃO 02 - A alegação recursal de que deveria ter sido acolhido o creditamento na sua totalidade, resultando na improcedência deste item da autuação, não pode prosperar porque os valores lançados a crédito e reconhecidos foram inferiores aos débitos gerados, razão de haver saldo de imposto a exigir, razão da procedência parcial.

Ainda, quanto ao argumento apresentado no recurso de que havia saldo credor anterior a compensar, não pode ser acatado porque no julgamento de Primeira Instância já foi constatado que o crédito apresentado não era relativo ao período objeto da autuação, e sim de exercícios anteriores.

Concluo em manter a decisão de piso em relação à infração 02, que julgou pela Procedência Parcial.

INFRAÇÃO 3 – Alegou que a recorrente não estava obrigada à entrega desses arquivos digitais, em virtude de não ter auferido o faturamento mínimo exigido pela legislação, conforme artigo 897-B do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia.

Verifico que este argumento já foi analisado no julgamento sob recurso, não tendo a empresa trazido aos autos qualquer prova do seu limite de receita, além do que, trata-se de matéria corretamente analisada no julgamento de piso, o qual transcrevo trecho da decisão:

Com relação ao argumento de que não estava obrigado a fazer entrega do arquivo eletrônico da EFD, invocando o disposto no art. 897-B do RICMS/97, observo que a redação dada pelo Dec. nº 11.381, de 19/12/08, produziu efeitos a partir de 01/01/2009, estabelecendo:

A Escrituração Fiscal Digital é de uso obrigatório para os estabelecimentos dos contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, relacionados no anexo V do Protocolo ICMS 77/08.

Parágrafo único. Os contribuintes do ICMS interessados em utilizar a EFD das operações realizadas em seus estabelecimentos deverão solicitar sua inclusão no referido protocolo.

Concluo em manter a decisão de piso em relação à infração 03.

INFRAÇÃO 4 – Alegou que sobre o fato de que as multas aplicadas sobre as competências anteriores a outubro de 2010 estariam extintas pela decadência. Observo que as alegações sobre decadência já foram analisadas e fundamentadas no julgamento de piso, portanto, não vislumbra modificações a fazer na decisão.

Quanto à alegação de que as mídias eletrônicas foram entregues regularmente pela autuada à SEFAZ-Ba, nos prazos estabelecidos pela legislação, verifico que o autuante, em sua informação fiscal, informou que os arquivos SINTEGRA/SPED só foram transmitidos pela autuada à SEFAZ em 09/11/2015, após a lavratura do presente Auto de Infração, ocorrido em 30/09/2015. E traz documentos comprobatórios de entrega pela autuada dos arquivos sob as fls.272 a 282, portanto, não procede as alegações da recorrente.

Concluo em manter a decisão de piso em relação à infração 04.

Por fim, a recorrente pede pela exclusão das multas.

Verifico que as multas aplicadas são previstas no art. 42, incisos II, “f” e XII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, com enquadramento legal, e não compete a este órgão julgador promover o pedido de exclusão ou redução das multas decorrentes de obrigações acessórias, tendo em vista que a previsão contida no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, foi revogada pela Lei nº 14.183/2019, com efeitos a partir de 13/12/19, e da mesma forma, o Decreto nº 19.384/2019, revogou o art. 158 do RPAF/BA, com efeito a partir de 01/01/20.

Assim, com as devidas comprovações apresentadas pela autuada e analisadas pelo autuante, sendo julgadas PROCEDENTE EM PARTE pela JJF, após as análises que fiz, concluo em manter o entendimento consignado no voto do nobre relator da 5ª JJF.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados, e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 232948.0409/15-1, lavrado contra OPERLOG LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA., devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 29.992,15**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 28.534,49 e 50% sobre R\$ 1.457,66, previstas no artigo 42, incisos II, “f” e I, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa fixa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 134.238,20**, prevista no inciso XIII-A, “j” da citada Lei e Artigo já citados, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO - REPR. DA PGE/PROFIS