

A. I. Nº - 207160.0002/19-5
AUTUADO - POLIMPORT – COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO CARLOS DE SANTANA
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09.08.2022

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0125-05/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Documentos juntados aos autos comprovam que parte das mercadorias se submete ao regime normal de tributação. Refeitos os cálculos que implicou na redução do débito. Infração procedente em parte. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração 1 procedente. b) OPERAÇÕES DE ENTRADA DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. c) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não apresentado provas quanto as alegações de que as operações foram registradas e apurado o imposto corretamente. Infrações 2, 3 e 4 subsistentes. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Não apresentado provas quanto ao recolhimento. Demonstrativos evidenciam o cálculo do imposto em consonância com a legislação tributária. Infração 5 procedente. 7. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Não comprovada a alegação de que os documentos fiscais foram escriturados extemporaneamente. Infrações 6 e 7 procedentes. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTA. FALTA DE ENTREGA. a) NO PRAZO REGULAMENTAR. Documentos juntados ao processo comprovam que os arquivos magnéticos foram entregues no prazo regulamentar e que foi atendida a intimação que corrigiu os arquivos. Infração 8 improcedente. b) COM INCONSISTÊNCIAS. Intimações juntadas aos autos comprovam que os arquivos magnéticos foram apresentados com inconsistências e

cabível a aplicação da multa prevista no art. 42, XIII-A, “m”, ITEM 3. Infração 9 procedente. Indeferido o pedido de realização de perícia ou diligência fiscal. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2019 exige tributos no valor de R\$ 118.849,38 em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.06. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária (2016/2018) - R\$ 18.481,67. Multa 60%.

INFRAÇÃO 02 – 04.05.02. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2014, 2015 e 2017) - R\$ 28.145,93. Multa de 100%.

INFRAÇÃO 03 – 04.05.08. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documentação fiscal e consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2014, 2015, 2017) - R\$ 311,72. Multa de 100%.

INFRAÇÃO 04 – 04.05.09. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhados de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2014 e 2015) - R\$ 144,42. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 05 – 07.01.02. Efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação (2016 a 2018) - R\$ 21.690,11. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 06 – 16.01.01. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria, bem ou serviço sujeito a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor das mercadorias (2014 a 2017) – R\$ 3.639,39.

INFRAÇÃO 07 – 16.01.06. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviços tomados, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor (2017/2018) – R\$ 1.166,14.

INFRAÇÃO 08 – 16.14.02. Deixou de entregar arquivo eletrônico de Escrituração Fiscal Digital (EFD) magnético, nos prazos previstos na legislação tributária, sendo aplicada multa de R\$ 1.380,00 por arquivo não entregue (2014/2015) – R\$ 27.600,00.

INFRAÇÃO 09 – 16.14.07. Ocorrência de 61 a 100 divergências na escrituração da EFD no período de apuração, que não caracteriza omissão, sendo aplicada multa de R\$ 1.380,00 por arquivo (2016/2017) – R\$ 17.940,00.

O autuado apresentou impugnação (fls. 295 a 318), por meio do advogado Fábio Roberto Correa Castro OAB/SP 183.866, inicialmente ressalta a sua tempestividade e preliminarmente ressalta que o lançamento versa sobre fatos atingidos pela decadência, o que impõe a decretação da nulidade parcial.

Diz que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 07/10/2019, estando atingidos pela decadência, nos termos do artigo 150, § 4º, do CTN, conforme entendimento do STJ (AgRg no REsp: 1318020 RS - 2012/0069993-3), visto que os lançamentos foram declarados ao fisco, possibilitando realização do trabalho fiscal e não se enquadra nas situações de dolo, fraude e simulação, o que afasta a contagem do prazo pela regra contida no art. 173, I do CTN.

No mérito, quanto a infração 1, que acusa crédito indevido do ICMS relativo a mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, afirma que ao examinar a legislação constatou que parte das mercadorias não está relacionada no Anexo I do RICMS/BA: SMATSU MASSAGE BED NCM 9019.10.00; SHARK PROFESSIONAL CLEAN 110V NCM 8516.79.90; POLTRONA MASSAGEADORA INFINITY LIFE RELAXMEDIC NCM 9019.10.00.

Com relação às mercadorias relacionadas no Anexo I, cujo crédito do imposto foi aproveitado, alega que não pode ser apenado, em razão da decisão do RE nº 593.849 (fl. 300) em que o STF manifestou sobre o conceito de “definitividade” do regime da ST, na cobrança do ICMS por substituição tributária para “frente”, indicando que a tributação do referido imposto deve incidir pelo valor efetivamente praticado na operação e não sobre a base presumida.

Entende que se aplicado ao presente caso, legitima o creditamento aproveitado nas entradas, relativo às mercadorias que foram tributadas nas saídas sobre os valores efetivamente praticados nas operações. Requer que seja cancelada a infração.

Com relação a infração 2 (omissão de saídas/auditoria de estoques), inicialmente alega que a infração é amparada por demonstrativos incompletos, pois foi apurada por levantamento fiscal, sem considerar o regime tributário de cada mercadoria, fundamento legal, base de cálculo, alíquota aplicada, com demonstrativos que indicam supostas saídas omitidas, apenas com indicação de estoques iniciais, entradas, saídas, estoques finais das mercadorias e uma suposta base de cálculo do imposto.

Entende que tendo identificado a regular escrituração das notas fiscais de entrada, não pode deixar de indicar o regime de tributação das mercadorias, o fundamento legal, faltando os requisitos essenciais para lavratura do auto de infração, inviabilizando a defesa, convertendo em infração meramente formal relativa a emissão de documentos de saída, que provavelmente se deu com código equivocado, sem considerar que a quase totalidade das mercadorias vendidas foram tributadas nas saídas, com tributação integral e antecipada por substituição tributária, ignorando o regime específico de tributação de cada mercadoria.

Argumenta que o levantamento englobado de estoques não pode prevalecer e sim de forma individualizada, segundo o regime tributário, motivo pelo qual requer cancelamento da infração, considerando a iliquidez, incompletude do levantamento fiscal, que não indica como se chegou ao imposto devido, nem por valores e nem pelo fundamento legal pertinente.

Subsidiariamente, requer que sejam apartadas e canceladas as exigências de imposto relativas a mercadorias já tributadas antecipadamente por ST.

Ressalta ainda, que as infrações por levantamentos fiscais esbarram em vício, em razão dos códigos dos produtos, visto que as infrações 8 e 9 acusam não entrega da EFD (2014 e 2015) e a EFD entregue com problemas de identificação de códigos de mercadorias (2016 e 2017).

Questiona, como se pode relacionar entradas, saídas, estoques iniciais e finais, individualizadas por códigos de produtos e concluir pela omissão de saídas justamente em períodos para os quais o fisco afirma que não ter a EFD do contribuinte.

Diante das circunstâncias apontadas nas infrações 8 e 9, aliado à falta de identificação do regime tributário de cada mercadoria, requer cancelamento da infração 2 ou, autorizar a realização de perícia que confirme que há meros vícios formais de escrituração, sem omissão de saídas da tributação.

Com relação às infrações 3 e 4, reapresenta os argumentos da infração anterior, sobre a falta de individualização específica por mercadoria, generalizando valores totais de entradas, saídas, estoques finais e iniciais, que inviabiliza a defesa, bem como influência das inconsistências apontadas nas infrações 8 e 9.

Requer a realização de perícia para confirmar a impossibilidade de levantamento fiscal face as inconsistências das infrações 8 e 9.

Quanto a infração 5 (recolhimento a menor do ICMS-ST), alega que se faz acompanhar de planilhas, sem indicação do fundamento legal ou regulamentar de onde teria extraído os números de MVAs e valores de pauta que utilizou para o cálculo do tributo, o que nulifica a autuação, por não identificar a matéria tributável que é requisito essencial para lavratura do auto de infração e inviabiliza a defesa do contribuinte.

Argumenta que sempre calculou o ICMS devido por substituição tributária na forma que determina a LC 87/96, o que denota a incorreção do lançamento, visto que não aponta quais erros teriam sido cometidos e que justificaria considerar que as operações foram tributadas a menor. Requer o seu cancelamento.

Relativamente às infrações 6 e 7 (falta de escrituração de notas fiscais/multa), argumenta que diante das ponderações sobre as infrações 8 e 9, que acusa falta de entrega da EFD (2014 e 2015), não pode identificar falta de registro de uma nota fiscal e se consideradas as inconsistências nas EFDs de 2016 e 2017, também não se pode apontar omissão de escrituração de nota fiscal específica. Requer cancelamento da infração dado a incompatibilidade com as infrações 8 e 9.

Subsidiariamente, requer que caso prevaleça alguma cobrança, considerar que a não escrituração de NFes não incorreu em falta de pagamento de imposto, nem dolo, fraude ou simulação. Motivo pelo qual justifica-se a aplicação do disposto no art. 158 do RPAF/BA, cancelando ou reduzindo a multa aplicada.

Quanto a infração 8 (falta de transmissão dos arquivos da EFD), ressalta que § 2º do art. 250 do RICMS/BA, prevê que o contribuinte deve transmitir arquivo de EFD, até o dia 25 do mês subsequente ao período de apuração e que examinando as “fotos das telas do Receita BX”, conforme reprodução de fl. 314, a acusação é totalmente improcedente, visto que os arquivos foram transmitidos mensalmente nos anos de 2014 e 2015, dentro do prazo fixado pela legislação.

Afirma que tendo transmitido todos os arquivos antes do dia 25 do mês subsequente ao período de apuração, a infração deve ser cancelada ou realizado perícia para confirmar através de consulta, as datas de entrega dos arquivos.

Relativamente à infração 9, inicialmente ressalta que os arquivos EFD por exigência do sistema da SEFAZ e RFB passam por validação que aponta inconsistências e tendo sido entregues, e não indicadas pelo validador, é equivocada a acusação fiscal, que tem como suporte apenas um “TERMO DE INTIMAÇÃO PARA CORREÇÃO DE ARQUIVOS DA EFD”, que não indica quem teria recebido pela empresa, o que desconstitui a infração.

E caso entenda que existem os erros na EFD, são meramente formais, como pode ser esclarecido pelas perícias relativas as infrações 2 a 4 e no caso concreto deve ser aplicado o disposto no artigo 158 do RPAF/BA, cancelando ou reduzindo a multa, por não haver dolo, fraude ou simulação.

Por fim, requer acolhimento da impugnação, para reconhecer a decadência parcial do lançamento, e no mérito, julgar improcedente as infrações impugnadas, relevação ou redução das multas aplicadas em decorrência de obrigação acessória e determinação para realização de perícia fiscal.

O autuante presta informação fiscal (fls. 441/445), inicialmente discorre sobre as infrações, as alegações defensivas e quanto ao instituto da decadência, afirma que tendo sido cientificado do lançamento em 07/10/2019, não deve prosperar visto que o “CTN prevê o prazo decadencial de 05 (cinco) anos”.

No mérito, quanto a infração 1, reconhece que assiste razão das alegações defensivas e refez os demonstrativos que junta a informação fiscal.

Quanto as infrações 2, 3 e 4, afirma que o levantamento fiscal foi elaborado com base na escrituração fiscal do estabelecimento autuado, com identificação das mercadorias por código e NCM, cujos demonstrativos foram fornecidos ao defensor (fls. 20 a 24).

Salienta que o levantamento quantitativo dos estoques foi feito por mercadorias, de forma individualizada, com identificação das quantidades por nota fiscal de entrada, saídas e não procede o argumento de que teve dificuldade de identificar a situação de cada produto no levantamento fiscal.

Relativamente à infração 5, no tocante a alegação de falta de fundamento legal e origem das MVAs, informa que as planilhas foram elaboradas utilizando o Sistema de Auditoria Fiscal (SIAF), cujos cálculos, MVAs e alíquotas são utilizadas pelo sistema oficial da SEFAZ/BA.

No tocante às infrações 6 e 7, afirma que as multas aplicadas são previstas nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, cujas cópias dos DANFEs junta com a informação fiscal, para robustecer a infração.

Quanto às infrações 8 e 9, ressalta que as multas aplicadas estão capituladas no art. 42 XIII-A, “I” e “m” do RICMS/BA, por o contribuinte apresentar a EFD fora do prazo regulamentar, bem como sem as informações fiscais exigidas pela legislação, o que ocorreu na situação em questão.

Requer que o auto de infração seja julgado parcialmente procedente.

A Inspetoria Fazendária expediu intimações para a Sociedade de Advogados e para a empresa, para tomar conhecimento da informação fiscal, inclusive fornecendo cópia das fls. 440 a 767, concedendo prazo de dez dias para se manifestar (fls. 773/774), não tendo se pronunciado no prazo concedido.

VOTO

O auto de infração acusa o cometimento de nove infrações, tendo o sujeito passivo alegado ocorrência de decadência de um modo geral em todas infrações, invocando a aplicação do art. 150, § 4º do CTN, observo que tendo sido cientificado da autuação em 07/10/2019, não se aplica às infrações 1, 5, 7 e 9 que se reportam a ocorrências verificadas relativas aos exercícios de 2016 a 2018, tendo em vista que não incorreram em prazo maior que cinco anos dos fatos geradores.

Portanto, a apreciação do pedido reporta-se às infrações 2, 3, 4, 6 e 8, que registra ocorrências no exercício de 2014.

Constatou que as infrações 2, 3 e 4 referem-se à exigência de ICMS com data de ocorrências de 31/12/2014, decorrem de apuração de omissão de saída de mercadorias (2), falta de recolhimento do imposto por responsabilidade solidária (3) e de imposto devido por antecipação (omissão de entrada) apurado em levantamento quantitativo de estoques. Nestes casos, tendo sido cientificado da autuação em 07/10/2019, observo que conforme orientação contida no Incidente de Uniformização nº 2016.194710, da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS) incorre em situação de débito não declarado e não pago (não registro de entrada e saída de mercadorias), e aplica-se o disposto no art. 173, I do CTN, cujo prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte, ao que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento não há o que ser homologado. Portanto, não se aplica às infrações 2, 3 e 4.

Com relação às infrações 6 e 8, a primeira aplica multa por descumprimento de obrigação acessória (entrada de mercadoria, sem o registro na escrita fiscal) e a segunda refere-se a aplicação de multa, também por descumprimento de obrigação acessória, por ter deixado de entregar arquivo eletrônico da EFD. Dessa forma, o entendimento prevalecente nas decisões do CONSEF é de que o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º do CTN. Na situação em questão, não se submetem ao regramento do art.

150, § 4º do CTN, tendo em vista que 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. Em decorrência, se submetem 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 31/12/2020, para formalizar o lançamento de ofício.

Inicialmente, consoante o art. 147, inciso II, alínea “b” do RPAF/99, fica indeferido o pedido formulado pelo defendant para a realização de perícia fiscal, por considerá-la desnecessária, em vista das provas produzidas nos autos, tendo em vista que o art. 150, II do RPAF/BA, indica que a perícia deve ser determinada para esclarecer fatos, por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada e na situação presente foram juntados demonstrativos elaborados com base em dados coletados na Escrituração Fiscal Digital (EFD) do próprio estabelecimento autuado e não há necessidade de requisitar laudo “por pessoa com reconhecida experiência técnica na matéria questionada” para fornecer opinião, em face dos quesitos formulados.

Da mesma forma, observo que de acordo com o art. 150, I do RPAF/BA, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado. Indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, “b” do mencionado diploma legal, tendo em vista que o seu pedido, objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que são de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não ocorreu.

No mérito, em relação à infração 1 (crédito indevido/ST), o defendant alegou que parte das mercadorias não estava relacionada no Anexo I do RICMS/BA e que em conformidade com a decisão do RE nº 593.849, proferida pelo STF, deveria ser reconhecido o crédito fiscal escriturado.

Com relação a segunda alegação, observo que a mencionada decisão manifesta entendimento de que tendo sido pago o ICMS-ST com base de cálculo presumida (adição de MVA), é cabível a restituição da diferença do ICMS pago a mais em relação a operação efetiva subsequente, ou seja, se o contribuinte pagou o ICMS-ST, com adição de uma margem de valor agregado, que resultou em um valor X, se na fase subsequente resultou em valor da operação menor que a base de cálculo presumida (X-Y), cabe a restituição do valor que foi pago a mais. Portanto não se aplica a situação em questão, visto que há vedação expressa na legislação (art. 390 do RICMS/BA).

No tocante ao primeiro argumento, observo que o autuante reconheceu na informação fiscal, que parte das mercadorias não estava enquadrada no regime da ST no período fiscalizado. Neste caso, inexistindo controvérsia, acato os demonstrativos de fls. 446, 453 e 458, conforme reproduzido abaixo.

Infração 1		446	453	458							
Data Ocorr	Data Venceto	Autuado	Julgado	Data Ocorr	Data Venceto	Autuado	Julgado	Data Ocorr	Data Venceto	Autuado	Julgado
31/01/16	09/02/16	744,79	124,51	31/01/17	09/02/17	317,33	72,56	31/01/18	09/02/18	245,64	112,31
29/02/16	10/02/16	324,70	36,63	28/02/17	09/03/17	399,27	137,33	28/02/18	09/03/18	509,31	47,35
31/03/16	11/02/16	365,52	66,40	31/03/17	09/04/17	353,59	52,00	31/03/18	09/04/18	481,09	38,99
30/04/16	12/02/16	880,18	86,74	30/04/17	09/05/17	515,85	13,44	30/04/18	09/05/18	360,02	54,65
31/05/16	13/02/16	1.368,32	201,65	31/05/17	09/06/17	1.149,86	84,52	31/05/18	09/06/18	210,15	148,58
30/06/16	14/02/16	515,88	182,28	30/06/17	09/07/17	349,43	146,73	30/06/18	09/07/18	281,84	165,92
31/07/16	15/02/16	498,33	43,20	31/07/17	09/08/17	117,02	9,04	31/07/18	09/08/18	929,19	150,82
31/08/16	16/02/16	1.029,82	56,10	31/08/17	09/09/17	396,89	56,47	31/08/18	09/09/18	1.030,70	135,65
30/09/16	17/02/16	728,42	51,46	30/09/17	09/10/17	362,30	120,51	30/09/18	09/10/18	138,63	42,00

31/10/16	18/02/16	693,68	199,79	31/10/17	09/11/17	374,45	76,07	31/10/18	09/11/18	273,02	50,66
30/11/16	19/02/16	126,94	54,60	30/11/17	09/12/17	509,73	10,83	30/11/18	09/12/18	528,88	55,06
31/12/16	20/02/16	719,72	312,64	31/12/17	09/01/18	528,50	34,71	31/12/18	09/01/19	122,68	23,67
Total		7.996,30	1.416,00	Total		5.374,22	814,21	Total		5.111,15	1.025,66
											18.481,67 3.255,87

Observo que no demonstrativo refeito, o autuante incluiu na fl. 458, o valor de R\$ 46,44 relativo ao mês 02/2019. Como não houve exigência fiscal no demonstrativo original relativo a este mês, não foi incluído no demonstrativo acima, visto que não pode ser feito nesta fase processual.

A infração 1 fica reduzida do valor exigido de R\$ 18.481,67 para R\$ 3.255,87. Infração procedente em parte.

No tocante a infração 2, o sujeito passivo alegou que os demonstrativos não consideraram o regime tributário de cada mercadoria, fundamento legal, base de cálculo, alíquota aplicada. E também, que nas infrações 8 e 9 foram constatadas irregularidades na EFD apresentada que repercutiram na aplicação do roteiro de auditoria dos estoques e que deveriam ser apartadas as mercadorias tributadas antecipadamente.

Observo que os demonstrativos analíticos e sintéticos de fls. 49 a 177 relativos ao roteiro de levantamento quantitativo de estoques, apurou omissão de saída de mercadorias tributáveis (regime normal) relativa aos exercícios de 2014, 2015 e 2017, portanto não procede o argumento de que deva separar as mercadorias já tributadas antecipadamente, mesmo porque não foi apresentada nenhuma prova neste sentido.

Quanto ao argumento de que as infrações 8 e 9 acusam não entrega da EFD (2014 e 2015) e a EFD entregue com problemas de identificação de códigos de mercadorias (2016 e 2017), observo que com relação a infração 8, o sujeito passivo juntou à fl. 323, cópia espelho da entrega no prazo do arquivo SPED e em atendimento as intimações juntadas às fls. 237 a 255 de 26/04/2019, fez entrega dos arquivos retificados em 29/05/2109, conforme recibos juntados às fls. 256 a 288, que foram utilizados na aplicação do roteiro de auditoria de estoques que culminou na lavratura do auto de infração em 30/09/2019.

Pelo exposto, não tendo sido apresentada qualquer prova de inconsistências de dados no levantamento fiscal em relação aos escriturados na EFD, fica refutado tal argumento.

Em se tratando de levantamento quantitativo de estoques, a fiscalização tomou como base no desenvolvimento do roteiro da auditoria aplicada, as quantidades registradas dos estoques (inicial e final dos exercícios) no livro Registro de Inventário por item de mercadorias, adicionou as quantidades adquiridas, consignadas nas notas fiscais de compras e deduziu as saídas constantes dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte, tendo exigido ICMS sobre as diferenças apuradas. Esse procedimento seguiu a orientação contida na Port. 445/1998, inclusive apurando a base de cálculo com base nos preços médios praticados no último mês do exercício fiscalizado (art. 13, I da Port. 445/98).

Portanto, tendo sido elaborados demonstrativos com base nos documentos fiscais devidamente escriturados pelo estabelecimento autuado, com a entrega das cópias dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, caberia ao impugnante juntar com a defesa demonstrativos e provas capazes de elidir a acusação.

Ressalte-se que de acordo com o art. 123, § 1º do RPAF/BA, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração, devendo a matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide alegada de uma só vez.

Como nada foi apresentado com a defesa, deve ser admitida como verídica a acusação tendo em vista a não apresentação de provas quanto à alegação de que não houve cometimento de qualquer irregularidade. Infração 2 totalmente procedente.

No que se refere às infrações 3 e 4, foram apresentados os mesmos argumentos relativos à infração 2.

Observo que a infração 3 apura omissão de entrada de mercadorias, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques que foi exigido ICMS por solidariedade e na infração 4, por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária foi adicionado a MVA e exigido o ICMS-ST devido por antecipação.

Tendo reapresentado os mesmos argumentos da infração 2, é válida a mesma apreciação feita em relação a estas infrações e procedentes as infrações 3 com valor de R\$ 311,72 e 4 com valor de R\$ 144,42.

Relativamente à infração 5 (recolhimento a menor do ICMS-ST), o impugnante alegou que as planilhas não indicam o fundamento legal, origem do percentual das MVAs e valores de pauta utilizados e não aponta erros que indiquem recolhimento a menor.

Constatou que os demonstrativos sintéticos de fls. 178, 182 e 186 consolidam a apuração nos demonstrativos analíticos. Tomando por exemplo o mês 01/2016 (fl. 179) indica que o produto SMART LID consignado na NFe 322486 com valor de R\$ 97,65 com MVA% de R\$ 107,29 resultou em base de cálculo de R\$ 202,42, sobre a qual foi aplicado a alíquota interna de 17% e deduzido o crédito fiscal destacado na NFe de R\$ 3,91 resultando em valor devido de R\$ 30,50.

Da mesma forma, os demais produtos foram relacionados nos demonstrativos de fls. 179 a 190 foram calculados, os quais foram fornecidos ao autuado.

Pelo exposto, ao contrário do que foi alegado, os demonstrativos evidenciam o cálculo dos valores apurados, a descrição da infração indica ter recolhido a menor o ICMS-ST, e indica o enquadramento legal (art. 8º, II e § 3º do art. 23 da Lei 7.014/96 cc art. 289 do RICMS/BA).

Como o levantamento fiscal foi feito com dados contidos na EFD do estabelecimento autuado, o mesmo pode verificar na sua própria escrituração fiscal a veracidade da afirmação por parte do autuante, nos termos do art. 143 do RPAF/BA, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Infração 5 totalmente procedente.

No que se refere as infrações 6 e 7, que aplica multa de 1% sobre o valor das NFe não escrituradas na EFD, o impugnante alega que deveriam ser consideradas as ponderações relativas às infrações 8 e 9, que acusa falta de entrega e inconsistências na EFD (2014, 2015, 2016 e 2017) e pediu o cancelamento ou redução.

No tocante à primeira alegação, observo que os demonstrativos de fls. 191 a 227, indicam as chaves e números das NFes, CNPJ dos fornecedores e valor das operações. Portanto, não tendo apresentado qualquer prova relativa à escrituração das NFes na EFD, restou caracterizado o descumprimento do previsto nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA e cabível a aplicação da multa prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/96.

Quanto a alegação relativa às infrações 8 e 9, observo que conforme apreciado na infração 2, o sujeito passivo juntou à fl. 323 cópias espelho da entrega do arquivo SPED e em atendimento às intimações juntadas às fls. 237 a 255 de 26/04/2019, fez entrega dos arquivos retificados em 29/05/2019, conforme recibos juntados às fls. 256 a 288. No tocante a infração 9, conforme intimações de fls. 242 a 255 indicam inconsistências relativas a alíquotas, diferença de item, conversão de unidades, códigos de itens entre outros, que não configuram falta de escrituração.

Em relação ao argumento de que não incorreu em falta de pagamento de imposto, nem dolo, fraude ou simulação, observo que ao não registrar a nota fiscal, implica em não escrituração contábil da contrapartida da conta fornecedores (a prazo) ou pagamento pelo caixa (à vista), portanto mesmo que não caracterize dolo ou simulação, o não registro do pagamento da operação não registrada, pode incorrer também em não registro da receita que foi utilizada no pagamento

da mercadoria adquirida e não registrada. Por isso, não acolho tal argumento e ainda que o art. 158 do RPAF/BA foi revogado pelo Dec. 19.384/2019.

Infrações 6 e 7 totalmente procedentes.

Relativamente a infração 8, que aplica multa no valor de R\$ 1.380,00 por falta de entrega do arquivo eletrônico da EFD no prazo regulamentar, o contribuinte alegou na sua defesa que transmitiu os arquivos dentro do prazo, conforme cópia espelho das telas de consulta da Receita Federal.

O autuante na informação fiscal afirmou que as multas aplicadas foram capituladas no art. 42, XIII-A, “l” e “m” da Lei 7.014/1996, “Ressaltando que elas devem ser aplicadas no caso de o contribuinte apresentar a EFD fora do prazo regulamentar, assim como as informações exigidas na legislação, o que ocorreu no presente caso”.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que o autuante juntou às fls:

- i) 237 a 255 intimações datadas de 26/04/2016 para “correção de arquivos da EFD” relativo a diversos meses, indicando as inconsistências verificadas;
- ii) 256 a 288 recibos de entregas de EFD (Remessa de arquivo substituto) relativo a diversos meses, que foram entregues em 29/05/2019.

Por sua vez o autuado juntou à fl. 323, cópia de consulta de entrega no sistema da Receita Federal, relativa a todos os meses que foi aplicada multa, cujas entregas foram feitas no prazo regulamentar.

Observo que o período fiscalizado (2014/2015), o art. 42, XIII-A, “l” da Lei 7.014/96 apresentava a seguinte redação:

I) R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada; Nota: A redação atual da alínea “l” do inciso XIII-A do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15.

Redação anterior dada à alínea “l” do inciso XIII-A do caput do art. 42 pela Lei nº 12.917, de 31/10/13, DOE de 01/11/13, efeitos de 01/11/13 a 10/12/15:

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

Pelo exposto, constato que o sujeito passivo apresentou os arquivos magnéticos no prazo regulamentar, e tendo sido intimado, fez a entrega dos arquivos retificados, conforme documento de fl. 323 que não foi contestado objetivamente na informação fiscal (fl. 445). Portanto, totalmente improcedente a infração 8.

Quanto a infração 9, que aplica multa no valor de R\$ 1.380,00 em cada mês com entrega de arquivos com inconsistência, observo que conforme anteriormente apreciado, nas fls. 237 a 255 foram juntadas intimações datadas de 26/04/2016 indicando as inconsistências verificadas (descrição diferente de item; não informação de fator de correção; falta de código de itens; descrição de item diferente do Registro 220, entre outros ...).

Portanto, cabível a aplicação da multa pela ocorrência de divergências na escrituração da EFD que não se caracterizem como omissão, em cada período de apuração (art. 42, XIII-A, “m”, ITEM 3) com valor de R\$ 1.380,00 na hipótese da ocorrência de 61 (sessenta e uma) a 100 (cem) divergências.

Ressalto ainda que ao contrário do que foi alegado, a simples entrega dos arquivos da EFD que passa pelo validador não significa que inexista inconsistências. Na situação presente a

fiscalização juntou ao processo as intimações para correção de inconsistências (fls. 237 a 255), que faz prova das mesmas.

É valida a mesma apreciação da infração 8 com relação ao pedido de cancelamento ou redução da multa.

Infração 9 totalmente procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, com redução do débito da infração 1 e improcedência da infração 8, conforme demonstrativo abaixo.

Infração	Autuado	Devido	Situação
1	18.481,67	3.255,87	Procedente em parte
2	28.145,93	28.145,93	Procedente
3	311,72	311,72	Procedente
4	144,42	144,42	Procedente
5	21.690,11	21.690,11	Procedente
6	3.369,39	3.369,39	Procedente
7	1.166,14	1.166,14	Procedente
8	27.600,00	0,00	Improcedente
9	17.940,00	17.940,00	Procedente
Total	118.849,38	76.023,58	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207160.0002/19-5**, lavrado contra **POLIMPORT – COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 53.548,05**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 25.090,40 e de 100% sobre R\$ 28.457,65, previstas no art. 42, II “d”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa fixa com valor de **R\$ 22.475,53**, prevista no art. 42, IX e XIII-A, “l” e “m” da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2022.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR