

A. I. Nº - 272041.0001/20-1
AUTUADO - S & D FLORESTAL BIOENERGIA LTDA
AUTUANTE - PAULO NOGUEIRA DA GAMA
ORIGEM - INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26/10/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0185-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. Retificação extemporânea de EFD sem valor jurídico. Contribuinte sob ação fiscal. Infração subsistente. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR. a) OPERAÇÕES ESCRITURADAS.** Infração elidida mediante comprovação de composição do valor em parcelamento deferido antes da ação fiscal. Infração insubsistente. **b) DIFERENÇA ENTRE ALÍQUOTAS INTERNAS E INTERESTADUAIS.** Infração expressamente reconhecida. **3. RECOLHIMENTO A MENOS.** Infração expressamente reconhecida. **4. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS APURADA DE ENTRADAS NÃO REGISTRADAS.** Ainda que objeto de diligência fiscal, o autuante não se desincumbiu do ônus de provar a acusação fiscal. Infração nula por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança o seu cometimento. Recomendada novo procedimento fiscal, conforme art. 156 do RPAF. **5. MULTA. ENTRADA DE MERCADORIA OU SERVIÇO TOMADO SEM REGISTRO NA ESCRITA FISCAL.** O Impugnante expressamente reconhece o cometimento da infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 26/05/2020, para exigir o valor total de R\$138.922,19, com as seguintes imputações:

Infração 1 – 01.02.40 – Uso indevido de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento (s) fiscal (is). Valor: R\$ 20.624,81. Período: Julho 2018. Enquadramento legal: Arts. 29 e 31, da Lei 7014/96 c/c art. 309, § 6º do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, VII, “a” da Lei 7014/96.

Infração 2 – **02.01.01.** Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor: R\$ 50.475,71. Período: Dezembro 2018. Enquadramento legal: Arts. 2º, I e 32 da Lei 7014/96 c/c art. 332, I do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “f” da Lei 7014/96.

Infração 3 - 03.02.02 – Recolheu ICMS a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$ 3.152,21. Período: Junho, Julho e agosto 2018. Enquadramento legal: Arts. 15, 16 e 16-A do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

Infração 4 - **05.05.01.** Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas. Valor: R\$ 39.276,62. Período: Março, Agosto, Setembro, Outubro e Dezembro 2018. Enquadramento legal: Art. 4º, § 4º da Lei 7014/96. Multa: 100%, art. 42, III da Lei 7014/96.

Infração 5 - 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Valor: R\$ 16.274,58. Período: Junho 2018. Enquadramento legal: Art. 4º, XV, da Lei 7.014/96 c/c art. 305, § 4º, III, “a” do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, II, “f” da Lei 7.014/96.

Infração 6 – **16.01.06.** Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: R\$9.118,26. Período: Janeiro a Dezembro 2018. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247 da Lei 7014/96. Multa: 1%, art. 42, IX da Lei 7014/96.

O autuado Impugna o lançamento às fls. 39-42. Após relatar os fatos passa a contestar:

Infração 1

Diz não subsistir na integralidade. Alega que “muito embora a nota fiscal tenha sido emitida a nota de devolução na sua forma total e não parcial, gerando crédito não devido, a escrituração foi retificada no SPED e recolhido o valor do crédito, com pagamento na razão de R\$ 24.769,53”, conforme provam os documentos anexos.

Fala que a retificação no SPED foi realizada e o pagamento efetuado em 26/05/2020, portanto, ante da notificação do auto de infração, não havendo falar em infração por utilizar crédito fiscal, razão pela qual a infração deve ser declarada insubsistente.

Infração 2

Também diz não subsistir na integralidade porque o débito integrou parcelamento em 28/08/2019, conforme provam documentos em anexo.

Reproduz o art. 99-A, § 1º, III, relativo a denúncia espontânea antes do início da ação fiscal, de modo a ser declarada a exclusão da penalidade, bem como do valor da Infração.

Infração 3

Diz que embora aplicável a penalidade o contribuinte tem direito à redução em 70% nos termos do art. 45, I da Lei 7014/96, requerendo seja expedido o DAE para recolhimento da exação.

Infração 4

Também diz não subsistir na total penalidade pois as saídas foram informadas mediante escrituração fiscal extemporânea no SPED Fiscal nas datas aprazadas nos relatórios anexos, não cabendo falar em omissão quando as escriturações se deram antes do início da ação fiscal.

Diz importante considerar que o tipo infracional “omitir” foi convalidado pela escrituração fiscal extemporânea no SPED antes do início do procedimento fiscal.

Infração 5

Diz que embora aplicável a penalidade o contribuinte tem direito à redução em 70% nos termos do art. 45, I da Lei 7014/96, requerendo seja expedido o DAE para recolhimento da exação.

Infração 6

Diz que embora aplicável a penalidade o contribuinte tem direito à redução em 70% nos termos do art. 45, I, da Lei 7014/96, requerendo seja expedido o DAE para recolhimento da exação.

Concluindo, pede:

- a) Seja declarada a insubsistência, *in totum*, das infrações 01, 02 e 04;
- b) Seja concedida a redução de 70% da penalidade aplicada nas infrações 03, 05 e 06, requerendo seja expedido o DAE para recolhimento;
- c) Que não se inscreva os débitos confessados em dívida ativa.

O autuante presta informação fiscal às fls. 97-99 na seguinte ordem:

Infração 1

Que a alegação defensiva não procede porque a Intimação Fiscal iniciando a fiscalização via DTE código de mensagem nº 160700 foi postada e lida em 25/05/2020, de modo que quando a retificação da EFD no SPED ocorrida em 26/05/2020 a empresa já estava sob fiscalização. Logo, não cabe falar em recolhimento espontâneo, conforme art. 26 do RPF, reproduzido.

Infração 2

Diz que a infração não deve subsistir pois a empresa autuada comprovou o recolhimento da obrigação tributária de modo espontâneo mediante PAF de parcelamento nº 850004130192 (anexo), antes do início da ação fiscal.

Infração 3

Informa que o Impugnante reconhece o cometimento da infração.

Infração 4

Diz não assistir razão ao Impugnante em sua alegada escrituração fiscal extemporânea, pois não observou os artigos 314 e 315 do RICMS-BA/2012, reproduzidos.

Infração 5

Informa que o Impugnante reconhece o cometimento da infração.

Infração 6

Informa que o Impugnante reconhece o cometimento da infração.

À fl. 114, consta o seguinte pedido de diligência à Infaz de origem:

“A Infração 4 se refere a cobrança de imposto tendo por fundamento e motivo a falta de registro das notas fiscais de entrada n°s 001.001.584 de 29/03/2018, 000.223.305 de 17/03/2018, 000.143.180 de 06/08/2018, 000.044.825 de 23/08/2018, 000.143.181 de 06/06/2018, 000.548.098 de 13/08/2018, 000.015.273 de 17/09/2018, 000.004.390 de 06/09/2018, 000.655.021 de 10/10/2018 e 000.000.081 de 13/12/2018, conforme demonstrativo de fl. 24 e cujos DANFES constam autuados às fls. 25-34.

Tendo em vista a cobrança de IMPOSTO e haverem duas penalidades que, conforme o caso, aplicam-se à falta de registro de entradas de mercadorias ou bens na escrita do contribuinte (Lei 7014/96: Art. 42, inciso III, “d” ou inciso IX), na sessão de pauta suplementar de maio 2021, esta 2ª JJF decidiu converter o PAF em diligência à Infaz de Origem para:

Autuante

- a) Informar qual a escrituração do contribuinte (se contábil ou fiscal) fundamentou para exigir o valor da Infração 04;
- b) Prestar Informação Fiscal a respeito da diligência.

Por consequência, o autuante presta Informação Fiscal dizendo ter intimado a autuada via DTE com entrega de cópia do pedido da diligência, mas ela não se manifestou, de modo que, diz, “como a empresa não exerceu o seu direito de defesa ou, de outra forma, não observou a boa-fé objetiva processual o FISCO/BA”, ao seu ver, “deve aplicar a alíquota de 18% (dezoito por cento), uma vez que foi intimada a apresentar escrita fiscal/contábil (DTE)”.

À informação, anexou um extrato do SIAF que relaciona NF-es, dentre as quais, as que são objeto da exação, que denomina “a relação de Ativos Ocultos base para a aplicabilidade da referida alíquota extraída do SIAF”, mas que em seu cabeçalho informa se tratar do pacote de dados PA-11- Cruzamento EFD vs NFE’s.

Conclui mantendo a exação pela Infração 04.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$138.922,19, acusando o cometimento de 06 (seis) infrações.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos de fls. 36 e 37, bem como do que se percebe do teor da peça defensiva, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46 do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 08-15 e CD de fl. 16); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Por não terem sido objeto de contestação, às infrações 03, 05 e 06 se aplica a disposição do art. 140 do RPAF:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Infrações subsistentes.

Não havendo questionamento preliminar a ser apreciado, de logo observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF, ferramenta de auditoria de ICMS criado e desenvolvido por Auditores Fiscais da SEFAZ-BA com apoio do Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia – IAF, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre do confronto dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

Tem suporte probatório nos demonstrativos e documentos autuados (fls. 09-34 e CD de fl. 36), cujas planilhas, conforme a infração, identificam: NF, data de emissão, CNPJ, número, UF, CFOP, Código mercadoria e sua descrição, vlr item, BC, VlrICMS, Aliq. PercMulta, VlrDifal.

Conforme atestam os documentos de fls. 53-58 e informa o próprio autor do feito, o valor da exação pela Infração 2 (R\$ 50.475,71) compôs o valor parcelado de R\$ 297.961,99 relativo ao PAF 8500004130192, de modo que a infração resta elidida.

Para a Infração 1 (Utilização indevida de crédito fiscal), a alegação defensiva é que “muito embora a nota fiscal tenha sido emitida a nota de devolução na sua forma total e não parcial, gerando crédito não devido, **a escrituração foi retificada no SPED e recolhido o valor do**

crédito, com pagamento na razão de R\$ 24.769,53”, conforme provam os documentos de fls. 50-52. Aduziu que a retificação no SPED foi realizada e o pagamento efetuado em 26/05/2020, portanto, antes da notificação do auto de infração, não havendo falar em infração por utilizar crédito fiscal, razão pela qual a infração deve ser declarada insubsistente.

Sem embargo, tendo em vista que: **a)** a ocorrência do fato gerador se refere ao período julho 2018 e relativo às notas fiscais identificadas no demonstrativo de fl. 15; **b)** a tentativa de retificação da EFD foi realizada em 26/05/2020; **c)** o início da ação fiscal se deu em 25/05/2020, mesma data da ciência do início da mesma pelo sujeito passivo; **d)** os dispositivos legais abaixo transcritos e destacados (RICMS-BA/2012: Art. 249 e § 2º do art. 251; Ajuste SINIEF 02/2009: Inciso III da Cláusula décima terceira), não há guarida para a alegação defensiva no que se refere ao valor jurídico de retificação da Escrituração Fiscal Digital via SPED, pois efetuada após o início da ação fiscal da qual resultou o presente Auto de Infração.

RICMS-BA/2012:

Art. 249. O contribuinte obrigado à EFD deve observar o Ajuste SINIEF 02/09, além das Especificações Técnicas do Leiaute do Arquivo Digital e do Guia Prático da EFD-ICMS/IPI, previstos no Ato COTEPE/ICMS nº 44/19.

...

Art. 251. A retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009.

§ 1º A solicitação do contribuinte para retificação da EFD fora do prazo previsto na cláusula décima-terceira do Ajuste SINIEF 02/09 será encaminhado por meio do sistema informatizado da SEFAZ no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>.

§ 2º Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco.

Ajuste SINIEF 02/2009

Cláusula décima segunda O arquivo digital da EFD deverá ser enviado até o quinto dia do mês subsequente ao encerramento do mês da apuração.

Parágrafo único. A administração tributária da unidade federada poderá alterar o prazo previsto no caput

Cláusula décima terceira O contribuinte poderá retificar a EFD:

I - até o prazo de que trata a cláusula décima segunda, independentemente de autorização da administração tributária;

II - até o último dia do terceiro mês subsequente ao encerramento do mês da apuração, independentemente de autorização da administração tributária, com observância do disposto nos §§ 6º e 7º;

III - após o prazo de que trata o inciso II desta cláusula, mediante autorização da Secretaria de Fazenda, Receita, Finanças ou Tributação do seu domicílio fiscal quando se tratar de ICMS, ou pela RFB quando se tratar de IPI, nos casos em que houver prova inequívoca da ocorrência de erro de fato no preenchimento da escrituração, quando evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de sanear-la por meio de lançamentos corretivos.

§ 1º A retificação de que trata esta cláusula será efetuada mediante envio de outro arquivo para substituição integral do arquivo digital da EFD regularmente recebido pela administração tributária.

§ 2º A geração e envio do arquivo digital para retificação da EFD deverá observar o disposto nas cláusulas oitava a décima primeira deste ajuste, com indicação da finalidade do arquivo.

§ 3º Não será permitido o envio de arquivo digital complementar.

§ 4º O disposto nos incisos II e III desta cláusula não se aplica quando a apresentação do arquivo de retificação for decorrente de notificação do fisco.

§ 5º A autorização para a retificação da EFD não implicará o reconhecimento da veracidade e legitimidade das informações prestadas, nem a homologação da apuração do imposto efetuada pelo contribuinte.

§ 6º O disposto no inciso II do caput não caracteriza dilação do prazo de entrega de que trata a cláusula décima segunda.

§ 7º Não produzirá efeitos a retificação de EFD:

I - de período de apuração que tenha sido submetido ou esteja sob ação fiscal;

II - cujo débito constante da EFD objeto da retificação tenha sido enviado para inscrição em Dívida Ativa, nos casos em que importe alteração desse débito;

III - transmitida em desacordo com as disposições desta cláusula.

§ 8º No interesse da administração tributária e conforme dispuser a legislação da unidade federada, a retificação da EFD nas situações de que tratam os incisos I e II do § 7º poderá produzir efeitos.

Contudo, conforme prevê o art. 150, §§ 2º e 3º do CTN, comprovando-se o ingresso do recurso indicado nas cópias dos documentos de fls. 50-52, o pagamento do valor da exação deverá ser considerado e homologado, com a redução da multa nos termos do art. 45, I, da Lei 7014/96.

Infração subsistente

Infração 02 (**02.01.01**). Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor: R\$ 50.475,71).

Para essa infração, na oportunidade da Informação Fiscal de fl. 98, o autor do feito, reconhecendo sua improcedência, assim se expressa:

“A autuada comprova sua alegação de recolhimento espontâneo antes da ação fiscal. Débito constante do PAF nº 8500004130192 (anexo), Infração improcedente”.

Portanto, infração insubsistente.

A Infração 4 se refere a cobrança de imposto tendo por fundamento e motivo a **falta de registro das notas fiscais de entrada** nºs 001.001.584 de 29/03/2018, 000.223.305 de 17/03/2018, 000.143.180 de 06/08/2018, 000.044.825 de 23/08/2018, 000.143.181 de 06/06/2018, 000.548.098 de 13/08/2018, 000.015.273 de 17/09/2018, 000.004.390 de 06/09/2018, 000.655.021 de 10/10/2018 e 000.000.081 de 13/12/2018, conforme demonstrativo de fl. 24 e cujos DANFES constam autuados às fls. 25-34.

Contra essa infração a alegação defensiva é que, conforme identificadas na planilha de fls. 56-57 que acompanhou a Impugnação, as notas fiscais de saídas correspondentes às notas fiscais de entrada objeto da autuação foram emitidas no período 08/10/2018 a 28/12/2018 e que, embora de modo extemporâneo, constam escrituradas nas EFDs de janeiro, fevereiro e abril 2019, de modo que não caberia falar em omissão quando as escriturações se deram antes do início da ação fiscal e que o tipo infracional “omitir” foi convalidado pela escrituração fiscal extemporânea no SPED antes do início do procedimento fiscal.

Tendo em vista a cobrança de IMPOSTO, e haver duas penalidades para caso de omissão de registro de NF, cuja aplicação depende se a falta de registro ocorre na escrita fiscal ou contábil (Lei 7014/96: Art. 42, inciso III, “d” ou inciso IX), e considerando a acusação fiscal insuficientemente provada, o PAF foi baixado em diligência à Infaz de origem para esclarecimento dos fatos.

Contudo, mesmo tendo acesso ao Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, Módulo Fiscal (EFD) e Módulo Contábil (ECD), sem aprofundar na investigação para esclarecer e comprovar a acusação fiscal como requerido, o autuante se limitou a dar um mero opinativo para manutenção da exação, de modo que deixou configurar sua insegurança em relação à constituição do crédito referente à infração acusada, razão pela qual a tenho por nula, com fundamento no art. 18, inciso IV, “a” do RPAF:

Art. 18. São nulos:

...

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator

Sem embargo, recomendo seja analisada a pertinência de nova ação fiscal para conferir o cumprimento das obrigações fiscais do sujeito passivo no que diz respeito aos elementos relacionados à essa infração, inclusive atentando para as possibilidades de retificação de EFD com efeito ou sem efeito jurídico nos termos do Ajuste SINIEF 02/2009.

Infração nula.

Por fim, quanto ao pleito de redução de penalidade, observo que a possibilidade nos termos previstos no art. 45 da Lei 7014/96 consta informada em campo “REDUÇÃO DE MULTA” do Auto de Infração, cuja cópia foi disponibilizada ao sujeito passivo deste PAF.

Pelas razões acima expostas, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, excluindo-se do demonstrativo de débito original as infrações 2 e 4.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **272041.0001/20-1**, lavrado contra **S & D FLORESTAL BIOENERGIA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$40.051,60**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, “a”, “f”, e VII da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$9.118,26**, prevista art. 42, IX da Lei 7014/96, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2022

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR