

A. I. N° - 269198.0007/21-9
AUTUADO - DERMIVALDO SANTIAGO
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS RIZÉRIO
ORIGEM - DAT NORTE / INFAC CHAPA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/03/2023

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF N° 0018-04/23-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS BENEFICIADAS COM ISENÇÃO DO IMPOSTO. Comprovado que os registros na EFD se tratam de mercadorias isentas nas suas saídas. Item subsistente. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Comprovado que parte dos registros na EFD se tratam de mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Fase de tributação encerradas. Demonstrativo de débito alterado pelo agente Autuante em sede de diligencia fiscal. Item subsistente em parte. **2.** FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES TRIBUTADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. Razões de defesa não são capazes elidir a autuação. Item subsistente. **b.** OMISSÕES DE SAÍDAS. NOTAS DE CONSUMIDOR ELETRONICAS NÃO ESCRITURADAS. Razões de defesa não são capazes elidir a autuação. Item subsistente. **3.** RECOLHIMENTO A MENOS ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Razões de defesa não são capazes elidir a autuação. Item subsistente. Afastada as arguições de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 07/06/2021, constitui crédito tributário no valor de R\$ 143.168,05, conforme demonstrativos acostados às fls. 5 a 7 dos autos e CD/Mídia à fl. 10, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 001.002.003: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto no ano de 2020, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 10. Lançado ICMS no valor de R\$ 695,10, com enquadramento no art. 29, § 2º, da Lei 7.014/96, c/c art. 310, inciso I, alínea “a”, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 001.002.006: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária no ano de 2020, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 10. Lançado ICMS no valor de R\$ 2.757,80, com enquadramento no art. 9º e art. 29, § 4º, inciso II, da Lei 7.014/96, c/c art. 290, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa de 60% aplicada na forma do art. 42, inc. VII, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 – 002.001.003: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações como não tributadas, regularmente escrituradas no ano de 2020, conforme demonstrativo que faz parte

integrante do CD/Mídia de fl. 10. Lançado ICMS no valor de R\$ 44.869,71, com enquadramento no artigo 2º, inciso I e § 3º, e art. 23, da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inciso I, do RICMS/BA publicado pelo Decreto 13.780/2012, mais multa de 60% tipificada no inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 04 – 003.002.002: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no ano de 2020, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 10. Lançado ICMS no valor de R\$ 43.387,29, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 60% tipificada no inc. II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 05 – 005.005.003: Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente (s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios no ano de 2020, conforme demonstrativo que faz parte integrante do CD/Mídia de fl. 10. Consta de informações complementares tratar de ICMS destacadas em notas de consumidor eletrônicas não escrituradas. Lançado ICMS no valor de R\$ 51.458,15, com enquadramento nos art. 2º, inc. I, da Lei nº 7.014/96, mais multa de 100% tipificada no inc. III, do mesmo diploma legal.

O sujeito passivo, às fls. 14/27 dos autos, apresenta defesa administrativa, pelas razões que a seguir passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o n. 42.206.466/0001-98 com Inscrição Estadual sob o n. 094.453.430 sediada na Av. Senhor dos Passos, 152, Capim Grosso/BA, CEP 44.695-000, por meio de sua advogada regularmente constituída por instrumento particular de mandato anexo, vem, no prazo legal previsto no art. 123 do RPAF (Decreto n. 7.629/99) apresentar defesa em face do Auto de Infração acima epigrafado, requerendo desde já seja a presente defesa recebida e no mérito acolhida para declarar a nulidade do auto de infração ou julgá-lo totalmente improcedente, pelas razões fáticas e jurídica que passa a expor.

I. DO AUTO DE INFRAÇÃO

Em decorrência das supostas infrações descrita acima, foi lançado um crédito tributário de ofício com valor histórico de R\$ 143.168,05, sendo também aplicada multa no valor de R\$ 106.484,09 e juros moratórios no valor de R\$ 3.856,55, perfazendo o total de R\$ 253.508,69 exigidos por meio do auto de infração ora impugnado.

Diz que, em que pesem as razões do autuante, como aduz que demonstrará adiante, o auto de infração deve ser declarado nulo ou na melhor das hipóteses deve ser julgado totalmente improcedente.

II. DAS RAZÕES DE NULIDADE OU IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO

3.1. Da falta de prévia intimação da Autuada para sanar as omissões nos arquivos magnéticos - descumprimento da Instrução Normativa n. 55/14, do art. 20 e do art. 18 e art. 41 do RPAF

Preliminarmente, observa que todo o lançamento fiscal se baseou na análise dos arquivos magnéticos (EFD) transmitidos pela Autuada durante o ano de 2020.

Pontua que, como decorre da leitura do auto de infração, especialmente da Infração 05, o autuante está imputando à Autuada o cometimento de omissões de saídas de mercadorias decorrente da falta de lançamento do documento fiscal na EFD.

Não obstante tenha constatado a existência de omissão, o autuante não intimou previamente a autuada para sanar as irregularidades de seus arquivos, vindo a lavrar o auto de infração sem observar o procedimento preconizado na Instrução Normativa 55/2014 que trata do assunto, que destaca.

Registra que é importante observar que não se trata de mero descumprimento de dever meramente formal, na verdade ao deixar de intimar o contribuinte antes da lavratura do auto de infração, o autuante indevidamente tirou deste a possibilidade de auto regularização, algo que a Instrução Normativa 55/14 expressamente lhe assegura.

Além disto, diz que, como se depreende da leitura da instrução citada, o autuante deveria antes de lavrar o auto de infração entregar à contribuinte a listagem diagnóstico com as omissões encontradas e orientar-lhe sobre os procedimentos a serem adotados para a auto regularização, de acordo com o disposto com a IN 55/14.

Por outro lado, aduz que vale observar que se a autuada foi intimada, o que cogitamos por argumentar, não lhe foi entregue juntamente com o auto de infração a intimação que comprove o cumprimento do roteiro preconizado pela Instrução Normativa 55/14, de modo que ainda que o autuante tenha intimado, ao deixar de anexar a documentação relacionada ao auto de infração, leia-se a intimação com a listagem diagnóstico e a orientação sobre os procedimentos que podem ser adotados, também deixou de observar procedimento formal obrigatório previsto tanto na instrução normativa quanto no RPAF.

Destarte, diz que a declaração de nulidade é medida que se impõe porque não se trata simplesmente do descumprimento de requisito formal do lançamento, sanável a posteriori; na verdade como não foi oportunizado à Autuada o prazo para a autoregularização acerca das supostas omissões de seus arquivos, o presente auto de infração foi lavrado com visível cerceamento do direito de defesa da Autuada, vez que, como dito, a contribuinte poderia antes da autuação ter sanado as irregularidades apontadas, evitando-se dessa maneira o lançamento de ofício com a aplicação de pesadas penalidades.

Registra que, além do cerceamento de defesa, fica evidente também que houve descumprimento do procedimento formal previsto na legislação aplicável que por sua vez implica em clara ofensa do devido processo legal, princípio que norteia obviamente o procedimento administrativo fiscal estadual.

Com isto em mente, diz que, de acordo com o parágrafo único do art. 142 do Código Tributário Nacional, a atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade. Como no caso o procedimento formal previsto na Lei não foi cumprido, resta descumpriida também a legalidade objetiva de que cuida o art. 2º do RPAF, ante a constatada presença de vícios formais e a comprovada ofensa do devido processo legal.

Destaca ementa da decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, deste Conselho de Fazenda - Acordão CJF N° 0391-12/18.

3.2. Da insubsistência da infração por insuficiência de elementos probatórios dos fatos imputados à Autuada (art. 42, II, RPAF) - autuante não comprova a existência dos fatos alegados.

Diz que, sem prejuízo do exposto, analisando a descrição dos fatos imputados e a peça do auto de infração chegou à conclusão de que as autuações estão desprovidas de elementos probatórios. Examinando, então, o inteiro teor da peça inicial acusatória diz ter constatado que o autuante apenas descreveu os fatos, mas não trouxe os elementos probatórios para fundamentar suas acusações.

Pontua que o autuante alega que a autuada teria utilizado indevidamente crédito fiscal de mercadoria beneficiada com isenção do imposto (Infração 01) e de mercadoria sujeita à substituição tributária (Infração 02); que teria ainda deixado de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (Infração 03) e que teria recolhido a menor o ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação em saídas de mercadorias regularmente escrituradas, de acordo com os demonstrativos anexos ao auto de infração.

Contudo, consultando os demonstrativos anexos, diz verificar que consta apenas a listagem dos supostos débitos descritos nas quatro infrações citadas, mas nenhum documento probatório.

Registra que o autuante não anexou qualquer documento que comprove que a autuada teria procedido no alegado creditamento indevido ou no recolhimento a menor ou ainda na falta de

recolhimento, mas tão somente apresentou estes demonstrativos de débito, que ao seu ver, aduz que serviriam apenas para a apuração do crédito tributário, mas não para a comprovação da existência das infrações imputadas.

Diz que 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 registra que deve ser instruído com os demonstrativos e com as provas necessárias à demonstração do fato arguido.

Após traçar outras considerações, inclusive destacando entendimentos de Hugo de Brito Machado Segundo, pede deste Conselho de Fazenda, ante a falta de elementos que instruam e que comprovem minimamente os fatos alegados no auto de 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, além de não observar os requisitos formais de validade também não se faz acompanhar de documento probatório acerca da existência de creditamento indevido, da falta de recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS.

Sem prejuízo do exposto e embora não cogite da procedência do presente auto de infração, por cautela processual, diz passar a impugnar o mérito da infração, o que não significa que estejam supridas as lacunas formais suscitadas acima, que ao seu ver contaminam desde a origem o presente lançamento e não podem ser sanadas.

III. DAS EXIGÊNCIAS INDEVIDAS

Diz que, muito embora os demonstrativos anexos ao auto de infração não sirvam de prova da ocorrência das supostas infrações imputadas, cabe acrescentar que analisando o demonstrativo que instrui a infração 02, verificou a existência de exigências indevidas.

Alega o autuante que a contribuinte teria se creditado indevidamente sobre aquisição de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária. Ocorre que as mercadorias relacionadas no anexo “Crédito indevido - Mercadorias com ICMS substituído - Lista de notas fiscais/itens”, que na maior parte é compreendida de salgadinhos de milho e chips de batata não são mercadorias sujeitas ao ICMS-ST.

Destaca o ANEXO I do RICMS vigente em 2020, data de ocorrência dos supostos fatos geradores, não contempla na posição NCM 1905.90.90 estes produtos, mas tão somente bolos industrializados, produtos de panificação e pizzas.

Registra que, como se pode ver, ainda que a infração estivesse suficientemente comprovada, o que cogita apenas para argumentar, observa que não há falar em creditamento indevido sobre a aquisição de mercadoria sujeita ao ICMS-ST.

IV. DA NECESSIDADE DE DILIGÊNCIA FISCAL

Diz que, acaso se cogite da regularidade formal do presente lançamento, fica desde já requerida a realização de diligência fiscal nos termos do § 3º do art. 123 do RPAF para exigir do autuante que a comprovação da existência das alegadas omissões nos arquivos digitais e também deve comprovar que previamente intimou o contribuinte e entregou a listagem diagnóstico com as orientações procedimentais e que este teria deixado de cumprir a determinação, em cumprimento da Instrução Normativa 55/14.

Atendendo o requisito exigido no art. 145 do RPAF, muito embora já tenha demonstrado com detalhes todas as razões que evidenciam a necessidade da diligência cabe observar em síntese apertada que há no caso descumprimento de requisitos formais para o lançamento que comprometem a sua certeza e liquidez, além de exigências indevidas, como as descritas acima.

V. CONCLUSÃO

Diante do exposto, requer que recebam a presente impugnação e no mérito a acolham integralmente:

-
- i. declarar a nulidade total do auto de infração; ou
 - ii. julgá-lo improcedente;
 - iii. deferir a realização da diligência fiscal para ordenar ao autuante exponha as provas das infrações e da prévia intimação ao contribuinte, requerendo ainda que seja oportunizado prazo para manifestação e juntada de outros documentos que se façam necessários a depender do resultado da diligência.

Requer desde já a juntada dos documentos anexos à presente, requerendo ainda seja oportunizado à Autuada prazo para manifestação à informação fiscal e juntada de outros documentos que se façam necessários a depender do teor da manifestação fiscal.

Pugna pelo envio das intimações de todos os atos processuais para a advogada subscritora.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fls. 35/36 dos autos, que a seguir passo a descrever:

Após resumir os termos da autuação, diz que a defesa se limita a contestar a autuação, pedindo a nulidade e a solicitar diligências.

Registra que a autuação, devidamente comprovada pelos demonstrativos anexados na mídia DVD, comprova a materialidade da autuação, pois não se tratou apenas de uma formalidade de correção de EFD, que poderia estar relacionada aos argumentos da defesa, mas de situações materiais, e que implicaram no recolhimento a menor do ICMS, tudo devidamente previsto nas normas legais.

Diz que não houve contestação de mérito da autuação pela defesa, mas apenas a tentativa de enquadrá-la em outra, nesse caso uma formalidade.

Pontua que, a partir do momento que a autuada deixou de informar o ICMS total devido, seja pelo crédito indevido, seja pela falta de lançamento de nota fiscais, seja pela utilização de alíquotas menores ou por registro de operações tributadas como não tributadas, e o apurou com o valor a menor, deixou de se tratar de formalidade ou correção dos arquivos.

Ante o exposto, diz ser pela procedência total do Auto de Infração.

Na sessão de julgamento de 06/12/2021, este Relator Julgador, em respeito ao princípio da verdade material, sugeriu aos membros da 4ª JJF, que decidiu por converter o presente PAF, em diligência ao fiscal Autuante, para manifestar sobre a arguição de defesa do sujeito passivo, em relação ao mérito, relativamente a imputação de nº 02 do Auto de Infração, em tela.

Em se constatando ou não procedente a arguição de mérito do Contribuinte Autuado, relativamente a infração 02, científá-lo do resultado da diligência, tendo aduzido novo demonstrativo de débito ou não, para manifestar, querendo.

À fl. 47 dos autos, têm-se Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante, a pedido desta 4ª JJF, cujo teor descrevo a seguir:

Diz, o agente Autuante, em atendimento à diligencia solicitada pelo CONSEF (fl. 42), referente a infração 02, que algumas mercadorias foram enquadradas equivocadamente na substituição tributária, por erros nos arquivos do Contribuinte Autuado, que, ao serem importados e lidos no SIAF, implicaram na cobrança indevida.

Após análise e revisão da infração diz corrigir o enquadramento desses itens, restando apenas duas mercadorias na Infração 02 que foram objeto de crédito indevido, totalizando R\$ 10,79.

Registra, então, que o valor histórico do Auto de Infração fica reduzido para R\$ 140.421,04, conforme novos demonstrativos da infração 02 de fls. 48/49 dos autos.

Às fls. 56/57 dos autos, vê-se documentação que comprova o envio da Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante, a pedido desta 4ª JJF, para o Contribuinte Autuado, que se manteve silente.

À fl. 60, verso, tem-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

O sujeito passivo, em sede de defesa, registra, preliminarmente, o descumprimento da Instrução Normativa nº 55/14, bem assim do art. 2º, do art. 18 e art. 41 do RPAF/BA, aprovado pelo Dec. 7629/99, que ao seu entender, como decorre da leitura do auto de infração, em tela, especialmente da Infração 05, o agente Autuante está imputando o cometimento de omissões de saídas de mercadorias decorrente da falta de lançamento do documento fiscal na EFD, em que não o intimou para sanar as irregularidades de seus arquivos, vindo a lavrar o auto de infração sem observar o procedimento preconizado na Instrução Normativa 55/2014 que trata do assunto, que destaca.

Registra que é importante observar que não se trata de mero descumprimento de dever meramente formal, na verdade ao deixar de intimar o contribuinte antes da lavratura do auto de infração, o autuante indevidamente tirou deste a possibilidade de auto regularização, algo que a Instrução Normativa 55/14 expressamente lhe assegura.

Observa-se, então, que o sujeito passivo se aparelha, para arguir nulidade do presente lançamento, em uma instrução normativa que em nada se relacionada com o objeto da autuação, isto é, a IN 55/14 de 22/10/2014 foi editada para orientar a fiscalização quanto aos procedimentos na aplicação das multas referentes às infrações relacionadas com arquivos eletrônicos, previstas na Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, mais especificamente os arquivos SINTEGRA, que no momento da sua edição, era o que a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia dispunha, para recebimento das informações fiscais eletrônica de seus Contribuintes, diferentemente da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na qual se fundamentou o agente Fiscal para constituir o presente lançamento, que diz respeito a um arquivo digital, que se constitui de um conjunto de escriturações de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos Fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, bem como de registros de apuração de impostos referentes às operações com mercadorias.

E como tal, na Seção XV, do Capítulo IV, do Regulamento do ICMS (RICMS/BA), aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, é que se tem orientações sobre a EFD, para os Contribuintes do Estado da Bahia, em que nos seus artigos que os compõe, mais especificamente os artigos 247 a 253, não se observa qualquer orientação para o agente Fiscal intimar o contribuinte a corrigir inconsistências da sua escrita fiscal digital antes de constituir qualquer lançamento fiscal decorrente de uma ação de Fiscalização, como é o caso dos autos em análise, autorizada através da O.S. 501338/21, para o período de fiscalização de 01/01/2020 a 31/12/2020.

Muito menos, se observa, dos papéis de trabalho de constituição do presente lançamento fiscal, mais especificamente o Termo de Início da Fiscalização traduzido no expediente à fl. 8 dos autos, através de Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, com “*ciência expressa*” pelo Contribuinte Autuado, em 05/04/2021, associado aos demonstrativos de constituição dos lançamentos fiscais em CD/Mídia de fls.10 e Termo de Arquivo Eletrônico recebido através do documento de fl. 9 dos autos, por meio de entrega via Correio/SEDEX de fl. 12, **qualquer infringência** do art. 2º, ou do art. 18, nem tampouco do art. 41 do RPAF/BA, aprovado pelo Dec. 7629/99, que implique nulidade do Auto de Infração, em tela, como arguido, na peça de defesa.

O Auto de Infração, em tela, lavrado em 07/06/2021, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFRAZ CHAPADA DIAMANTINA, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 501338/21, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) no valor de R\$ 143.168,05, referente a 05 (cinco) infrações, sendo as infrações 01 e 02, por utilização indevida de crédito fiscal decorrente de aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto e com pagamento de imposto por substituição tributária; a infração 03 por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis,

a infração 04 por ter recolhido a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, por fim, a infração 05 por omissão de saídas de mercadorias, decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios.

Volto, então, a registrar que sujeito passivo, em sede de defesa, descreve, preliminarmente, arguições de nulidade do Auto de Infração sob 02(dois) fundamentos, quais sejam: “*Da falta de prévia intimação da Autuada para sanar as omissões nos arquivos magnéticos*” e “*Da insubsistência da infração por insuficiência de elementos probatórios dos fatos imputados à Autuada (art. 42, II, RPAF)*”.

Sobre a falta de prévia intimação da Autuada para sanar as omissões nos arquivos magnéticos, aduz, o sujeito passivo que, como decorre da leitura do auto de infração, especialmente da Infração 05, o agente Autuante está imputando o cometimento de omissões de saídas de mercadorias decorrente da falta de lançamento do documento fiscal na EFD; entretanto, não obstante tenha constatado a existência de omissão, consigna que não foi intimado, previamente, para sanar as irregularidades de seus arquivos, vindo, o Autuante, a lavrar o auto de infração sem observar o procedimento preconizado na Instrução Normativa nº 55/2014 que diz tratar do assunto.

Não vejo restar qualquer razão a tal arguição de nulidade, pois além de não tratar as infrações de exigência de termo de intimação para constatação dos fatos imputados, o normativo em que o sujeito passivo fundamenta para arguição da nulidade diz respeito a um instrumento normativo de orientação à fiscalização quanto aos procedimentos na aplicação das multas referentes às infrações relacionadas com arquivos eletrônicos, previstas na Lei nº 7.014, de 04/12/1996, que trata do ICMS no Estado da Bahia.

Sobre o aspecto da falta de intimação arguida pelo sujeito passivo, onde deixa a entender que, caso fosse intimada para corrigir as inconsistências de sua escrituração fiscal digital, teria oportunidade de proceder as devidas correções, não se trata as imputações de falta de envio de informações entregue com inconsistência, mas tão somente de constatação de uso de crédito decorrente de documento fiscal que não autorizava, ao Contribuinte Autuado, apropriar de tais créditos na sua escrita fiscal, como também por ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, além de ter recolhido a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, por fim, omissão de saídas de mercadorias, decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios.

Neste sentido, diferentemente do entendimento do defendant, não me apresenta que tais ocorrências fiscais sejam por inconsistência na escrita fiscal, e que por isso, à luz do seu entendimento, ensejaria *de prévia intimação da Autuada para sanar as omissões nos arquivos de sua escrituração fiscal digital – EFD*; portanto, não há que se arguir a nulidade do lançamento por afronta a tal falta de intimação, muito menos por descumprimento da Instrução Normativa nº 55/74, que trata eminentemente de orientação a fiscalização quanto aos procedimentos na aplicação das multas referentes às infrações relacionadas com arquivos eletrônicos, que não é o caso objeto do Auto de Infração, em tela.

De outro modo, ainda em sede de preliminar de nulidade, pontua, o sujeito passivo, que a cobrança levado a efeito no Auto de Infração nº 269198.0007/21-9, em tela, as imputações estão desprovidas de elementos probatórios. Examinando, então, o inteiro teor da peça inicial acusatória diz ter constatado que o autuante apenas descreveu os fatos, mas não trouxe os elementos probatórios para fundamentar suas acusações.

Não é o que observo dos elementos constitutivos do lançamento fiscal. Têm-se à fl. 9 dos autos o expediente denominado “*Recibo de Arquivo Eletrônico*”, com o descriptivo de todos os arquivos/demonstrativos (PDF) que dão sustentação às 05 (cinco) imputações, objeto do Auto de Infração, em tela, gravados no CD/Mídia, de fl. 10, associado ao Termo de Intimação de envio, ao

Contribuinte Autuado, pela inspetoria de sua circunscrição, para ciência de todos os elementos que compõe o lançamento fiscal, onde se observa na fl. 12 dos autos documento expedido pelo Correios indicando que o objeto foi entregue ao destinatário.

Compulsando o CD/Mídia de fl. 10, observa-se, com clareza, na sua inteireza, os demonstrativos, em PDF, que dão sustentação as imputações do Auto de Infração. Todos os demonstrativos foram extraídos da Escrita Fiscal Digital – EFD do Contribuinte Autuado, onde se tem as informações necessárias à constituição do lançamento fiscal, conforme a natureza de cada uma das imputações, tipo: “*Data*”, “*UF*”, “*Nº Doc. Fiscal*”, “*Chave de Acesso*”, “*Descrição do Produto*”, “*Base de Cálculo*”, “*Alíquota*”, “*Credito do Imposto (ICMS)*”, “*Imposto (ICMS) Calculado*”, entre outras informações, conforme o objeto da imputação.

Portanto, não há que se cogitar que o agente Autuante não trouxe, aos autos, quaisquer elementos que comprove a existência das imputações, objeto do Auto de Infração. Trata-se de um procedimento de autoria baseada na Escrita Fiscal Digital – EFD do Contribuinte Autuado, em nenhum momento arguida, pelo mesmo, sobre as informações transmitidas à base de dados do repositório nacional do SPED, ao qual o agente Fiscal se apropriou para desenvolver a ação fiscal, em cumprimento da O.S.: 501338/21 no período fiscalizado de 01/01/2020 a 31/12/2020.

Vê-se, também, neste tópico de arguição de nulidade o destaque do art. 42, inciso II, do RPAF/BA, que trata da função fiscalizadora a ser exercida pelos agentes Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Neste aspecto não vejo qualquer ocorrência de registro do lançamento fiscal que enseje qualquer arguição de nulidade, pois fora exercido por Auditor Fiscal, portanto em perfeita sintonia com que prevê a legislação pertinente.

Observa-se, ainda, a arguição do defensor quanto a necessidade de diligência fiscal, com fundamento no § 3º, do art. 123, do RPAF/BA, para exigir do agente Autuante a comprovação das alegadas omissões nos arquivos digitais e também a comprovação que previamente intimou o defensor.

Sobre o aspecto da omissão nos arquivos digitais vejo que o defensor, em relação ao Auto de Infração, refere-se a imputação de nº 5, neste aspecto não há que se aventar qualquer comprovação das alegadas omissões, vez que a autuação versa sobre a omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, cabe, então, a defensor, diferentemente da imputação, demonstrar que houvera registrado na escrita fiscal e portanto oferecido à tributação do imposto devidos nas operações, que não o fez.

Quanto a comprovação que previamente intimou o defensor e entregou a listagem de diagnóstico das ocorrências fiscais, como já exaustivamente discorrido linhas acima, não se trata quaisquer das imputações, constante do Auto de Infração, em tela, de inconsistência na Escrituração Fiscal Digital (EFD) enviadas, pelo próprio Contribuinte Autuado, ao repositório nacional do SPED, mas tão somente de constatação e erros e omissões levantadas pelo agente Autuante no desenvolvimento da ação fiscal.

No mérito, o sujeito passivo, diz que, muito embora os demonstrativos anexos ao auto de infração não sirvam de prova da ocorrência das supostas infrações imputadas, cabe acrescentar que analisando o demonstrativo que instrui a infração 02, verificou a existência de exigências indevidas.

Alega o autuante que a contribuinte teria se creditado indevidamente sobre aquisição de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária. Ocorre que as mercadorias relacionadas no anexo “*Crédito indevido - Mercadorias com ICMS substituído - Lista de notas fiscais/itens*”, que na maior parte é compreendida de salgadinhos de milho e chips de batata não são mercadorias sujeitas ao ICMS-ST.

Destaca o ANEXO I do RICMS vigente em 2020, data de ocorrência dos supostos fatos geradores, não contempla na posição NCM 1905.90.90 estes produtos, mas tão somente bolos industrializados,

produtos de panificação e pizzas.

Na sessão de julgamento de 06/12/2021, este Relator Julgador, em respeito ao princípio da verdade material, sugeriu aos membros da 4ª JJF, que decidiu por converter o presente PAF, em diligência ao fiscal Autuante, para manifestar sobre a arguição de defesa do sujeito passivo, em relação ao mérito, relativamente a imputação de nº 02 do Auto de Infração, em tela.

À fl.47 dos autos, têm-se Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante, a pedido desta 4ª JJF, referente a infração 02, onde diz que, de fato, algumas mercadorias foram enquadradas equivocadamente como abarcadas pela substituição tributária, por erros nos arquivos do EFD do Contribuinte Autuado, que, ao serem importados e lidos no Sistema de Auditoria - SIAF - implicaram na cobrança indevida.

Após análise e revisão da infração diz corrigir o enquadramento desses itens, restando apenas duas mercadorias na Infração 02 que foram objeto de crédito indevido, totalizando R\$ 10,79, sendo uma (NF-15410), datada de 21/07/20, crédito indevido R\$ 5,38 e a outra (NF-1566209), datada de 27/08/20, crédito indevido R\$ 5,41.

Às fls. 56/57 dos autos, vê-se documentação que comprova o envio da Informação Fiscal produzida pelo agente Autuante, a pedido desta 4ª JJF, para o Contribuinte Autuado, que se manteve silente.

Em sendo assim, não vendo nada, que desabone as alterações efetuadas no demonstrativo de débito da exigência fiscal nº 02, resta subsistente a imputação na forma do demonstrativo a seguir:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 02 – 001.002.006					
DATA OCORR	DATA VENCTO	VALOR HIST LANÇAMENTO ORIGINAL (R\$)	VALOR HIST APÓS INFORMAÇÃO FISCAL (R\$)	OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
31/01/2020	09/02/2020	110,39	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
29/02/2020	09/03/2020	244,75	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/03/2020	09/04/2020	192,16	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
30/04/2020	09/05/2020	294,34	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/05/2020	09/06/2020	177,66	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
30/06/2020	09/07/2020	218,97	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/07/2020	09/08/2020	346,62	5,38	PROC EM PARTE	5,38
31/08/2020	09/09/2020	233,98	5,41	PROC EM PARTE	5,41
30/09/2020	09/10/2020	220,10	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/10/2020	09/11/2020	187,66	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
30/11/2020	09/12/2020	271,13	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
31/12/2020	09/01/2021	260,04	0,00	IMPROCEDENTE	0,00
Total da Infração 02		2757,80	10,79		10,79

Relativamente às infrações 01, 03, 04, e 05 não há qualquer arguição de mérito traçada pelo sujeito passivo na peça de defesa. Em sendo assim, nos termos do art. 140 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99 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.

Considerando, portanto, que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente preenchidos para caracterizar as imputações, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em tela, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	VL LANÇADO	VL JULGDO	RESULTADO
INF. 01 – 001.002.003	695,10	695,10	PROCEDENTE
INF. 02 – 001.002.006	2.757,80	10,79	PROC EM PARTE
INF. 03 – 002.001.003	44.869,71	44.869,71	PROCEDENTE
INF. 04 – 003.002.002	43.387,29	43.387,29	PROCEDENTE
INF. 03 – 005.005.003	51.458,15	51.458,15	PROCEDENTE
Total	143.168,05	140.421,04	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269198.0007/21-9, lavrado contra **DERMIVALDO SANTIAGO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 140.421,04**, acrescido da multa de 60%, sobre R\$ 88.962,89 e 100% sobre R\$ 51.458,15, previstas no art. 42, incisos VII e II “a”, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de fevereiro de 2023.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA