

A. I. Nº - 269275.0005/20-4
AUTUADO - KENIO MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA. - EPP
AUTUANTE - JOSÉ RICARDO SANTOS CORREIA DA CUNHA
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ NORDESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/01/2024

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0266-02/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; b) DOCUMENTO EM DUPLICIDADE. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS. a) ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO; b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. REGIME DO SIMPLES NACIONAL. MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA. 3. MULTA POR DESCUMPRIMENTO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO FISCAL (EFD). MERCADORIAS SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. A impugnação genérica e inespecífica arrolando DANFES de NFs, ao contrário do pretendido, atestam o cometimento das infrações e os elementos de prova autuados pela autoridade fiscal autuante. Infrações subsistentes. Rejeitadas as preliminares de nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2020, exige o valor de **R\$ 263.179,69**, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 1 – 001.002.006: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por substituição tributária. **Valor:** R\$ 77.650,82. **Período:** janeiro a dezembro de 2015, janeiro, fevereiro, abril, junho a dezembro de 2016, janeiro a maio, agosto a novembro de 2017 e janeiro a dezembro de 2018.

Enquadramento legal: Art. 9º e art. 29, § 4º, inciso II da Lei nº 7.014/96 c/c art. 290 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa** de 60%: Artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 2 – 001.002.020: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documento (s) fiscal (is) em duplicidade. **Valor:** R\$ 2.705,51. **Período:** maio e junho de 2015.

Enquadramento legal: Art. 31 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 309, inciso I do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa** de 60%: Artigo 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 3 – 003.002.004: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Erro na determinação da carga tributária (Alíquota). Débito a menor em operações com ECF (equipamento emissor de cupom fiscal). **Valor:** R\$ 69.887,86. **Período:** janeiro a dezembro de 2015, 2016, 2017 e janeiro a abril de 2018.

Enquadramento legal: Artigos 24 a 26 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 305 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa** de 60%: Artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 4 – 007.024.004: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. **Valor:** R\$ 108.208,76. **Período:** fevereiro, março, julho a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016, janeiro a maio e julho de 2017 e janeiro, março, maio, julho a novembro de 2018.

Enquadramento legal: Artigo 12-A e 23, inciso III da Lei nº 7.014/96. **Multa** de 60%: Artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 5 – 016.001.001: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Contribuinte não escriturou nas EFDs (Escrituração Fiscal Digital) diversas Notas Fiscais de entradas durante o período fiscalizado (2015, 2016, 2017 e 2018). **Valor:** R\$ 4.726,74. **Período:** janeiro a março, maio a novembro de 2015, janeiro a junho, agosto a dezembro de 2016, janeiro a março, maio a outubro de 2017.

Enquadramento legal: Artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa** de 1%: Artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96 - Multa reduzida retroativamente em obediência à Lei nº 13.461/2015 c/c a Alínea “c”, do Inciso II, Art. 106 da Lei nº 5.172/66 (CTN).

O autuado apresenta a Impugnação de fls. 34/61. Iniciou requerendo que as intimações sejam endereçadas exclusivamente aos patronos do autuado, com fulcro no art. 272, § 5º do CPC. Após reproduzir as infrações e relatar o motivo da lavratura das mesmas, passa contrapor a autuação:

I- OS FATOS

INFRAÇÃO 1

Relata ocorrência de equívoco nas notas fiscais em anexo, respectivamente, nos docs. 04, 05 e 06: **1)** As NFs em anexo (Doc. 04) não constam no Livro Registro de Entrada-LRE, conseqüentemente não tem apropriação de crédito; **2)** as notas fiscais em anexo (Doc. 05) se referem mercadorias que não sofrem ST; **3)** as NFs em anexo (Doc. 06) tiveram origem nos Estados constante do anexo I do Decreto revogado nº 14.213/12.

INFRAÇÃO 2

Diz conter equívoco porque as NFs em anexo (Doc. 07), embora registradas no LRE, não ocorreu uso do crédito fiscal, não são as mesmas notas fiscais; não são as mesmas mercadorias; foram devolvidas; se referem a mercadorias que não sofrem isenção e tiveram origem nos Estados constante do anexo I do Decreto revogado nº 14.213/12.

INFRAÇÃO 3

Afirma não caber a aplicação da alíquota 18%, porque: **1)** para saídas de mercadorias para empresas optantes do Simples Nacional-SN se aplica alíquota de 7%, conforme se vê no anexo (doc. 08); **2)** não cabe aplicação da alíquota de 18% nas operações que não tem destaque do imposto como mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (ST), com fase de tributação encerrada, anexo doc. 09; **3)** não cabe aplicação da alíquota de 18% nas saídas interestaduais subsequentes à importação de mercadorias, com similar nacional, uma vez que alíquota aplicável é 4%, anexo doc. 10; **4)** não cabe aplicação da alíquota de 18% nas saídas interestaduais de mercadorias para destinatários que possuam inscrição estadual-IE, mas sim a alíquota de 12%, anexo doc. 11; **5)** não cabe aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias para destinatários de operações sujeitas à redução da base de cálculo (BC) do ICMS, com cupons/notas fiscais, anexo doc. 12; **6)** não cabe aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias para destinatários de operações beneficiadas com isenção do ICMS, com cupons/notas fiscais, anexo doc. 13.

INFRAÇÃO 4

Afirma não proceder a imputação porque: **1)** as notas fiscais relacionadas foram canceladas, conforme doc. 14; **2)** as NFs em anexo (Doc. 15) envolve mercadorias destinadas ao ativo fixo, consumo ou uso do estabelecimento; **3)** as NFs em anexo (Doc. 16) envolve mercadorias isentas, com ST e com BC reduzida; **4)** as NFs em anexo (Doc. 17) tiveram origem nos Estados constante no anexo I do Decreto revogado nº 14.213/2012; **5)** as NFs em anexo (Docs. 18 e 19) tiveram o ICMS pago por antecipação parcial.

INFRAÇÃO 5

Sustenta não proceder, porque: 1) as NFs em anexo (Doc. 20) relacionadas pelo fiscal foram devolvidas; 2) as NFs em anexo (Doc. 21) estão registradas na EFD; 3) as notas fiscais relacionadas de janeiro a agosto de 2015, só passaram a ter obrigatório registro na EFD a partir de 01/09/2015.

Seguindo, pede seja o AI julgado nulo ou improcedente consoante às razões de fato e de direito que passa a expor.

II – DO DIREITO

Diz que a CF/88 e as leis infraconstitucionais fundamentais, atribuem encargos, deveres ou funções à Administração Pública.

Frisa que o Decreto nº 7.629/99 prevê os princípios de direito que devem ser perseguidos no processo administrativo fiscal, com destaque aos princípios da verdade real e da ampla defesa, razão porque os eminentes julgadores devem perquirir a verdade fática, abstraindo a versão unilateral do Autuante, notadamente para combater eventuais excessos decorrentes do exercício do Poder de Polícia Administrativa, sendo que a penalidade somente deve ser aplicada à luz de documentos comprobatórios da suposta infração. Afirma que na inobservância dessa vinculação, corre-se o risco de violar as disposições do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

Citando Maria Sylvia Zanella di Pietro sustenta que, diante da ausência de formalidade essencial, ocorrendo vício insanável, o lançamento deve ser julgado nulo, em consonância com o artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99

II.1 – DA PRELIMINAR - DA FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA ACUSAÇÃO FISCAL

Reproduzindo as infrações e ementas de julgamentos do CONSEF, repetindo os registros feitos no tópico anterior da defesa, fala que o RPAF estabelece formalidades que devem ser seguidas tanto pela Administração tributária quanto pelo sujeito passivo em relação ao rito normal com julgamento de mérito do conflito aberto pelo Impugnante. Ressalta que o ônus probatório pertence ao fisco, de modo a comprovar o cometimento da infração com provas necessárias à demonstração do fato arguido, devendo este estar acompanhado de demonstrativos e/ou levantamentos congruentes e que diante de “uma confusa e obscura descrição dos fatos arguidos”, o lançamento deve ser declarado nulo ou improcedente.

II.2 – DO MÉRITO

A) DA NÃO OBSERVÂNCIA DO DECRETO REVOGADO

Diz que a fiscalização procedeu de forma irregular, haja vista que na infração 01, está cobrando ICMS por supostamente ter utilizado indevidamente crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias que sofreram **indevidamente** ST, e na infração 03 por antecipação parcial, uma vez que não considerou que a partir de janeiro de 2018 o Decreto nº 18.219/2017 revogou o Decreto nº 14.213/12.

Diz constar do § 2º, do artigo 1º do decreto revogado que a vedação aos benefícios fiscais se aplica aos créditos de ICMS que são utilizados pelos contribuintes baianos. Tudo porque a autuada adquiriu suas mercadorias dos atacadistas relacionados no anexo único do decreto revogado e obedeceu ao regramento nele constante, conforme comprovam as notas fiscais que serão anexadas ao processo, assim que for disponibilizado pela SEFAZ o protocolo presencial.

Fala que os valores constantes do presente lançamento, decorrentes do Decreto nº 14.213/2012, em razão do previsto no Convênio ICMS 190/2017, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos ou não, decorrentes do mencionado Decreto que dispõe sobre a vedação da utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único do Decreto revogado.

Alega que o mencionado decreto dispõe sobre a vedação ao uso de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único, contempladas com benefício

fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar Federal nº 24/1975. O crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente foi admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem.

Frisa que foi celebrado o Convênio ICMS 190/2017, estabelecendo os procedimentos e prazos que as unidades federadas deveriam observar para remissão dos créditos tributários decorrentes do uso de isenções, incentivos e benefícios fiscais ou financeiros-fiscais instituídos e a Bahia, por meio do Decreto nº 18.219, de 26/01/2018, publicado no DOE de 27/01/2018, revogou o Decreto nº 14.213/2012, visando a não exigência fiscal sobre as isenções relacionadas em seu Anexo Único, em alinhamento com a convalidação dos atos instituídos por todas as unidades federadas, nos termos da Lei Complementar nº 160/2017, e do Convênio ICMS 190/2017.

Salienta que o Convênio ICMS 190/2017 dispõe, nos termos autorizados na Lei Complementar nº 160/2017, sobre a remissão de créditos tributários, constituídos ou não, decorrentes das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais instituídos em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal, bem como sobre as correspondentes restituições.

Reporta que de acordo com a Cláusula oitava, do referido Convênio ICMS 190/2017, foram remidos e anistiados os créditos tributários do ICMS, constituídos ou não, decorrentes dos benefícios fiscais instituídos, por legislação estadual ou distrital publicada até 8 de agosto de 2017, em desacordo com o disposto na alínea “g”, do inciso XII, do § 2º, do art. 155 da Constituição Federal-CF.

No caso em apreço, o que se vê é que os valores constantes no presente lançamento, decorrentes do Decreto nº 14.213/2012, em consonância com o previsto no Convênio ICMS 190/2017, conforme comprovam as notas fiscais ilustrativas em anexo, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos, decorrentes do mencionado Decreto, razão porque deve-se concluir pela insubsistência da autuação fiscal.

Volta a colacionar julgados do CONSEF/BA a favor da tese defensiva (A-0156-03/19; A-0080-03/19; A-0074-01/18; A-0235-04/18; A-0009-05/18), além de julgado pelo STJ (STJ - RMS 31714 / MT 2010/0044507-3).

B) DA FALTA DE MOTIVO

Após reproduzi-la, nega o cometimento da Infração 04:

1. Alegando que a exigência fiscal é indevida porque nas saídas de mercadorias para empresas optantes pelo Simples Nacional se dá sob alíquota de 7% e não 18%, uma vez que a alíquota reduzida do ICMS correspondente a carga tributária de 7% prevista no artigo 16, inciso I, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, conforme entendimento do CONSEF em julgado, cuja ementa reproduz (A-0213-12/19),
2. Alegando, também não caber aplicação da alíquota 18% nas operações que não tem destaque do imposto como mercadorias enquadradas no regime de ST, com fase de tributação encerrada (A-0137-01/19 e A-0146-04/18);
3. Alegando não caber aplicação da alíquota 18% nas saídas interestaduais subsequentes à importação de mercadorias com similar nacional, uma vez que a alíquota aplicável é 4%, como se constata nas NFs/cupons fiscais, conforme ementas dos Acórdãos JJF 0179-05/19, CJF 0238-12/18 e JJF 0162-05/18;
4. Alegando não caber aplicação da alíquota 18% nas saídas de mercadorias para destinatário de operações sujeitas à redução da base de cálculo do ICMS, como se vê nos cupons/notas fiscais e decisões do CONSEF (Acórdãos CJF 0367-12/19 e JJF 0126-04/19;
5. Alegando não caber aplicação da alíquota 18% nas saídas de mercadorias para destinatário de operações beneficiadas com isenção de ICMS, como se vê nos

cupons/notas fiscais e decisões do CONSEF (Acórdãos JJF 0178-05/17 e JJF 0146-04/18).

Assevera que, independentemente da necessidade de todo e qualquer ato da autoridade fiscal que exige o pagamento de um tributo ser motivado, isto é, indicar as causas que estão motivando a exigência do tributo, as particularidades das provas indiciárias, com suas regras de experiência e outras especialidades que conduzem o raciocínio lógico, para a presunção da verdade, exigem uma explicitação expressa dos seus motivos, para permitirem um adequado direito de defesa, sob pena de invalidação do lançamento tributário.

Reproduzindo excertos de doutrina, afirma não ter havido motivo para lavratura do AI.

C) DA INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Ressalta que o autuante imputa à autuada o cometimento das infrações 01, 03, 04 e 05 relativas ao período de janeiro a agosto de 2015, baseando-se na EFD, sem que o Contribuinte fosse obrigado a proceder com a respectiva escrituração fiscal digital, conforme prescreve o RICMS/BA, em seu artigo 248, vigente à época dos fatos, de modo que, reproduzindo os arts. 2º, 18, IV, “a”, 41, II, do RPAF, excerto de doutrina, bem como ementas de diversas decisões do CONSEF, requer seja apreciada essa prejudicial de validade e eficácia do AI.

III - DOS PEDIDOS

Requer seja decretada a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Prestada Informação fiscal às fls. 69-70 (frente e verso). Inicialmente a autoridade fiscal autuante observa não ter tido acesso aos documentos que o contribuinte alega terem sido entregues em anexo (documentos nºs 04 a 21 – total de 18 anexos), pois não existem arquivos em meio magnético apensados pelo contribuinte ou sequer tais documentos em formato de papel.

INFRAÇÃO 01

Afirma que todas as mercadorias constantes das planilhas entregues ao contribuinte (CREDITOINDEVIDOSUBSTTRIBUT_LISTAGEM referentes aos exercícios de 2015, 2016, 2017 e 2018) pertencem à ST (como bacias sanitárias NCM 6910; tubos e seus acessórios e engates NCM 3917; cal NCM 2522; caixas de descarga e assentos sanitários NCM 3922; pisos em cerâmica NCM 6908, entre outros) e foram indevidamente creditadas na conta corrente fiscal do contribuinte, conforme se pode verificar em seu livro de apuração do ICMS.

Quanto à alegação do contribuinte de que existem mercadorias constantes do anexo único do Decreto revogado nº 14.213/12, trata-se de uma alegação sem pé nem cabeça, talvez por falta de algum outro argumento válido, pois tal anexo único prevê mercadorias tais como algodão, arroz, feijão, outros produtos agrícolas, óleo vegetal comestível, carnes frescas, açúcar, fios, tecidos e outros vestuários de algodão, produtos eletrônicos e outros que sequer o contribuinte comercializa, pois se trata de empresa do ramo de material de construção.

INFRAÇÃO 02 - Crédito Indevido por lançamentos de documentos em duplicidade.

Salienta que as Notas Fiscais lançadas em duplicidade estão claramente demonstradas nas planilhas entregues ao contribuinte (CREDITOINDEVIDONFLANÇDUPLICIDADE_COMPROVAÇÃO referentes aos exercícios de 2015, 2016, 2017 e 2018) onde constam as datas e valores creditados duas vezes de todas as Notas Fiscais exigidas nesta infração. São efetivamente as mesmas Notas Fiscais, pois coincidem os números das Notas Fiscais e valores, sendo creditadas em 2 datas diferentes. A alegação do Decreto revogado nº 14.213/12 resta esclarecer que tal decreto vigorou até 31/12/2017, sendo revogado em 1º de Janeiro de 2018, reafirmando que tal alegação ser completamente impertinente ao caso.

INFRAÇÃO 03 - Débito a menor por erro na apuração dos valores do ICMS. Erro na determinação da carga tributária (alíquota) em operações com ECF.

Esclarece que todas as mercadorias constantes das planilhas entregues ao contribuinte (ECF_ERRODETERMCARGATRIBUTARIA_LISTAGEM referentes aos exercícios de 2015, 2016, 2017 e

2018) são normalmente tributadas (não pertencem à ST, não são isentas, não tem redução de base de cálculo ou outro benefício fiscal) e foram dadas saídas com tributação zero, como se mercadorias isentas fossem.

Ressalta que durante todo o período fiscalizado (exercícios de 2015, 2016, 2017 e 2018) o contribuinte não tinha opção pelo SIMPLES NACIONAL, tendo entregado regularmente as DMA's correspondentes e, também, que todas as diferenças de ICMS exigidas nesta infração foram saídas internas em Equipamento emissor de Cupom Fiscal (ECF) com alíquotas de 17% ou 18%, não tendo que se falar, como absurdamente alegou o contribuinte, em operações interestaduais com alíquota de 12%.

INFRAÇÃO 04 - Antecipação Parcial para empresas não optantes do Simples Nacional.

Explica que conforme planilhas enviadas ao contribuinte (ANTEPCARCIAL_RESUMO exercícios 2015, 2016, 2017 e 2018) todos os recolhimentos efetuados pelo contribuinte referentes à Antecipação Parcial foram levados em conta no procedimento fiscal, de tal forma que o valor exigido em 2015, por exemplo, é de R\$ 11.579,88, resultante da diferença de R\$ 59.440,71 que é o valor total devido no exercício e R\$ 47.860,83 que é o valor recolhido a título de Antecipação Parcial em 2015.

Comunica que todas as mercadorias elencadas nas planilhas entregues ao contribuinte (ANTEPCARCIAL_LISTAGEM exercícios 2015, 2016, 2017 e 2018) eram destinadas a comercialização (não entraram as mercadorias destinadas a Ativo Fixo ou Uso ou Consumo), tampouco foram canceladas ou devolvidas, ou ainda isentas, com ST ou RBC. A alegação repetida do revogado decreto (revogado a partir de 1º de Janeiro de 2018) não procede, pois as mercadorias de seu anexo único, não têm nada a ver com as mercadorias vendidas pelo contribuinte autuado.

INFRAÇÃO 05 - Não escrituração de diversas Notas Fiscais na EFD – Escrituração Fiscal Digital).

Assinala que todas as Notas Fiscais devem ser registradas no Livro Registro de Entradas do contribuinte (em sua EFD), mesmo as que posteriormente sejam devolvidas ou canceladas, que devem ser objeto de novo lançamento por ocasião da devolução ou cancelamento. As planilhas entregues ao contribuinte relacionam exaustivamente (uma por uma) todas as Notas Fiscais não lançadas na EFD e, portanto, sujeitas à penalidade acessória exigida neste Auto de Infração a partir do início do exercício de 2015, ao contrário do afirmado pelo contribuinte, com marco inicial em 1º de Setembro.

Preliminar de falta de certeza e liquidez da exigência fiscal:

Informa que em cada uma das 5 infrações deste Auto de Infração adotou o mesmo procedimento, qual seja, confeccionou planilhas com final “_LISTAGEM” nas quais enumera item por item de mercadoria com seus respectivos valores e ICMS destacados com a explicação do cálculo feito para apuração do ICMS devido em cada mês de apuração do ICMS. Confeccionou, igualmente, para cada infração, planilhas com final “_RESUMO” com o montante devido, o montante porventura recolhido e, quando cabível, a diferença exigida. Não há que se falar em falta de certeza e liquidez, pois o contribuinte, em sua peça defensiva, demonstra saber exatamente como esta fiscalização chegou ao montante exigido em cada uma das 5 infrações que compõem este Auto de Infração.

Alegações do contribuinte relativas ao **mérito**:

Diz que com relação a alegação da não observância do Decreto nº 14.213/12 (revogado a partir de 1º de Janeiro de 2018) a defesa do contribuinte é completamente confusa, porém uma coisa é certa: antes e depois de sua revogação era vedado ao contribuinte se creditar em sua conta corrente fiscal de mercadorias sujeitas ao regime de ST (exigido na infração 01), assim como as mercadorias normalmente tributadas a 17% ou 18% foram saídas com alíquota zero nos cupons fiscais que as planilhas relacionam. Além disso, no anexo único do referido decreto não estão contempladas as mercadorias vendidas pelo contribuinte.

Com relação à falta de motivo na infração 03 - e não infração 04 como erradamente menciona o contribuinte - (Débito a menor por erro na apuração dos valores do ICMS. Erro na determinação da carga tributária (alíquota) em operações com ECF), diz que o contribuinte deu saída com alíquota zero de mercadorias normalmente tributadas (que deveriam ter alíquota 17% ou 18%), ocorrendo, ainda, casos em que a alíquota interna (depois de 09 de Março de 2016) já havia sido majorada para 18% e o contribuinte deu saída a 17%, sendo exigida apenas a diferença de 1% debitada a menor. Nesta infração não está sendo exigido o ICMS de nenhuma mercadoria enquadrada no regime de ST, nem houve alguma operação interestadual, pois todas as saídas foram através de Cupom Fiscal em ECF, sempre em operações internas. Não houve também casos de mercadorias sujeitas à Redução de Base de Cálculo ou mercadorias Isentas, como alega o contribuinte.

Para a alegação de inobservância do devido processo legal, conforme comprovado nas 2 folhas anexadas obtidas no sistema EFDG da SEFAZ/BA, percebe-se que a obrigatoriedade do contribuinte ao cumprimento das obrigações por Escrituração Fiscal Digital (EFD) inicia-se em 1º/Janeiro/2015 e não como erradamente por ele afirmado, em 1º/Setembro/2015.

Concluindo, ratificando o procedimento fiscal, pede que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Na fl. 77, consta petitório do contribuinte (patrono da empresa), no qual juntou documentos fiscais referente à infração 1, conforme fls. 78/384.

A colenda da 2ª JJF à fl. 385, converteu os autos em diligência à INFAZ DE ORIGEM, no sentido de: **a)** que o autuante tomasse ciência da documentação acostadas pelo contribuinte; **b)** que analisasse a repercussão dos documentos sobre a exação fiscal; **c)** que produzisse nova informação fiscal; **d)** que ajustasse o valor, se fosse o caso.

Em nova manifestação do contribuinte, fls. 392-93, relata junção de documentos referente às infrações 01, 02 e 04, conforme fls. 394/986.

Em nova solicitação de diligência (fl. 989), a 2ª JJF encaminha os autos à INFAZ DE ORIGEM novamente requerendo a mesma revisão já solicitada, pois verificou que o fiscal autuante ainda não teria se manifestado quanto ao anterior pedido de diligência.

Na fl. 992, o patrono do autuado informa o novo endereço (Av. Luiz Viana Filho, nº 13.223, Hangar Business Park – Torre 3, Sl. 604-605, São Cristóvão – Salvador-BA – CEP: 41.500-300.

Na conclusão da diligência, fls. 1000/1002 (frente e verso), o autuante informa:

INFRAÇÃO 01

Todas as mercadorias constantes das planilhas entregues ao contribuinte (CRÉDITOINDEVIDOSSUBSTITUTIBUT_LISTAGEM referentes aos exercícios 2015 a 2018) estão enquadradas no regime de substituição tributária (Exemplos: bacias sanitárias NCM 6910; tubos e seus acessórios e engates NCM 3917; cal NCM 2522; caixas de descarga e assentos sanitários NCM 3922; pisos em cerâmica NCM 6908, entre outros), e tiveram uso indevido de crédito fiscal pelas aquisições, conforme se vê no LRAICMS.

Seguindo, diz que a alegação de existência de mercadorias constantes do anexo único do revogado Decreto 14.213/12 não se sustenta porque o contribuinte autuado, empresa do ramo comercial de material de construção, sequer comercializa mercadorias constantes do citado anexo único (algodão, arroz, feijão, outros produtos agrícolas, óleo vegetal comestível, carnes frescas, açúcar, fios, tecidos e outros vestuários de algodão, produtos eletrônicos e outros) e na infração não consta relacionado documento fiscal contendo mercadorias elencadas no citado anexo único.

Informa que as notas fiscais elencadas pelo Impugnante (Doc. 04) como não escrituradas são as que constam relacionadas nas planilhas suportes “2015_NFNAOESCRITNAEFD_LISTAGEM”,

“2016_NFNAOESCRITNAEFD_LISTAGEM”, “2017_NFNAOESCRITNAEFD_LISTAGEM” que justamente por não terem sido escrituradas foram objeto de outra infração com multa formal. Aduz que as NFs objeto da Infração 01 (uso indevido de crédito fiscal) foram extraídas da EFD, Livro Registro de Entradas, com uso indevido do crédito fiscal.

Para o doc. 05, verifica-se que, ao contrário da alegação defensiva, as Notas Fiscais elencadas pelo Impugnante se enquadram no regime de substituição tributária: **Nota Fiscal nº 2.918** (mercadorias com NCM 4418 previstos no anexo 1 do RICMS vigente em 2015 - item 24.23 - Obras de marcenaria ou de carpintaria para construções); **Nota Fiscal nº 4.479** (mercadorias com NCM 8302 previstas nos itens 24.78 e 24.79); **Notas Fiscais nºs 7.702, 7.800 e 7.867** (mercadorias com NCM 3824 previstas no item 24.2 e mercadorias com NCM 6810 previstas no item 24.34); **Nota Fiscal nº 10.292** (mercadorias com NCM 7308 previstas no item 24.53); **Notas Fiscais nºs 12.516 e 14.306** (mercadorias com NCM 3919 previstas no item 24.7 e mercadorias com NCM 7318 previstas no item 24.61); **Notas Fiscais nºs 20.897, 21.179 e 22.094** (mercadorias com NCM 7308 previstas no item 24.53 e 24.52); **Nota Fiscal nº 33.086** (mercadorias com NCM 8481 previstas no item 24.83); **Notas Fiscais nºs 55.405 e 57.423** (mercadorias com NCM 6910 previstas no item 24.37); **Nota Fiscal nº 63.981** (mercadorias com NCM 6910 previstas no item 24.37); **Nota Fiscal nº 66.727** (mercadorias com NCM 3926 previstas no item 24.14) e, assim, sucessivamente (mercadorias que se repetem), de modo que todas as mercadorias efetivamente pertencem à ST e tiveram uso indevido de crédito fiscal.

INFRAÇÃO 02 (Uso indevido de crédito por duplicidade de lançamento de NF).

Os documentos fiscais objeto da exação por duplicidade de lançamento constam detalhadamente relacionados nas planilhas suportes, com entrega de cópia ao sujeito passivo e a alegação de revogação do Decreto 14.213/12 não tem nada a ver com lançamento de crédito em duplicidade.

INFRAÇÃO 03 (Débito a menor por erro na apuração do ICMS)

Todas as mercadorias constantes das planilhas suportes, cujas cópias entregou ao sujeito passivo (ECF_ERRODETERMARGATRIBUTARIA_LISTAGEM- Exercícios 2015 a 2018) se enquadram no regime de substituição tributária, nem são isentas nem possuem redução de base de cálculo. São normalmente tributáveis e tiveram saídas por ECF sem tributação. Ressalta que o Impugnante silenciou a respeito desta infração, tacitamente concordando com a exigência fiscal.

INFRAÇÃO 04 (Antecipação parcial)

Repete a informação dada na Informação Fiscal e acrescenta que diversas Notas Fiscais arroladas pelo Impugnante (doc. 16) alegando que as mercadorias que ali se encontram seriam isentas, submetidas à ST ou com redução da base de cálculo, não logra razão, pois: **Nota Fiscal nº 23.548** (mercadorias normalmente tributadas - NCM 8544 - Cabos elétricos); **Nota Fiscal nº 36.634** (mercadorias normalmente tributadas - NCM 8205 - Colher de pedreiro, espátula, talhadeira, marreta); **Nota Fiscal nº 60.072** (mercadorias normalmente tributadas - NCM 7606 - Escada de alumínio); e assim sucessivamente. Todas as mercadorias ali elencadas são normalmente tributadas com alíquota de 17% ou 18% conforme a data.

INFRAÇÃO 05 (Multa por falta de registro de NF na EFD)

Mesmo que devolvidas ou canceladas, as NFs devem ser registradas na escrita fiscal, As planilhas suportes, com cópias entregues ao sujeito passivo, relacionam detalhadamente os documentos fiscais objeto da exação.

Para as alegações do contribuinte relativas à preliminar (falta de certeza e liquidez), destaca que: a) além do fato não repercutir no caso, antes ou depois da revogação do Dec. 14.2013/12, é vedado ao sujeito passivo se creditar de imposto por aquisição de mercadorias com fase de tributação encerrada (Infração 01) ou usar crédito fiscal em duplicidade (Infração 02).; b) provas juntadas à Informação Fiscal, indicam obrigação de entrega de EFD desde 01/01/2015 e não a partir de 01/09/2015, como alegado.

Ressalta que na exação pela Infração 03 (erro na apuração do ICMS), o autuado: a) vendeu mercadorias tributáveis sem tributação; b) tributou operações de saídas com alíquota de 17% quando já vigia 18%.

Finaliza requerendo a total Procedência do Auto de Infração.

Presente na sessão de julgamento, a representante legal do sujeito passivo, Neila de Almeida Lima, OAB/BA 57.987, ratifica oralmente a Impugnação escrita e diz que o AI não merece prosperar.

VOTO

Como acima relatado, contendo 05 (cinco) infrações, o presente Auto de Infração exige o valor histórico de R\$263.179,69.

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 autuados, bem como do que se percebe na 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, c) 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. 18-54); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato que, no estado em que se encontra, não há vício a macular o PAF em análise.

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, regularmente transmitidos e recebidos pela SEFAZ sem inconsistências na forma indicada no Ajuste SINIEF 02/09 (Cláusula décima), única escrituração com valor jurídico a provar a favor e contra o contribuinte (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

Os demonstrativos/planilhas e documentos suportes identificam, conforme a infração: NF, data de emissão, número, chave de acesso, UF, NCM, descrição da mercadoria, quantidade, CFOP, vlór. item, BC ICMS, alíquota, quantidades, alíquota e vlór. do ICMS legal, valor do ICMS creditado, ICMS/diferença/multa, objeto da autuação.

O Impugnante argui nulidade do crédito tributário alegando: **a)** em preliminar: **a.1)** falta de certeza e liquidez da acusação fiscal; **a.2)** do devido processo legal, já que a ação fiscal foi baseada na EFD, sem que o contribuinte fosse obrigado a proceder com a respectiva escrituração

fiscal digital para o período janeiro a agosto 2015, pois obrigado a partir de 01/09/2015; **b)** no mérito: **b.1) Infração 01:** **b.1.1)** por não constarem no LRE as NFs não tiveram créditos apropriados (Doc. 04); **b.1.2)** existência de NFs de mercadorias não enquadradas no regime de substituição tributária (Doc. 05); **b.1.3)** existência de NFs originadas nos Estados constantes do Anexo I do revogado Decreto 14.213/12; **b.2) Infração 02:** equívoco na imputação, pois,: **b.2.1)** existência de NFs que embora registradas no LRE, não utilizou crédito fiscal (Doc. 07); **b.2.2.)** não há a duplicidade acusada porque as NFs não são as mesmas; **b.2.3)** as NFs não possuem as mesmas mercadorias; **b.2.4)** as NFs/mercadorias foram devolvidas; **b.2.5)** as NFs são de mercadorias que não sofrem isenção; **b.2.6)** as NFs tiveram origem nos Estados constantes do Anexo I do revogado Decreto 14.213/12; **b.3) Infração 03:** não cabe a aplicação da alíquota 18%: **b.3.1)** para saídas de mercadorias para empresas optantes do Simples Nacional-SN. Pois, aplica-se alíquota de 7%, conforme se vê no anexo (doc. 08); **b.3.2)** não cabe aplicação da alíquota de 18% nas operações que não tem destaque do imposto como mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (ST), com fase de tributação encerrada, anexo doc. 09; **b.3.3)** não cabe aplicação da alíquota de 18% nas saídas interestaduais subsequentes à importação de mercadorias, com similar nacional, uma vez que alíquota aplicável é 4%, anexo doc. 10; **b.3.4)** não cabe aplicação da alíquota de 18% nas saídas interestaduais de mercadorias para destinatários que possuam inscrição estadual-IE, mas sim a alíquota de 12%, anexo doc. 11; **b.3.5)** não cabe aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias para destinatários de operações sujeitas à redução da base de cálculo (BC) do ICMS, com cupons/notas fiscais, anexo doc. 12; **b.3.6)** não cabe aplicação da alíquota de 18% nas saídas de mercadorias para destinatários de operações beneficiadas com isenção do ICMS, com cupons/notas fiscais, anexo doc. 13; **Infração 04:** **b.4.1)** as notas fiscais relacionadas foram canceladas; **b.4.2)** as NFs em anexo (Doc. 15) envolvem mercadorias destinadas ao ativo fixo, consumo ou uso do estabelecimento; **b.4.3)** as NFs em anexo (Doc. 16) envolve mercadorias isentas, com ST e com BC reduzida; **b.4.4)** as NFs em anexo (Doc. 17) tiveram origem nos Estados constante no anexo I do Decreto revogado nº 14.213/2012; **b.4.5)** as NFs em anexo (Docs. 18 e 19) tiveram o ICMS pago por antecipação parcial; **b.5) Infração 05:** **b.5.1)** as NFS relacionas pelo fiscal foram canceladas; **b.5.2)** as NFs em anexo (Doc. 21) estão registradas na EFD; **b.5.3)** as NFs relativas ao período janeiro a agosto 2015 não tinham obrigatório registro em EFD.

Sem sentido lógico nem jurídico as preliminares arguidas pelas seguintes razões:

A uma, porque, como já insinuado na introdução do voto e se verá mais adiante detalhado na apreciação de mérito, da análise dos autos, ao contrário do alegado, constata-se certeza e liquidez da acusação fiscal em todas as infrações, pois, obedecidas as prescrições do art. 142 do CTN e do RPAF-BA. Verificada a ocorrência dos fatos geradores da obrigação tributária, o crédito foi constituído por autoridade administrativa competente, determinando a matéria tributável das infrações. Calculou-se o montante do tributo devido, identificando o sujeito passivo e propondo a aplicação da penalidade legal cabível.

A duas, porque, observando que o próprio Impugnante atesta que a auditoria na qual se constatou as infrações, tem base na Escrituração Fiscal Digital – EFD, elaborada sem inconsistência e repassada ao Fisco pelo sujeito passivo em cumprimento de obrigação acessória, sendo ele Empresa de Pequeno Porte – EPP apurando ICMS mediante Conta Corrente Fiscal, conforme documento autuado à fl. 71, a obrigação de efetuar e entregar ao Fisco a Escrituração Fiscal Digital – EFD, única com efeito jurídico para retratar sua movimentação empresarial com repercussão fiscal, teve início em 01/01/2015. Abrange, portanto, todo o período objeto da auditoria empreendida (Janeiro 2015 a Dezembro 2018).

Afasto, pois as preliminares suscitadas.

Passo a apreciar o mérito da exação.

Com os destaques que faço nos dispositivos legais, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF assim disciplina o exercício do direito à impugnação ao auto de infração:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

*§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide **deverá ser alegada de uma só vez.***

§ 2º A defesa poderá referir-se apenas a parte da exigência fiscal, assegurando-se ao sujeito passivo, quanto à parte não impugnada, o direito de recolher o crédito tributário com as reduções de penalidades previstas em lei.

§ 3º A depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145.

...

*§ 5º **A prova documental será apresentada na impugnação**, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:*

*I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, **por motivo de força maior;***

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

II - se destine a contrapor fatos ou razões, posteriormente trazidos aos autos.

Protocolada na repartição fiscal em 13/10/2020, ainda que na Impugnação pontue e indique vastos elementos de prova das alegações, já em desacordo com a disciplina retro exposta, vê-se que, sem comprovar ocorrência das exceções previstas no § 5º, do art. 123, do RPAF, o Impugnante apenas aportou aos autos, em duas ocasiões e depois da Informação Fiscal autuada em 18/11/2020, cópias de DANFES de NF-es, sendo a primeira juntada, datada de 24/02/2021, composta por 300 DANFES, referenciados apenas à Infração 01 e, a segunda aportação, datada de 15/05/2021, composta de mais 591 DANFES, referindo-se às Infrações 01, 02 e 04.

A Infração 01 (Uso indevido de crédito relativo a aquisição de mercadorias com fase de tributação encerrada por substituição tributária), tem suporte probatório no demonstrativo CRÉDITOINDEVIDOSSUBSTITUTRIBUT_LISTAGEM referentes aos exercícios 2015 a 2018, listando mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Ainda que genericamente contestando por simplesmente arrolar impressos de DANFES, sem objetivamente apontar quais mercadorias e correspondentes valores inadequados da exação constem dos demonstrativos probatórios da acusação fiscal, cujas cópias foram entregues ao sujeito passivo, observa-se que, ao contrário do alegado, os DANFES apresentados pelo Impugnante confirmam o acerto da exação, pois as mercadorias contidas nos documentos fiscais arrolados tanto no demonstrativo suporte da exação, como nos DANFES que apresentou, figuram no Anexo I do RICMS-BA como enquadradas no regime de substituição tributária total, tais como: bacias sanitárias NCM 6910; tubos e seus acessórios e engates NCM 3917; cal NCM 2522; caixas de descarga e assentos sanitários NCM 3922; pisos em cerâmica NCM 6908, entre outros, e tiveram uso indevido de crédito fiscal pelas aquisições, conforme se vê no LRAICMS.

Verifica-se, também, que, ao contrário da alegação defensiva, as Notas Fiscais arroladas pelo Impugnante no grupamento de DANFES que chama de DOC 05, enquadram-se no regime de substituição tributária: **Nota Fiscal nº 2.918** (mercadorias com NCM 4418 previstos no anexo 1 do RICMS vigente em 2015 - item 24.23 - Obras de marcenaria ou de carpintaria para construções); **Nota Fiscal nº 4.479** (mercadorias com NCM 8302 previstas nos itens 24.78 e 24.79); **Notas Fiscais nºs 7.702, 7.800 e 7.867** (mercadorias com NCM 3824 previstas no item 24.2 e mercadorias com NCM 6810 previstas no item 24.34); **Nota Fiscal nº 10.292** (mercadorias com NCM 7308 previstas no item 24.53); **Notas Fiscais nºs 12.516 e 14.306** (mercadorias com NCM 3919 previstas no item 24.7 e mercadorias com NCM 7318 previstas no item 24.61); **Notas Fiscais nºs 20.897, 21.179 e 22.094** (mercadorias com NCM 7308 previstas no item 24.53 e 24.52); **Nota Fiscal nº 33.086** (mercadorias com NCM 8481 previstas no item 24.83); **Notas Fiscais nºs 55.405 e 57.423** (mercadorias com NCM 6910 previstas no item 24.37); **Nota Fiscal nº 63.981** (mercadorias com NCM 6910 previstas no item 24.37); **Nota Fiscal nº 66.727** (mercadorias com NCM 3926 previstas no item 24.14) e, assim,

sucessivamente (mercadorias que se repetem), de modo que todas as mercadorias objeto de exação pela Infração 01, efetivamente pertencem à ST e tiveram uso indevido de crédito fiscal.

Por ser empresa comercial de materiais de construção, a alegação de existência de mercadorias constantes do anexo único do revogado Decreto 14.213/12 não se sustenta porque: **a)** sequer comercializa mercadorias constantes do citado anexo único (algodão, arroz, feijão, outros produtos agrícolas, óleo vegetal comestível, carnes frescas, açúcar, fios, tecidos e outros vestuários de algodão, produtos eletrônicos e outros; **b)** na infração não consta relacionado documento fiscal contendo mercadorias elencadas no citado anexo único.

Também tenho por mera “confusão” e, por tabela, confissão de cometimento de outra infração, a alegação de não apropriação de crédito relativo a NFs não escrituradas, simplesmente por não tê-las escrituradas na EFD.

Infração subsistente.

INFRAÇÃO 02 - Crédito Indevido por lançamentos de documentos em duplicidade.

Sem também objetivar a contestação apontando eventual discordância quanto aos detalhados dados e valores indicados nos demonstrativos suportes da acusação fiscal, possui genérica alegação relatando: a) equívoco na imputação, por: a.1) existência de NFs que embora registradas no LRE, não utilizou crédito fiscal (Doc. 07); a.2) não houve a duplicidade de registro porque as NFs não seriam as mesmas; a.3) as NFs não possuem as mesmas mercadorias; a.4) as NFs/mercadorias foram devolvidas; a.5) as NFs são de mercadorias que não sofrem isenção; a.6) as NFs tiveram origem nos Estados constantes do Anexo I do revogado Decreto 14.213/12;

Ocorre que as Notas Fiscais lançadas em duplicidade estão claramente demonstradas nas planilhas entregues ao contribuinte (CREDITOINDEVIDONFLANÇDUPLICIDADE_COMPROVAÇÃO referentes aos exercícios de 2015, 2016, 2017 e 2018) onde constam as datas e valores creditados duas vezes, de todas as Notas Fiscais exigidas nesta infração. São as mesmas Notas Fiscais, pois coincidem na numeração das Notas Fiscais, seus valores e mercadorias arroladas, sendo creditadas em 2 datas distintas.

Todos os eventos relativos à movimentação empresarial com repercussão tributária possuem normativa a respeito, devendo, assim, serem registrados na EFD, especialmente cancelamento/devolução de mercadoria, e o Impugnante não comprovou nos autos ocorrência de eventual cancelamento de NF ou devolução de mercadoria.

Como já referido para a Infração 01, a alegação defensiva relativa ao Decreto revogado nº 14.213/12 não tem pertinência com o caso em apreço.

Infração subsistente.

INFRAÇÃO 03 - Débito a menor por erro na apuração dos valores do ICMS. Erro na determinação da carga tributária (alíquota) em operações com ECF.

Como feito para as anteriores, sem também objetivar a contestação apontando eventual discordância quanto aos detalhados dados e valores indicados nos demonstrativos suportes da acusação fiscal, a impugnação possui genérica alegação relatando não caber aplicação da alíquota 18%: a) para saídas de mercadorias para empresas optantes do Simples Nacional-SN. Pois, aplica-se alíquota de 7%, conforme se vê no anexo (doc. 08); b) nas operações que não tem destaque do imposto como mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (ST), com fase de tributação encerrada, anexo doc. 09; c) nas saídas interestaduais subsequentes à importação de mercadorias, com similar nacional, uma vez que alíquota aplicável é 4%; c) nas saídas interestaduais de mercadorias para destinatários que possuam inscrição estadual-IE, mas sim a alíquota de 12%; d) nas saídas de mercadorias para destinatários de operações sujeitas à redução da base de cálculo (BC) do ICMS, com cupons/notas fiscais; e) nas saídas de mercadorias para destinatários de operações beneficiadas com isenção do ICMS, com cupons/notas fiscais.

Ora, as genéricas alegações não elidem a acusação fiscal, pois todas as mercadorias constantes das detalhadas planilhas suportes, cujas cópias foram entregues ao contribuinte (ECF_ERRODETERMCARGATRIBUTARIA_LISTAGEM referentes aos exercícios de 2015, 2016, 2017 e 2018) são normalmente tributadas (não pertencem à ST, não são isentas, não tem redução de base de cálculo ou outro benefício fiscal) e foram dadas saídas com tributação zero, como se fossem operações não mais tributáveis.

Ressalte-se que: a) durante todo o período fiscalizado (exercícios de 2015, 2016, 2017 e 2018), mesmo sendo EPP, o contribuinte não tinha opção pelo SIMPLES NACIONAL, tendo entregue regularmente as DMA's e EFDs correspondentes; b) todas as diferenças de ICMS exigidas nesta infração decorrem de saídas internas em Equipamento emissor de Cupom Fiscal (ECF) com carga tributária diferente da prevista na legislação, inclusive sob alíquota de 17% quando vigia 18%, não tendo que se falar, por exemplo, em operações interestaduais com alíquota de 12%, ou isenção ou redução de base de cálculo, pois isso o Impugnante não comprovou nos autos.

Infração subsistente.

INFRAÇÃO 04 - Antecipação Parcial para empresas não optantes do Simples Nacional.

Também possui Impugnação inespecífica, genérica e vazia de elemento documental probatório: a) as notas fiscais relacionadas foram canceladas; b) as NFs em anexo (Doc. 15) envolvem mercadorias destinadas ao ativo fixo, consumo ou uso do estabelecimento; c) as NFs em anexo (Doc. 16) envolvem mercadorias isentas, com ST e com BC reduzida; d) as NFs em anexo (Doc. 17) tiveram origem nos Estados constante no anexo I do Decreto revogado nº 14.213/2012; e) as NFs em anexo (Docs. 18 e 19) tiveram o ICMS pago por antecipação parcial.

Conforme demonstrativos suportes autuados, com cópias enviadas ao contribuinte (ANTECPARCIAL_RESUMO exercícios 2015, 2016, 2017 e 2018) todos os recolhimentos efetuados pelo contribuinte referentes à Antecipação Parcial foram considerados na apuração da diferença devida e recolhida a menos, de tal forma que o valor exigido em 2015, por exemplo, é de R\$ 11.579,88, resultante da diferença entre R\$ 59.440,71 que é o valor total devido no exercício e R\$ 47.860,83 que foi o valor recolhido a título de Antecipação Parcial naquele exercício.

Todas as mercadorias elencadas nas detalhadas planilhas suportes (ANTECPARCIAL_LISTAGEM exercícios 2015, 2016, 2017 e 2018) foram destinadas a comercialização (não se incluem as mercadorias destinadas a Ativo Fixo ou Uso ou Consumo), tampouco houve comprovação de inadequada inclusão em face de cancelamento de NF ou devolução de mercadorias ou, ainda, indevida inclusão de mercadorias isentas, com ST ou RBC.

Como já apreciado, a repetida alegação relacionada com o revogado decreto é impertinente para este caso.

Infração subsistente.

INFRAÇÃO 05 - Não escrituração de diversas Notas Fiscais na EFD – Escrituração Fiscal Digital).

Como as anteriores, sua Impugnação também é inespecífica, genérica e vazia de elemento documental probatório: a) as NFS relacionas pelo fiscal foram canceladas; b) as NFs em anexo (Doc. 21) estão registradas na EFD; c) as NFs relativas ao período janeiro a agosto 2015 não possuíam obrigatório registro na EFD.

É de se observar, de logo, que na impugnação da Infração 01, alegando que uma das razões de não ter usado o crédito fiscal destacado em algumas NFs foi justamente não tê-las registradas na EFD, é de se ter em conta que, inadvertidamente, o Impugnante confessa o cometimento da Infração 05, dando azo à penalidade legal para tal caso, valor exigido corretamente, pois todas as Notas Fiscais devem ser registradas no Livro Registro de Entradas do contribuinte (em sua EFD), mesmo as que posteriormente sejam devolvidas ou canceladas

As planilhas suportes da exação relacionam exaustivamente (uma por uma) todas as Notas Fiscais

não lançadas na EFD e portanto, sujeitas à penalidade acessória exigida neste Auto de Infração a partir do início do exercício de 2015, pois, desde então obrigado à Escrituração Fiscal Digital, como registrado no documento de fl. 71, relativo a consulta aos dados do contribuinte autuado ao Sistema Público de Escrituração Fiscal e Contábil Digital - SPED.

Ressalte-se que as notas fiscais elencadas pelo Impugnante (Doc. 04) como não escrituradas na EFD são as que constam relacionadas nas planilhas suportes “2015_NFNAOESCRITNAEFD_LISTAGEM”, “2016_NFNAOESCRITNAEFD_LISTAGEM”, “2017_NFNAOESCRITNAEFD_LISTAGEM” que, repito, justamente por não terem sido escrituradas motivam a multa formal aqui tratada.

Infração subsistente.

As intimações fiscais devem obedecer a forma regulamentada no RPAF, mas nada impede que o patrono do sujeito passivo seja copiado no caso.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269275.0005/20-4, lavrado contra **KENIO MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 258.452,95**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 4.726,74**, previstas no inciso IX do mesmo diploma legal citado – multa reduzida em obediência à Lei nº 13.461/2015 c/c a Alínea “c”, do Inciso II, Art. 106 da Lei nº 5.172/66 (CTN), com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR