

A. I. Nº - 269133.0601/15-9
AUTUADO - AFONSO & GIGANTE LTDA. (NG SUPERMERCADO)
AUTUANTE - JOSÉ CÍCERO DE FARIAS BRAGA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 25.05.2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0017-06/16

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTAS. ERRO NA APLICAÇÃO. Infração reconhecida pelo autuado. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA: a) COM SAÍDA SUBSEQUENTE BENEFICIADA COM ISENÇÃO/REDUÇÃO DO IMPOSTO; b) SUJEITA A ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA; c) SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA; d) COM BENEFÍCIO FISCAL DO ICMS NÃO AUTORIZADO POR CONVÊNIO OU PROTOCOLO; e) SEM DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO FISCAL.** Exações fundamentadas na Escrituração Fiscal Digital e nos respectivos registros dos documentos fiscais. Não comprovada a alegação de retificação do lançamento. Razões de defesa não elidem as imputações. **3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS.** Comprovada a compensação correta do crédito fiscal com o imposto exigido. Item subsistente. **4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Alegação defesa desconexa com a acusação fiscal, ao se referir ao ICMS antecipação parcial. Compensação correta do crédito fiscal com o imposto exigido. Item subsistente; **b) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Item reconhecido. **5. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Aquisição interestadual de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, em virtude de Convênio ou Protocolo, sem retenção e recolhimento do ICMS-ST. Item reconhecido pelo autuado. **6. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. a) DESENCONTRO ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS.** Não há como justificar existência de dados divergentes na escrituração entre a EFD e a DMA. Não restou provada retificação da situação. Infração subsistente; **b) ESTORNO DE DÉBITO DE ICMS EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO.** O estorno de débito requer rito processual próprio. Não provada a retificação. Item subsistente. **7. EFD. MULTA. ENTREGA DO ARQUIVO ELETRÔNICO SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS NA LEGISLAÇÃO.** Comprovada a intimação ao contribuinte para a correção do arquivo da EFD. Item subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 26/06/2015, para exigir o montante de R\$85.713,10, referente a treze infrações, todas inerentes ao exercício de 2014, conforme documentos às fls. 16 a 211 dos autos, nos termos a seguir:

INFRAÇÃO 1 - Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$19.968,94, em razão da aplicação da alíquota diversa da prevista nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

INFRAÇÃO 2 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$5.270,51, referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução do imposto.

INFRAÇÃO 3 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$2.459,70, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária.

INFRAÇÃO 4 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$120,18, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária.

INFRAÇÃO 5 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$2.943,85, relativa às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75.

INFRAÇÃO 6 - Recolheu a menos ICMS antecipação parcial, no valor de R\$7.873,07, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização.

INFRAÇÃO 7 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$275,10, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior.

INFRAÇÃO 8 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no valor de R\$2.740,02, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior.

INFRAÇÃO 9 - Deixou de recolher o ICMS devido por Responsabilidade Solidária, no valor de R\$59,19, em aquisição interestadual de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária em virtude de Convênio ou Protocolo, em que não houve nem retenção nem recolhimento do imposto.

INFRAÇÃO 10 - Recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$7.720,89, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

INFRAÇÃO 11 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$26.604,39, sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

INFRAÇÃO 12 - Efetuou estorno de débito de ICMS, no valor de R\$8.297,26, em desacordo com a legislação.

INFRAÇÃO 13 - Multa, no valor de R\$1.380,00, por ter o contribuinte deixado de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da escrituração Fiscal Digital - EFD - ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária.

Em sua defesa, às fls. 214 a 236 dos autos, o sujeito passivo, preliminarmente, aduz que o autuante se limitou a analisar apenas os arquivos da EFD, desprezando as DMAs, sem adentrar nos aspectos legais pertinentes a matéria tributária referente ao EFD e suas modalidades de retificação de erros, pois, no caso em análise, está configurado que os documentos apresentados divergem com a escrituração fiscal, uma vez que os valores recolhidos são divergentes aos apresentados no EFD. Diz que a DMA, dentre as obrigações acessórias, detém todas as informações de entrada e saída de mercadoria, bem como a apuração do ICMS, logo se existe divergência de informações entre a DMA e EFD, deve ser apurada. Tece considerações sobre obrigações acessórias impostas ao contribuinte.

Em seguida, afirma ser procedente as infrações 1, 7 e 9 do Auto de Infração.

Em relação às infrações 2, 3 e 4, relativas à utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias regidas pelo regime de substituição ou antecipação tributária, o sujeito passivo alega que, como já salientado anteriormente, o autuante usou os arquivos gerados para o EFD, que são alimentados por meio de documentos de entrada e saídas de mercadorias. Entretanto a apuração do ICMS, não é

realizada via dados do EFD e sim pelos registros gerados pela contabilidade, que no ato de registrar a nota fiscal não fez uso indevido de crédito fiscal de mercadoria regidas pelo sistema de substituição tributária, conforme demonstrado no livro Registro de Entrada. Itens improcedentes.

Quanto às infrações 5 e 6, inerentes à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS na aquisição de mercadoria interestaduais e ao recolhimento a menor de ICMS antecipação parcial, diz ser improcedentes, visto que o recolhimento da antecipação atendeu ao disposto na legislação, onde o destaque do imposto pago na operação anterior no documento fiscal deve ser abatido da base de cálculo para apurar a antecipação parcial, pois, o ICMS informado na nota fiscal tem o condão de servir tanto para crédito do ICMS quanto para a antecipação parcial. Cita art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

Inerente à infração 8, relativa ao recolhimento a menor de ICMS antecipação *parcial* (?), o autuado sustenta ser improcedente, pois o recolhimento da antecipação foi realizado atendendo ao disposto na Lei nº 87/96, onde o destaque do imposto pago na operação anterior no documento fiscal é a base de cálculo para apurar a antecipação *parcial*, então, o ICMS informado na nota fiscal, em coluna própria tem o condão de servir tanto para crédito do ICMS bem como para a antecipação parcial.

Já a infração 10, relativa ao recolhimento a menor em decorrência do desencontro entre os valores declarados no EFD com os respectivos recolhimentos, afirma ser improcedente, pois, sob a fundamentação de que a apuração é realizada e o ICMS recolhido com base na escrituração fiscal na contabilidade, sendo esta fundamentada nas DMAs, ou seja, o agente fiscal ao se limitar ao EFD nos meses 05/09/10/11 percebeu que o ICMS recolhido foi inferior ao declarado no EFD. Entretanto, passou despercebido que nos demais meses no mesmo exercício o valor recolhido de ICMS foi superior ao declarado na EFD, situação esta já retificada.

Quanto à infração 11, relativa à utilização de crédito sem a apresentação do competente documento comprobatório de referido crédito, o contribuinte diz ser improcedente, pois, sob a fundamentação de que a apuração é realizada e o ICMS recolhido com base na escrituração fiscal na contabilidade, sendo esta fundamentada na DMA, ou seja, o agente fiscal ao se limitar ao EFD no mês de 01/2014 via EFD, percebeu a ausência de documento fiscal que garantisse o direito ao crédito declarado no EFD, tal lançamento é sem efeito na apuração do ICMS e tal situação está já retificada.

Em relação à infração 12, inerente ao estorno de débito de ICMS sem a devida comprovação dos valores estornados, diz ser improcedente, pois, sob a fundamentação de que a apuração é realizada e o ICMS recolhido com base na escrituração fiscal na contabilidade, sendo esta fundamentada na DMA, ou seja, o agente fiscal ao se limitar ao EFD nos meses de 3 e 4 de 2014 via EFD, percebeu a ausência de documento fiscal que garantisse o direito ao crédito declarado no EFD. Porém, tal lançamento é sem efeito na apuração do ICMS e tal situação está já retificada.

Quanto à infração 13, sob a acusação de deixar de efetuar a entrega do arquivo EFD ou entregou sem as informações exigidas na forma e prazo previsto na Legislação Tributária, o defendente inicialmente registra que o valor da multa de R\$5.000,00 passou para R\$1.380,00, por declaração não entregue ou com entrega de arquivos incompletos, sem registros e/ou informações obrigatórias.

Salienta que entregou o arquivo no prazo estipulado pela legislação e, ao ser analisado, o autuante intimou para o envio de um novo arquivo, o que também foi atendido no prazo estipulado, porém, mesmo assim, foi autuado.

Diz que, com relação ao arquivo EFD 05/2014, foi validado pelo sistema PVA e “FED” ICMS IPI e transmitido. Se, por acaso, ao analisar o arquivo foi constatado a ausência de alguma informação, essa informação não lhe foi passada, já que, uma vez intimada a apresentar a EFD, o fez nos mesmos moldes de envio da primeira vez. Questiona se o arquivo foi validado como há de se falar em ausência de dados ou informações? Aduz que, quando indagado da necessidade de reenvio do arquivo, o autuante se limitou a dizer que o tamanho do arquivo TXT era menor que os demais arquivos, porém não indicou efetivamente o problema para que as providências fossem tomadas.

Reitera que o foco do recurso das infrações: 2, 3, 4, 10, 11, 12 e 13 tem como base as informações inconsistentes contidas no arquivo EFD, cujas providências já foram devidamente tomadas dando

total veracidade aos dados nele contidos. Invoca o princípio da boa-fé e diz que o valor a título de multa ficou superior ao ICMS mensal, caracterizando um verdadeiro confisco.

Tece considerações sobre o exercício da segurança jurídica e de pleitear a correção devidamente respaldada em documentação idônea, sob pena de cerceamento de defesa, visto que a constituição do crédito tributário tem que estar constitucionalmente motivado e ter como fim precípuo prover o ordenamento de intensa efetividade e segurança jurídica e aos direitos fundamentais.

Ainda, em relação às infrações 5, 6 e 8, diz que decorrem de ato inconstitucional, pois, salta aos olhos a ilegalidade do uso de Portarias e Decretos para tratar diretamente da configuração de tributos, atividade reservada somente à lei (art. 150, I, CF c/c art. 97, CTN), em respeito ao princípio da legalidade estrita, uma vez que o poder de tributar, conferido pelo Constituinte somente aos entes políticos, não é nem poderia ser ilimitado, já que sofre restrições ou limites de várias espécies, dentre as quais destaca o princípio da anterioridade tributária, que é verdadeiro princípio limitador do poder de tributar.

Por fim, requer:

- a) improcedência das infrações 2, 3, 4, 10, 11 e 12, pela segurança jurídica e cerceamento de defesa uma vez que as DMAs foram entregues ao autuante, que por sua vez não foi apreciada e o autuado não foi informado nem intimado a respeito dos mesmos, causando cerceamento de defesa, cuja situação já havia sido destituída com a retificação do EFD, inexistindo prejuízo ao fisco estadual, bem como o dolo, já que a apuração e recolhimento do ICMS foi realizado de forma correta e seus registros demonstrados pelas DMAs, do que diz não haver fato novo ao procedimento fiscal, apenas realinho das informações do EFD às das DMAs, já entregues sem nenhuma retificação.
- b) improcedência da infração 5, 6 e 8, uma vez que os créditos efetivados obedecem a legislação vigente. O recolhimento da antecipação parcial foi realizada com base nas informações contidas no corpo das notas fiscais, a redução da base de cálculo do ICMS constitui em aumento de imposto, não podendo ser efetivada por decreto, ferindo os princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade.
- c) improcedência da infração 13, pois entregou o arquivo no prazo estipulado pela legislação, ao ser analisado pelo agente fiscal o mesmo intimou para o envio de um novo arquivo, o que também foi atendido no prazo estipulado, e mesmo assim foi autuado pelo envio com ausência de dados. Diz que, mais uma vez, se defronta com a situação do arquivo EFD não refletir a realidade dos fatos, e a documentação entregue e as DMAs transmitidas não foram objeto de análise.

Como prova de suas alegações, anexa DMA (janeiro a dezembro/2014), às fs. 237 a 248 dos autos.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 253 a 258 dos autos, inicialmente, ressalta que a Escrituração Fiscal Digital (EFD), conforme art. 247 do RICMS/2012, dispõe que se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06). Assim, destaca que a EFD substitui a escrituração e impressão dos livros fiscais, o que implica que a fiscalização deve se ater em analisar, precipuamente, a escrituração constante nos livros fiscais, em conjunto com os documentos fiscais de entradas e saídas.

Quanto às infrações 2, 3 e 4, o autuante entende que as alegações de defesa não devem ser acatadas, uma vez que o trabalho da fiscalização consiste principalmente da verificação da Escrituração Fiscal Digital (EFD) e dos registros dos documentos fiscais de entradas e saídas efetuados na mesma. Logo, a apuração do imposto efetuada fora da EFD não possui valor legal e não deve ser aceita em substituição à EFD. Acrescenta, ainda, que a empresa, naquele momento, encontrava-se sob a ação fiscal. Concluiu pela procedência das infrações.

Inerente às infrações 5 e 6, o autuante inicialmente esclarece que a infração 5 trata de créditos fiscais indevidos relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefícios fiscais de ICMS não autorizados por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar nº 24/75 c/c o Decreto nº 14.213/12, ou seja, neste caso não se aplica a regra geral da utilização do crédito destacado na nota fiscal de origem como quer o contribuinte.

Já a infração 6, a mesma trata do recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial e, excetuando-se às aquisições sujeitas à glosa de créditos, conforme Lei Complementar nº 24/75 c/c Dec. nº 14.213/12, nas demais o crédito utilizado foi destacado no documento de origem.

Assim, o autuante concluiu pela procedência das infrações.

Em relação à infração 8, o preposto fiscal salienta que se trata de exigência do recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades Federação, e, excetuando-se às aquisições sujeitas à glosa de créditos, conforme LC nº 4/75 c/c Dec. nº 14.213/12, nas demais o crédito utilizado foi destacado no documento de origem. Concluiu pela procedência da infração.

Quanto às infrações 10, 11 e 12 o autuante opina pela procedência das exações, já que apurações do imposto efetuadas fora da EFD não possuem valor legal e não devem ser aceitas em substituição a EFD. Acrescenta, ainda, que a empresa, naquele momento, encontrava-se sob a ação fiscal.

Inerente à infração 13, o autuante discorda dos argumentos defensivos, visto que o arquivo foi entregue apenas com o registro 0000 (Abertura do Arquivo Digital do Bloco 0), conforme consta no texto da intimação, à fl. 207. Ou seja, foi entregue incompleta, infringindo a legislação vigente, conforme §1º do art. 249 do RICMS/2012 - Dec. nº 13.780/12, tendo sido o contribuinte, em função do ocorrido, intimado a enviar o arquivo da EFD do mês de maio de 2014 com todas as informações exigidas pela legislação. Assim, concluiu pela procedência da exação.

VOTO

O lançamento de ofício, ora em análise, imputa ao sujeito passivo o cometimento de treze infrações, com o débito exigido no montante de R\$85.713,10, das quais, com exceção das infrações 1, 7 e 9, reconhecidas como procedentes, as demais foram objeto da insurgência do sujeito passivo.

Inicialmente, há de se registrar que todas as exações do lançamento de ofício foram devidamente documentadas e se fundamentam em levantamentos fiscais e demonstrativos, constantes nos autos e em mídia eletrônica (CD-R), cujas cópias foram fornecidas ao contribuinte, consoante recibo à fl. 210 dos autos. Em consequência, verifico que o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte.

Quanto a alegação de defesa de que decorrem de ato inconstitucional às exigências 5, 6 e 8, do que diz ser ilegal o uso de Portarias e Decretos para tratar diretamente da configuração de tributos, em respeito ao princípio da legalidade estrita, há de esclarecer que, deixo de apreciar a por faltar de competência este colegiado a declaração de inconstitucionalidade, conforme previsto no art. 125, I, da Lei nº 3.956/81.

Em seguida, da análise das razões de mérito verifica-se que a base fundamental da insurgência do sujeito passivo reside na alegação de que o autuante se limitou a analisar apenas os arquivos da EFD, desprezando as DMAs, sem observar as retificações, visto que seus documentos e valores recolhidos divergem com a escrituração fiscal digital (EFD). Assim, segundo o defendente, se existe divergência de informações entre a DMA e EFD, deve ser apurada.

Sobre tal argumento há de ressaltar que o art. 123 do RPAF/BA assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Porém, se assim não proceder o sujeito passivo, limitando-se a tecer alegações genéricas e sem provar suas alegações, de forma a cumprir sua incumbência de elidir a acusação fiscal, seu direito de fazer em outro

momento processual torna-se precluso, conforme previsto no art. 123, §5º, do RPAF, a menos que: fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; se refira a fato ou a direito superveniente; se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos. Logo, não cabe ao ente tributante produzir provas pelo autuado.

Registre-se que se trata de contribuinte usuário do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD), conforme dados transmitidos eletronicamente pelo contribuinte à Base de Dados da Secretaria da Fazenda, isto é, informações prestadas em arquivo digital com assinatura digital do contribuinte ou seu representante legal, certificada por entidade credenciada pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP Brasil.

Nos termos do art. 247 do RICMS/2012, com fundamento no Convênio ICMS 143/06, a Escrituração Fiscal Digital (EFD) se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. Já o §1º do dito dispositivo destaca que a EFD substitui a escrituração e impressão dos livros fiscais: Registro de Entradas; Registro de Saídas; Registro de Inventário; Registro de Apuração do ICMS; Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP; Registro de Controle da Produção e do Estoque. Por sua vez, o § 2º do citado dispositivo, determina que se consideram escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

Quanto à Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA), o art. 255 do RICMS/12, estabelece que deve ser apresentada mensalmente pelos contribuintes que apurem o imposto pelo regime de conta corrente fiscal ou pelo regime simplificado de tributação para empresas de construção civil. Já o § 1º, inciso I, do mesmo dispositivo legal, determina que na DMA serão informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior, especificando as operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como os serviços utilizados ou prestados, por unidade da Federação, e outros elementos exigidos no modelo do referido documento, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, (grifo nosso).

Ressalte-se que o autuante, quando da sua informação fiscal, assevera que “Logo, a fiscalização deve se ater em analisar, precipuamente, a escrituração constante nos livros acima descritos, em conjunto com os documentos fiscais de entradas e saídas.”, (grifo nosso).

O fato é que, nos termos do art. 215 do RICMS/2012, “A escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade.”, (grifo nosso).

Em consequência, por se tratarem tanto a EFD quanto a DMA de informações de *responsabilidade exclusiva* do contribuinte e derivadas da mesma fonte e origem, ou seja, documentos fiscais das operações de entrada e de saída, além do inventário físico dos estoques, não há como se justificar a alegação defensiva da existência de dados divergentes de escrituração entre si (EFD x DMA), cujo fato alegado não restou comprovado com a mera anexação pelo autuado das próprias DMA, às fls. 237/248 dos autos, até porque a DMA é um documento de “*resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS*”, ínsitos na própria EFD.

Ademais, o caput do artigo 251 e seu parágrafo único, vigente à época dos fatos geradores, previam que:

Art. 251 Havendo necessidade de alteração parcial ou total das informações constantes do arquivo da EFD já transmitido, o contribuinte deverá retransmiti-lo com todas as informações.”

“Parágrafo único. A remessa de arquivo retificador da EFD, após o prazo previsto no inciso II da cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/09, dependerá de autorização da inspetoria fazendária da circunscrição fiscal do contribuinte.”

Já o inciso II da cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/09, estabelece que o contribuinte poderá retificar a EFD 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, os quais previam que:

§ 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.

Como a EFD deverá espelhar fielmente as operações realizadas pelo contribuinte, cujas informações são de sua exclusiva responsabilidade, assim como não provou a alegada divergência entre a EFD e a DMA e muito menos qualquer retificação de erros na EFD que produzam efeitos legais, há de se invocar os artigos 142 e 143 do RPAF, os quais determinam que:

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Diante de tais considerações, as razões de defesa não elidem as acusações fiscais, em relação às infrações 2, 3 e 4, inerentes à utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias com saídas isentas ou com fase de tributação encerrada, cujas exações se fundamentaram na Escrituração Fiscal Digital e nos registros dos documentos fiscais de entradas e saídas efetuados na mesma, uma vez que não restou comprovada a alegação de defesa de que “... a apuração do ICMS, não é realizada via dados do EFD, e sim pelos registros gerados pela contabilidade, ou seja, a contabilidade no ato de registrar a nota fiscal não fez uso indevido de crédito fiscal de mercadorias regidas pelo sistema de substituição tributária, conforme de mostrada (sic) no livro registro de mercadoria enviado via e-mail para o agente fiscal, ...”. Infrações subsistentes.

No tocante às infrações 5 e 6, relativas, respectivamente, à utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por acordo interestadual e ao recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, a alegação do defendente é de que o recolhimento da antecipação atendeu ao disposto na legislação, onde o destaque do imposto pago na operação anterior no documento fiscal deve ser abatido da base de cálculo para apurar a antecipação parcial, pois, o ICMS informado na nota fiscal tem o condão de servir tanto para crédito do ICMS quanto para a antecipação parcial.

O autuante aduz, quanto à infração 5, que os créditos fiscais indevidos são relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com benefícios fiscais de ICMS não autorizados por convênio ou protocolo, nos termos da Lei Complementar nº 24/75 e que, neste caso, não se aplica a regra geral da utilização do crédito destacado na nota fiscal de origem como quer o contribuinte.

Da análise da acusação e do levantamento fiscal (fls. 107/115), verifica-se que a infração 5 gira em torno da aplicação do Decreto nº 14.213/12, que veda ao contribuinte adquirente estabelecido no Estado da Bahia a utilização do total de crédito destacado na Nota Fiscal relativamente às mercadorias contempladas com benefício fiscal não autorizado por convênio ou protocolo, permitindo apenas o limite de crédito de 3% indicado no seu Anexo único, conforme a seguir:

Art. 1º Fica vedada a utilização de créditos fiscais relativos às entradas interestaduais das mercadorias referidas no Anexo Único deste Decreto, contempladas com benefício fiscal do ICMS não autorizado por convênio ou protocolo nos termos da Lei Complementar Federal nº 24, de 07 de janeiro de 1975.

§ 1º O crédito do ICMS relativo à entrada das mercadorias somente será admitido no percentual efetivamente cobrado no Estado de origem, conforme estabelecido no Anexo Único deste Decreto.

É importante esclarecer que as limitações ao direito de crédito em relação às operações isentas ou com não-incidência, criadas pela própria Constituição Federal, têm a clara finalidade de garantir a efetividade do princípio da não-cumulatividade, impedindo que o contribuinte utilize um crédito que, em verdade, não existe, já que a operação anterior não gerou pagamento do ICMS. Registre-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a redução de base de cálculo representa uma espécie de isenção fiscal parcial, admitindo, por conseguinte, o estorno proporcional do crédito de ICMS.

Se tratando de operações interestaduais, como no caso, a vedação à utilização do crédito se torna ainda mais relevante, pois se não houvesse qualquer limitação, o Estado destinatário seria obrigado a assumir o ônus do benefício fiscal oferecido pelo Estado remetente. Exigência subsistente.

Já a infração 6, a mesma trata do recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial e, conforme foi consignado na informação fiscal, excetuando-se às aquisições sujeitas à glosa parcial de créditos, nas demais o crédito utilizado foi o destacado no documento de origem, como se pode confirmar às fls. 119 a 149 dos autos. Infração subsistente.

Inerente à infração 8, relativa ao recolhimento a menor do ICMS por antecipação tributária, referente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, a alegação defensiva apresenta-se desconexa com a imputação fiscal ao se referir ao ICMS antecipação *parcial*, tendo o autuado aduzido que “... o DESTAQUE DO IMPOSTO pago na operação anterior no documento fiscal é a base de cálculo para apurar a antecipação parcial, então, o ICMS informado na nota fiscal, em coluna própria tem o condão de servir tanto para crédito do ICMS bem como para a antecipação parcial.”

Registre-se que a exigência decorre do recolhimento a menor do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias em outras unidades Federação e, excetuando-se às aquisições sujeitas à glosa parcial de créditos, o crédito destacado no documento fiscal foi compensado com o imposto exigido, conforme levantamento fiscal às fl. 171 a 173 dos autos. Infração subsistente.

Quanto à infração 10, na qual se exige o ICMS de R\$7.720,89 em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme demonstrado à fl. 201 dos autos, o autuado limita-se apenas a alegar que “*Infração improcedente, sob a fundamentação de que a apuração é realizada e o ICMS recolhido com base na escrituração fiscal na contabilidade, sendo esta fundamentada nas DMAs, ou seja, o agente fiscal ao se limitar ao EFD nos meses 05/09/10/11 percebeu que o ICMS recolhido foi inferior ao declarado no EFD, entretanto passou despercebido que nos demais meses no mesmo exercício o valor recolhido de ICMS foi superior ao declarado na EFD, situação esta já retificada.*”

Contudo, como já analisado inicialmente, por se tratarem tanto a EFD quanto a DMA de informações de *responsabilidade exclusiva* do contribuinte e derivadas da mesma fonte e origem, no caso os documentos fiscais, não há como se justificar a existência de dados divergentes na escrituração entre a EFD e a DMA, cuja retificação da situação também não restou provada. Infração subsistente.

Já a infração 11 decorre da utilização indevida de crédito fiscal em razão da falta de apresentação do documento comprobatório, tendo o autuado apenas reiterado que a apuração é realizada e o ICMS recolhido com base na escrituração fiscal na contabilidade, sendo esta fundamentada na DMA e que tal situação já está retificada. Concluo que há de se aplicar a mesma decisão do tópico anterior.

Em relação à infração 12, inerente ao estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação, o autuado reafirma que o autuante se limitou a analisar apenas a EFD e que a apuração do ICMS a recolher é com base na escrituração fiscal na contabilidade, sendo esta fundamentada na DMA, cuja situação já foi retificada.

De igual modo aos tópicos anteriores, vislumbro que a legalidade da apuração do ICMS ocorre através da Escrituração Fiscal Digital, a qual se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse do fisco, de responsabilidade exclusiva do contribuinte, cuja EFD substitui a escrituração e impressão dos livros fiscais convencionais. Em consequência, não há como se justificar a existência de dados divergentes na escrituração entre a EFD e DMA, cuja retificação da situação também não restou provada, além de que o estorno de débito requer rito processual próprio. Infração subsistente.

Por fim, quanto à infração 13, a exigência decorre da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor de R\$1.380,00, por ter o contribuinte, em relação ao mês de maio/2014, entregue o arquivo eletrônico da escrituração Fiscal Digital sem as informações exigidas na forma e/ou nos prazos previstos na legislação tributária.

O autuado aduziu que, o aludido arquivo foi transmitido e validado pelo SPED e, uma vez intimado a apresentar a EFD, o fez nos mesmos moldes de envio da primeira vez, já que não teve ciência de algum problema para que as providências fossem tomadas.

Já o autuante afirma que o arquivo foi entregue apenas com o registro 0000 (Abertura do Arquivo Digital do Bloco 0), como consta no texto da intimação, à fl. 207, ou seja, de modo incompleto, infringindo a legislação vigente, conforme §1º do art. 249 do RICMS/2012, tendo sido o contribuinte, em função do ocorrido, intimado a enviar o arquivo da EFD do mês de maio de 2014 com todas as informações exigidas pela legislação, porém, não o fez.

Da análise do Termo de Intimação, à fl. 207 dos autos, verifica-se que o contribuinte foi intimado a realizar a correção do arquivo da EFD, inerente ao mês de maio de 2014, por ter a enviado ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) apenas com o registro “0000”, relativo à Abertura do Arquivo Digital do Bloco “0”.

Assim, comprovada a devida intimação para retificação do arquivo e a afirmação do defendente de “... *que uma vez intimada a apresentar a EFD, o fez nos mesmos moldes de envio da primeira vez.*” (fl. 223), se verifica a subsistência da exação.

Por fim, no tocante ao alegado caráter confiscatório das multas aplicadas, há de se registrar que tais penalidades são as previstas aos casos concretos, conforme incisos do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, falecendo competência a este Colegiado a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, conforme previsto no art. 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269133.0601/15-9**, lavrado contra **AFONSO & GIGANTE LTDA. (NG SUPERMERCADO)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$84.333,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “b”, “d” e “f” 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\$1.380,00**, prevista no inciso XIII-A, “I”, do mesmo diploma legal, c/c a Lei nº 12.917 e Art. 106 e Art. 112 do CTN - Lei nº 5.172,66, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2016.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR