

A. I. N° - 0870343014/16-7
AUTUADO - OTONIEL BENÍCIO ALECRIM NETO - ME.
AUTUANTE - OSMAR SOUZA OLIVEIRA
ORIGEM - INFRAZ IRECÊ
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26.05.2017

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0068-02/17

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Mediante o refazimento da conta corrente fiscal do sujeito passivo, restou comprovada a falta de recolhimento do imposto referente a operações escrituradas no livro próprio. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Fato comprovado. Infração subsistente. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. **a)** FALTA DE ENTREGA NO PRAZO PREVISTO. Infração não elidida. **b)** FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) A QUE ESTAVA OBRIGADO. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/11/2016, refere-se à exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$105.729,69, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 02.01.18: Deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de maio a agosto e outubro a dezembro de 2015. ICMS: R\$ 88.507,15. Multa: 60%.

Infração 02 – 07.22.03: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de microempresa não optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no mês de maio de 2015. ICMS: R\$748,41. Multa: 60%.

Infração 03 - 16.14.02. Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de maio a dezembro de 2015. Foi indicada a multa de R\$ 1.380,00 para cada mês em que não houve a entrega do referido arquivo, totalizando R\$11.040,00.

Infração 04 - 16.14.03. Deixou o contribuinte de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD - na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de maio a agosto e outubro a dezembro de 2015. Foi indicada multa no valor de R\$5.434,13, equivalente a 1% do valor das saídas.

O autuado interpõe defesa, fls. 164 a 187, na qual afirma que o autuante “*deixou de observar o devido processo legal, ao não apresentar cópias dos livros fiscais de entrada, saída e apuração de ICMS, e elaborar demonstrativo da infração da conta corrente com dados divergentes do livro de apuração de ICMS referentes a imputação nº 01, bem como nas imputações 03 e 04, deu início a ação fiscal intimando o contribuinte para apresentar arquivos magnéticos sem conceder os prazos legais para sua apresentação*”.

Diz que o autuante não apresentou os livros fiscais que lastreiam a Infração 01, porém elaborou demonstrativos com notas fiscais que não correspondem aos valores escriturados nos livros fiscais citados pelo próprio auditor fiscal.

Sustenta que há insegurança quanto à Infração 01, pois há desconformidade entre a imputação feita no Auto de Infração e os demonstrativos que serviram de base para o lançamento, bem como foi intimado irregularmente. Diz que houve cerceando a defesa e afrontando o devido processo legal.

Reproduz o art. 2º do RPAF/BA e, em seguida, apresenta o entendimento de que o referido dispositivo informa a intenção do legislador baiano em assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal. Diz que não há como se olvidar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela nossa Constituição Federal. Pontua que o Código Tributário Nacional, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte. Aduz que tal afirmativa fica evidente no artigo 112 do CTN quando se usa o princípio do “*in dubio pro contribuente*”.

Tece considerações sobre o princípio da reserva legal e diz que “o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador”. Diz que a autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir nem tem qualquer interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal, como bem está expresso no trecho da Revista dos Tribunais, que transcreveu.

Discorre sobre a função administrativa tributária, quando afirma que o Fisco deve agir com integral imparcialidade e para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento está sujeito ao princípio da reserva legal. Frisa que a exigência fiscal realizada de modo equivocado implica mudança no fulcro da autuação e deixa de observar o devido processo legal. Diz que o caso “*sub examine*”, devido aos vícios que possuem levará fatalmente a decretação da sua nulidade, pelos seguintes motivos:

a) Inobservância do devido processo legal - Insegurança na determinação da infração: alega que o autuante, ao descrever a Infração 01, entra em conflito com o descrito nos demonstrativos em que se fundamenta tal infração, ocasionando sua nulidade por insegurança na determinação da infração, conforme prevê o art. 18, IV, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. 7629/99 - RPAF-BA/99.

Diz que na Infração 01, foi acusado de ter deixado de recolher ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Contudo, em seus papéis de trabalho denominados “Apuração do ICMS Normal - Exercício de 2015”, o autuante apresenta valores em total dissonância com os livros fiscais do deficiente. Sustenta que o auditor fiscal faz declarações contraditórias, retirando qualquer possibilidade de segurança jurídica, imprescindível à manutenção do lançamento, como diz ter ocorrido com a Nota Fiscal nº 6673, que consta no demonstrativo do autuante (Doc. 03 - fl. 194), mas não consta do livro Registro de Entradas (Doc. 04 - fl. 196). Afirma que se constata no livro Registro de Apuração de ICMS que, nos meses de maio, julho, agosto e novembro (Doc. 05 - fls. 198 a 201), os valores das entradas divergem dos constantes nos demonstrativos do autuante (Doc. 06 - fls. 203 a 213). Assevera que o demonstrativo do autuante está eivado de erros e inconsistências, impossibilitando o autuado de se defender, uma vez que os valores lançados pelo auditor não se coadunam com os documentos que lastreiam os livros fiscais do deficiente.

Reitera que há insegurança na determinação da Infração 01, pois a descrição da infração e o enquadramento legal estão destoantes do demonstrativo da infração. Requer a decretação da nulidade dessa infração, com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF-BA/99. Para embasar seus argumentos, reproduz ementas de decisões proferidas neste CONSEF, discorre sobre a vinculação dos atos administrativos e cita doutrina.

b) Inobservância do devido processo legal em face de intimação irregular: após transcrever o teor das Infrações 03 e 04, afirma que as acusações encontram-se equivocadas, haja vista que só passou a ficar obrigado ao uso da EFD a partir de 01/01/14 e, por consequência, dispensado da entrega dos arquivos magnéticos estabelecidos no Convênio ICMS 57/95, consoante o art. 253 do RICMS-BA/12, não havendo, portanto, razão para as referidas infrações.

Transcreve ementa de decisão deste CONSEF e, em seguida, diz que não havia motivo para as Infrações 03 e 04, pois Auto de Infração embasado em motivos falsos, inexistentes ou inidôneos é ato administrativo sem motivação e, portanto, nulo.

Define o lançamento do crédito tributário e, em seguida, transcreve os cinco elementos a ser considerados no ato administrativo. Diz que, na forma preconizada pelo art. 3º do CTN, a lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado, assim o lançamento como ato de vontade da administração já está predeterminado na lei tributária. Cita doutrina para embasar seus argumentos. Reitera o pedido de nulidade das Infrações 03 e 04.

Sustenta que, em relação à Infração 04, também não foi cumprido o devido processo legal porque não lhe foi fornecido o prazo de trinta dias, previsto no §4º do art. 247 do RICMS-BA/12, para o envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências. Diz que a única intimação que recebeu é a que se encontra em anexo (Doc. 07 - fl. 215), a qual não estabelece o prazo de trinta dias para envio ou retificação de arquivo magnético apresentado com omissão. Também alega que não lhe foi fornecida a listagem diagnóstico com a indicação das irregularidades. Frisa que tais falhas são insanáveis, haja vista que não se trata de incorreções eventuais. Assegura que a infração em comento é nula, nos termos do art. 18, II, do RPAF-BA/99. Transcreve ementas de decisões proferidas neste CONSEF.

Ao finalizar, requer que seja decretada a nulidade do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 223 e 224 dos autos.

Quanto à Infração 01, explica que o ICMS normal não recolhido foi calculado tomando por base as notas fiscais de entradas e de saídas coletadas no sistema da SEFAZ. Diz que refez a conta corrente fiscal do autuado, tendo apurado o ICMS devido mensalmente, totalizando R\$ 88.507,15, considerando que o contribuinte emitiu todas as notas fiscais de saídas sem a observância da tributação correta. Frisa que, no período fiscalizado, não houve recolhimento de ICMS normal, conforme documentos às fls. 227 a 234.

Pontua que em relação à Infração 02, que trata da falta de recolhimento de antecipação parcial, o autuado não se defendeu.

No que tange à Infração 03, diz que a multa exigida na autuação foi decorrente da falta de entrega dos arquivos da Escrituração Fiscal Digital (EFD), consoante as informações da SEFAZ.

Relativamente à Infração 04, informa que a exigência fiscal decorre da falta de atendimento da intimação para a entrega dos arquivos da EFD, considerando que o prazo de trinta dias foi vencido, conforme prevê o art. 247, §4º, do RICMS-BA/12. Afirma que uma intimação foi enviada pelos correios, tendo sido recebida em 07/10/16, conforme fl. 9 dos autos. Diz que, como o Auto de Infração foi lavrado em 19/11/16, o prazo concedido foi vencido em mais de trinta dias.

Afirma que ficou demonstrada a necessidade de constituição do crédito tributário, para salvaguardar o direito da Fazenda Pública Estadual. Diz ser evidente a omissão de pagamento de ICMS, pois, conforme os relatórios extraídos do Sistema SEFAZ, o autuado recolheu apenas a quantia de R\$ 1.880,08, valor inferior ao apurado no Auto de Infração em tela.

Assevera que na reconstituição da apuração do ICMS normal (fls. 12 a 20) apenas oito (08) notas fiscais de entradas (NF nºs 941, 2421, 3378, 6673, 11570, 24221, 28356 e 113390) são de empresas fornecedoras. As demais notas fiscais (de entradas e de saídas) são do próprio contribuinte, sendo feitos os lançamentos conforme as datas dos documentos fiscais. Reafirma que todas as notas fiscais foram disponibilizadas pelo Sistema SEFAZ através de Pacote de Fiscalização. Acrescenta que na Ordem de Serviço nº 506176/16 (fls. 225 e 226) consta: “*Empresa indicada pelo*

Monitoramento CMO com grande movimento de mercadorias direcionadas para órgãos públicos e sem registro de entradas. Inscrita no CAD-ICMS na condição de Microempresa, mas com a Forma de Apuração do imposto C/Corrente Fiscal. Suspeição de irregularidade no recolhimento do ICMS. Possível irregularidade no recolhimento de ICMS.”.

Afirma que não possuem credibilidade as cópias do livro Registro de Apuração de ICMS trazidas na defesa, considerando que não são apresentadas as supostas notas fiscais de entradas. Aduz que é divergente o valor total das saídas (R\$ 205.828,06 - fls. “1135 a 1130”) comparando com o da apuração do ICMS normal (R\$ 251.873,61 - fls. 12, 14, 15 e 18).

Diz que, “*tendo em vista a divergência citada acima, e considerando que são desconhecidas do Sistema SEFAZ as notas fiscais de entradas citadas em valores totais mensais na apuração do contribuinte, exceto as de números 941, 2421, 3378, 6673, 11570, 24221, 28356 e 113390 já mencionadas, que o fato gerador do débito do ICMS ocorre na data da emissão da nota fiscal de saída, que é inadmissível o registro de nota fiscal de venda de mercadorias no mês seguinte por ser tratar de tentativa para adiar o pagamento do ICMS devido, não poderia haver discordância entre os lançamentos do contribuinte no livro de apuração do ICMS e a apuração do ICMS normal constante neste PAF, ou então houve falta de registro de alguns documentos fiscais.”*

Observa que, nas notas fiscais de saídas do autuado, a base de cálculo e o valor do ICMS são zerados, enquanto que no livro de apuração do ICMS é apresentado débito do imposto. Diz que é visível a divergência, o que sugere que a defesa faz apenas mais uma tentativa de por fim aos valores do ICMS normal devido apurado no Auto de Infração.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que o autuante deixou de observar o devido processo legal, não apresentou cópias dos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS, não elaborou demonstrativos da conta corrente fiscal com dados divergentes do livro Registro de Apuração de ICMS (Infração 01), bem como deu início a ação fiscal relativamente às Infrações 03 e 04 sem conceder ao contribuinte o prazo legal para apresentação dos arquivos magnéticos.

Ao contrário do afirma do na defesa, o Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em estrita observância ao princípio do devido processo legal e encontra-se em perfeita conformidade com a legislação tributária pertinente. A descrição dos fatos imputados ao sujeito passivo é clara e precisa, a tipificação das irregularidades está correta e o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que evidenciam todos os elementos constitutivos do crédito tributário lançado. Ao contribuinte foi garantido o pleno exercício do seu direito à ampla defesa e ao contraditório. Assim, a suposta inobservância do devido processo legal não restou caracterizada e, portanto, não é razão para a nulidade arguida.

A alegação defensiva de que o autuante não apresentou cópia dos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS carece de fundamentação, uma vez que no período abarcado pela ação fiscal o defendantec estava obrigado a manter e a apresentar quando solicitado a Escrituração Fiscal Digital (EFD). Desse modo, a alegação defensiva se mostra sem razão de ser, pois era o autuado que tinha que apresentar a sua EFD, o que não foi feito.

Não se sustenta a tese de que o autuante teria elaborado demonstrativos da conta corrente fiscal com dados divergentes do livro Registro de Apuração de ICMS (Infração 01), pois os demonstrativos que se encontram acostados às fls. 12 a 22 dos autos foram realizados com base em notas fiscais eletrônicos e considerando os comprovantes da falta de recolhimento do ICMS constantes nos controles da SEFAZ (fls. 227 a 234).

Também foi arguida a nulidade da Infração 01, por cerceamento de defesa e por afronta ao devido processo legal, pois considerou o defendantec que havia insegurança na determinação da

infração, bem irregularidade na intimação que foi realizada. Foi afirmado que os demonstrativos elaborados pela fiscalização continham notas fiscais que não correspondiam aos valores escriturados nos livros fiscais citados pelo próprio auditor fiscal.

Essa arguição de nulidade não se sustenta, pois o imposto exigido na Infração 01 foi apurado mediante o refazimento da conta corrente fiscal do autuado, conforme se pode observar nos demonstrativos de fls. 12 a 22. Examinado os demonstrativos de fl. 12/20 e 21, observa-se que o valor considerado pelo autuante como sendo o “ICMS A RECOLHER” foi calculado mediante o refazimento da conta corrente fiscal do autuado, uma vez que a EFD não foi apresentada.

Não procede a preliminar de nulidade segundo a qual o autuante teria dado início à ação fiscal, relativamente às Infrações 03 e 04, sem conceder ao autuado o prazo legal para apresentação dos arquivos da EFD, pois os documentos de fls. 7/8 e 9 comprovam que: a) ao iniciar a ação fiscal, o autuante intimou a, dentre outras solicitações, apresentar os arquivos da EFD no prazo de cinco dias, conforme fls. 7 e 8 dos autos; b) tendo em vista que referidos os arquivos não foram apresentados no prazo de cinco dias, o autuante efetuou uma intimação específica para apresentar dos referidos arquivos, sendo que desta vez foi concedido ao contribuinte o prazo previsto na legislação de trinta (30) dias, como prova a intimação de fl. 09.

Ainda quanto às Infrações 03 e 04, foi suscitada a nulidade do lançamento sob a alegação de que o autuado tinha sido irregularmente intimado a apresentar os arquivos magnéticos, pois estava dispensado da entrega dos arquivos de que trata o Convênio ICMS 57/95.

Essa preliminar não se sustenta, pois as Infrações 03 e 04 tratam exclusivamente de arquivos eletrônicos da EFD. Além disso, há que se salientar que o autuado não foi intimado a apresentar arquivos magnéticos referentes ao Convênio ICMS 57/95.

Adentrando ao mérito da lide, observo que em relação à Infração 01 o defensor alega que, nos demonstrativos elaborados pelo autuante, existiam notas fiscais que não correspondiam aos valores escriturados nos seus livros fiscais.

Esse argumento não procede, pois a apuração do imposto lançado foi efetuada mediante o refazimento da conta corrente fiscal do defensor, conforme já foi dito na apreciação das preliminares. Para elidir essa infração, o defensor deveria ter comprovado que tinha efetuado o recolhimento dos valores exigidos ou que os dados considerados no refazimento da sua conta corrente fiscal não correspondiam aos constantes em sua EFD, o que não foi feito.

A falta de lançamento da Nota Fiscal nº 6673 no livro Registro de Entradas apenas demonstra que os valores escriturados pelo defensor careciam de retificação, para que se chegasse ao efetivo montante do imposto a recolher. Ademais, a cópia do DANFE anexada à fl. 25 atesta a correção do procedimento adotado pelo autuante. Em toda a sua defesa, o autuado não apresenta razão que justificasse o não lançamento dessa nota fiscal no refazimento da conta corrente fiscal. Assim, foi acertado o procedimento do autuante quanto à Nota Fiscal nº 6673.

O defensor alega que nos meses de maio, julho, agosto e novembro os valores das entradas constantes nos demonstrativos do autuante divergem dos consignados no livro Registro de Apuração de ICMS. Todavia, essa alegação defensiva não elide a autuação, pois, na auditoria fiscal, o autuante refez a conta corrente fiscal do sujeito passivo, depurando os montantes das entradas, das saídas, dos saldos e dos valores a recolher. Cibia ao autuado comprovar que os valores apurados pelo autuante estavam equivocados, o que não foi feito. Ressalto que, no período de maio a dezembro de 2015, o autuado estava obrigado a manter a EFD, portanto, as fotocópias de livros fiscais escriturados por processamento de dados trazidas na defesa não possuem validade jurídica e não se mostram capazes de elidir a infração em comento.

O defensor alega que nos demonstrativos elaborados pelo autuante havia notas fiscais que não correspondiam aos valores escriturados nos seus livros fiscais. Esse argumento não se sustenta, pois a apuração do imposto lançado foi efetuada mediante o refazimento da conta corrente fiscal do defensor, conforme já foi dito acima.

No que tange aos acórdãos citados na defesa, não há como se aplicar o entendimento ali externado ao caso concreto em análise, uma vez que tratam de situações diversas.

Em face ao acima exposto, a Infração 01 subsiste em sua totalidade.

Quanto à Infração 02, os argumentos defensivos se restringiram às questões preliminares, as quais já foram afastadas no início deste voto. Assim, a infração em tela resta caracterizada.

Relativamente à Infração 03, restou comprovada a falta de entrega de arquivo eletrônicos da EFD, referentes aos meses de maio a dezembro de 2015, pelo que foi exigida a multa no valor de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$11.040,00. Considerando que o autuado não questiona os valores apurados, a infração em tela é procedente.

No que tange à Infração 04, os autos comprovam que o autuado deixou de fornecer arquivo eletrônico da EFD, na forma e nos prazos previstos na legislação, nos meses de maio a agosto e outubro a dezembro de 2015, sendo cabível a multa de 1% sobre o valor das operações de saídas, totalizando R\$5.434,13, conforme previsto no art. 42, XIII-A, “T”, da Lei nº 7.014/96. Uma vez que o autuado não questionou os valores apurados, a infração em comento é procedente.

Face ao 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 **0870343014/16-7**, lavrado contra **OTONIEL BENÍCIO ALECRIM NETO - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$89.255,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$16.474,13**, prevista no art. 42, XIII-A, “T”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR