

PROCESSO - A. I. Nº 269440.0012/15-1
RECORRENTE - MOREIRA MUNIZ DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. (DMM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JF nº 0195-01/16
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0154-12/18

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTA FISCAL ELETRÔNICA DE SAÍDA NA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO FISCAL. Autuado estava obrigado a efetuar a Escrituração Fiscal Digital - EFD no período fiscalizado. 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 (RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12, art. 247 e Convênio ICMS 143/06). O § 1º do artigo 247 do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12, determina que a EFD substitui a escrituração e impressão dos livros Registro de Entradas; Registro de Saídas; Registro de Inventário; Registro de Apuração do ICMS; Livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP. Alegação defensiva de existência de inconsistências na EFD entregue não elide a autuação, haja vista que deveria proceder a retificação da EFD, consoante o art. 251 do mesmo Diploma regulamentar, o que não fez. Independentemente disso, materialmente, as alegações defensivas não restaram comprovadas. Infrações 1, 2 e 3 subsistentes. Não acolhida a nulidade arguida. Indeferido o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 17/12/2015, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$258.798,63, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. *Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, nos meses de março, maio, junho e agosto de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$163.652,83, acrescido da multa de 100%. Consta se referir a Notas Fiscais eletrônicas não lançadas na EFD;*
2. *Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos*

meses de janeiro, março a novembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$91.292,97, acrescido da multa de 60%;

3. *Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de janeiro a junho, agosto e dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.852,83, acrescido da multa de 60%. Consta se referir a débito escriturado a menos na EFD que o destacado na Nfe.*

O autuado apresentou defesa (fls. 93 a 108), o autuante prestou informação fiscal (fls.4.156 a 4.161) e a JJF decide pela Procedência com o seguinte argumento:

VOTO

Inicialmente, no que tange a nulidade arguida, por certo que não pode prosperar a pretensão defensiva. Isso porque, a ausência de indicação no Auto de Infração da alínea que identificaria a tipificação da multa não se apresenta como elemento capaz de invalidar o lançamento de ofício. O art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 traz apenas uma multa de 100%. Ou seja, quaisquer que fossem as alíneas o percentual da multa seria sempre de 100%. Ademais, o enquadramento da infração se apresenta claro, a descrição da infração não permite qualquer dúvida sobre a imputação.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida atinente à infração 1.

Quanto ao pedido de realização de perícia, não vislumbro a necessidade de participação de um perito para solução da lide. Trata-se de matéria de pleno conhecimento dos Julgadores, razão pela qual indefiro o pedido com fulcro no art. 147, II, “a”, do RPAF/99.

No mérito, observo que o autuado estava obrigado a efetuar a Escrituração Fiscal Digital (EFD) no período fiscalizado, ou seja, 02/01/2014 a 30/10/2015.

O RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, estabelece o seguinte quanto à EFD:

Art. 247. 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 (Conv. ICMS 143/06).

§ 1º A EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:

- I - Registro de Entradas;*
- II - Registro de Saídas;*
- II - Registro de Inventário;*
- IV - Registro de Apuração do ICMS;*
- V - Livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP.*
- VI - Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.*

§ 2º Consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

§ 3º Os contribuintes beneficiados com incentivo fiscal deverão registrar na EFD as informações relativas aos valores incentivados, nos termos previstos em portaria do Secretário da Fazenda.

§ 4º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências.

Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital - EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, exceto para o microempreendedor individual e para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional.

[...]

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

Nos termos do art. 247, § 1º, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, acima transcrito, a EFD substitui a escrituração e impressão dos livros fiscais Registro de Entradas; Registro de Saídas; Registro de Inventário; Registro de Apuração do ICMS; Livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP e Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.

A alegação do contribuinte de existência de equívocos deveria estar acompanhada da devida retificação da EFD, consoante determina o art. 251 do mesmo RICMS/BA/12:

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

Ocorre que o autuado não procedeu qualquer retificação. Em assim procedendo permitiu concluir que os arquivos enviados estavam corretos, assim como o levantamento fiscal com base na EFD e NF-e efetuado pelo

autuante com base na referida escrituração.

Coaduno com o entendimento manifestado pelo autuante no sentido de que, a juntada aos autos de DMA, livro Registro de Saída e outros documentos, não elide e nem comprova que os valores apurados na infração não são devidos.

Na realidade, cabe observar que em face do princípio da verdade material, norteador do processo administrativo fiscal, caso as alegações defensivas restassem comprovadas, ou seja, se o autuado efetivamente comprovasse que não deixara de recolher o imposto devido, bem como não utilizara indevidamente crédito fiscal, a autuação não poderia prosperar.

Ocorre que o esforço empreendido por esta JJF, no sentido de alcançar a verdade material, permitiu constatar que os dados constantes na EFD enviada pelo autuado à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia estão compatíveis com os dados trazidos pelo autuado, constantes nos Registro de Entradas e livro Registro de Apuração do ICMS.

Ou seja, o confronto entre os dados constantes na EFD e os dados trazidos pelo autuado nos referidos livros e documentos fiscais, permite concluir que são idênticos, portanto, descabendo as alegações defensivas.

Dessa forma, restando demonstrada a falta de recolhimento do imposto decorrente do não lançamento do documento fiscal na EFD (infração 1); a utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado nos documentos fiscais (infração 2); o recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto (infração 3) a autuação é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O contribuinte inconformado com a decisão de piso apresenta Recurso Voluntário, fls. 4183/4190, contrariando o Auto de Infração das três infrações, duas trouxe argumentos recursais com o foco de divergências nos arquivos digitais – SPED/ECF ICMS/IPI, relativos ao exercício de 2014, que defende que foram regularmente apresentados pelo recorrente.

Disse que as irregularidades detectadas nos respectivos arquivos, como notas fiscais não lançadas, créditos lançados em valores superiores, diferença entre valores escriturados e os constantes dos documentos fiscais estão devidamente acompanhadas com as respectivas provas:

- a) Que os arquivos apresentavam falhas ocorridas quando da importação de informações;
- b) Que existiam livros fiscais escriturados por SEPD (Sistema Público de Escrituração Digital) livros esses que foram substituídos pelos arquivos digitais SPED/ECF ICMS/IPI, mas que a empresa continuou escriturando, porque menos sujeitos a falhas pois produzidos em programa “software” suficientemente testado e utilizado há muito tempo pelos profissionais da área fiscal, diferentemente do sistema SPED – novo, ainda em implantação, com softwares ainda apresentando falhas e com mão de obra ainda em qualificação para sua manipulação.
- c) Que por falha não identificada a tempo, os lançamentos de um mês foram repetidos em outros, especialmente quanto aos documentos fiscais relativos aos períodos de apuração janeiro e abril, que foram novamente lançados respectivamente nos meses de maio e junho.
- d) Evidente que, com a repetição da escrituração dos documentos de um mês em outro, os documentos que deveriam ter sido escriturados no mês seguinte, não o foram.
- e) A empresa também apresentou regularmente a DMA, que poderia ter sido utilizada pelo fisco para verificar se os valores das informações contidas nos arquivos eram os mesmos constantes dos documentos de informação respectivos.

Pontua que, no julgamento o Sr, Relator, no seu voto, consignou entendimento de que não correspondente aos fatos narrados na defesa, conforme:

- a) Que não acata a arguição de equívocos nos documentos fiscais porque a forma de produção da prova seria a apresentação de arquivos retificadores;
- b) Que a não produção da retificação permite a conclusão de que os arquivos estão corretos;
- c) Que a juntada de livros e DMA não comprovam que os valores apurados na autuação não são devidos;

- d) Que o esforço empreendido pelo colegiado julgador na tentativa de alcançar a verdade material constatou que os lançamentos na EFD e nos livros são compatíveis;
- e) Complementa dizendo: “ou seja, que são idênticos”;

Referente a infração 3, cujos valores cobrados não são irrelevantes, entendem que não compensa juntada de provas, razão pela qual não faz alusão de argumentos.

Acrescenta que o fisco, ao realizar os trabalhos para verificação da regularidade da escrituração (auditoria fiscal), esteve de posse de todos os arquivos, tanto da escrituração quanto dos documentos fiscais emitidos pela empresa, assim como dos emitidos por terceiros, todos em arquivos digitais. Assim, poderia facilmente efetuar a conferência e detectar os fatos descritos como motivadores das falhas de escrituração.

Destaca que na autuação e/ou na Informação Fiscal, poderia ter conferido os documentos, quando, então, teria comprovado as razões apresentadas. Não o fez. Cerceou então por duas vezes, o nosso direito de defesa.

Reitera que os documentos estão até agora disponíveis para captura através da internet o que significa que, caso os Srs. Julgadores venham a levantar qualquer dúvida a respeito de nossas afirmações, podem dirimi-las de forma fácil, pois poderão acessar os documentos probantes que, inclusive, vão anexos em meio magnético. Mais uma vez nosso direito de defesa ficou prejudicado pelo simplório entendimento tomado pelos julgadores.

Passa a refutar as infrações 1 e 2, ratificando os argumentos defensivos.

Na infração 1, pontua quanto os valores cobrados referentes aos meses de maio e junho de 2014. Explica que as notas fiscais eletrônicas emitidas e devidamente autorizadas pela SEFAZ/BA, portanto constantes de seus arquivos, para saídas de mercadorias, foram as constantes das sequências a seguir informadas, em relação aos meses envolvidos na querela.

- Janeiro/14 – do nº 4.900 ao nº 7.582
- Abril/14 – do nº 12.521 ao nº 14.979
- Maio/14 – do nº 14.980 ao nº 17.190 - valor total R\$ 565.559,98-ICMS R\$ 73.767,58, (conforme documento 1).
- Junho/14 – do nº 17.209 ao nº 19.199 – valor total R\$ 634.690,74- ICMS R\$ 79.309,67 (conforme documento 2).

Esclarece que, por falha do sistema, nos meses de maio e junho de 2014 foram lançadas, respectivamente, as mesmas notas fiscais que já haviam sido lançadas em janeiro e abril, fato comprovado com a anexação do Livro impresso por SEPD e pela EFD em poder do fisco.

Argui que o procedimento fiscal apurou o valor do ICMS destacado nos documentos fiscais emitidos correspondentes aos meses de maio e junho e cobrar a título de omissão de saídas, por não lançamento dos documentos nos livros fiscais próprios, sem observar que vários documentos foram lançados indevidamente neste período e o imposto apurado.

Demonstra que na apuração mensal do ICMS deveria, então, o fisco, diante da irregularidade detectada, cotejar o valor lançado indevidamente com o valor correto a ser lançado, para determinar a possível existência de valores debitados a menor, conforme abaixo:

MAIO/14

- a) Valor do ICMS destacado nos documentos fiscais competência maio/2014, que deveriam ter sido escriturados..... R\$ 73.767,58
- b) Valor do ICMS efetivamente debitado na EFD, conforme declarado na DMA (documento 3)..... R\$ 73.767,58
- c) Diferença no mês.....R\$ 0,00

JUNHO/14

- d) Valor do ICMS destacado nos documentos fiscais competência junho/2014, que deveriam ter sido escriturados..... R\$ 79.309,67
- e) Valor do ICMS efetivamente debitado em 06/14, conforme declarado na DMA (documento 4)..... R\$ 81.140,09
- f) Diferença no mês..... R\$ (1.830,42)

Sustenta que fica comprovado que a escrituração se encontra irregular mas que, na apuração do imposto, não apresentou qualquer repercussão uma vez que o “sistema” considerou correto o valor do débito em maio e em junho lançou valor inclusive superior. Portanto esta infração subsiste nos valores para os quais não foram buscadas provas, conforme:

OCORRENCIA	VENCIMENTO	VALOR
31/03/2014	09/04/2014	87,98
31/08/2014	09/09/2014	3.115,32
TOTAL		3.203,30

Questiona, ainda, sobre a multa indicada pelo autuante, no Auto de Infração em comento. Enquadrou a infração no Artigo 42, III, da Lei nº 7014/96, que enquadra as omissões de saídas por presunção, não sendo própria para a infração determinada e pede que diante do erro de escrituração onde os documentos foram emitidos, o imposto lançado e pago, embora com falha de escrituração, deveria ser a prevista no Artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7014/96, de 60%.

Argumenta em relação à infração 2 que todas as notas fiscais capazes de gerar direito ao crédito em todos os meses do período estão “depositadas” no banco de dados do fisco. De lá foram capturadas uma vez que tal serviço encontra-se disponibilizado via internet.

Salienta que de posse das notas fiscais de emissão própria (para as operações de entrada) e das notas fiscais de emissão por terceiros, feita a separação daquelas que confeririam direito ao crédito (documento 5) daquelas que não possibilitavam o direito (por conta da tributação imposta aos produtos nas operações subsequentes – relatório anexo em planilha digital) foi possível identificar, período a período, o valor do crédito possível de ser escriturado, cotejando com os créditos que foram lançados na escrituração, tomados pelos registros na DMA (documentos 6 a 15 e 3 e 4 novamente anexados).

MÊS	CRÉDITOS DMA	NAS NOTAS FISCAIS	DIFERENÇA
12014	18.681,58	29.079,35	10.397,77
22014	34.605,56	31.791,09	- 2.814,47
32014	26.952,62	31.637,35	4.684,73
42014	9.320,88	25.823,56	16.502,68
52014	40.807,29	40.430,77	- 376,52
62014	18.311,88	28.886,39	10.574,51
72014	33.940,95	39.618,51	5.677,56
82014	41.391,37	38.536,15	- 2.855,22
92014	13.705,66	12.552,19	- 1.153,47
102014	26.641,82	31.717,18	5.075,36
112014	18.233,34	23.981,51	5.748,17
122014	34.642,32	45.083,38	10.441,06
	317.235,27	379.137,43	61.902,16

Observa que o valor dos créditos possíveis no exercício de 2014 era de R\$ 379.37,43 e que somente foram aproveitados R\$ 317.236,27, portanto foram utilizados créditos em menor valor que os possíveis e permitidos.

Assinala que as notas fiscais foram lançadas com grosseiras falhas, indicando que se deu por falha na importação dos documentos para o software que realizaria a escrituração e a apuração, sendo que toda a escrituração dos créditos deveria ser refeita. Caso acontecesse, ficaria comprovado que os créditos utilizados para a compensação foram inferiores aos permitidos, o que demonstra a improcedência total da infração, por não ficar caracterizada a infração apontada.

Ressalta que o demonstrativo do fisco apenas comparou lançamentos de notas escolhidas. Mas o

fisco não observou as falhas de escrituração inclusive dos créditos havidos, válidos e não escriturados. Portanto, sustenta que fica demonstrada a improcedência da autuação.

Requer que seja acolhido o Recurso Voluntário apresentado, para redução dos valores objeto do presente lançamento tributário não contestados e/ou comprovados inexistentes.

VOTO

Inicialmente a Recorrente pede a nulidade do presente Auto de Infração, alegando cerceamento de defesa por afronta aos postulados constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa.

Constato ao compulsar os fólios processuais que no PAF foram obedecidas todas as determinações inseridas no art. 39, do RPAF/BA, quais sejam: a identificação do sujeito passivo, a descrição da infração, o dispositivo da legislação tributária infringido, a indicação da base de cálculo, alíquota e valor do imposto exigido, permitindo ao recorrente o exercício do seu direito de defesa e do contraditório.

Da análise dos documentos e demais elementos que instruem o presente PAF, em confronto com o quanto decidido no julgamento realizado em Primeira Instância, constato que, de fato, o direito de defesa do contribuinte foi devidamente atendido, no caso vertente, não ensejando a nulidade do presente Auto de Infração.

Ora, o procedimento fiscal foi realizado à luz do quanto exigido no inciso II, do § 4º, do art. 28 do RPAF/BA, tendo em vista que o fiscal autuante, colacionou aos cadernos processuais levantamentos essenciais às demonstrações das infrações 1 a 3, objeto do presente Recurso de Voluntário.

Em relação a nulidade arguida da ausência de indicação no Auto de Infração da alínea que identificaria a tipificação da multa, por certo não deve prosperar. Uma vez que não se apresenta como elemento capaz de invalidar o lançamento de ofício. Como bem assinalado na decisão de piso, o art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 traz apenas uma multa de 100%. Ou seja, quaisquer que fossem as alíneas o percentual da multa seria sempre de 100%. Ademais, o enquadramento da infração se apresenta claro, a descrição da infração não permite qualquer dúvida sobre a imputação.

Assim, afasto as preliminares de nulidade trazidas pelo defendente.

Passo a análise do mérito.

Passo a analisar a infração 1 - falta de recolhimento do imposto decorrente do não lançamento do documento fiscal na EFD e a infração 2 - a utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado nos documentos fiscais conjuntamente.

Da análise do presente PAF, constato que a Recorrente estava obrigada a escrituração fiscal digital – EFD, no período fiscalizado, com base no art. 247, 248 e 251 do Decreto nº 13.780/12.

Entendo que a alegação da recorrente de existência de equívocos deveria estar acompanhada da devida retificação da EFD, consoante determina o art. 251 do mesmo RICMS/BA/12.

Ao compulsar os fólios processuais verifico que a Recorrente não apresentou qualquer retificação das EFD's transmitidas. Tal fato, ratifica que os arquivos enviados e o levantamento fiscal com base na EFD e NF-e efetuado pelo autuante com base na referida escrituração, estavam corretos.

Assim se posicionou a decisão de piso:

“Coaduno com o entendimento manifestado pelo autuante no sentido de que, a juntada aos autos de DMA, livro Registro de Saída e outros documentos, não elide e nem comprova que os valores apurados na infração não são devidos.”

Na realidade, cabe observar que em face do princípio da verdade material, norteador do processo administrativo fiscal, caso as alegações defensivas restassem comprovadas, ou seja, se o autuado efetivamente

comprovasse que não deixará de recolher o imposto devido, bem como não utilizara indevidamente crédito fiscal, a autuação não poderia prosperar.

Ocorre que o esforço empreendido por esta JJF, no sentido de alcançar a verdade material, permitiu constatar que os dados constantes na EFD enviada pelo autuado à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia estão compatíveis com os dados trazidos pelo autuado, constantes nos Registro de Entradas e livro Registro de Apuração do ICMS.

Ou seja, o confronto entre os dados constantes na EFD e os dados trazidos pelo autuado nos referidos livros e documentos fiscais, permite concluir que são idênticos, portanto, descabendo as alegações defensivas.”

Desta forma julgo a infração 1 e 2 subsistentes.

Quanto à infração 3 - recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto a Recorrente não apresentou argumentos defensivos, desta forma julgo a infração 3 subsistente.

Quanto ao argumento de que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório, observo que as mesmas estão previstas no art. 42, incisos II, “a”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, portanto é legal.

No que se refere ao argumento de que é inconstitucional ressalto que conforme disposto no art. 167, I, do RPAF/BA, não se incluem na competência deste órgão julgador declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269440.0012/15-1**, lavrado contra **MOREIRA MUNIZ DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. (DMM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$258.798,63**, acrescido das multas de 60% sobre R\$95.145,80 e 100% sobre o valor R\$163.652,83, previstas no art. 42, incisos II, “a”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS