

A. I. Nº - 269440.0007/17-4
AUTUADO - H S BORGES E CIA LTDA - ME
AUTUANTE - WALTER KUHN
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 19. 04. 2018

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0030-01/18

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Não há obrigação do fisco em intimar o autuado para retificação da EFD apresentada com inconsistências. O autuante, ocupante do cargo de Auditor Fiscal, é competente para efetuar a fiscalização do autuado, pois ele estava excluído do Simples Nacional desde 31/12/2010. Exigência fiscal foi motivada pela falta de escrituração de documentos fiscais. Autuado não se manifestou acerca do questionamento em diligência fiscal sobre os documentos fiscais que basearam a apuração registrada na EFD. Demonstrado que não há duplicidade de exigência fiscal deste Auto de Infração em relação ao Auto de Infração nº 269440.0006/17-8. Infração demonstrada e cálculo do imposto devido detalhado em planilha anexada aos autos. Retificação da multa aplicada visando adequar à situação fática da infração. Rejeitados argumentos de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 17/02/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$687.909,99, em decorrência de ter deixado de recolher ICMS em razão de não escriturar operações nos livros fiscais (02.01.02), ocorrido no mês de março de 2013 e de junho de 2014 a dezembro de 2015, acrescido de multa de 100%, prevista no inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

O autuado, através de representante legal, apresentou defesa das fls. 121 a 150, demonstrando a sua tempestividade. Disse que a autuação não pode prosperar por falta de motivo, uma vez que as notas fiscais objeto da autuação estão escrituradas na EFD. Apresentou cópia dos registros de apuração de janeiro de 2013 a dezembro de 2015 (fls. 179 a 214).

Reclamou ter havido duplicidade de exigência fiscal, uma vez que, sobre o mesmo fato gerador (saída de mercadorias), e no mesmo período (2013, 2014 e 2015), o ICMS incidente sobre as operações de vendas está sendo exigido também através do auto de infração de nº 269440 0006/17-8 (fls. 216 e 217).

Acrescentou, ainda, que o autuante é incompetente para proceder a exigência fiscal contra empresas do regime do Simples Nacional, que não o intimou para apresentação da EFD e que não observou a determinação contida na Instrução Normativa nº 56/07.

Destacou que o auto de infração apresenta demonstrativo analítico de notas fiscais de saída não escrituradas, tendo como fonte a Escrituração Fiscal Digital do contribuinte. Argumentou que,

tendo a empresa autuada apresentado EFD, conforme consta do demonstrativo da infração, ensejaria a aplicação do disposto no artigo 247, § 4º do RICMS/12, segundo o qual “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”. Ou seja: tendo sido constatada a falta de apresentação ou inconsistência na EFD do sujeito passivo, deveria o autuante intimá-lo para apresentar a escrituração devidamente correta, e aí não caberia ao contribuinte a possibilidade de realizar qualquer recolhimento complementar relativo ao período, vez que submetido à ação fiscal, e com a espontaneidade tolhida pela intimação para fiscalização, conforme art. 251 do RICMS/12, em seu § 2º.

Desta maneira, concluiu que a imputação de não escrituração dos livros fiscais impressos pela empresa autuada e utilizados pelo autuante para embasar seu lançamento, não possuem qualquer validade jurídica, razão pela qual deve o lançamento ser julgado nulo.

O autuado entendeu que faltou motivo para se proceder ao lançamento do crédito tributário, porque o lançamento configura ato de vontade pelo qual o Estado aplica a lei a fato jurídico tributário, determinando situação jurídica individual e concreta.

Lembrou que o ICMS exigido nesta ação fiscal também está sendo exigido no auto de infração de nº 269440.0006/17-8, configurando duplicidade de exigência fiscal. Complementou, dizendo que a ação fiscal praticada pelo autuante ao exigir duas vezes o mesmo imposto, sobre o mesmo fato gerador e no mesmo período, recai na ilegal figura jurídica tributária denominada *bis in idem*.

O autuado ressaltou que é empresa optante do Simples Nacional. Porém, a ação fiscal que culminou na lavratura do auto de infração em análise foi desenvolvida por Auditor Fiscal, o que implica na nulidade do lançamento, sob o prisma do art. 18, inciso IV, “a” do RPAF, isso porque, a lavratura do auto de infração não se encontra em consonância com os termos do art. 42, inciso II do RPAF/99.

O autuado reclamou que o autuante, ao lavrar o auto de infração em apreço, além de não realizar a intimação para apresentação da EFD, também deixou de observar o devido processo legal, na medida em que não forneceu o prazo legal de 30 dias para entrega ou retificação da EFD, conforme preceitua o artigo 247 § 4º do RICMS/BA. Para o autuado, quando o autuante não concede prazo correto para entrega ou retificação da EFD, deixa de observar o devido processo legal incorrendo em nulidade. Afirmou que a única intimação recebida foi a que está anexada à fl. 219.

Assim, concluiu que é nula a exigência fiscal decorrente da intimação efetuada sem requisito estabelecido na legislação, tendo sido efetuado o lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. Assim, tal falha é insanável haja vista que não se trata de incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que comprometeu a sua eficácia, implicando nulidade da autuação.

Alertou que o legislador constitucional foi exaustivo e minucioso ao disciplinar o ICMS, determinando sua competência, fixando o fato gerador e estabelecendo a regra da não-cumulatividade, e, desde já, as exceções a esta regra (art. 155, §2º, II, a e b). Disse que o ICMS, de acordo com a Constituição da República de 1988, está expressamente estruturado pelo sistema imposto contra imposto e não pelo sistema mercadoria contra mercadoria, como desconsidera o autuante.

Assim, concluiu que qualquer norma ou ato administrativo (lançamento fiscal) que venha de encontro a esse princípio constitucional deve ser declarada inconstitucional, não produzindo qualquer efeito no mundo jurídico.

Desse modo, afirmou que a ação fiscal se resumiu a cobrar supostos débitos de ICMS, pela falta de recolhimento do imposto devido pelas saídas das mercadorias, ignorando a existência de créditos fiscais para serem compensados com o débito do ICMS, conforme notas fiscais anexadas às fls. 221 a 223.

Desta forma, o autuado requer que seja retificado o valor da exigência fiscal, considerando no “quantum debeatur” o direito a compensar o crédito gerado pelo imposto incidente na operação anterior, devendo ser recolhido aos cofres públicos apenas a diferença, se houver.

O autuado alegou que não foi considerado que parte das saídas das mercadorias se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, ou seja, sem débito do imposto. A falta de observação dos índices de proporcionalidade constante das DMA'S, conforme se vê nos demonstrativos anexados às fls. 225 a 227, deixando de considerar no cálculo do ICMS devido o que prescreve a Instrução Normativa Nº 56/2007.

Em síntese, o autuado requereu que o CONSEF decrete a nulidade do auto de infração em apreço, e, se assim não entender, decida pela procedência parcial, excluindo do débito, as saídas isentas, com base de cálculo reduzida, não tributadas e as que já sofreram a substituição tributária e, concedendo o crédito fiscal das mercadorias tributadas, mercadorias pertencentes a cesta básica, por ser de direito e da mais lúdima justiça.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 235 a 238. Disse que, conforme consta na intimação para apresentação de livros e documentos fiscais (folha 04), em 10 de janeiro de 2017, foi enviado por e-mail: mouraocontabilidade@hotmail.com.contador da empresa - Francisco Doroteu Mourão, intimando a mesma para correção dos arquivos EFD (fls. 232 e 233). Além dessa intimação, disse que também constam outros e-mails enviados ao contador, alertando para correção dos arquivos EFD. Acrescentou que também foi enviado pelo DTE a intimação para correção dos mesmos arquivos EFD.

Alegou que não houve nenhuma manifestação por parte do contribuinte. O Auto de Infração só foi lavrado em 17/02/2017, prazo acima de 30 dias da intimação para correção dos arquivos EFD. Sendo assim, entendeu que a alegação de nulidade alvejada pelo contribuinte não pode prosperar.

O autuante asseverou que a infração 01 - 02.01.02, deste PAF, tem como fato gerador do ICMS as operações com mercadorias em que o contribuinte, apesar de emitir a Nota Fiscal eletrônica, não escriturou as mesmas na EFD. Já a Infração 01 - 05.08.01 do auto de infração nº 269440.0006/17-8, lavrado contra a mesma empresa, tem como fato gerador a omissão de saída de mercadorias tributadas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituições financeira e administradora de cartão de crédito em comparação com as DMA'S escrituradas e enviadas para SEFAZ- BA pelo contribuinte. Sendo assim, concluiu que não houve cobrança em duplicidade.

O autuante afirmou que, de acordo com os dados Cadastrais retirados do Sistema de Informações do Contribuinte da SEFAZ, a forma de apuração do imposto do autuado é Conta Corrente Fiscal. Consta também no INC como data da exclusão do Simples Nacional em 31/12/2010 (fl. 234), concluindo que a ação fiscalizadora foi legalmente exercida pelo Auditor Fiscal, em consonância com os termos do art. 42, inciso I do RPAF/99.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o processo em diligência para que o autuado fosse intimado a apresentar, no prazo de 30 dias, planilha indicando as notas fiscais de saídas por ele emitidas vinculadas aos recolhimentos efetivamente realizados em cada período de apuração objeto deste auto de infração, inclusive com memória de cálculo.

O autuado foi intimado via DTE para apresentação da planilha requerida, conforme documento à fl. 247, mas não se manifestou.

VOTO

O presente Auto de Infração trata de exigência fiscal em razão de falta de recolhimento do ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

Não procede a argumentação do autuado de que o autuante estaria obrigado, por força do § 4º do art. 247 do RICMS/12, a intimá-lo para sanar inconsistências na EFD. O comando contido no referido

dispositivo regulamentar tem como objetivo estipular o prazo que o contribuinte terá para apresentação da EFD, caso o autuante entenda pertinente o reenvio da escrituração. O prazo para entrega da EFD já está estipulado na legislação, não havendo qualquer dever do autuante em requisitar novo envio por motivo de inconsistências observadas.

De modo algum a assertiva de que as operações não foram escrituradas nos livros fiscais próprios fez referência a livros impressos, como aduziu o autuado. A partir da obrigatoriedade de uso da EFD, a menção que se faz na legislação acerca de livros fiscais se aplica aos correspondentes registros existentes na EFD. Não houve qualquer referência a livros fiscais impressos no Auto de Infração, mas falta de escrituração dos livros fiscais próprios, que no caso de contribuinte obrigado a EFD corresponde aos respectivos registros existentes na escrituração digital.

Também não procede a afirmação do autuado de que era optante do Simples Nacional à época da ocorrência dos fatos geradores. Conforme consta em documento anexado à fl. 234, o autuado foi excluído do Simples Nacional em 31/12/2010, estando o autuante, ocupante do cargo de Auditor Fiscal, no exercício da competência que lhe é atribuída pelo inciso I do art. 42 do RPAF.

Não pode o autuado alegar falta de motivo para prosperar a presente exigência fiscal sob o pretexto de que todas as notas fiscais por ele emitidas foram escrituradas, baseado nas cópias dos registros de apuração anexados às fls. 179 a 214. Como nos registros apresentados não estão revelados os respectivos documentos fiscais que resultaram no imposto apurado, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal oportunizou ao autuado, mediante diligência fiscal, a apresentação de planilha indicando as notas fiscais de saídas por ele emitidas, vinculadas aos referidos recolhimentos efetivamente realizados em cada período de apuração, objeto deste auto de infração, inclusive com memória de cálculo. Entretanto, o autuado silenciou apesar de devidamente intimado, conforme documento à fl. 247.

Desse modo, o silêncio do autuado em comprovar quais foram os documentos fiscais considerados na apuração do imposto de que trata os registros de apuração por ele apresentados, importa em presunção de veracidade da afirmação do autuante de que as notas fiscais relacionadas das fls. 08 a 116 não foram computadas na apuração do imposto, conforme previsto no art. 142 do RPAF.

Assim, ficam rejeitados os argumentos trazidos pelo autuado com objetivo de decretação da nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, não existe a figura da duplicidade de exigência fiscal em razão da lavratura do Auto de Infração nº 269440.0006/17-8, pois a exigência nele contida decorre de omissão de saída apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao valor fornecido pelas administradoras de cartão. A exigência do presente Auto de Infração tem como base documentos fiscais emitidos e não escriturados.

Logo, a procedência do outro Auto de Infração leva à conclusão de que não foram emitidos os correspondentes documentos fiscais, referentes aos valores informados pelas administradoras. Para que aquele auto seja procedente, serão levados em conta todos os documentos fiscais emitidos pelo autuado e a cobrança se resumirá àqueles valores informados pelas administradoras de cartão, sem o correspondente valor comprovado mediante emissão da respectiva nota fiscal.

Também não procede a alegação do autuado de que não foi observado o princípio constitucional da não-cumulatividade, em razão da falta de compensação dos créditos fiscais existentes. O presente Auto de Infração trata da falta de escrituração de documentos fiscais emitidos pelo autuado, que resultou em não lançamento dos respectivos débitos fiscais neles destacados. Os eventuais créditos fiscais decorrentes das aquisições de mercadorias não foram questionados neste Auto de Infração e, por óbvio, foram compensados à medida que foram escriturados pelo autuado. Eventuais faltas de escrituração de crédito fiscal deve ser objeto de requerimento de escrituração extemporânea, nos termos do art. 315 do RICMS/12, e não compensados na presente exigência fiscal.

Não procede a outra alegação do autuado de que não foram observados os índices de proporcionalidade de que trata a Instrução Normativa nº 56/2007. Esta instrução normativa estabelece critérios que devem ser aplicados quando a apuração do imposto decorre de omissão de saídas presumidas. No presente Auto de Infração, o imposto reclamado foi apurado com base nas notas fiscais emitidas pelo autuado, plenamente identificadas nos demonstrativos das fls. 08 a 116, com os respectivos cálculos do imposto devido.

Desse modo, considerando que as alegações de defesa não foram suficientes para afastar a correção da exigência fiscal demonstrada na planilha anexada às fls. 08 a 116, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Entretanto, considero incorreta a multa aplicada à infração. De fato, não existe hipótese no inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96 que corresponda à situação fática da infração. Assim, o enquadramento correto está na alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, por referir-se à hipótese de infração diversa das enunciadas, que importou descumprimento de obrigação tributária principal. Assim, reduzo a multa aplicada para o patamar de 60%, com base no referido dispositivo legal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269440.0007/17-4**, lavrado contra **H S BORGES E CIA LTDA - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$687.909,99**, acrescido de multa de 60%, prevista na alínea "f" do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e de acréscimos legais previstos na Lei nº 3.956/81.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2018.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO– JULGADOR