

A. I. N° - 206951.0003/19-0
AUTUADO - VITÓRIA PARENTE COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - GERALDA INÊS TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11/02/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0283-03/19

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Contribuinte não apresenta qualquer prova com o condão de elidir ou modificar as infrações. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 25/06/2019, exige crédito tributário no valor de R\$125.414,86, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 01.02.05. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2016, no valor de R\$103.969,10, acrescido da multa de 60%;

Infração 02. 07.01.02 - recolheu a menos o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de maio, outubro e dezembro de 2015 a janeiro, fevereiro, abril, julho a novembro de 2016, no valor de R\$21.445,76, acrescido da multa de 60%.

O autuado impugna o lançamento fls.615/632. Diz vir, tempestivamente, por seus advogados regularmente constituídos, apresentar defesa, conforme segue.

Aduz que no corpo do auto de infração em comento, o preposto fiscal considera que praticou as infrações ali descritas, baseando-se no papel de trabalho denominado “*Demonstrativo de Auditoria de Crédito* – Levantamento realizado com base em Notas Fiscais Eletrônicas e na EFD”. Ocorre que a ação fiscal deixa de observar o devido processo legal, na medida que: (a) intima o Contribuinte para apresentar no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, apenas o livro fiscal RUDFTO; (b) não concede o prazo de 05 (cinco) dias da intimação para apresentação da EFD; (c) o art.708-B do RICMS/BA, estabelece que o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético quando intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação; (d) não fornece ao autuado a listagem-diagnóstico com a relação das inconsistências do arquivo magnético e não concede o prazo de 30 dias para as devidas correções. Comenta que o § 3º do art. 708-B prevê que o fisco intime o contribuinte para a correção de inconsistências verificadas em arquivo magnético, fornecendo-lhe, no ato da intimação, uma Listagem-Diagnóstico indicativa das irregularidades encontradas, e o § 5º, do mesmo artigo, concede o prazo de 30 dias para que o contribuinte corrija o arquivo magnético apresentado com inconsistência.

Entende que a Autuante deixou de observar o devido processo legal, ao cercear seu direito de defesa. Reproduz acórdão do CONSEF nesse sentido, JJF nº 0173-03/12. Invoca o art.18 do RPAF/99, que prevê a nulidade da autuação por cerceio ao direito de defesa do contribuinte.

Observa falta de subsistência da infração, o que de pronto vem sendo compelido pelo CONSEF e pela nossa Carta Magna, fazendo imperar a necessidade do auto de infração vir a ser declarado nulo pelos julgadores. Repete o que estabelece os arts. 708-A e 708-B sobre o uso do SPED.

Sustenta que a Autuante, desconsiderando o ditame legal vigente, por ser mais benéfica à aplicação da multa ao caso concreto, por ato unilateral de vontade, assim não procedeu, não concedendo o prazo legal previsto para oferecimento dos arquivos magnéticos. Cita decisões do CONSEF pela nulidade da ação fiscal, quando a intimação do contribuinte se der em desconformidade com o previsto na legislação fiscal estadual.

Observa que esta Junta, ao decidir sobre o auto de infração, nunca deverá resolver de plano, uma vez que se faz necessário verificar, se foi observado ou não, o devido processo legal. Discorre longamente sobre processo administrativo fiscal.

Repete que a Autuante lavrou o auto de infração, sem intimá-lo para apresentar a escrituração fiscal digital – EFD e sem observar o prazo legal de 30 dias, para entrega ou retificação da EFD, conforme preceitua o artigo 247 § 4º do RICMS/BA. Reitera ser nula a exigência fiscal decorrente da falta de intimação, tendo sido efetuado o lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. Aduz que 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. Vale dizer, quando deixam de intimar o contribuinte para apresentar livros e documentos fiscais, como se pode constatar nas decisões do CONSEF que reproduz.

Reitera ser nula a exigência fiscal decorrente da falta de intimação, porque efetuada sem observar o estabelecido na legislação, tendo sido efetuado o lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. Requer que este Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF declare a nulidade do auto de infração em apreço, pela inobservância do devido processo legal, tudo em face das razões expostas.

A Autuante presta informação fiscal fls.655/658. Diz que vem prestar os esclarecimentos pertinentes ao presente auto de infração. Afirma que a Autuada apresenta, tempestivamente, impugnação ao lançamento de ofício, insurgindo totalmente quanto às infrações 01 e 02 do presente auto. Contudo, não apresenta provas necessárias e suficientes que possa elidir as mesmas. Alega, de forma equivocada, que houve cerceamento do direito de defesa, por falta cumprimento de obrigações formais, invoca a falta de intimação para apresentação da EFD, bem como, a falta de concessão dos prazos legais para retificação dos arquivos Magnéticos, além de apresentar argumentos alheios aos fatos geradores contidos no presente PAF.

Diz que a impugnação prolixa, subjetiva e sem consonância com as infrações elencadas no presente PAF, onde requer apenas a nulidade da autuação baseada em premissas falsas e inexistentes, citando Acórdão do CONSEF, ultrapassados, que não diz respeito aos fatos em lide, inclusive se refere a forma e procedimentos em desuso na SEFAZ. O que leva a crer que, a defesa está se referindo a outro PAF. Assim, passa a esclarecer os fatos. Repete os argumentos defensivos.

No que diz respeito a falta de intimação para apresentação dos livros e documentos ressalta que a auditoria recebe todos os arquivos da EFD e das NFs do contribuinte, não havendo necessidade de intimar o contribuinte. Apenas cientificar ao mesmo de que está sendo auditado, o que foi feito em 17/04/2019 através do documento de fls. 07 do PAF, do qual o contribuinte tomou ciência.

Sobre a falta de concessão do prazo de 05 dias para apresentação da EFD, afirma que este procedimento está superado, já que a EFD é fornecida a fiscalização pela SEFAZ. Lembra que estamos na era digital. Por fim, sobre a falta de fornecimento ao autuado de uma listagem-diagnóstico com as inconsistências dos Arquivos Magnéticos, bem como, falta de concessão de 30 (trinta) dias para retificação do referido arquivo, diz que apenas se faz necessário, quando o fisco solicita que o arquivo seja retificado. O que não foi o caso. A autuada foi intimada (doc. fl.08) a apresentar, apenas, a NF de entradas nº 4178 de 07/05/2015 que não constava no arquivo

apresentado pelo contribuinte à SEFAZ. O que, diga-se de passagem, tem obrigação de fazer todos os meses. Porém, isso não fez com que fosse necessário a retificação do arquivo. Mesmo porque, a ausência do referido documento não causaria nenhum prejuízo a autuada. Pelo contrário, só a beneficiaria. Já que a falta de nota fiscal de Entrada de mercadoria da ST traz como consequência, a redução no valor do ICMS sobre as mercadorias da ST reclamado na infração 02. Portanto, tais alegações não prosperam.

Assevera que os argumentos utilizados pela defesa se restringe a legalidade da legislação aplicada e aos prazos que, no seu entendimento, equivocados, não foram concedidos. Em nenhum momento, adentra ao mérito da questão. Refere-se a algum erro de cálculo praticado pela Autuante. Cinge-se a citar a nossa Carta Magna e o CTN.

Ressalta que todo o procedimento fiscal aplicado está pautado na legislação estadual então vigente e que falta competência a esse Conselho para julgá-la inconstitucional. Se falta competência ao CONSEF, com maior razão, falta a agente do fisco, a quem compete apenas, cumpri-la. E isso foi feito.

Prossegue explicando que a arguição defensiva não passa de embromação para ganhar tempo. Como já foi dito, o procedimento fiscal questionado, isto é, “falta de intimação para apresentação EFD”. Afirma que a prática de intimar o contribuinte, já foi dispensada pela SEFAZ com o advento da EFD criada através do dec.15.490/2014, que instituiu a Escrituração Fiscal e conseqüentemente, a obrigatoriedade da apresentação, mensalmente a SEFAZ. Portanto, esta é detentora dessas informações e repassa para a fiscalização quando emite a Ordem de Serviço para auditar uma empresa. Não há porque intimar o contribuinte para esse fim. Como também não houve necessidade de fazer “Retificação de Arquivo” da EFD, que justificasse a concessão do prazo de 30 dias para nova apresentação desta. Aqui cabe ressaltar que a nova EFD retificada, caso seja necessário, será apresentada à SEFAZ. Nunca ao preposto fiscal. Portanto, é inválida essa argumentação.

Finaliza afirmando que a imparcialidade é uma marca registrada nas decisões desse CONSEF, portanto, pede no julgamento desta questão, uma atitude receptiva às colocações feitas ao longo da informação fiscal e que seja o auto julgado procedente, por ser da mais lúdica justiça fiscal.

VOTO

O defendente afirmou que o ponto nuclear da questão discutida nestes autos, é que deveria ter sido intimado para o envio da EFD/Escrituração Fiscal Digital retificada, obrigação que não foi executada pela Autuante, o que deixa a Ação Fiscal atingida por evidente ilegalidade.

Essa questão será devidamente apreciada quando analisarmos o mérito, considerando ser o único argumento utilizado pelo Autuado, para rebater a autuação.

Analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, comprovante fls. 07/08, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, foram apuradas irregularidades fiscais cometidas pelo autuado por violação à legislação tributária estadual, devido à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à

aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, (medicamentos), nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2016, na infração 01, demonstrativos fls. 11/19, e pelo recolhimento a menos o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, nos meses de maio, outubro e dezembro de 2015 a janeiro, fevereiro, abril, julho a novembro de 2016, na infração 02, demonstrativos fls. 380/438.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, especialmente a impugnação, verifico que o defendente não contestou objetivamente qualquer das infrações. Limitou-se a arguir nulidade por fatos absolutamente alheios ao presente auto de infração, invocando legislação revogada, com dispositivos inaplicáveis às irregularidades cometidas, flagradas em ação fiscal.

Observo que a escrituração fiscal de uma empresa é de sua inteira responsabilidade e deve seguir todas as determinações legais, sendo que o artigo 215 do RICMS/12, prevê que a escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade. Conforme o § 2º desse citado artigo, os livros não poderão conter rasuras ou emendas. Ressalto que tais determinações são inerentes a qualquer tipo de escrituração, quer manual ou informatizada, ou mesmo da escrituração fiscal digital.

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), (art. 247). A EFD substitui a escrituração e impressão de diversos livros fiscais, entre eles os acima citados e, nos termos do art. 252 do RICMS/12, o contribuinte deverá manter o arquivo da EFD pelo prazo decadencial, observado os requisitos de autenticidade e segurança. Esse arquivo deve ser transmitido pelo estabelecimento até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.

Nessa esteira, conforme o regramento acima citado, o contribuinte é o responsável pela fidelidade dos dados inseridos na sua EFD, sendo que qualquer erro cometido é de sua inteira responsabilidade. A existência de eventuais omissões na EFD, deveria ter sido informada antes de iniciada qualquer ação fiscal, retificada, obedecidas as condições previstas no art. 251 do RICMS/12, com a redação vigente à época dos fatos. No caso concreto, as omissões na EFD, não foram objeto de retificação antes do início da ação fiscal e, em consequência, foi lavrado o Auto de Infração em comento.

O defendente insistiu que a Autuante deveria tê-lo intimado, concedendo prazo de 30 dias para ajustar seus arquivos, regularizando as inconsistências apontadas como previsto no § 4º, do art. 247 do RICMS-BA/2012.

Observo que a pretensão do defendente não pode prosperar. O dispositivo citado incluiu o § 4º, ao art. 247 do RICMS/12, a fim de determinar o prazo que o sujeito passivo possui para atender a intimação do Fisco, caso esta seja realizada, para enviar ou regularizar inconsistências (numérica, códigos equivocados, natureza de operações divergentes etc) de sua EFD. Conforme acertadamente informou a Autuante na informação fiscal, a omissão de notas fiscais de sua escrituração não poderia ser objeto de retificação.

Entendo que a defesa traz uma compreensão equivocada do § 4º, do art. 247 do RICMS/BA, posto não ter havido qualquer intimação para correção do arquivo digital. Houve, sim, o início de um procedimento de fiscalização através da Intimação para disponibilização de livros e documentos fiscais.

Saliento que conforme determina o caput do artigo 247 do RICMS/2012, o objetivo da EFD é a escrituração dos documentos fiscais, não se justificando aguardar intimação para que cumpra obrigação já legalmente estabelecida. Acrescente-se que de acordo com o artigo 250, § 2º do

RICMS/BA, o contribuinte deve transmitir a EFD até o dia 25 do mês subsequente ao da apuração. A cláusula 13ª, do ajuste SINIEF 02/09 permite a modificação desta declaração até 90 dias após o período de apuração e, se não estiver sob ação fiscal, pode ainda a qualquer tempo alterá-la por solicitação no endereço eletrônico da SEFAZ.

Sendo assim, não há justificativa para se manter uma escrituração incompleta ou inconsistente no banco de dados da SEFAZ, à espera de uma fiscalização para corrigi-la. Caso fosse esta a intenção do legislador, como quer o Autuado, cairia por terra, o art. 42 da Lei nº 7014/96, ao instituir penalidade pelo descumprimento de obrigações acessórias aos contribuintes obrigados à EFD. Seria suficiente que fossem intimados a corrigir as distorções encontradas e o caso estaria resolvido. Destaco que a denúncia espontânea de acordo com o artigo 95 RPAF/BA, é excluída pelo início do procedimento fiscal.

Cabe registrar, que para elidir a acusação fiscal estampada nas infrações 01 e 02, ora em discussão, deveria o autuado apontar equívocos ou inconsistências no levantamento fiscal, comprovar que não fez uso de crédito inerente a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, visto que possuem fase de tributação encerrada e ainda, apresentar comprovantes do recolhimento integral do ICMS/ST das notas fiscais relacionadas pela fiscalização. De posse dos demonstrativos explicativos sobre as irregularidades apuradas, o autuado deixou de trazer ao processo, elementos com o condão de modificar ou extinguir estas infrações.

O art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia – RPAF, informa que a impugnação relacionada com a situação que constitua o objeto da lide, deverá ser impugnada de uma só vez, apresentando-se, nessa oportunidade, toda a prova documental a sustentar suas alegações, precluindo o direito para tanto, salvo: I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente; III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Contudo, embora as duas infrações se revelem distintas e bem identificadas, o Impugnante, em desacordo com o mandamento regulamentar citado, deixou de rebatê-las individual ou objetivamente e não contestou seus valores e dados, nelas apontando inconsistência ou irregularidade. Sua defesa cingiu-se a reclamar de uma suposta falta de intimação para regularização de seu SPED. Apresentou esparsas considerações relacionadas a dispositivos constitucionais, legislação tributárias, doutrinas, e decisões administrativas e judiciais – especialmente relacionadas com decisões do CONSEF, a respeito de nulidade pela falta de intimação para correção de inconsistências na EFD, fato não tratado no presente auto de infração.

Observe que cópias dos demonstrativos que caracterizam as infrações foram entregues ao contribuinte autuado, e que as acusações fiscais são claras, de fácil compreensão e caso houvesse contraprova em favor do autuado, não só poderia contestar as infrações especificadamente de modo objetivo, como deveria ter consubstanciado os argumentos com provas documentais quando da impugnação, o que não ocorreu.

Neste átimo, compulsando os autos, observe que as infrações decorrem de irregularidades detectadas na escrita fiscal digital comparada com os documentos fiscais eletrônicos, documentos produzidos pelo próprio sujeito passivo, corroboradas por provas acostadas ao PAF pela Autuante.

Sobre decisões pela nulidade, exaradas por este CONSEF e invocadas como paradigma pelo Autuado, verifico tratar-se de matérias distintas deste processo. O Acórdão CJF 0017-11/19 trata de penalidade aplicada por descumprimento de obrigação acessória, diferente deste processo, em que a conduta ilícita do autuado foi a falta de recolhimento do imposto, portanto, obrigação principal.

Assim, considerando, que as provas trazidas aos autos pela Autoridade fiscal atestam descumprimento de obrigações tributárias pelo sujeito passivo, e que ao contrário do pretendido,

a própria impugnação contendo matérias genéricas e alheias aos fatos geradores do auto de infração, em nada contribui para afastar ou modificar a acusação fiscal conforme lançamento de ofício, concluo pela subsistência das infrações 01 e 02 do presente auto de infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 206951.0003/19-0**, lavrado contra **VITÓRIA PARENTE COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$125.414,86**, acrescido das multas de 60%, previstas no inciso VII, alínea “a” e inciso II, alínea “d”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2019.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR