

A.I. Nº - 272466.0024/19-8
AUTUADO - COMERCIAL SANTOS VAREJO E ATACADO LTDA.
AUTUANTE - RENATO AGUIAR DE ASSIS
ORIGEM - INFAS – SERTÃO PRODUTIVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 29/12/2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0186-02/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. Não foram apresentadas provas que elidissem a infração. Infração subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOR. DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO EM LIVROS FISCAIS. Não foram apresentadas provas que elidissem a infração. Infração subsistente. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS NÃO ESCRITURADAS NO REGISTRO NO LIVRO DE SAÍDA. OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS. O Autuado deixou de escrutar as notas fiscais de saídas no livro Registro de Saídas, omitindo as operações de saídas de mercadorias, sonegando o pagamento do imposto correspondente. Infração subsistente. 4. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTA FORMAL. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infração caracterizada. 5. DIVERGÊNCIAS NA ESCRITURAÇÃO DA EFD QUE NÃO SE CARACTERIZEM COMO OMISSÃO. Mais de 100 ocorrências. Infração caracterizada. Autuada não elidiu a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 11/12/2019, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$48.369,23, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 01.02.41 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, apurado nos períodos de janeiro, outubro, novembro de 2016, março e fevereiro a dezembro de 2018. ICMS no valor de R\$17.439,01, acrescido de multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 29 e 31 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 309, §7º do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 02 – 03.01.04 – O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, nas declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, apurado nos períodos de agosto e setembro de 2016. ICMS no valor de R\$5.216,33, acrescido de multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 24 a 26, 32 e 34, inc. III da Lei nº 7.014/96 c/c os artigos 215, 248, 255, 257 a 259, 263, 304 e 332 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 03 – 05.05.03 – Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, apurado no período de abril, junho a agosto, novembro, dezembro de 2016 e janeiro a dezembro de 2017. ICMS no valor de R\$20.899,98, acrescido de multa de 100%, tipificada no art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c os artigos 215 e 216 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 04 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada penalidade de natureza acessória de 1% sobre o valor das entradas, apurado no período de janeiro a agosto, novembro, dezembro de 2016, janeiro a agosto, outubro e novembro de 2017. Multa percentual no valor de R\$2.973,91, tipificada no art. 42, inc. IX da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: artigos 217 e 247 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 05 – 16.14.08 – Ocorreram mais de 100 divergências na escrituração da EFD no período de apuração, que não se caracteriza como omissão, apuradas no mês de dezembro de 2016. Multa fixa no valor de R\$1.840,00, tipificada no art. 42, inc. XIII-A, alínea “m” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 247, 248, 249 e 250 do RICMS/2012.

A autuada impugna o lançamento, fls. 45 a 50, onde inicialmente relata os fatos, transcreve as infrações e afirma que o Auto de Infração é integralmente improcedente, e caso assim não seja considerado, é nulo em função do disposto no art. 247, §4º do RICMS/2012, assim como pela jurisprudência do CONSEF, externada nos Acórdãos JJF nº 0242-04/16 e CJF nº 0403-12/17, que exige uma intimação ao contribuinte para que no prazo de trinta dias possa regularizar as situações de falta de entrega ou de divergências encontradas nos arquivos da Escrituração Fiscal Digital - EFD, denominada de SPED, constituindo assim um erro procedural, punindo o contribuinte sem oportunizá-lo proceder a regularização.

Transcreve parte do voto proferido no julgamento do Auto de Infração nº 0181843007/16-0, Acórdão nº JJF nº 0242-04/16.

Assevera que o Auditor Fiscal autuante ao detectar omissões nos arquivos digitais apresentados, lastreou a autuação com base na escrita fiscal efetuada por sistema eletrônico de processamento de dados, apesar de ser o contribuinte obrigado a entregar os arquivos eletrônicos elaborados pelo Sistema Público de Escrituração Digital.

Transcreve o art. 247, §4º do RICMS/2012, que trata da Escrituração Fiscal Digital – EFD e garante ao contribuinte o prazo de trinta dias, contados da data de intimação, para o envio dos arquivos da EFD não entregue no prazo ou entregue com inconsistências.

Explica que tendo detectadas inconsistências nos arquivos eletrônicos, deveria a fiscalização conceder o prazo para as devidas correções e, não sendo atendidas, se lavraria o Auto de Infração imputando as multas cabíveis. Contudo, frisa, assim não procedeu o autuante.

Declara entender que os dados derivados de escrita fiscal não oficial devem servir como auxiliar numa ação fiscal, não podendo servir de base e fonte para lavratura de um Auto de Infração.

Destaca que o Auditor Fiscal, com fundamento nos artigos 247, §4º e 251, §2º do RICMS/2012, deveria ter procedido à prévia intimação, permitindo-lhe sanar as inconsistências encontradas nos arquivos digitais. Porém, assim não agiu, incorrendo em erro procedural, repete.

Pede a improcedência do Auto de Infração com fundamento na invalidade da prova, pois, esta foi obtida a partir de escrituração fiscal entregue em papel, elaborada por sistema de processamento de dados.

Admite que o erro cometido no presente Auto de Infração não impossibilita a renovação da ação fiscal a salvo de falhas, pois este está eivado de flagrante nulidade e afirma que os tributos foram recolhidos, o que descharacteriza qualquer prejuízo à Fazenda Estadual.

Requer com base nos Acórdãos já referenciados que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 64 e 64-v a 66, onde inicialmente defende a procedência do Auto de Infração, não havendo reparos a fazer, em razão da autuada não ter apresentado provas que poderiam macular a ação fiscal.

Conclui que o contribuinte, pelo que expõe na defesa, confessa tacitamente as infrações.

Salienta que em reiteradas decisões, o CONSEF demonstra que o procedimento previsto no art. 247, parágrafo único do RICMS/2012, deveria ter sido praticado antes do inicio da ação fiscal, fato que não ocorreu.

Transcreve, como jurisprudência do CONSEF, parte dos votos – Acórdãos JJF nº 0251-02/19 e JJF nº 0143-05/19 e afirma que na visão do Fisco, os contribuintes têm se utilizado de artifícios para evitar a tributação, contrariando o espirito e finalidade da lei.

Registra que o contribuinte foi incapaz de comprovar que não omitiu o registro das mercadorias, tampouco, em evidenciar que os demonstrativos do Fisco estão incorretos.

Lembra que com a implantação do SPED-Fiscal, somente existe a escrituração fiscal digital e que os livros fiscais fazem prova contra o contribuinte.

Assevera que a autuação teve como base o SPED-Fiscal do contribuinte e nos termos do art. 226 do Código Civil, os livros dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vínculo extrínseco ou intrínseco, assim como a escrituração da companhia será mantida em registros permanentes, com obediência aos preceitos da legislação comercial e desta Lei, assim como, aos princípios de contabilidade geralmente aceitos, devendo se observar os métodos ou critérios contábeis uniformes no tempo e registrar as mutações patrimoniais, segundo o regime de competência, conforme art. 177 da Lei nº 6.404/76.

Conclui que improcede o argumento da defesa, com fundamento na Teoria da Proibição de Comportamento Contraditório, ou seja, ninguém pode valer-se de sua própria torpeza, para livrar-se das consequências de um negócio jurídico que lhe trouxe prejuízo, como é o caso dos autos, artigos 150 e 883 do Código Civil, assim como no pedido juridicamente impossível, pois o Fisco não pode retificar de ofício a EFD do contribuinte.

Solicita a procedência do Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo, inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS na condição NORMAL, que desenvolve a atividade econômica principal de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios – minimercados, mercearias e armário, a acusação do cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS, todas impugnadas.

Compulsando os autos, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações do Código Tributário Nacional, especificamente em consonância com o art. 142, pois, o auto foi lavrado por autoridade administrativa competente para tal, art. 107, §2º da Lei nº 3.956/81 – COTEB, tendo sido verificada, conforme papéis de trabalhos, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, foi determinada a matéria tributável, calculado o montante do tributo devido, identificado o sujeito passivo e foi proposta a aplicação da penalidade cabível tipificada na Lei nº 7.014/96.

À fl. 06, consta cópia da Intimação para Apresentação de Livros e Documentos e/ou Prestação de Informações, mensagem nº 139920, postada via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, em 21/10/2019, lida pelo contribuinte em 05/11/2019, o cientificando do início da ação fiscal a ser realizada através do SPED Fiscal-Contábil.

Os demonstrativos que serviram de base para o lançamento foram elaborados pelo auente de forma clara, objetiva e suscinta, fls. 08 a 35 e gravados em mídia – CD, fl. 36, entregue ao contribuinte, em 08/01/2020, conforme recibo, fl. 38, fato que permitiu a este conhecer as acusações e sobre elas apresentar os argumentos que julgou necessários e suficientes para elidir as infrações, demonstrando que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte

foram plenamente preservados, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o lançamento.

A defesa não contestou, tampouco abordou o mérito das infrações, assim como não questionou o levantamento e os valores consignados na exação, reservando-se a arguir a nulidade do lançamento em razão do disposto no art. 247, §4º do RICMS/2012, que exige uma intimação ao contribuinte para que no prazo de trinta dias, possa regularizar as situações de falta de entrega ou de divergências encontradas nos arquivos da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

A autuada afirma que o lançamento se lastreou em escrita fiscal efetuada por sistema eletrônico de processamento de dados e não na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, sem, contudo, trazer aos autos provas ou evidencias que possam confirmar seu argumento.

Contrariamente ao que afirma a autuada, a autoridade fiscal claramente enfatiza que os levantamentos foram realizados com base nos dados da Escrituração Fiscal Digital – EFD, transmitida pelo contribuinte.

O fundamento da defesa se baseia em um entendimento equivocado, fato que o torna imprestável para sustentar os argumentos que poderiam descharacterizar as infrações.

Refiro-me exatamente ao que prevê o art. 247, §4º do RICMS/2012, *in verbis*.

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). (...)

§ 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.

Lembro que o §4º, acima transcrito foi revogado pelo Decreto nº 19.274/2019, com efeitos a partir de 01/11/2019. Contudo, quando vigente, previa a intimação do Fisco para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências, fato que não ocorreu no caso concreto, pois da apuração da escrita fiscal, transmitida pelo contribuinte, via SPED, a autoridade fiscal identificou e apurou as irregularidades apontadas, motivo das infrações.

Quanto os Acórdãos do CONSEF trazidos como paradigmas, registro que o Acórdão JJF nº 0242-04/16, refere-se ao julgamento do Auto de Infração nº 018184.3007/16-0, onde no período da autuação o sujeito passivo estava obrigado a realizar a sua escrituração fiscal através da EFD e tendo esta, sido entregue em branco, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, na decisão, desconsiderou qualquer outra forma de escrituração, diferente do caso em análise, onde o contribuinte entregou a EFD e sobre ela foram efetuados os exames da fiscalização.

Fato idêntico se observa no Acórdão CJF nº 0403-12/17. Portanto, ambos não servem de socorro aos argumentos defensivos por se reportarem a situações fáticas distintas da ocorrida no presente Auto de Infração.

Esclareço que o Ajuste SINIEF 02/2009, não trata de inconsistência, mas de consistência, sem a qual os arquivos eletrônicos não podem ser transmitidos, conforme Cláusula décima.

Cláusula décima O arquivo digital da EFD gerado pelo contribuinte deverá ser submetido à validação de consistência de leiaute efetuada pelo software denominado Programa de Validação e Assinatura da Escrituração Fiscal Digital – PVA-EFD que será disponibilizado na internet nos sítios das administrações tributárias das unidades federadas e da RFB. (...)

§ 2º Considera-se validação de consistência de leiaute do arquivo:

I - a consonância da estrutura lógica do arquivo gerado pelo contribuinte com as orientações e especificações técnicas do leiaute do arquivo digital da EFD definidas em Ato COTEPE;

II - a consistência aritmética e lógica das informações prestadas.

Ou seja, somente teria sentido a tese da defesa se os arquivos da EFD, não tivessem sido entregues ou entregues com inconsistências que inviabilizasse os trabalhos de auditoria, fato que não ocorreu, tanto assim que a auditoria se baseou exatamente na EFD transmitida.

Quando o contribuinte transmitiu os arquivos da sua escrita fiscal, através do SPED-Fiscal, tendo a oportunidade de retificá-los nos prazos e condições previstas no art. 251 do RICMS/2012, conforme estabelece a Cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009, e não os retificou, autorizou o Fisco a homologar as operações escrituradas, considerando-as válidas.

Friso que os levantamentos resultaram da aplicação de roteiros de auditoria efetuada através do Sistema Integrado de Fiscalização – SIAF, ferramenta fiscal que não modifica os dados da movimentação empresarial, registrada na escrita fiscal do contribuinte.

Lembro que a escrituração fiscal e contábil faz prova contra a empresa a que pertence, nos termos do art. 226 do Código Civil, *in verbis*.

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vínculo extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Parágrafo único. A prova resultante dos livros e fichas não é bastante nos casos em que a lei exige escritura pública, ou escrito particular revestido de requisitos especiais, e pode ser ilidida pela comprovação da falsidade ou inexatidão dos lançamentos.

Como dito linhas acima, o contribuinte não apresentou nenhuma prova ou argumento capaz de elidir as infrações, se reportando expressamente a questões procedimentais, deixando de abordar o mérito das infrações, fato que faz incidir as normas contidas nos artigos 140 a 143 do RPAF/1999:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente 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.

Com efeito, os dispositivos regulamentares transcritos, nada mais são do que a exteriorização de preceito amplamente conhecido e aceito em Direito Administrativo, qual seja, de que os atos praticados por servidores públicos legalmente investidos gozam da presunção relativa de veracidade e legitimidade, cabendo ao interessado ou acusado o ônus de comprovar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito que o Ente Tributante alega ter.

Portanto, meras alegações genéricas, desacompanhadas de provas, são insuficientes para albergar as pretensões defensivas.

Pelo 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 **272466.0024/19-8**, lavrado contra **COMERCIAL SANTOS VAREJO E ATACADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43.555,32** acrescido das multas de 60%, sobre **R\$22.655,34** e de 100% sobre **R\$20.899,98** previstas no art. 42, inc. VII, alíneas, “a”, II alínea “b”, e III; da Lei nº 7.014/96, além da multa percentual de 1% no valor de **R\$2.973,91**, prevista no art. 42, inc. IX e a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.840,00**, prevista no art. 42, inc. XIII-A, alínea “m”, do mesmo diploma legal e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR