

A. I. Nº - 299130.0015/19-6
AUTUADO - COMAN ALIMENTOS EIRELI
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07/12/2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 209-02/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO INDEVIDO. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO(S) DOCUMENTO(S) FISCAL(IS). 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDAS NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. a) ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. b) ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. 4. PENALIDADE FORMAL. ENTRADA DE MERCADORIA SEM REGISTRO DE NF NO LRE. Infrações não contestadas no mérito. Impugnação limitada à arguição de nulidade por desconconsideração de arquivos retificadores de EFD. Preliminar afastada mediante comprovação de que os arquivos retificadores, transmitidos em desconformidade com o Ajuste SINIEF 02/09, constam situados sem validade jurídica no Sistema Público de Escrituração Fiscal Digital – SPED. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 17/12/2019, acusando o cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.40 – Uso indevido de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal (is). Valor: R\$ 2.360,36. Período: Abril 2019. Enquadramento legal: Arts. 29 e 31, da Lei 7014/96 c/c art. 309, § 6º, do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, VII, “a”, da Lei 7014/96.

Infração 02 - 02.01.02 – Deixou de recolher no prazo(s) regulamentar(es) ICMS referente operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor: R\$ 35.136,35. Período: Outubro e Novembro 2018, Janeiro e Agosto 2019. Enquadramento legal: Arts. 2º, I e 32, da Lei 7014/96 c/c art. 332, I, § 6º, do RICMS-BA. Multa: 100%, art. 42, III, da Lei 7014/96.

Infração 03 - 03.02.02 – Recolheu ICMS a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$27.129,84. Período: Julho 2018 a Julho 2019. Enquadramento legal: Arts. 15, 16 e 16-A, do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “a”, da Lei 7014/96.

Infração 04 - 03.02.05 – Recolheu ICMS a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias tributáveis regularmente escrituradas. Valor: R\$28.829,12. Período: Maio 2018 a Julho 2019. Enquadramento legal: Arts. 17 a 21 e 23 da Lei 7014/96. Multa: 60%, art. 42, II, “a”, da Lei 7014/96.

Infração 05 - 16.01.06. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviços sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: R\$9.528,42. Período: Abril a Julho e Outubro 2018, Maio e Agosto 2019. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247 do RICMS-BA. Multa: 1%, art. 42, IX, da Lei 7014/96.

O autuado impugna o lançamento fiscal às fls. 74-75. Reproduzindo o § 1º do art. 18 do RPAF, diz que o levantamento fiscal contém vícios insanáveis, cujo principal é a desconconsideração dos

arquivos retificadores da EFD-ICMS/IPI, transmitidos pela empresa.

Afirma que em relação ao período agosto 2019, a autuada perdeu as informações referentes aos arquivos tipo xml das NFs de venda a consumidor e para compor o arquivo EFD-ICMS/IPI requereu cópias dos arquivos xml à SEFAZ e não obteve resposta a tempo de gerar o arquivo para apresentar ao fisco antes do procedimento fiscal.

Conclui pedido a nulidade do lançamento fiscal.

Por sua vez, anexando extrato do “RELATÓRIO DE CONSULTA DE ARQUIVOS EFD”, a Autoridade Fiscal autuante informa que o procedimento fiscal teve por base os arquivos da EFD juridicamente válidos, gerados pelo contribuinte, bem como as NF-es constantes no banco de dados da SEFAZ-BA e que todas as informações compuseram o pacote de arquivos fiscais da O. S. 50458819, disponibilizados pela Gerência de Cadastro e Informações Econômico-Fiscais da SAT/DP/GECIF.

Fala que o Impugnante nada disse sobre o mérito da autuação e sintetizando os fatos, informa:

Ano 2018.

Em 30/11/2018 o contribuinte enviou arquivos retificadores dos meses abril a julho 2018 sem solicitar autorização à SEFAZ e sem ter sido intimado para retificação dos arquivos, de modo que estes arquivos não possuem validade jurídica.

Ano 2019

Em 01/10/2019 a INFAZ/ATACADO expediu a OS 504588/19 para auditar o período 02/03/2018 a 30/09/2019, cujo início se deu em 10/2019.

Em 25/09/2019 se gerou o pacote de arquivos fiscais da citada OS; em 02/10/2019 intimou o contribuinte via DTE para informar-lhe o início da ação fiscal e solicitar-lhe a apresentação das planilhas de cálculos da antecipação parcial e total do período indicado para auditoria.

Com expedição, leitura e ciência em 10/10/2019, informa que intimou o contribuinte a transmitir os arquivos EFD de 2018 e 2019, destacando a observação “com todas as informações previstas no Ajuste SINIEF nº 02/2009” (Docs. Fls. 11-12).

Com expedição, leitura e ciência em 23/10/2019, diz que intimou o contribuinte para informar-lhe do resultado do trabalho fiscal, abrindo-lhe prazo para adoção da seguinte providência: “apresentar, no prazo concedido, pontos e/ou resultados sobre os quais o contribuinte tem interpretação divergente” (Docs. Fls. 13-14).

A partir de então, informa terem ocorrido reuniões, encontros e trocas de informações com representante do contribuinte sobre as irregularidades detectadas e só após, esgotadas as prévias oportunidades saneadoras, lavrou o presente Auto de Infração.

Ressalta que, além dos fatos historiados, os arquivos referidos pelo Impugnante não possuem validade jurídica porque foram enviados sem observação dos requisitos legais e, por isso, sequer são dados a conhecimento da Autoridade Fiscal. Aduz ser este um comportamento meramente protelatório para postergar o pagamento do débito tributário que “alguns contribuintes têm se valido da conduta de enviar IRREGULARMENTE arquivos magnéticos na esperança de posteriormente usar isto como matéria de defesa, principalmente nas situações que **não têm nenhum ponto a ser contestado no mérito da autuação**”. (grifo no original).

Conclui mantendo a exação fiscal.

Tendo em vista a publicação da pauta de julgamento sem indicação do Advogado legalmente constituído, o PAF foi retirado de pauta e novamente pautado para esta data com a indicação do seu representante legal.

VOTO

Examinando os autos, constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois

o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibos e documentos de fls. 04 e 69, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho, indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão clara e exaustivamente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 05-67 e CD de fl. 68); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Sem adentrar o mérito do Auto de Infração e até contradizendo a alegação, a Impugnação se limita a reproduzir o § 1º do art. 18 do RPAF – que trata da possibilidade de saneamento de eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais que não acarretam a nulidade do AI – para arguir a nulidade do Auto de Infração por ele conter “vícios insanáveis”, especialmente a desconsideração de arquivos retificadores da EFD-ICMS/IPI transmitidos pela empresa.

Pois bem, tratando-se **Escrituração Fiscal Digital – EFD**, cuja normativa matriz é o Ajuste SINIEF 02/2009, com meus pertinentes grifos, a este caso importa a seguinte normativa:

Ajuste SINIEF nº 02/2009

RICMS-BA/2012

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

§ 2º Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco.

Ora, como se vê no extrato “RELATÓRIO DE CONSULTA DE ARQUIVOS EFD”, constante dos autos às fls. 92-93, não impedindo a transmissão de arquivos a qualquer tempo, quando transmitidos o mecanismo validador recebe e posiciona em: a) “**Arquivo carregado**”: os regularmente transmitidos e recepcionados com validade jurídica nos termos do Ajuste SINIEF 02/2009; b) “**Arquivo retificador sem validade jurídica**”: os arquivos transmitidos em desacordo com os termos do Ajuste SINIEF 02/2009.

Assim, considerando que: a) os arquivos EFD ditos desconsiderados pelo Impugnante, transmitidos e recepcionados em 30/11/2018, sem validação jurídica, por não se conformarem com a legislação da espécie, não servem à alegação defensiva; b) embora intimado no interesse do fisco (§ 2º, art. 251 do RICMS-BA), para transmitir novos arquivos da EFD dos exercícios 2018-2019 (especificamente para informar dados do “bloco H” que se relaciona aos inventários de cada dos referidos exercícios), o contribuinte não atendeu à Intimação Fiscal no curso da fiscalização; c) a despeito disso, em 23/10/2019, cautelar e diligentemente a Autoridade Fiscal informou o contribuinte acerca das irregularidades constatadas, outorgando-lhe razoável prazo para justificar-se previamente à lavratura do AI, constato a toda prova não haver sentido lógico nem jurídico a preliminar pretensão de nulidade arguida pelo Impugnante, pedido que rejeito.

Superada a questão preliminar, prestando reverência ao exercício do contraditório, dentro do devido processo legal, sem arranho aos princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário, passo a decidir sobre o mérito do caso.

De logo, ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150), em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta, apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no

prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Neste caso, observo que os demonstrativos suportes da exação (fls. 15-67), cujas cópias foram disponibilizadas ao sujeito passivo para possibilitar suficientemente o pleno conhecimento das acusações para o amplo exercício do direito de defesa, identificam os documentos/operações fiscais objetos da exação, como: seus números, data de emissão, Chave de Acesso, CFOP, CNPJ do emitente e/ou do destinatário, UF origem, NCM, Descrição Merc, Qtd, Unid, Vlr Item, Vlr desc, BC, Aliq, Vlr ICMS, Vlr multa proposta, de modo a que foram oferecidas ao contribuinte todas informações para seu amplo exercício ao direito de defesa.

Com relação à Impugnação de Auto de Infração, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF dispõe:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal no prazo de 60 (sessenta) dias, contado da data da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

*§ 2º A defesa poderá referir-se apenas a parte da exigência fiscal, assegurando-se ao sujeito passivo, **quanto à parte não impugnada, o direito de recolher o crédito tributário com as reduções de penalidades previstas em lei.***

§ 3º A depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145.

...

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

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.

Como já apontado na apreciação preliminar, sem contestar os dados de quaisquer das infrações, o representante legal do sujeito passivo não objetou o mérito do lançamento tributário, em sede de revisão neste órgão administrativo judicante.

Então, superada toda arguição defensiva, ponderando as razões de acusação e defesa e nada tendo que reparar quanto ao crédito tributário constituído, considerando que: a) as infrações constam tipificadas na legislação tributária; b) estão corretamente enquadradas pelo Autuante; c) constam demonstradas e comprovadas nos autos: Infração 01 às fls. 15-18, Infração 02 às fls. 19-29, Infração 03 às fls. 30-40, Infração 04 às fls. 41-62 e Infração 05 às fls. 68-69, é de incidir sobre o caso a normativa contida nos arts. 140, 141 e 143 do RPAF:

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. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal

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 **299130.0015/19-6**, **lavrado** contra **COMAN ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento de ICMS no valor de **R\$93.455,67**, acrescido das multas de 100% sobre R\$35.136,35, e de 60% sobre R\$58.319,32, previstas nos incisos III, II “a” e VII, “a”, do art. 42, da Lei 7014/96, além da multa de 1% no

valor de **R\$9.528,42**, prevista no inciso IX, do art. 42 do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2020.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR