

PROCESSO - A. I. Nº 269440.0007/17-4
RECORRENTE - H S BORGES E CIA LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0030-01/18
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS (OESTE)
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/05/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0077-11/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. 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. A 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0030-01/18, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/02/2017, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF, que exige o valor histórico de R\$687.909,99, acrescido de multa de 100%, tendo em vista a infração abaixo: *Infração 01. 04.05.01: Deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.*

O autuado apresentou impugnação (Fls. 121 a 150), informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 235 a 238), a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 1ª JJF que após análise julgou Procedente (Fls. 288 a 302), nos seguintes termos:

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.

Vale ressaltar que o autuado, insurgiu contra a intimação da decisão de 1ª Instância ter sido via edital e entrou com representação junto a PGE/PROFIS (Fls. 326 a 327), que fora analisada e acolhida pela 2ª CJF em 28/03/2019.

Após acolhimento da Representação para reabertura de prazo, inconformado com a procedência do Auto, o autuado interpõe Recurso Voluntário (Fls. 346 a 356) com base no Art. 169, inciso I, alínea “b” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alegando os argumentos a seguir apresentados.

Inicialmente a Recorrente se insurge contra a decisão da 1ª JJF de nº 0030-01/18 em razão das

seguintes irregularidades praticadas pelo autuante, as quais, cita abaixo:

Primeiro, diz que ação fiscal exige o mesmo crédito tributário da Notificação Fiscal nº 2694400006/17-8 porque as infrações têm a mesma origem, ou seja, decorrem da mesma receita supostamente omitida. Cita que uma infração, 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 administrativa de cartão de crédito em comparação com as DMAS escrituradas e enviadas para SEFAZ- BA pelo contribuinte. Enquanto a outra infração, referente a Notificação Fiscal nº 269440.0007/17-4, lavrado também contra a própria empresa, 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.

Segundo, diz constar da ementa em apreço a seguinte assertiva exarada pelos eméritos julgadores: *“Não há obrigação do fisco em intimar o autuado para retificação da EFD apresentada com inconsistências”*, e que a emérita Junta de Julgamento Fiscal faz tábula rasa do dispositivo regulamentar ao considerar desnecessária a intimação para correção de inconsistência através do fornecimento da listagem – diagnóstico, uma vez que a EFD foi a base para a lavratura do Auto de Infração em apreço, razão porque depreende-se que, em relação à Recorrente, acaso houvesse a regular intimação para correção das inconsistências da EFD (Art. 247, § 4º do RICMS/12), como impõe a lei, não haveria que se falar em exigência fiscal para cobrança de ICMS nas operações de saídas de mercadorias, o que inclusive fere o PRINCÍPIO DA VERDADE MATERIAL, diante da ocorrência de, razão pela qual esta Câmara deve decidir pela nulidade da ação fiscal ou julgá-la improcedente, consoante às razões de fato e de direito que passa a expor.

Nas preliminares, roga pela Nulidade, pois apesar de na presente hipótese, a Recorrente não se furtrar quanto aos equívocos do lançamento havido junto à sua EFD enviada, ao contrário, reconhece a existência de inconsistências no lançamento fiscal digital, sobretudo em cotejo com a realidade material constante dos livros manuais, que, a seu turno, comprovam os lançamentos e recolhimentos a contento.

Assim, tendo a empresa autuada apresentado EFD que não contenha dados das operações realizadas ou tais dados sejam inconsistentes, deve a esta ser imposta 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”.

Assevera estar ciente de que é absolutamente comum que os programas geradores dos referidos arquivos magnéticos possuam incorreções, o legislador previu um segundo prazo para possíveis correções ou entrega, devendo de logo o Preposto Fiscal informar quais irregularidades devera serem sanadas.

Neste sentido, transcreve parcialmente o voto exarado pelo Ilustre Relator Valtércio Serpa Júnior, nos autos do PAF Nº 018184.3012/16-4, por meio do Acórdão Nº 0008-05/17 da 5ªJFJF:

“(…) Ou seja: tendo sido constatada a falta de apresentação ou inconsistência na EFD do sujeito passivo, deveria a 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 a ação fiscal, e com a espontaneidade tolhida pela intimação para fiscalização”.

Destaca-se, ademais, que nesta hipótese, tolhida a espontaneidade do contribuinte em razão da intimação regularmente prevista (Art. 247, § 4º do RICMS/12), estar-se-ia diante da aplicação do artigo 251 do RICMS/12, em seu § 2º, que diz não ter validade jurídica, a retificação da EFD de períodos 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.

Da leitura e compreensão dos dispositivos supramencionados, resta evidente que o espírito da legislação está intimamente ligado à regularização dos dados lançados via EFD por eventuais equívocos/inconsistências/erros, sem que haja para o Contribuinte, possibilidade de

complementação do recolhimento já realizado, quando sob ação fiscal.

Relata que em relação aos autos depreende-se que, em relação à Recorrente, acaso houvesse a regular intimação para correção das inconsistências da EFD (Art. 247, § 4º do RICMS/12), como impõe a lei, não haveria que se falar em exigência fiscal para cobrança de ICMS nas operações, sobretudo pois a escrita fiscal própria (“não oficial”) reflete a totalidade das operações fiscais e contábeis da Recorrente e, respectivo recolhimento dos impostos em todo o período autuado, conforme faz prova ampla.

Cita os Acórdãos JJF Nº 0250-04/14, JJF Nº 0324-01/13, ACÓRDÃO JJF Nº 0090-04/17 e ACÓRDÃO CJF Nº 0146-12/17 que decidiram pela Nulidade dos processos pela inobservância do devido processo legal na fiscalização.

Salienta que o lançamento do crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material que dizem respeito a ser ou não ser devido o imposto, existem regras de direito processual, que determinam como deve agir o preposto fiscal na constituição do crédito tributário.

Portanto, quando o autuante não concede prazo correto para entrega ou retificação da EFD, deixa de observar o devido processo legal incorrendo em nulidade.

A autuada argui como PREJUDICIAIS DE VALIDADE e EFICÁCIA da peça básica do processo administrativo fiscal instaurado; requerendo, por isso mesmo, com amparo no princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Magna Carta (Art. 5º, LV, CF/88), que as prejudiciais sejam apreciadas e decididas, com fundamentação própria e específica (CF/88, art. 93, IX, e inteligência do art. 5º, II, 37 “caput, Hely Lopes Meireles, direito administrativo brasileiro, 15º ed. RT SP, 1990 ff. 78/79).

E caso, se assim não entender esse egrégio órgão julgador, que no MÉRITO julgue improcedente a infração em comento, consoante as razões que expõe.

Alega que inexistiu intimação da Autuada para correção das inconsistências na sua EFD, muito embora o fiscal autuante tenha se utilizado da própria Escrituração Fiscal Digital para pautar sua exigência e que, desse modo, tendo o nobre autuante acolhido a escrituração digital inconsistente, e com base nela lavrado o Auto de Infração em tela, o lançamento torna-se nulo ou, ainda, improcedente, porque o autuante deixou de dar aplicação ao 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*”.

Neste tocante, uma vez intimado, caberia ao contribuinte apenas retificar os dados equivocadamente lançados na EFD, não cabendo, de outra banda, a possibilidade de realizar qualquer recolhimento complementar relativo ao período, vez que submetido a ação fiscal, e com a espontaneidade tolhida pela intimação para fiscalização, conforme determinação do artigo 251 do RICMS/12, em seu § 2º.

Na realidade, cabe observar que em face do princípio da verdade material, norteador do processo administrativo fiscal, como o autuado efetivamente comprova que não deixará de recolher o imposto devido, a autuação não pode prosperar.

Dessa forma, como não restou demonstrado a falta de recolhimento do imposto decorrente dos lançamentos dos documentos fiscais nos livros fiscais de Entrada, saída e apuração de ICMS a autuação deve ser julgada insubsistente, SOB PENA DE INCORRER EM BIS IN IDEM.

Assevera que a ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos.

Por todo exposto e por tudo o mais que consta dos autos, a autuada REQUER, que o CONSEF/BA decrete a NULIDADE TOTAL do referido Auto de Infração e, se assim não entender, por precaução,

subsidiariamente, que decida pela sua TOTAL IMPROCEDÊNCIA, por ser de direito e da mais LÍDIMA JUSTIÇA.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado pela Recorrente (Fls. 346 a 356), em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal nº 0030-01/18, que por unanimidade, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 17/02/2017, interposto nos termos no Art. 169, I, alínea “b” do RPAF, que exige o valor histórico de R\$687.909,99, acrescido de multa de 100%, que após julgamento em primeira instância, foi reduzida para 60%, em função da falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, em razão de não escriturar operações nos livros fiscais próprios.

A autuação baseia-se no disposto nos Arts. 2º, inciso I e Art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c Art. 332, inciso I, §6º do RICMS/BA.

O fulcro da defesa baseia-se principalmente no disposto no Art. 247, que se frise, já fora praticamente quase todo revogado.

O Art. 247, diz que 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 (Convênio ICMS 143/06), conforme inclusive citado pela Recorrente.

O §4º do citado artigo, amplamente citado pela Recorrente, dizia que, no período de 11/2015 a 10/2019 que o contribuinte tinha 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. 1º do Decreto nº 16.434, de 26/11/2015 - DOE-BA de 27/11/2015, e revogado pelo art. 2º do Decreto nº 19.274, de 04/10/2019 - DOE-BA de 05/10/2019, com efeitos a partir de 01/11/2019).

Dizer que o autuante estaria obrigado, por força do § 4º, do art. 247 do RICMS/12, a intimá-lo para sanar inconsistências na EFD, não prospera, visto que o dispositivo não traz esta obrigatoriedade, mas tão somente, estipula o prazo para que o contribuinte apresentasse EFD, caso o autuante entendesse pertinente o reenvio da escrituração.

Se o próprio caput do Art. 247, já fala que a escritura fiscal digital é um conjunto de escriturações de documentos e informações fiscais, e o prazo para entrega da EFD já está estipulado na legislação, não vislumbro quaisquer obrigatoriedades do autuante em requisitar novo envio, por motivo de inconsistências observadas, mesmo porque, é obrigação do contribuinte enviar os arquivos conforme determina a legislação, e a partir do momento em que estava obrigado ao envio dos arquivos, não mais poderia escriturar os livros de outra forma.

Em consulta ao site www.sped.fazenda.gov.br, verifica-se que a Recorrente, desde Janeiro/2013, já estava obrigada ao envio do EFD.

Contribuinte(s) cadastrados no SPED - EFD

NI	IE	UF	Perfil	Data início credenciamento	Data fim credenciamento	DataConsulta	Histórico
0867204000192	73346506	BA	B	01/01/2020		22/03/2021	Histórico

Histórico - NI: 0867204000192 IE: 73346506

Ativação	Desativação	Perfil	Data Início	Data Fim
01/01/2013	31/12/2019	B	01/01/2013	31/12/2019
01/01/2020		B	01/01/2020	

Em análise aos autos, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal remeteu o processo em diligência, para que o autuado apresentasse planilha indicando as notas fiscais de saídas por ele emitidas, vinculadas aos referidos recolhimentos, efetivamente realizados em cada período de apuração, objeto do Auto de Infração, inclusive com memória de cálculo. Entretanto, não se verifica o retorno por parte do autuado, o que inclusive, inviabiliza a verificação/comparativo entre a notificação fiscal nº 269440.0006/17-8 e o presente auto.

Caso a Recorrente consiga demonstrar os valores recolhidos pelos documentos não escriturados, mas que houve pagamento do imposto e o cotejo entre os valores cobrados no Processo nº 269440.0006/17-8 e o presente auto, poderá pedir Controle da legalidade junto a Procuradoria da Fazenda Estadual conforme previsto no Art. 113, § 5º do RPAF/BA.

Por todo o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser mantida a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269440.0007/17-4**, lavrado contra **H S BORGES E CIA LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$687.909,99**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e de acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de março de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES - RELATORA

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS