

PROCESSO - A. I. Nº 206977.0027/19-7
RECORRENTE - DAILSON ELSON DE OLIVEIRA E CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0195-03/20-VD
ORIGEM - INFAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 22/07/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0136-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. A negativa de cometimento da infração, por si só, não é suficiente para afastar a autuação, principalmente quando a hipótese depende de prova e esta não é produzida pela recorrente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DE VALOR DECLARADO NA EFD. Mantém-se a autuação não elidida por prova da recorrente que nega o seu cometimento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em face do Acórdão nº 0195-03/20-VD da 3ª JF deste CONSEF que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 23/09/2019, abordando apenas as infrações 01 e 02, com as seguintes características:

Período fiscalizado: 01/01/2014 a 31/12/2016

***Infração 01 – 01.02.40** – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais.*

***Valor histórico:** R\$9.509,85. Multa de 60%.*

***Enquadramento legal:** art. 29 e 31 da Lei 7.014/96 c.c. art. 309, § 6º do RICMS.*

***Multa aplicada:** art. 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei 7.014/96.*

***Infração 02 – 02.12.02** – Falta de recolhimento ou recolhimento a menos, do valor declarado em EFD - Escrituração Fiscal Digital referente ao ICMS Normal.*

***Valor histórico:** R\$34.714,21. Multa de 50%.*

***Enquadramento legal:** art. 32; art. 34, incisos III e VIII, da Lei 7.014/96 c.c. art. 247, do RICMS e art. 54-A do Decreto 7629/1999.*

***Multa aplicada:** art. 42, inciso I, da Lei 7.014/96.*

Após a instrução processual, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

VOTO

Inicialmente, constato que apesar de não ter sido arguida questão específica de nulidade, no presente lançamento, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive as hipóteses previstas no art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de quatro infrações à legislação baiana do ICMS, conforme descrição circunstanciada, enunciada no preâmbulo do relatório.

As Infrações 03 e 04 foram expressamente reconhecidas pelo Impugnante. Logo, ante à inexistência de lide, fica mantida a autuação atinente a essas infrações.

A Infração 01 trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016.

A acusação fiscal está embasada nos Demonstrativos Sintéticos acostados às fls. 09 a 11, e nos Demonstrativos Analíticos na mídia CD à fl. 25.

Em sede de Defesa o Impugnante asseverou que da simples análise dos livros fiscais que diz anexar - DOC. 03,

fl. 53 a 76, não há que se falar em utilização indevida de crédito fiscal, uma vez que seu livro Registro de Entradas registra todas as notas fiscais de entradas, destacando-se os ICMS incidentes nas compras realizadas. Revelou que por ocasião da fiscalização, não foi possível apresentar ao Fisco das DMAs/ICMS do período fiscalizado, o que ocorrera por mudanças na empresa contratada para apurar e declarar as operações financeiras realizadas. Assinalou ainda que caso o Autuante tivesse acesso aos livros contábeis ora anexados, não lavraria o Auto de Infração, uma vez que de acordo com as entradas de bens e mercadorias pela empresa contribuinte, todas as DMAs possuem saldo credor, visto que sequer foram utilizados créditos de ICMS neste período.

Ao analisar a documentação citada pelo Autuado, que anexou aos autos em sua Defesa, fls. 53 a 76, contato que não se trata de cópia de seu livro Registro de Entradas do período fiscalizado e sim de cópias das DMAs do período janeiro de 2014 a dezembro de 2015, apesar de o período fiscalizado ter sido de janeiro de 2014 a dezembro de 2016, portanto, incompleto. Verifico também que não procede a afirmativa de que todas as DMAs apresentam saldo credor, uma vez que, somente nos meses de janeiro a outubro de 2014, é que foram apurados saldos credores e de novembro de 2014 a dezembro de 2015, figuram apurados saldos devedores, nada foi apresentado para os demais meses. Assim, fica patente nos autos que o Defendente, apesar de dispor de meios para contrapor a acusação fiscal, não traz aos autos qualquer elemento consistente capaz de elidir a acusação fiscal.

No que se refere à ponderação do Impugnante de que ocorrera um erro quando da alimentação do sistema que gerou a EFD, erro este extremamente pontual, que, embora estivesse obrigado ao envio do EFD, os registros das notas fiscais à época, de acordo com os livros Registro de Entrada e Registro de Apuração gerados, estavam corretos, pois apenas no momento da retificação dos arquivos para envio ao Fisco, por um erro sistêmico, foi gerada alguma inconsistência, constato que se trata de mera alegação, eis que desprovida de respaldo fático ou probatório. Logo, inócua a pretensão de macular a acusação fiscal que está respaldada em demonstrativos analíticos das inconsistências indicando a origem das irregularidades e que não foram enfrentados pela Defesa de forma objetiva, mesmo dispondo dos registros e da documentação fiscal.

Quanto à alegação de que, apesar de ser irregular, fosse escusável o erro de preenchimento do sistema eletrônico, quando se está diante de uma empresa de pequeno porte e familiar, não deve prosperar o argumento defensivo, haja vista se tratar de exigência legal expressamente determinada na legislação de regência, cujo teor não prevê qualquer excepcionalidade.

Ao prestar informação, o Autuante manteve a autuação, registrando que, depois de examinar a peça defensiva e seus anexos, constatou que a Defesa não apresentou qualquer prova documental que pudesse alterar os lançamentos efetuados no Auto de Infração pelo que opina pela manutenção da autuação.

Frisou que a Defesa atribui o peso da Escrituração Fiscal Digital - EFD a uma declaração e apuração mensal do ICMS - DMA, não observando o teor dos artigos 247 e 255 do RICMS-BA/12. Explicou que os lançamentos fiscais são efetuados nas EFDs, devendo a DMA ser um resumo e exatos reflexos dos lançamentos efetuados nos livros fiscais. Sustentou que esse item da autuação apurou o lançamento de crédito fiscal do ICMS em valor superior ao destacado, conforme demonstrativo analítico constante da mídia digital, fl. 25 e resumo de débito de débito acostado às fls. 09, 10 e 11.

Em relação a alegação da Defesa de que não foram observados pela fiscalização os benefícios aplicáveis sobre diversos produtos, ressaltou que somente acatou a escrituração fiscal digital depois de intimar o Autuado a retificar a EFD, concedendo o prazo de trinta dias como se constata às fls. 23 e 24 e a mídia à fl. 25, na qual consta as apurações mensais de ICMS escriturada na EFD.

Como explicitado acima, no resumo do contraditório instalado, resta evidenciado nos autos que o Autuado não carregou aos autos qualquer elemento capaz de fragilizar a eficácia da acusação fiscal, ante a inequívoca utilização indevida de crédito fiscal em valores superiores aos destacados nos documentos fiscais arrolados no levantamento fiscal.

Quanto ao fato alegado pela Defesa de ser uma empresa idônea e não ter sofrido autuação anteriormente, convém salientar que esses aspectos não têm o condão de eximir o estabelecimento autuado de ser responsabilizado, na forma da legislação do imposto, pelas infrações apuradas.

Em suma, a auditoria foi realizada com base na escrita fiscal do estabelecimento autuado, cujos registros foram efetuados pelo próprio sujeito passivo e a ferramenta fiscal utilizada apenas confronta os dados registrados com os contidos nos respectivos documentos fiscais de livre acesso e conhecimento do fisco, confronto do qual exsurgiu a exação.

No presente caso, em que a lide se resume a mera questão de fato, o direito de defesa assegurado ao Contribuinte, para ter o êxito pretendido, deve ser exercido atendendo ao disposto no §5º, do art. 123 do RPAF-BA/99, apresentando a prova documental correspondente, suporte do argumento defensivo, que se houvera, estaria na posse do Impugnante, pois como no presente caso, não a trazendo aos autos e não se demonstrando as situações de exceção indicada no referido dispositivo regulamentar, afigura-se irremediavelmente como

sendo uma mera alegação.

Logo, como estatui o art. 143 do RPAF-BA/99, a defesa formulada se reveste em simples negativa do cometimento da infração, que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, razão pela qual, a infração subsiste no valor original da exação.

Assim, nos termos expendidos, conluo pela subsistência da Infração 01.

A Infração 02 cuida da falta de recolhimento ou recolhimento a menos, do valor declarado em EFD - Escrituração Fiscal Digital referente ao ICMS Normal.

A acusação fiscal está embasada nos Demonstrativos Sintéticos acostados às fls. 12 a 14, e nos Demonstrativos Analíticos na mídia CD à fl. 25.

Em sua Impugnação, o Autuado asseverou que esta infração é uma consequência lógica da Infração 01, a qual, conforme demonstrado linhas acima, encontra-se devidamente justificada.

Repetiu a alegação de que da simples análise das DMAs, destacou que o Autuante poderá apurar que não houve divergência de recolhimento de ICMS, e reafirmou que toda entrada/saída de mercadorias foi devidamente declarada e o respectivo tributo pago.

No que diz respeito à alegação de que o Fisco aparentemente deixou de observar benefícios tributários aplicáveis sobre diversos produtos, frisando que tem como objeto social o comércio varejista com predominância de produtos alimentícios, dentre os quais, em sua maioria, possuem o benefício de redução de alíquota, em razão da essencialidade dos produtos, verifico que, do mesmo modo, como aduzido na Infração 01, resta também evidenciado que se trata de mera alegação sem qualquer comprovação fática da efetiva ocorrência do quanto alegado.

Assim, por se tratar de irregularidade apurada mediante simples comparação entre valores declarados na EFD e os valores correspondentes efetivamente recolhidos, e ante à inexistência nos autos de qualquer elemento que inequivocamente aponte inconsistência nos demonstrativos de apuração desse item da autuação, entendo remanescer caracterizada a acusação fiscal.

A Infração 02 é subsistente.

O Autuado apresentou pedido de restituição do valor pago indevidamente articulado pela Defesa, sob o fundamento de que, conforme indicado em sua Impugnação, declarou que realizaria o pagamento das Infrações 03 e 04, e que confiando nas informações contidas no DAE emitido pela SEFAZ realizou o pagamento do documento, como se verifica do comprovante anexados aos Autos. Revelou que em vez de efetuar o pagamento no valor de R\$3.829,31, montante relativo às Infrações 03 e 04, recolheu o montante de R\$11.260,25, que na verdade corresponde à exigência das Infrações 01 e 04. Com isso, explicou que resultou no pagamento a mais da quantia de R\$7.430,44. Entendo que a restituição do alegado indébito, pretendida pelo Autuado, não pode ser resolvida no âmbito do presente julgamento, devendo ser equacionada na Inspeção de sua jurisdição, por ocasião da quitação do presente Auto de Infração.

No tocante ao pedido para que seja reduzido o valor das multas aplicadas, em atenção aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, entendo não encontrar amparo fático, uma vez que as multas sugeridas decorrem de expressa previsão legal no art. 42 da Lei 7.014/96, e são adequadamente moduladas para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias. Ademais, falece competência a este órgão para afastar a aplicação da Legislação Tributária Estadual, assim como, não se afigura no rol de suas competências a atribuição para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167 do RPAF-BA/99.

Em relação à solicitação para que todas as publicações do presente feito sejam realizadas em nome dos seus advogados habilitado nos autos, sob pena de nulidade, entendo inexistir óbice algum ao atendimento do pleito. Observo, porém, que de acordo com o art. 26, inciso II do RPAF-BA/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável e a forma de intimação e ciência da tramitação de processos ao sujeito passivo se encontra prevista nos artigos 108 e 109 do RPAF-BA/99, inexistindo qualquer irregularidade se a intimação for endereçada diretamente ao contribuinte.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Regularmente intimado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário reproduzindo basicamente os mesmos argumentos da impugnação.

Com relação à infração 01, diz que não houve utilização indevida de crédito fiscal, pois da análise dos livros fiscais anexados à impugnação é possível perceber que toda creditação utilizada pela empresa foi regular e que isso é comprovado a partir do Livro de Registro de Entradas.

Alega que ocorreu um erro pontual quando da alimentação do sistema que gerou o EFD, sendo que tem cadastro ativo desde 07/05/2005 e este é o único Auto de Infração recebido. Insiste que os registros das notas fiscais estavam corretos, de acordo com livros de entrada e apuração.

Afirma que o erro de preenchimento do sistema eletrônico, ainda que irregular, deve ser considerado escusável por se tratar de empresa de pequeno porte, familiar, cujos administradores não possuem conhecimento técnico para tanto e tampouco tentou esconder as informações contábeis do autuante.

Quanto à infração 02, consequência lógica da anterior, não haveria divergência de recolhimento de ICMS já que toda entrada/saída de mercadorias foi devidamente declarada e o respectivo tributo pago.

Reafirma que a fiscalização deixou de observar benefícios tributários aplicáveis sobre diversos produtos, considerando que seu objetivo social é o comércio varejista com predominância de produtos alimentícios. Menciona que as informações referentes aos produtos estão nos livros de apuração que, por alguma razão que desconhece, divergem da EFD.

Aponta a necessidade de reduzir a multa aplicada porque estaria em desconformidade com a razoabilidade e a proporcionalidade, ultrapassando inclusive o capital social da empresa com a atualização monetária.

Disserta sobre a aplicação dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e do não confisco como limitadores constitucional à imposição de multas tributárias.

Requer, por fim, o acolhimento do recurso para que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração.

Recebidos os autos, foram a mim distribuídos para apreciação.

VOTO

Não havendo preliminares a apreciar, passo diretamente à apreciação do mérito.

Entendo que não há razão para reforma da decisão de primeiro grau. Como bem pontuado pelo acórdão recorrido no que pertine a Infração 01, a recorrente não trouxe qualquer elemento capaz de elidir a autuação fiscal, se limitando a negar o cometimento das infrações que lhe são imputadas, sem sequer comprovar o quanto alega.

Em verdade, reconhece a existência de inconsistências em sua EFD, contudo, não comprova ter solicitado a sua retificação, na forma do RICMS, tampouco trouxe aos autos documentos que sustentem suas próprias afirmações, haja vista que diz que seu Livro de Registro de Entradas que comprova a regularidade dos seus registros fiscais, no entanto, colacionou DMAS – que traz apenas os dados consolidados, sem detalhamento, registre-se – apenas de parte do período fiscalizado.

Destarte, quanto à infração 02, melhor sorte não lhe assiste, pois, não há nos autos qualquer elemento de prova apto a sustentar a alegação genérica de que comercializa produtos que contam com benefícios tributários. Sequer cita por amostragem algum dos itens que entende gozar de algum benefício.

Ademais, quanto à penalidade, também não prospera a irresignação da recorrente, pois, se trata de previsão contida na legislação baiana cuja qual não pode ser objeto de declaração de inconstitucionalidade por este CONSEF, nos termos do art. 167 do RPAF.

Desta forma, entendo que a decisão da Junta de Julgamento Fiscal deve ser mantida em todos os seus termos.

Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **206977.0027/19-7**, lavrado contra **DAILSON ELSON DE OLIVEIRA E CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$46.303,47**, acrescido das multas de 60% sobre R\$9.509,85, 50% sobre R\$34.714,21 e 100% sobre R\$2.079,41, previstas, respectivamente, na alínea “a”, incisos VII, I e III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$1.750,40**, prevista no inciso IX, do mesmo artigo e Lei, com os acréscimos moratórios, de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 26 de maio de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS