

PROCESSO - A. I. Nº 206951.0003/19-0
RECORRENTE - VITÓRIA PARENTE COMERCIAL LTDA. - EPP.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0283-03/19
ORIGEM - INFAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/09/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0193-12/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. RECOLHIMENTO A MENOS. Razões recursais incapazes à reforma da Decisão recorrida. Eis que os fatos alegados não possuem correlação com os apurados, e objetos das exações fiscais. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo, de Recurso Voluntário previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 3ª JJF - Acórdão JJF nº 0283-03/19 – que julgou Procedente o presente Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir o débito de R\$125.414,86, sob as seguintes acusações:

Infração 1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$103.969,10, referente a aquisição de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos meses de janeiro de 2015 a dezembro de 2016;

Infração 2. Recolheu a menos o ICMS por antecipação, no valor de R\$21.445,76, 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/2015, janeiro, fevereiro, abril, julho a novembro/2016.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, por considerar que os fatos citados pelo defendente não possuem correlação com os objetos da acusação fiscal, diante das seguintes razões:

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.

Analizando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7.014/96 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.

Analizando 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.

No Recurso Voluntário, de fls. 677 a 690 dos autos, o recorrente reitera suas alegações suscitadas na impugnação do Auto de Infração, conforme a seguir itemizadas:

1. Que todas as intimações alusivas ao PAF sejam dirigidas exclusivamente ao patrono do recorrente, sob pena de nulidade;
2. Que a ação fiscal deixa de observar o devido processo legal na medida em que:
 - a) Intima o contribuinte para apresentar no prazo de 48 horas somente o livro fiscal RUDFTO;
 - b) Não concede o prazo de 5 dias para apresentação da EFD por meio de intimação, conforme previsto no art. 708-B do RICMS;
 - c) Não fornece ao autuado, tanto a listagem-diagnóstico com a relação das inconsistências do arquivo magnético, quanto ao prazo de 30 dias para as devidas correções, nos termos do §3º do art. 708-B;
3. Que os valores exigidos, decorrentes do Decreto nº 12.413/2012, em razão do previsto no Convênio ICMS 190/2017, não devem ser exigidos, já que foram remidos e anistiados os créditos tributários constituídos ou não, decorrentes do mencionado Decreto, do que cita jurisprudência.

Por fim, requer que o CONSEF declare a nulidade do Auto de Infração pela inobservância do devido processo legal, em face das razões expostas.

Após dado como instruído o PAF, tomei ciência de expediente protocolado pelo sujeito passivo junto à SEFAZ, pelo qual apresenta cópia do livro Registro de Entrada com destaques de notas fiscais escrituradas, cuja prova documental inexistente conexão com as acusações fiscais e, por esta razão, deixo de me pronunciar sobre a mesma.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário, previsto no art. 169, I, “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância, proferida pela 3ª JJF - Acórdão JJF nº 0283-03/19, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado para exigir o ICMS de R\$125.414,86, sob as acusações de: utilização indevida de crédito de ICMS, no total de R\$103.969,10, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, inerente à infração 1, como também por ter o recorrente efetuado recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no montante de R\$21.445,76, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e provenientes de outras Unidades da Federação, no que diz respeito à infração 2, ínsita no Auto de Infração.

Em apertada síntese, o recorrente alega que não foram observados os prazos regulamentares previstos para apresentação ou correção das inconsistências da EFD, e que os valores exigidos decorrem do Decreto nº 12.413/2012, cujos créditos tributários constituídos foram remidos e anistiados, em razão do previsto no Convênio ICMS 190/2017.

Como bem consignado na Decisão recorrida, o sujeito passivo limitou-se a arguir nulidade, por fatos absolutamente alheios ao presente Auto de Infração, visto que as exações fiscais não dizem respeito ao descumprimento de obrigações tributárias acessórias, como alega o apelante, mas, sim, às obrigações tributárias principais, pela utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com pagamento do imposto por retenção ou antecipação, cuja fase de tributação se encontrava encerrada, como também pelo recolhimento a menor do ICMS por antecipação.

Em relação à primeira infração, da análise das peças processuais, especialmente às fls. 11 a 19 dos autos, constata-se a existência do levantamento fiscal, intitulado de “DEMONSTRATIVO DE AUDITORIA DE CRÉDITO”, no qual consigna número e data da nota fiscal, CNPJ do remetente, Estado de origem, CFOP e todos os demais dados das operações tipo: base de cálculo, alíquota, valor do ICMS creditado, valor correto e diferença a exigir. Já às fls. 21 a 379 dos autos, constam documentos anexados por amostragem, e por fim, às fls. 440 a 608, cópia dos livros Registro de Entradas e Registro de Apuração, pelos quais se comprovam, inequivocamente, a acusação fiscal relativa à infração 1 do lançamento de ofício, cujas cópias, foram entregues ao contribuinte, conforme recibo às fls. 609 dos autos.

Reza o art. 9º da Lei nº 7.014/96, que ocorrida a substituição ou antecipação tributária, estará encerrada a fase de tributação sobre as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Por sua vez, o inciso II, do § 4º, do art. 29 da mesma Lei, veda o crédito relativo à mercadoria entrada no estabelecimento para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior. Válido ainda registrar, que no caso presente, a utilização do crédito fiscal do modo como ocorreu, ensejaria duplicidade da compensação do crédito, tendo em vista que o mesmo já fora deduzido do valor do débito, quando da apuração da retenção ou antecipação tributária.

Por fim, no tocante à infração 2, o levantamento fiscal e demais documentos que a fundamentam, constam às fls. 380 a 439 dos autos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, conforme recibo às fls. 609 dos autos, não tendo o recorrente apontado qualquer equívoco na apuração dos valores exigidos, ou novos comprovantes de recolhimento que viessem a modificar a exação fiscal.

Portanto, tais fatos não possuem correlação com as razões postas pelo recorrente, uma vez que não decorrem de descumprimento de obrigações acessórias e muito menos das restrições impostas à época pelo Decreto nº 12.413/2012, e relativas aos benefícios fiscais nos Estados de

origem, cuja alegação pelas razões já postas, não elide o crédito indevido na infração 1, e muito menos, a exigência da antecipação tributária realizada a menos pelo contribuinte, em cujos cálculos se considerou o efetivo ICMS destacado no documento fiscal, pela alíquota interestadual (7% e 12%), o que denota existir a alegada restrição.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida e sugerindo que as intimações alusivas ao PAF, sejam dirigidas também ao patrono do recorrente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206951.0003/19-0**, lavrado contra **VITÓRIA PARENTE COMERCIAL LTDA. - EPP.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$125.414,86**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 7 de julho de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS