

PROCESSO - A. I. Nº 269353.0007/19-2
RECORRENTE - JFB DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E EQUIPAMENTOS HOSPITALARES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0088-03/20-VD
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/11/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.JF Nº 0290-12/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. Os documentos fiscais não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido, com os seus acréscimos. Mantida a decisão de origem. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos, de Recurso Voluntário em face da Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF), deste CONSEF, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, que fora lavrado em 28/06/2019, e notificado ao Sujeito Passivo em 15/07/2019, (fl. 36), para exigir ICMS no montante histórico de R\$131.339,87, além de multa (100% sobre o valor lançado), e acréscimos legais, em decorrência da acusação de cometimento de uma só infração.

As ocorrências se verificaram nos períodos de apuração dos exercícios fiscais de jan. a ago/2016, mais jan/2017, e a acusação foi enunciada da seguinte maneira:

Infração 01 – 02.01.02: Deixou de recolher no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Deixou de recolheu [Sic] o ICMS, em razão de não ter escriturado nos Livros Fiscais próprios diversas notas fiscais emitidas quando da venda de mercadorias tributadas normalmente, nos exercícios de 2016 e 2017. Os valores a menor foram apurados conforme planilhas constantes do Anexo I. Tudo conforme arquivos das notas fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte e arquivo da sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, todos, do mesmo modo que a planilha citada, gravados em meio magnético - CD constante do Anexo II. [...] Enquadramento legal: Art. 2º, inciso I e art. 32 da Lei 7.014/96 C/C art. 332, inciso I; § 6º do RICMS publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa Aplicada: Artigo 42, inciso III da Lei 7.014/96. [...] Total do débito (valor histórico): R\$131.339,87.

Em 04/06/2020 (fls. 171 a 174), a 3ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a 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 para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a agosto de 2016; e janeiro de 2017

O defendente alegou que escriturou todas as notas fiscais de saída nos Livros Próprios, conforme comprovado através dos arquivos da sua Escrituração Fiscal Digital – EFD (Cópias acostadas ao presente PAF).

Diante do considerável valor atribuído às notas fiscais de saída como não escrituradas, conforme informado pelo preposto fiscal, disse que foi verificar tais notas no CD anexo ao auto de infração, no qual contém o arquivo “NOTAS DE SAÍDA NÃO ESCRITURADAS - DEMONSTRATIVO ANALÍTICO.PDF”, e ao analisá-las, foi verificado que todas as notas fiscais se encontram devidamente escrituradas, concluindo que houve algum engano por parte do preposto fiscal.

Consultando este Anexo I da peça de defesa, a autuante informou que constatou às fls.153 a 160 que os lançamentos efetuados no livro de Registro de Saída apresentados pelo autuado, fls. 55 a 152, tratam-se de lançamentos feitos quando já estava sob ação fiscal, eis que foi intimado desde 01/04/2019, conforme fls.05 a 11. Portanto, a documentação acostada pela defesa só vem ratificar o fato apurado pela fiscalização, de que o autuado não fez o lançamento nos livros fiscais próprios, de operações de venda tributadas normalmente, à época da ocorrência dos fatos geradores.

Observo que o início da ação fiscal exclui a espontaneidade do sujeito passivo. No caso em exame, o início da fiscalização ocorreu em 01/04/2019 (fl. 05), constatando-se que na data em que foi efetuado o lançamento das notas fiscais objeto da autuação, em 08/04/2019 (fls.153 a 160), o contribuinte já se encontrava sob ação fiscal, por isso, não há como excluir a aplicação de multa e acréscimos tributários por infração à obrigação tributária principal correspondente à irregularidade apurada pela fiscalização.

Quanto à NF 8855, de janeiro/2017, o defendente alegou que se trata de uma devolução de compra emitida contra a Teuto Laboratório. Entretanto, a autuante esclareceu que a alegação defensiva carece de qualquer base legal, além do que, a operação de compra por ela realizada, conforme nota fiscal 489.574, foi tributada normalmente. Ou seja, se a nota fiscal de compra foi tributada normalmente, ensejando a utilização de crédito fiscal, por isso, a devolução correspondente também deve ser tributada.

Vale salientar, que na devolução de mercadorias, o contribuinte inscrito no cadastro emitirá nota fiscal com destaque do imposto, mencionando o motivo da devolução, o número, a série e a data do documento fiscal originário, e ainda o valor total ou o relativo à parte devolvida, sobre o qual será calculado o imposto, tomando por base de cálculo e alíquota as mesmas consignadas no documento originário (Art. 451 do RICMS-BA/2012).

No presente Auto de Infração, o imposto foi apurado com base em documentos emitidos pelo autuado, conforme demonstrativo elaborado pelos autuantes, relativamente às Notas de Vendas sem os correspondentes lançamentos na escrita fiscal. Neste caso, não haveria necessidade de outros levantamentos fiscais para comprovar a falta de recolhimento do imposto, considerando que os documentos fiscais não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido.

Não acato o pedido formulado pelo defendente para que seja reduzida ou cancelada a multa indicada no Auto de Infração. A autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), ressaltando-se que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal.

Quanto à redução da multa prevista no art. 45 e 45-B, da Lei 7.014/96, observo que sua aplicação deve ser efetuada observando os requisitos estabelecidos no mencionado dispositivo legal, conforme reproduzido na “tabela de redução de multa” à fl. 03 do presente processo.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Regularmente intimado, o Sujeito Passivo, por intermédio de seu representante legal (sócio administrador), interpôs Recurso Voluntário às fls. 184 a 186, pedindo a reforma do Acórdão pelas seguintes razões, expostas em síntese, reiterativas da tese de defesa:

- a) que a Recorrida *“foi intimada pela dupla de autuantes em 01/04/2019 através do DT-e Código de mensagem: 115075 conforme anexo para que efetuasse as correções nos arquivos da EFD, e que apresentou as correções destes arquivos em 08/04/2019, após o início da ação fiscal, entretanto o art. 251, § 2º do Regulamento do ICMS/BA, Decreto 13.780 de 16/03/2012, dispõe que: § 2º Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração e 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 (grifo nosso)”*;
- b) que a *“validade jurídica”* de suas retificações devem ser consideradas, ainda que as EFDs tenham sido apresentadas após o início da ação fiscal, e que *“escriturou todas as notas fiscais de saída nos Livros Próprios, conforme os arquivos da sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser excluída a aplicação de multa e acréscimo tributário”*;
- c) que procedeu à conciliação dos valores por si apurados e os lançados, encontrando a divergência (em seu desfavor) no valor de R\$28,20 referente a jan/2017, requerendo assim que seja o Auto de Infração julgado parcialmente procedente.

Recebidos os autos, estes foram a mim endereçados em 04/05/2021. Considerei-os devidamente instruídos e solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 27/09/2021, para julgamento.

VOTO

Conheço do recurso, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque à tempestividade e cabimento (arts. 169 e 171 do RPAF/99).

A pretensão do Recorrente é simples e clara: ainda que admita não ter cumprido com a obrigação tributária de apurar e recolher o tributo ao tempo que lhe determina a legislação, e ainda que admita que não escriturou operações, colhidas em curso de ação fiscal, em sua EFD apresentada

oportunamente (relativas aos exercícios de 2016 e 2017), este defende titular o direito de efetuar os lançamentos extemporaneamente (após a notificação lida em 01/04/2019), afastando-se as multas.

Desnecessário dizer mais. A pretensão não se sustenta. Correta a decisão de primeiro grau.

Ora, tributo caracteriza-se, dentre outros atributos, por ser prestação pecuniária **compulsória**, e cobrada **mediante atividade administrativa plenamente vinculada** (art. 3º do CTN).

Se a pretensão da Recorrente fosse válida e regular, o seu ICMS seria facultativo, pago apenas e tão somente se e quando o Fisco lhe intimasse a incluir operações omitidas de sua escrita fiscal.

Obviamente, essa pretensão não se compadece com a característica de ser o ICMS apurado periodicamente pelo próprio sujeito passivo, nos termos do regulamento (art. 24 da Lei nº 7.014, de 04/12/1996). E o regulamento determina que o contribuinte que apurar o ICMS sob o regime de conta corrente, deve apresentar a sua Declaração e Apuração **Mensal** do ICMS (art. 254, inciso I, do RICMS-BA/12).

Em outras palavras: colhido em omitir operações, em suprimir a escrituração de livros inteiros, em deixar de apurar e recolher tributos tempestivamente, não há que se falar em retificações com efeito exoneratório.

A circunstância dos autos é ainda mais grave, pois vê-se que na Defesa, a Recorrente argumenta como se já tivesse escriturado originariamente todas as operações antes do início da ação fiscal. Constatando-se pelo órgão julgador de primeiro grau, que as operações omitidas foram inseridas após o início da ação fiscal, o Recorrente vem agora afirmar que procedera às retificações atendendo à intimação dos autuantes - o que não se constata nos autos, e mais: não encontra autorização na legislação de regência.

Não é demais lembrar, que intimações para correção / ajustes de arquivos da EFD não podem ter o condão de reabrir o prazo no curso da ação fiscal, para apuração e recolhimento do tributo devido, a valor histórico. Isso obviamente contrariaria o princípio constitucional tributário da isonomia, não havendo qualquer disposição na legislação tributária do Estado da Bahia que o autorize.

Para afastar qualquer ilação, compulse-se a cópia da intimação, escrupulosamente anexada à fl. 05. Nela se lê no topo da página *“Entregou EFD sem informações dos Livros Fiscais jan a ago/16, bem como os Livros Inventário de 2017”*. EFD sem livro não é EFD inconsistente: é EFD insubsistente, pois carente de informações básicas para evidenciação de apuração e recolhimento tempestivo de tributo.

Pelo exposto, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando o Auto de Infração PROCEDENTE.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara 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 **269353.0007/19-2**, lavrado contra **JFB DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS E EQUIPAMENTOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$131.339,87**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS