

PROCESSO - A. I. Nº 232877.0023/18-5
RECORRENTE - COMERCIAL DE ALIMENTOS J. M. RIBEIRO EIRELI
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0150-03/19
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/02/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0393-12/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. O fiscal não efetuou intimação para as EFDs zeradas, dando prazo trinta dias ao contribuinte para a devida retificação dos arquivos EFD, conforme dispõe a legislação. Para o mês de dezembro de 2016, como consta no registro, sendo a lavratura correta. Acolhe parcialmente a nulidade suscitada, para os meses de janeiro a dezembro 2014 e janeiro de 2016, conforme §4º, do Art. 247 do RICMS/12: “§ 4º 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”, pois estes meses estão com arquivos zerados. Devido à nulidade acolhida por falta de intimação, recomenda-se a renovação da ação fiscal a salvo das falhas, conforme art. 18, IV, “a” do RPAF/99. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, apresentado contra a Decisão da 3ª JJF que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/2018, exigindo R\$ 1.211.864,97 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em decorrência da falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referentes às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro de 2014; janeiro e dezembro de 2016. Infração 02.01.02.

Após o autuado apresentar impugnação às fls. 14 a 23, o autuante prestou informação fiscal às fls. 165/166 dos autos. A 3ª JJF proferiu a Decisão pela Procedência do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

O defendente suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, alegando que o autuante deixou de demonstrar com clareza a metodologia que utilizara para identificar quais operações teriam resultado em falta de recolhimento dos tributos destacados na Infração 01- (02.01.02). Uma vez que não tenha procedido a indicação das notas fiscais, CFOPs e demais características que permitissem ao impugnante efetivamente apurar uma eventual irregularidade contábil, fica esta sujeita as afirmações do autuante, impossibilitando claramente o exercício do direito de defender-se. Disse que o auto de infração resume-se na apresentação de sucintas planilhas, com o escopo de fundamentá-las.

Observo que o Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA compreende normas de planejamento, execução, avaliação e controle de tributos estaduais. São executados roteiros de fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem todas as etapas dos serviços a serem executados pelos prepostos fiscais. Neste caso, pode ser efetuada verificação de livros, documentos, papéis e mercadorias.

Esses roteiros de fiscalização estabelecem metodologia e técnica de atuação fiscal, de modo que o desenvolvimento dos trabalhos fiscais esteja em conformidade com a legislação tributária, podendo a auditoria fiscal ser realizada através de contagem física, análise documental ou digital, inclusive por meio de arquivos eletrônicos enviados à base de dados da SEFAZ, podendo ser aplicados os mencionados roteiros a qualquer estabelecimento.

Atualmente, utiliza-se a Escrituração Fiscal Digital – EFD, que 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. A EFD substitui os seguintes livros: i) Registro de Entradas; ii) Registro de Saídas; iii) Registro de Inventário; iv) Registro de Apuração do ICMS; v) documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.

Se o levantamento fiscal é efetuado com base em Notas Fiscais Eletrônicas e em dados fornecidos pelo autuado por meio dos arquivos eletrônicos (EFD), a correção de tais arquivos é de responsabilidade do contribuinte, e tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas, saídas, estoque de mercadorias e recolhimentos realizados. Portanto, no caso de inconsistências, compete ao contribuinte informar e corrigir os erros.

De acordo com o levantamento fiscal (fl. 07 do PAF), foram relacionados os documentos fiscais, nota a nota, indicado inclusive seus números e datas de emissão e chave de acesso. Esse levantamento consta na mídia CD acostada aos autos, cuja cópia foi encaminhada ao autuado, conforme intimação à fl. 10 e Aviso de Recebimento à fl. 11, constando data de recebimento em 09/01/2019, encontrando-se intimação via DT-e (Domicílio Tributário Eletrônico) à fl. 08, constando como data de leitura 28/12/2018.

Observe que o presente Auto de Infração foi efetuado sob o comando de uma Ordem de Serviço, e não se constatou motivo para entender que houve cobrança em duplicidade. Não houve prejuízo ao defendente, porque a indicação da infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, 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.

O autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento, ficando rejeitada a preliminar de nulidade.

No mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referentes às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro de 2014; janeiro e dezembro de 2016.

O autuado alegou que a legislação permite apropriação do valor concernente a antecipação parcial do ICMS, que não encerra a fase de tributação deste imposto, posteriormente ao seu recolhimento. Mas a despeito do que foi estatuído, o autuante não lançou esses recolhimentos a título de crédito, nem os créditos das entradas de mercadorias dentro do mês da apuração corrente deste mesmo imposto.

Considerando que se trata de contribuinte do sistema normal de apuração do imposto, por meio de conta corrente fiscal, os alegados créditos fiscais somente poderiam ser utilizados e aferidos por meio do mencionado conta corrente fiscal.

A auditoria de conta corrente do ICMS compreende a verificação de todos os débitos e todos os créditos fiscais lançados pelo próprio contribuinte em sua escrita fiscal, no período considerado, bem como da regularidade do pagamento do imposto. É realizada a conferência da transposição dos valores totais dos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas para os campos próprios do Registro de Apuração do ICMS, mês a mês, de acordo com os respectivos itens do código fiscal de operações e prestações. No presente caso, não foi realizada a referida auditoria.

O autuante informou que o contribuinte não apresentou até o início da fiscalização, qualquer pedido de retificação da EFD, não escriturou Nota Fiscal de Saída de 2014 no Registro de Saídas, nem no Registro de Apuração do imposto no ano de 2014 e nem em janeiro de 2016. Também informou que o contribuinte não escriturou as Notas Fiscais de Entradas na Escrituração Digital em 2014, nem em janeiro de 2016, além de deixar de escriturar muitas delas nos outros meses de 2016 e algumas em 2015.

Destacou a alegação do autuado de que pagou R\$ 80.817,64 em abril de 2014, mas afirmou que o valor do ICMS devido é de R\$ 54.931,54 ficando com um saldo de R\$25.886,10. Entretanto, o defendente não transportou esse valor como crédito anterior para a apuração do imposto devido em maio de 2014. Na DMA foi informado que o imposto devido em abril de 2014 é no valor de R\$ 80.817,64 e na arrecadação do SISTEMA INC importado pelo SIAF e na Conta Fiscal da SEFAZ NET, o valor do pagamento referente a abril de 2014 foi de R\$ 38.881,68. Portanto, existem várias divergências entre os demonstrativos apresentados na peça de defesa, os dados da DMA, e o recolhimento realizado.

No caso em exame, a exigência fiscal se refere às Notas Fiscais de Saídas não escrituradas nos livros fiscais próprios, sem comprovação do pagamento do imposto correspondente, e não se trata de documentos comprobatórios de conta corrente fiscal que não foram apresentados à Fiscalização, tendo sido considerados

no levantamento fiscal, os ajustes realizados pelo contribuinte em sua escrita, inclusive créditos e estornos. Dessa forma, o autuado não adotou as providências necessárias para a comprovação pretendida.

Os documentos fiscais correspondem a operações efetuadas sujeitas ao pagamento do imposto, conforme levantamento fiscal realizado com base em notas fiscais emitidas pelo contribuinte. Como se trata de operações de saídas de mercadorias sujeitas à incidência do ICMS, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída dessas mercadorias do estabelecimento do contribuinte.

Não acato as alegações defensivas, considerando que os documentos fiscais emitidos e não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido. Neste caso, não há necessidade de outros levantamentos fiscais para comprovar a falta de recolhimento do imposto, como entendeu o defendente.

Quanto aos créditos fiscais alegados nas razões de defesa, se ainda não foram utilizados na apuração do imposto já recolhido, poderá ser efetuado o respectivo lançamento tempestivo, e no caso de escrituração do crédito fora do prazo regulamentar, dependerá de autorização da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte, nos termos do art. 315 do RICMS-BA/2012.

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

O contribuinte inconformado com a Decisão da Junta interpôs com Recurso Voluntário, às fls. 188/200, no qual, logo de início alega nulidade. Requer que os documentos anexados junto à interposição do apelo recursal das planilhas, DMA e os SPEDs tenham a devida apreciação no sentido de retificar o Auto de Infração.

Inicialmente, destaca que quando fora intimado para apresentar os DAES e GNRE's de pagamento da Antecipação Tributária, da Antecipação Parcial das aquisições de mercadorias interestaduais e do ICMS Normal, no prazo de 48hs, código da mensagem 105403, comprovado no DT-e, anexo 01 e Mídia, vigorou, neste momento, a nulidade da infração pelo fato de o autuante não respeitar o descrito no Art. 42 ao passo que não solicitou a entrega e/ou a retificação dos SPED(s) enviados anteriormente.

Pontua que, mesmo assim, realizou todas as retificações do SPED e DMA no dia 30/03/2019, conforme anexo 2 e mídia o Relatório de autorização de Retificação – Analítico da SEFAZ-BA, onde no mesmo apresenta data de solicitação, meses de referência e coluna, informando que o arquivo foi entregue e a data de recepção, também segue no anexo 3-mídia dos comprovantes e os arquivos substitutos do SPED e da DMA no período de 2014.

Afirma que não há o que se cobrar pela referida intimação REF: AI/DD/NF N° 232877.0023/18-5, descrita da seguinte forma: *“infração 01-02.01.02 deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos livros Fiscais próprios”*. Disse que com o Fulcro nas retificações do SPEDs e DMAs (comprovadas em mídia e em documentação mensal) todas aceitas pela SEFAZ e transmitida em 30/03/2019 o autuado prova que não existe falta da escrituração fiscal e com base nas escriturações temos como resultado os impostos devidamente pagos em seus respectivos meses por meio de apuração da conta corrente fiscal. Solicita a nulidade da infração mencionada.

Ainda, em preliminar, requer a nulidade do Auto de Infração, onde explana que em nenhum momento, quando da lavratura, o Autuante perquiriu a busca da verdade material, colhendo dados corretos dos históricos de pagamento de ICMS, disponível no site da SEFAZ-BA, e das notas fiscais de entradas da Impugnante.

Salienta que resta prejudicado não apenas o direito de defesa, vez que a ausência de descrição e quantificação clara dos fatos imputados como lesivos à Fazenda, com indicação dos documentos fiscais que suscitaram a fundamentação de inconformidade por parte da Autuante, representa verdadeiro empecilho ao contraditório, resultando em impasse para prosseguimento do feito dentro dos trâmites resguardados pelo devido processo legal.

Assevera que as fiscalizações realizadas por Agentes Fiscais, devem buscar a função orientadora, educacional e corretiva, apontando, direta e objetivamente as falhas, e indicando as correções necessárias para o bom e fiel enquadramento e cumprimento da legislação estadual, se olvidar-se

da autuação fundamentada. Cita e reproduz o art. 2º do RPAF.

Apona que a infração capitulada no Auto como “Infração 01” deve ser rechaçada vez que, viola esses princípios, consoante se provará, sendo que a autoridade administrativa deve apontar de forma clara e precisa a irregularidade que pretende imputar ao contribuinte, incumbindo-lhe o dever de provar a real ocorrência dos fatos tipificados como infrações à legislação tributária.

Afirma que deve decorrer do princípio inafastável da legalidade de acordo com o qual o fato tipificado como infração deverá estar expressamente previsto em lei anterior que assim o descreva. Cita dizeres do professor Alberto Xavier em “Do Lançamento Tributário” in *Resenha Tributária*” e transcreve o artigo 28, § 4º do RPAF.

Assinala que cabe à fiscalização o ônus da prova, haja vista que, ao proceder ao lançamento de ofício e consequente aplicação de penalidade, este acusa o contribuinte de ter infringido determinada disposição legal, devendo, portanto, provar o alegado.

Frisa que a mera apresentação de planilhas com valores apenas do débito de ICMS sem realizar de fato a apuração mensal não constitui elemento suficiente para provar a falta de recolhimento de ICMS a menor, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, como pretende o representante da autoridade fiscalizadora. Desse modo, esses indícios de infrações constatados pela fiscalização deveriam ser investigados a fim de se apurar a verdade dos fatos, e, se fosse o caso, provada a infração e o infrator, aí sim se aplicar a penalidade cabível, prevista em lei, em obediência aos princípios da legalidade e da verdade material os quais deverão ser observados na instauração e condução do Processo Administrativo Fiscal, sob pena de nulidade.

Lembra que como preceitua no seu artigo 142 do CTN, a atividade administrativa do lançamento é vinculada sob pena de responsabilidade funcional. Sustenta que não pode o auditor fiscal fazendário presumir, por exemplo, a não existência de créditos fiscais com entradas de mercadorias tributadas em seu estabelecimento, não observar os pagamentos das antecipações parcial “legítimo de crédito fiscal” nem tão pouco a não observância das remessas de mercadorias com CFOP 5.904 devendo ser estornado os débitos fiscais de tais operações. Baseando-se tão somente nos valores de ICMS destacados em notas fiscais e valores pagos de ICMS normal cod. 0759, sem a devida observância adequada das operações do contribuinte.

Inferre que toda infração deve estar prevista em lei e na falta de elementos capazes de caracterizá-la com segurança, o caminho correto é desconsiderá-la e não presumir que tais fatos ocorreram e deixar que o sujeito passivo se defenda, como pretende o fisco estadual.

Argumenta que o Fisco Estadual representado pelo Auditor Fiscal se restringiu a aplicar uma multa sobre um fato gerador insubsistente e injustificado, desconsiderando o que preconiza a norma legal da multa aplicada, bem como as provas documentais que confirmam que em momento algum foi realizado uma ilicitude. Disse que se encontra o presente lançamento eivado de vícios e consequentes nulidades. Sustenta que não há dúvida que a inexistência de uma descrição perfeita dos fatos ocasionadores do suposto ilícito tributário, com a demonstração cabal das operações supostamente omitidas, e seu respectivo valor, constituiu um grave e flagrante cerceamento de defesa, capaz de tornar imprestável para os fins que se destina o levantamento fiscal.

Pontua que a CF/1988, em seu art. 5º, inciso LV, prevê aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral o direito ao contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Roga pelo contraditório e a ampla defesa, onde diz que será feita com “os meios e recursos a ela inerentes”, sendo que não se pode ignorar que a autuação dentro dos ditames legais previstos é instrumento de exercício dessa garantia constitucional. Fala que o seu desatendimento gera a nulidade do Auto de Infração, conforme prevê o art. 18 também do RPAF.

Discorre que todos os requisitos de formalização do Processo Administrativo não foram fixados

em lei despropositadamente. São frutos da intenção do legislador de conferir aos contribuintes uma segurança jurídica e, principalmente, obedecer aos preceitos constitucionais.

Requerer ao CONSEF a Nulidade do Auto de Infração.

Acosta amostra das decisões em que o CONSEF (R-979/91; R-2247/91; R-198/00) anulou o procedimento fiscal em virtude de lançamentos efetuados, como no presente caso, sem observância de preceito legal expresso. Reproduz a fundamentação do Acórdão JJF nº 0898/01, que julgou improcedente um Auto de Infração análogo ao ora impugnado, em que o voto afirma: *“No presente caso, não foi informado como o fisco apurou as bases de cálculo das multas aplicadas. Não se sabe se os ‘dados divergentes’ dizem respeito a bases de cálculo ou tributos. Não se sabe, enfim, se os valores indicados dizem respeito aos constantes nos registros magnéticos ou aos valores acusados nos documentos fiscais, ou à soma de ambos, ou à diferença entre os mesmos. O lançamento do crédito tributário e a imposição de penalidade devem revestir-se de certeza e liquidez. É inadmissível, no processo administrativo, a incidência de vício que cause prejuízo jurídico ao sujeito passivo, por inobservância do princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. No caso em exame, não consta nos autos de que modo os autuantes calcularam o débito”*.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração por vício insanável que lhe macula a validade.

Alega violação ao princípio da não cumulatividade uma vez que o Fisco, mesmo sendo capaz de identificar as notas fiscais de entrada de mercadorias no estabelecimento da Recorrente, para fins da correta apuração de eventual saldo devedor de ICMS, dentro da sistemática contábil da “conta corrente fiscal”, deixou voluntariamente de fazê-lo, lançando o imposto com base, exclusivamente, no levantamento das notas fiscais de saída de mercadorias. Reproduz o art. 155, II, §2º, I da CF e os arts. 19 da Lei Complementar nº 87/96 e 28 e 29 Lei Estadual nº 7.014/96:

Chama atenção para o fato da não-cumulatividade do ICMS está prevista tanto na Constituição Federal, como em lei complementar que disciplina as normas gerais dos tributos, e, ainda, na lei estadual que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, sendo, portanto, inafastável a sua observância pela Administração Pública, quando da apuração e do lançamento do imposto.

Explica que, ao lavrar o presente Auto de Infração, ao computar o ICMS nas operações de saída, a fiscalização desconsiderou os créditos decorrentes das aquisições realizadas pela Recorrente, o Fiscal Autuante se afastou ilegitimamente da aplicação do princípio da não-cumulatividade e de todos os ditames legais acima mencionados (LC 87/96 e Lei Estadual nº 7.014/96). Cita ensinamento ROQUE ANTONIO CARRAZZA (In “ICMS”, Malheiros Editores, 14ª edição, p. 400).

Volta a requerer a nulidade do lançamento do suposto crédito tributário do ICMS.

No mérito, solicita a improcedência da infração. Diz ser insofismável a ausência de documentos apresentados pelo emérito auditor fiscal, nesta autuação, dificultando sobremaneira a contestação dos valores apresentados. Afirma a informação imprecisa, pois não ficaram demonstrados quais foram as notas fiscais que consubstanciaram aqueles créditos. Acrescenta que, nas planilhas fornecidas pelo fiscal, jamais demonstrou que notas de entrada ensejaram os valores de créditos apurados, e que mercadorias estariam suscitando a validade dos créditos, conforme CFOP e CST.

No que diz respeito ao aspecto temporal do fato gerador, ocorridos entre 01/01/2014 a 31/12/2016, verifica que deverão ser indiscutivelmente rechaçadas. Repisa que apesar do representante do Fisco não ter apresentado a relação com os documentos fiscais e demais características imprescindíveis, que norteariam a tentativa de glosa de crédito, cita-se a título de exemplificação.

Diz que tal procedimento foi extremamente lesivo ao contribuinte, decorrente de ilações do fisco estadual autuante, que está veementemente impedido, por força do art. 3º do CTN, em exercer qualquer ato discricionário, uma vez que o tributo somente poderá ser cobrado *“... mediante atividade administrativa plenamente vinculada”*. Por fim, tem-se o paradoxo apresentado na referida infração 01, no qual o agente que procedeu com a fiscalização, afirmando que o

desditoso contribuinte, recolheu a menor ICMS em decorrência de não escrituração nos livros fiscais. Mas, com toda vênia, quem cometeu erros na apuração dos valores do imposto, foi o autuante.

Ratifica que o contribuinte do imposto, que apure o ICMS pela conta corrente fiscal, tem lúdima garantia expressa na Lei nº 7.014/1996, mormente no §6º, do art. 26, de creditar-se do valor do imposto antecipado parcialmente. Acrescenta que atribui ao regulamento as regras para tal escrituração. O RICMS, Decreto nº 13.780/2012, por seu turno, aludiu este regramento no inciso II, do art. 309, que transcreve.

Analisa que as apurações realizadas pelo autuante, comprovado nos anexos 01 a 14 e Mídia, aduzindo que o contribuinte procedeu a arrecadação de antecipação parcial do ICMS desta exação, a exemplo demonstrativo dos cálculos no anexo 01 e Mídia: apuração do mês de Janeiro 2014: em 27/01/2014, com a pecúnia de R\$ 10.562,05. Por conseguinte, no que tange os créditos de entradas de mercadorias tributadas no período de 01 a 31 Janeiro de 2014, no valor total de R\$ 71.689,41, e observando os estorno de débito de ICMS referente as notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento CFOP 5.904 perfazendo um montante de R\$ 19.175,07, ao observar o valor arrecadado pelo contribuinte a crédito de ICMS normal cod. 0759, em 18/02/2014 e em 27/02/2014 no montante R\$ 42.472,34, contribuinte ainda vislumbra créditos de ICMS a transportar para períodos futuros no valor de R\$ 9.336,69.

Esclarece que as apurações mensais nas planilhas anexo 01 a 14 e Mídia, prossegue-se com os esclarecimentos, com o fito de elidir os nocivos equívocos praticados pelo autuante. Precitado anteriormente e fazendo-se necessário o deslinde, o regulamento, por óbvio, permite à apropriação do valor concernente a antecipação parcial do ICMS, que não encerra a fase de tributação deste imposto, posteriormente ao seu recolhimento. Destaca que o agente que carrou a fiscalização, não lançou esses recolhimentos a título de crédito, nem tão pouco os créditos das entradas de mercadorias dentro do mês da apuração corrente deste mesmo imposto.

Finaliza, solicitando a Nulidade e/ou Improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, a realização de diligência, nos termos do art. 145 do RPAF/BA, para comprovação de que inexistente débito de ICMS no período autuado e requer a produção de todos os meios de prova em direito admitidas, em especial a juntada posterior de documentos.

Na fl. 464, este colegiado de segundo grau converteu os autos à INFAZ DE ORIGEM no sentido de o autuante examinar a documentação fiscal das fls. 201/455 e CD mídia da fl. 457, sendo que a documentação acostada consta “Declaração e Apuração Mensal de ICMS”, referente ao exercício de 2014, apresentadas em fevereiro de 2019. Foi solicitado a análise das peças das EFDs do período do fato gerador, conforme preceitua o art. 137 do RPAF.

Nas fls. 468 e 469, o fiscal autuante informa, após reproduzir a infração e transcrever os arts. 247, 249 e 251 do RICMS e o Ajuste SINIEF 02/09, que o contribuinte apresentou arquivos retificadores da EFD de janeiro a dezembro de 2014 em 30/03/2019, após a lavratura do Auto de Infração.

Salienta também que o período de jan/16 foi apresentado em 26/09/17, mas sem registros de Saídas e Entradas, que foram considerados pela SEFAZ como Arquivo retificador sem validade jurídica e, sendo assim, não produz efeito porque não está de acordo com a forma prevista na legislação estadual do ICMS e nem com o Ajuste SINIEF 02/09, Cláusula Décima Terceira, § 7º, Inc. I. Reafirma que os arquivos retificadores da EFD, portanto, não podem produzir efeitos porque estão em desacordo com o ordenamento jurídico do RICMS, e com o Ajuste SINIEF 02/09.

Assevera que, pelas legislações citadas, a autoridade tributária não está obrigada a mandar que o contribuinte faça retificação da EFD no caso dele ter feito sem lançamentos durante um período, tanto que o RICMS estabelece a cobrança do ICMS no caso da não escrituração das Notas Fiscais de saídas e multa formal de 1% no caso da não escrituração das Notas Fiscais de Entradas.

Assinala que o período fiscalizado embora seja de 2014 a 2016, o contribuinte não apresentou até o Início da fiscalização nenhum pedido de retificação da EFD, não escriturou uma N. Fiscal de

Saídas de 2014 no Registro de Saídas nem no Registro de Apuração do imposto no ano de 2014 e nem em janeiro de 2016. A relação das Notas Fiscais de Saídas não escrituradas utilizadas para cálculo do imposto se encontra no demonstrativo NF Saídas não escrituradas – analítico, gravado em Mídia anexa ao processo, e o demonstrativo do débito mensal em Notas não escrituradas – Resumo.

Esclareceu que o contribuinte também não escriturou as Notas Fiscais de Entradas na Escrituração Digital em 2014 nem em janeiro de 2016, além de deixar de escriturar muitas delas nos outros meses de 2016 e algumas em 2015.

Informa que foi abatido dos débitos mensais os valores pagos constantes no INC de janeiro a junho de 2014 e os valores de setembro a dezembro de 2014 informados na DMA e lançados em Débito Declarado pelo supervisor (fl. 06).

Aponta que no Termo de Cientificação feito ao contribuinte foi informado que a fiscalização seria feita com base nas informações prestadas na sua EFD e nas informações contidas nos sistemas da SEFAZ, no entanto, até a lavratura do Auto de Infração o contribuinte não tinha se manifestado sobre os dados informados na sua EFD e tal iniciativa deveria ser tomada pelo mesmo.

Acrescenta que, se fosse possível ficar fazendo demonstrativos após a ação fiscal ou no início da mesma, os contribuintes escriturariam N. Fiscais de entradas tributadas não lançadas e utilizariam seus respectivos créditos para anular os débitos cobrados, como também fariam a escrituração de Notas Fiscais de Saídas para esquivar-se de autuação.

Diante dos motivos expostos, opina pela manutenção da Autuação.

Em nova manifestação do contribuinte, fls. 483/509, e de início, ressalta que a manifestação apresentada pela Fiscalização em junho/2021 é idêntica a apresentada em março/2019 e, portanto, nada de novo traz ao presente processo administrativo.

Chama atenção para informações valiosas de defesa, que existem pelo menos cinco pontos essenciais que, uma vez constatados e comprovados, fazem cair totalmente por terra a autuação em questão. Vejamos:

1. A fiscalização não levou em consideração os extratos dos pagamentos realizados - histórico dos DAE's e/ou GNRE's (em anexo);
2. A fiscalização não observou os créditos das entradas de mercadorias tributadas;
3. A fiscalização não abateu os créditos com pagamentos de antecipação parcial;
4. A fiscalização não observou os pagamentos de ICMS normal 0759 pagos em parcelamentos no seguinte PAF: 121644.0012/14-1 devidamente comprovado nos anexos e Mídia (parcelamento dos ICMS normal período de abril, junho, julho e agosto). Todos não considerado pela auditoria;
5. Estornos de remessa e retorno com os devidos CFOP 5.904 e 1.904 de mercadorias para venda fora do estabelecimento, devidamente comprovado em anexos de 01 até 14 e Mídia.

Junta o **Resumo apuração ICMS** (apuração detalhada mensalmente encontra-se nos anexos 01 a 14 e Mídia). Pontua que os meses de janeiro até abril de 2014 o contribuinte acumulou créditos, já os meses de maio até julho o contribuinte apurou ICMS a recolher. No entanto, por ter créditos anteriores o contribuinte deduziu o ICMS e ainda permaneceu com crédito a transportar para períodos seguintes. O mesmo procedimento aconteceu com os meses setembro e outubro apurando ICMS a recolher e compensando com os créditos, salienta que o crédito não foi o suficiente para extinguir todo ICMS devido observando um saldo a recolher em aberto no valor de R\$7.347,97. Logo em seguida o contribuinte acumulou créditos nos meses de novembro, dezembro de 2014 e dezembro de 2016 no valor de R\$60.348,79, onde o contribuinte solicita a compensação do mês de outubro de 2014 e ainda o ressarcimento e/ou o direito do aproveitamento do referido crédito no valor de R\$ 53.000,82. Valor comprovado nas planilhas anexos de 01 até 14 e Mídia. Pede pela Improcedência da autuação, conforme o demonstrativo que se apresenta:

Data Ocorr	Data Vencido	Aliq%	Icms Dev	Estor Déb	Antecp parcial	Créd Entradas	Vllcms Devido	Vllcms Pago	Saldo
31/01/2014	09/02/2014	17,00	134.562,18	19.175,07	10.562,05	71.689,41	33.135,65	42.472,34	9.336,69

28/02/2014	09/03/2014	17,00	129.977,06	25.538,74	41.914,26	35.685,43	26.838,63	48.082,78	21.244,15
31/03/2014	09/04/2014	17,00	108.436,65	11.428,78	19.661,02	38.406,85	38.940,00	44.212,88	5.272,88
30/04/2014	09/05/2014	17,00	135.356,46	14.880,26	14.831,80	50.712,86	54.931,54	80.817,64	25.886,10
31/05/2014	09/06/2014	17,00	108.955,33	17.253,02	20.037,07	44.157,88	27.507,36	20.659,06	-6.848,30
30/06/2014	09/07/2014	17,00	124.359,64	15.098,36	9.921,01	45.832,96	53.507,31	34.518,84	-18.988,47
31/07/2014	09/08/2014	17,00	124.020,59	14.735,18	22.481,91	55.215,62	31.587,88	26.747,01	-4.840,87
31/08/2014	09/09/2014	17,00	116.341,86	16.163,42	18.478,10	41.963,39	39.736,95	58.749,25	19.012,30
30/09/2014	09/10/2014	17,00	117.060,04	13.037,29	0,00	49.646,85	54.375,90	26.767,47	-27.608,43
31/10/2014	09/11/2014	17,00	124.246,35	21.695,33	11.931,46	33.474,93	57.144,63	27.330,61	-29.814,02
30/11/2014	09/12/2014	17,00	106.493,52	15.720,21	27.476,70	41.387,66	21.908,95	35.704,91	13.795,96
31/12/2014	09/01/2015	17,00	128.028,35	15.941,35	40.596,73	43.353,41	28.136,86	41.261,78	13.124,92
31/01/2016	09/02/2016	17,00	110.920,21	8.835,24	19.611,40	33.996,72	48.476,85	48.476,85	0,00
31/12/2016	09/01/2017	18,00	177.334,85	513,64	42.411,06	144.876,50	-10.466,35	22.961,56	33.427,91
Saldo final Crédito de ICMS									53.000,82

Legenda:

ICMS Dev: é o total de ICMS destacado nas notas fiscais de saídas
Estor déb: estorno de ICMS destacado nas notas fiscais de saídas com o CFOP 5.904
Antecp parcial: é o valor de antecipação parcial pago no mês corrente
Créd entradas: Crédito de ICMS destacado nas notas fiscais de mercadorias tributadas
VIIcms devido: valor do ICMS devido após a apuração dos créditos e débitos
VIIcms pago: Valor do ICMS pago apuração mensal por conta correte

Sustenta que toda a documentação necessária para prova do que está posto, encontra-se devidamente acostada em anexo, consistindo em arquivos PDF, planilhas e mídia de CD.

Alega **bitributação**. Discorre que ao ser verificado a vasta documentação acostada aos autos, embora o contribuinte não tenha transmitido as declarações da forma correta no período fiscalizado, fato é que o imposto ora discutido já foi recolhido, inclusive ainda resta crédito de ICMS em favor do contribuinte.

Caso o presente Auto de Infração seja julgado procedente por esta Câmara, o contribuinte estará obrigado ao recolhimento do imposto em duplicidade, o que não é permitido pelo nosso ordenamento jurídico. Salaria que se o Autuante tivesse o cuidado de observar a documentação anexada pela Autuada nas fls. 24 a 158, bem como mídia de CD, certamente teria corrigido sua autuação e o Auto de Infração teria sido julgado improcedente.

Insiste que o imposto cobrado na presente autuação já foi recolhido, conforme já demonstrado nos autos. Disse que o Auditor fiscal responsável pela autuação não reexaminou a documentação, conforme determinação da 2ª CJF, sendo necessário a realização de perícia contábil em toda documentação anexada.

Diz que não se pode permitir que ocorra o enriquecimento ilícito do Estado em valores exorbitante como no presente caso. Estamos falando de uma autuação no valor de R\$ 1.211.864,97. Acosta jurisprudência do TJ-RS (*Apelação Cível Nº 70078933389, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 26/09/2018; TJ-RS - AC: 70078933389 RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Data de Julgamento: 26/09/2018, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 22/10/2018*).

Sustenta que está demonstrado o recolhimento do imposto cobrado (em anexo), sendo que não há razões para manutenção da cobrança do mesmo em duplicidade.

Insurge-se pelo **não cumprimento pelo autuante ao quanto determinado pela 2ª CJF**. Reproduz a solicitação de diligência. Entretanto, ao analisar as informações prestadas pelo Autuante, disse que ficou nítido que o auditor fiscal apenas copiou e colou as informações prestadas nas fls. 165 a 166.

Destaca que o auditor não cumpriu a determinação imposta pelo órgão colegiado, não analisou profundamente a documentação e argumentos trazidos aos autos pelo Autuado, gerando cerceamento de defesa. Assim, fica claro que o objetivo do Autuante não é a busca pela verdade real dos fatos, e sim a manutenção de um Auto de Infração completamente insubsistente, o qual pode causar graves prejuízos financeiros para o Autuado.

Pede pela anulação do Auto de Infração em virtude do cerceamento de defesa causado pelo auditor fiscal.

Defende-se sobre a **multa aplicada no percentual de 100%, diz ser abusiva**. Ressalta que a imposição da multa de 100% é considerada confiscatória. Pontua que, por meio da presente notificação a SEFAZ, por seus prepostos, exigem não só o imposto, mas também multa de 100% sobre o valor principal em razão da infração cometida, nos termos do 42, inciso II da Lei nº 7.014/96.

Disse que o caráter da multa é disciplinador. Não há na conduta do contribuinte, intenção ou premeditação em fraudar o fisco, mesmo porque o tributo devido foi efetivamente recolhido aos cofres públicos. Salienta que a CF veda expressamente a utilização de tributos com efeito de confisco, incluindo aí neste rol também as multas. No entanto, ao tratar-se de matérias afeitas a inconstitucionalidades, tem sido cada vez mais corriqueira a posição do Fisco, no sentido de não apreciar a matéria de direito apresentada, por entender que foge a sua alçada de competência. Todavia, já há posição sedimentada em sentido contrário.

Junta jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais – 1ª Turma (*Acórdão nº CSRF/01 – 03.620, Processo nº 11020.001669/90-27 - Recurso nº 104-112.474 – 4ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes*). Portanto, afirma que tem o direito constitucional de ver apreciada pelo órgão julgador todas as matérias suscitadas na presente impugnação. Reitera que a multa fiscal se origina de um ilícito tributário, ocasionado por uma inobservância no dever de recolher algum tributo ou não cumprir alguma obrigação acessória.

Cita estudo do tributarista Sacha Calmon Navarro Coelho (livro *Teoria e Prática das Multas Tributárias*) que se pronunciou no sentido que as multas têm o limite quantitativo a ser alcançado. Disse que estes mesmos fundamentos são encontrados no artigo *As Multas Fiscais e o Poder Judiciário* dos advogados Heron Arzua e Dirceu Galdino, publicado na *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 20 - maio de 1997. Cita também motivações de Aliomar Baleeiro e Bilac Pinto onde execraram penas dessa natureza no RE 80.093-SP, cuja ementa salienta a inexigibilidade de multa diante do abuso do poder fiscal e da incidência da correção monetária. Reproduz entendimento do Prof. Sampaio Dória, citado por Ministro Bilac Pinto.

Frisa que a multa teria efeito de apenas penalizar o contribuinte pelo fato de supostamente não obedecer à legislação vigente. Não resta dúvida de que a imposição de multas elevadas leva a verdadeiro confisco do patrimônio do contribuinte. Sustenta que há ainda efeito confiscatório sempre que houver afronta aos princípios da liberdade de iniciativa, ou de trabalho, de ofício ou profissão, bem assim quando o tributo acarretar a impossibilidade de atividades econômicas.

Evidencia-se efeito de confisco na imposição da multa aplicada, pelo fato de que os valores percentuais são vultosos. Dessa maneira, penalizam-se as atividades da empresa, que não pode abrir mão de seu capital de giro para satisfazer a sanha fiscal do Estado. Em última análise, admitir como legítimo o dever do adimplemento de tal obrigação, seria o mesmo que condenar a propriedade privada a ser efetivamente consumida por via de um ato estatal.

Discorre sobre a Carta Magna de 1988 ser clara e cristalina ao reprimir o efeito confiscatório da carga tributária, assim entendido aquele decorrente de ato que vise apreender ou adjudicar, sem indenização, bens pertencentes aos particulares, em favor do Fisco. Volta a citar brilhantes palavras de BILAC PINTO (RTJ 82/809), entendimento de que a equidade recomenda a exclusão do abuso do direito revelado pela aplicação de multas vultosas, porque estas representam, indubitavelmente, sanção confiscatória, conforme expressa orientação do eminente tributarista cearense, Dr. HUGO DE BRITO MACHADO, respeitado professor e Juiz aposentado do TRF-5ª Região, cita PEDRO NUNES (*Interpretação no Direito Tributário, São Paulo, RT, 1989, Vol. 1, p. 45*) e RUI BARBOSA NOGUEIRA, valendo-se de VICENTE RÁO (*Curso de Direito Tributário, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 103*).

Acrescenta que a atual situação da economia nacional não mais autoriza a cobrança de elevadas taxas de juros e multas moratórias por parte de credores cada vez mais ávidos por recursos financeiros. Volta a juntar jurisprudência sobre a multa confiscatória (TJ/MG, *Acórdão da 4ª Câmara Cível na apelação nº 55.354, em 01.06.81, ADV nº 429; DJU de 22.06.84, p. 10.132; ADIn Nº 551-1-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 14.02.2003; RESP Nº 400.281-SC (2001/0197666-5, Rel. Min. José Delgado,*

Primeira Turma, DJ 08.04.2002).

Sustenta que não existe razão lógica na pretensão estatal em querer cobrar a multa aqui vergastada, deixando ao contribuinte a via estreita desta defesa administrativa, para buscar o reconhecimento do seu direito quanto ao não pagamento desta exação vexatória.

Roga pela anulação do presente auto de infração por meio do acolhimento dos argumentos suscitados pelo Contribuinte em sua Impugnação, Recurso Voluntário e na presente manifestação.

Caso não seja acolhidos os pedidos acima, que seja determinada nova diligência ou perícia contábil para reanálise da documentação acostada pela Autuada, visto que o ilustre Auditor fiscal assim não o fez, mesmo após determinação desta câmara.

Em resposta a manifestação do contribuinte, o autuante fez réplica (fls. 527-28) da informação fiscal (diligenciada) prestada nas fls. 468-69.

Registro a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. Gutemberg Barros Cavalcanti - OAB/BA nº 1203-a, bem como da Sr. Rosinaldo da Silva Passos, contador.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente presente o Auto de Infração, sob a alegação de *“falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referentes às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios”*, que julgou pela manutenção da autuação.

O recorrente alega nulidade do Auto de Infração pelo fato: *“de o autuante não respeitar o descrito no Art. 42 ao passo que não solicitou a entrega e/ou a retificação dos SPED(s) enviados anteriormente”; “da busca da verdade material, colhendo dados corretos dos históricos de pagamento de ICMS, disponível no site da SEFAZ-BA, e das notas fiscais de entradas da Impugnante”; “da ausência de descrição e quantificação clara dos fatos imputados como lesivos à Fazenda, com indicação dos documentos fiscais que suscitaram a fundamentação de inconformidade por parte da Autuante, ... empecilho ao contraditório, resultando em impasse para prosseguimento do feito dentro dos trâmites resguardados pelo devido processo legal”*.

A decisão de piso negou acolhimento das preliminares suscitadas, sob o argumento de que observou que os procedimentos adotados foram descritos pelo Sistema de Fiscalização da SEFAZ, no qual são executados roteiros e instrumentos definindo todas as etapas a serem executadas, onde foram efetuadas todas verificações: livros, documentos, papéis e mercadorias. Através desses roteiros são estabelecidas as metodologias e técnicas de fiscalização que analisa toda a documentação, inclusive por meio de arquivos eletrônicos enviados à base de dados da SEFAZ. Diz ainda, que a análise desse conjunto de informação foi substituída pela EFD, onde já contém os seguintes livros: *“i) Registro de Entradas; ii) Registro de Saídas; iii) Registro de Inventário; iv) Registro de Apuração do ICMS; v) documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP”*. Aponta que o auto de infração está revestido com todos os requisitos para dar prosseguimento à autuação. Rejeitando a nulidade solicitada, conforme se preceitua os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99.

Em nova análise da nulidade suscitada, agora em fase recursal – que a recorrente faz réplica da peça defensiva, concordo em parte com a decisão da JJF ao negar o acolhimento à nulidade em relação ao que está descrito na solicitação da *entrega e/ou a retificação dos SPED(s) enviados anteriormente*, conforme previsto no art. 42 do RPAF, pois em consulta ao arquivo da EFD do contribuinte, foi verificado que alguns meses estão zerados (nos meses de janeiro a dezembro de 2014; janeiro de 2016), com exceção do mês de dezembro de 2016, onde só houve omissão de registro de sete notas fiscais.

Assim, é possível concluir que o exame das EFDs da empresa relativas ao período autuado, revela que se encontram zeradas, o que evidencia a existência de inconsistências, atraindo, portanto, a

incidência do quanto disposto no art. 247, § 4º do RICMS/12 (vigente à data da ação fiscal), cujo texto reproduzo abaixo:

“Art. 247. 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).

...

§ 4º 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 (grifo acrescido).”

Portanto, quanto aos meses janeiro de 2014 e 2016, considerando que o fiscal não concedeu o prazo de trinta dias para correção (pois não consta nos autos nenhuma prova nesse sentido), entendo que tais exigências fiscais padecem de nulidade.

Por outro lado, para o mês de dezembro de 2016, como a EFD não se encontra zerada (ausente, portanto, qualquer ideia de inconsistência pela omissão de apenas sete documentos), entendo que não precisaria haver intimação, sendo a lavratura correta.

Quanto à descrição da infração e o infrator, está devidamente evidenciada nos autos; consta o CD com os demonstrativos na fl. 7 dos autos; a intimação está na fl. 10, com AR na folha seguinte, sendo que a lavratura do Auto de Infração foi em 27/12/2018, e sua leitura no DTE está datada em 28/12/2018.

Portanto, fica rejeitada parcialmente a nulidade suscitada, sendo acolhida para os meses de janeiro a dezembro 2014 e janeiro de 2016, conforme §4º, do Art. 247 do RICMS/12: “§ 4º 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”, pois estes meses estão com arquivo zerado.

Passo à análise do mérito.

O recorrente alega ausência de documentos desta autuação, dificultando sobremaneira a contestação dos valores apresentados. Afirma que a informação é imprecisa, pois não ficaram demonstradas quais foram as notas fiscais que consubstanciaram aqueles créditos. Acrescenta que nas planilhas fornecidas pelo fiscal, jamais demonstrou que notas de entrada ensejaram os valores de créditos apurados, e que mercadorias estariam suscitando a validade dos créditos, conforme CFOP e CST.

Disse que tal procedimento foi lesivo. Ratifica que o ICMS pela conta corrente fiscal, tem lídima garantia expressa na Lei nº 7.014/1996, mormente no §6º, do art. 26, de creditar-se do valor do imposto antecipado parcialmente, pois as regras para tal escrituração é vista pelo regramento no inciso II do art. 309.

Trouxe as mesmas explicações da peça defensiva, sendo que a JJF fez toda a explicação e disse que “*auditoria de conta corrente do ICMS compreende a verificação de todos os débitos e todos os créditos fiscais lançados pelo próprio contribuinte em sua escrita fiscal, no período considerado, bem como da regularidade do pagamento do imposto. É realizada a conferência da transposição dos valores totais dos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas para os campos próprios do Registro de Apuração do ICMS, mês a mês, de acordo com os respectivos itens do código fiscal de operações e prestações. No presente caso, não foi realizada a referida auditoria*”.

O relator replicou o esclarecimento do autuante que “*o contribuinte não apresentou até o início da fiscalização, qualquer pedido de retificação da EFD, não escriturou Nota Fiscal de Saída de 2014 no Registro de Saídas, nem no Registro de Apuração do imposto no ano de 2014 e nem em janeiro de 2016. ... que o contribuinte não escriturou as Notas Fiscais de Entradas na Escrituração Digital em 2014, nem em janeiro de 2016, além de deixar de escriturar muitas delas nos outros meses de 2016 e algumas em 2015*”.

Nas razões recursais apresentou vários documentos – fls. 201 a 454 – onde consta a escrituração, documento do envio da EFD, além de documentos de apuração do ICMS, entre outros. Esta Câmara, com a devida preocupação de apurar o real valor devido, considerando o princípio da verdade material, converteu os autos em diligência (29/11/2019), para que o autuante ou fiscal estranho ao feito fizesse o exame de toda a documentação anexada, efetuassem as devidas apurações, além de fazer nova informação fiscal detalhando todo o procedimento.

O autuante, em sua função de diligente, junta a mesma informação fiscal, com os mesmos contra-argumentos, no entanto, acosta também o “RELATÓRIO DE CONSULTA DE ARQUIVOS EFD”, onde constam as datas de envio de cada mês feito pelo contribuinte – fls. 470 a 472.

O ora recorrente trouxe em sua manifestação, fls. 480 a 509, novamente os mesmos argumentos defensivos (*nulidade devido ao cerceamento de defesa, volta a explicar sobre a apuração do ICMS e junta resumo da apuração do imposto, alega bitributação, disse que o autuante não cumpriu o que fora determinado por esta Câmara e discorreu sobre a multa aplicada do percentual de 100%*). Ao final, solicita a conversão de nova diligência para que se faça o que fora determinado na segunda esfera administrativa.

Na minha análise, apesar das alegações da recorrente, da réplica da informação fiscal, vejo que não tem razão o patrono do contribuinte, pois na análise do documento “RELATÓRIO DE CONSULTA DE ARQUIVOS EFD”, verifica-se que neste documento demonstra que o recorrente enviou os arquivos das EFDs retificadas após a lavratura do Auto de Infração (para o exercício de 2014), ou fora do prazo estabelecido (quase um ano depois da apuração). Tomando como exemplo o documento, em todos os meses fiscalizados, os arquivos com a descrição: “**carregados**” (são os documentos originais enviados no prazo correto, no entanto, com informações incompletas), “**retificados**” (são os documentos enviados após a lavratura do Auto de Infração ou fora do prazo estabelecido pela legislação), tendo assim a descrição “**sem validade jurídica**”, pois não fora acolhida a referida retificação para a apuração do débito dos autos, por estar fora do prazo previsto.

Na informação anexada, o autuante informa que o contribuinte só começou a alterar a EFD para 2014 em março/2019, para 2015 em abril/2016, para 2016 em setembro/2017, e a documentação anexada (fls. 201 a 454), pelo recorrente, só faz prova contra ele mesmo, o que comprova a explicação e informação dada pelo FISCO.

No pedido de diligência não fora solicitado ao autuante que acolhesse a retificação da EFD do contribuinte, só solicitamos que examinasse a possibilidade de ter alguma comprovação de que não fora observada antes da lavratura do Auto de Infração, ou se o contribuinte tivesse enviado dentro do prazo legal alguma EFD que pudesse fazer alguma prova e redução do débito autuado. Portanto, rejeito a realização de nova diligência, pois esta documentação já fora vista pelo autuante, tanto na fase de impugnação, quanto na fase recursal, não sendo preciso a sua verificação.

Vejo salutar reproduzir a explicação do relator piso para combater as alegações do contribuinte em relação à apuração do ICMS (resumo da apuração do imposto), e bitributação, pois o julgador foi bem específico ao falar que:

“...a exigência fiscal se refere às Notas Fiscais de Saídas não escrituradas nos livros fiscais próprios, sem comprovação do pagamento do imposto correspondente, e não se trata de documentos comprobatórios de conta corrente fiscal que não foram apresentados à Fiscalização, tendo sido considerados no levantamento fiscal, os ajustes realizados pelo contribuinte em sua escrita, inclusive créditos e estornos. Dessa forma, o autuado não adotou as providências necessárias para a comprovação pretendida.

Os documentos fiscais correspondem a operações efetuadas sujeitas ao pagamento do imposto, conforme levantamento fiscal realizado com base em notas fiscais emitidas pelo contribuinte. Como se trata de operações de saídas de mercadorias sujeitas à incidência do ICMS, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento da saída dessas mercadorias do estabelecimento do contribuinte.

..., considerando que os documentos fiscais emitidos e não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias sujeitas ao pagamento do imposto, por isso, é devido o tributo exigido. Neste caso,

não há necessidade de outros levantamentos fiscais para comprovar a falta de recolhimento do imposto, como entendeu o defendente”.

Como dito em parágrafos acima, em consulta à EFD e aos recolhimentos efetuados pelo contribuinte, verificou-se que há recolhimentos: ICMS-Normal em quase todos os meses de 2014 (1º semestre), e nos meses de janeiro e dezembro de 2016, também foi observado recolhimento de ICMS por antecipação parcial em todos os meses autuados pela fiscalização.

Chama a atenção também, que o demonstrativo de débito listou todas as notas fiscais emitidas pela empresa autuada em cada um dos meses, tendo sido deduzido o montante recolhido, conforme o sistema INC da SEFAZ, a título de ICMS normal. Assim, com a comprovação de pagamentos tanto de ICMS-Normal, ICMS-Antecipação parcial e com exceção do mês de dezembro de 2016, cuja cobrança envolveu apenas sete notas fiscais de saídas, fica reduzido o montante de R\$ 1.211.864,97 (exclui-se os meses de janeiro a dezembro de 2014 e janeiro de 2016), para R\$ 513,64 (referente ao dezembro de 2016).

Em relação à multa aplicada, onde requer cancelamento ou ao menos redução da mesma, informo que este órgão julgador não tem mais competência para tal fato, conforme publicação da Lei nº 14.183/2019, onde revogou o § 7º, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, o qual dava possibilidade de redução ou dispensa. O outro fato é que no Auto de Infração a multa é de obrigação principal, que está de acordo com a legislação à época dos fatos.

Devido à nulidade acolhida por falta de intimação, conforme §4º, do Art. 247 do RICMS/12, no prazo de trinta dias para as EFDs zeradas, recomenda-se a renovação da ação fiscal a salvo das falhas dos meses já citados acima, conforme o art. 18, IV, “a” do RPAF/99, no sentido de refazer a apuração com a devida intimação, e só após verificar se há ainda débito a recolher do contribuinte.

Assim, modifico a Decisão recorrida e voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado, para julgar pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232877.0023/18-5**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS J. M. RIBEIRO EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 513,64**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se a renovação da ação fiscal a salvo das falhas dos meses já citados acima, conforme o art. 18, IV, “a” do RPAF/99, no sentido de refazer a apuração com a devida intimação, e só após verificar se há ainda débito a recolher do contribuinte.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2021.

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS