

PROCESSO - A. I. Nº 233081.0006/17-2
RECORRENTE - MERSALUC COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0056-03/19
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS (EXTREMO SUL)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0018-12/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. O Autuado não logra elidir a acusação fiscal. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇOS. MULTA. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Contribuinte não traz aos autos a prova necessária com o condão de elidir ou modificar o lançamento original. Infrações mantidas. Negado pedido de diligência. Afastadas nulidades arguidas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 3ª JF Nº 0056-03/19, que julgou procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2017, para exigir crédito tributário no valor de R\$75.569,86, em razão das seguintes irregularidades objeto do presente Recurso:

Infração 01. 01.02.74 - utilização a maior de crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a abril, junho e agosto de 2014, no valor de R\$3.154,09, acrescido da multa de 60%;

Infração 05. 16.01.01 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços, sujeitos a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não escriturada, totalizando R\$975,64;

Infração 06. 16.01.02 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não escriturada, totalizando R\$14.769,87.

O autuado impugna o lançamento fls.110/115.

A 3ª JF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando, por unanimidade, Procedente o presente Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe é composto por seis infrações arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

Preliminarmente, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 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, 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 aqui discutido. 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.

O defendente requereu diligência fiscal que indefiro de plano, com fulcro no art. 147 do RPAF/99. Observo que os elementos constantes do presente PAF são suficientes para convicção dos Julgadores, não havendo necessidade de se coligir novas provas para se decidir sobre a lide.

O defendente reconheceu o cometimento das irregularidades apuradas nas infrações 02, 03 e 04, que declaro procedentes, considerando que não existe litígio a ser julgado, no que diz respeito às citadas infrações.

No mérito, a infração 01 trata de utilização a maior de crédito fiscal de ICMS referente à antecipação parcial, de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro a abril, junho e agosto de 2014, conforme demonstrativo e cópias da EFD fls. 10/26.

Nas razões defensivas, o autuado alegou que a irregularidade foi apurada tendo como fonte os arquivos magnéticos enviados via SPED FISCAL, que continham equívocos, sem lhe proporcionar a possibilidade de corrigir eventuais erros do arquivo. Disse que o valor efetivamente utilizado para crédito referente à antecipação parcial, não é o que foi apresentado inicialmente à SEFAZ, e sim, aquele ajustado, mediante retificação da EFD.

Examinando os elementos do presente PAF, observo que a questão arguida pelo defendente, não pode ser acatada. Ressalto que a irregularidade apurada refere-se a crédito fiscal indevido de ICMS antecipação parcial, lançado pelo próprio Autuado em sua Escrituração Fiscal Digital/EFD, dados estes, obtidos dos registros fiscais, declarados pelo próprio contribuinte.

Neste caso, não pode ser aceita retificação da EFD de forma extemporânea, por contrariar a lei, conforme expresso na cláusula décima terceira do SINIEF.

Cláusula décima terceira: contribuinte poderá retificar a EFD:

...

II - até o último dia do terceiro mês subsequente ao encerramento do mês da apuração, independentemente de autorização da administração tributária, com observância do disposto nos §§ 6º e 7º;

III - após o prazo de que trata o inciso II desta cláusula, mediante autorização da Secretaria de Fazenda, Receita, Finanças ou Tributação do seu domicílio fiscal quando se tratar de ICMS, ou pela RFB quando se tratar de IPI, nos casos em que houver prova inequívoca da ocorrência de erro de fato no preenchimento da escrituração, quando evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de sanear-la por meio de lançamentos corretivos.

Cabe ressaltar, não ser razoável, que o Autuado de posse de Auto de Infração lavrado após o curso de regular ação fiscal, proceda a retificação de sua EFD. Dessa forma, como o autuado não trouxe aos Autos, elementos com o condão de desconstituir a acusação fiscal, a infração 01 está caracterizada.

As infrações 05 e 06 tratam, respectivamente, de entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços, sujeitos a tributação e não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não escriturada, conforme demonstrativos fls. 67/102.

O defendente alegou que a acusação fiscal não procede, uma vez que se trata de documentos fiscais de emissão do próprio impugnante, que por uma falha no sistema, não foram importados para a EFD, situação esta, já retificada.

Analizando a argumentação da defesa, da mesma forma como foi apreciada a alegação sobre a infração 01, não existe possibilidade de ajustes na EFD transmitida regularmente ao banco de dados da SEFAZ, a serem levadas a efeito pelo contribuinte que se encontra sob ação fiscal, salvo se em atendimento de intimação realizada pelo Fisco, por falta de previsão legal.

Neste caso, verifico que a multa aplicada e aqui contestada, encontra-se em perfeita consonância com expressa disposição legal, incisos IX e XI do art. 42 da Lei nº 7014/96, vigente à época dos fatos geradores.

Importante ressaltar, que a mera alegação de presunção de inocência, da ausência de fraude fiscal, da boa-fé, arguida pelo autuado, não o exime do cometimento da infração apontada na presente lide, considerando a indisponibilidade do crédito fiscal e norma estabelecida no art. 136, CTN, ao tratar da responsabilidade pelas infrações tributárias estritamente fiscais, in verbis:

“Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.”

No caso concreto, portanto, ainda que agindo de boa-fé, o contribuinte possui o dever de dar cumprimento à obrigação acessória de lançar em seu registro fiscal, as entradas em seu estabelecimento a qualquer título, conforme determina a supra citada Lei. Infrações mantidas.

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

Inconformada com a decisão acima, a recorrente interpôs Recurso Voluntário tecendo as seguintes razões recursais vinculadas às infrações 1, 5 e 6.

Desde a sede de impugnação o contribuinte reconheceu o cometimento das infrações 2, 3 e 4.

Sinaliza para o previsto no Ajuste SINIEF 06/2016. Aponta que a exceção para fins de retificação da EFD são os casos especiais em que administração tributária tenha interesse na retificação, e a partir do princípio da verdade real, ser umas das premissas reguladoras do processo administrativo tributário a autoridade fiscalizadora tem o dever de apurar a verdade dos fatos. Transcreve a “Cláusula décima terceira”.

Salienta que todo o processo de retificação é realizado por meio eletrônico, ou seja, sem a anuência da SEFAZ-BA, não se realiza a retificação da EFD, logo se conclui se a EFD foi retificada foi com a autorização do Inspetor da unidade arrecadadora, vale lembrar que uma importante alteração no **Ajuste SINIEF 02/09**, foi realizada em 2016.

Aponta que a partir da inteligência do parágrafo 2º, é de propiciar a segurança jurídica necessária para o contribuinte atender a legislação, e por sua vez a autoridade fiscalizadora diante de uma situação inequívoca da ocorrência de um erro material que desencadeara a lavratura de um auto de infração, tem a oportunidade de intimar o contribuinte a retificar o erro, assim evitando transtornos e futuros prejuízos.

Contesta, afirmando que a partir do momento em que a autoridade fiscalizadora não usa a legislação em prol de apurar a verdade dos fatos, proporcionando ao contribuinte a possibilidade de rever seus lançamentos, por meio de intimação para fazê-lo, e por consequência exigir o recebimento de multas administrativas, tal situação é considerada confisco.

Invoca o § 1º, art. 251 pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/16, DOE de 21/05/16, efeitos a partir de 01/07/16, tendo em vista que não houve por parte da autoridade fiscalizadora a emissão de intimação ao contribuinte durante todo o processo de fiscalização.

Ressalta que as notas fiscais que não constam na EFD são de entradas de mercadorias não tributadas pelo ICMS, e de emissão do próprio contribuinte, logicamente não ocasionando perda de arrecadação e muito menos dando qualquer vantagem financeira para o contribuinte.

Requer a nulidade, afirmando não ter sido propiciado ao contribuinte a oportunidade de corrigir o erro no sistema interno que por sua vez não incluiu algumas notas fiscais de entrada na EFD, como previsto na legislação.

Cita o art. 144 do RICMS-BA. Afirma que no caso em análise houve a não observância ao previsto na legislação, no tocante a intimação do contribuinte afim de esclarecer pontos obscuros na EFD, tal como não constar notas fiscais de entrada de mercadorias isentas de ICMS nos referidos registros, mercadorias estas não geradoras de crédito fiscal que o simples fato de não constar nos registros seria objeto de autuação fiscal no montante de 1% do valor acrescido de 100% de multa.

Diz que a partir do momento que o Ilustre Auditor Fiscal não intimou o contribuinte a justificar, sanar ou retificar supostas infrações fiscais, no que se refere as notas fiscais de sua emissão que não foram juntadas na EFD, não fez valer o previsto na legislação, e apesar da Ilustre Junta de Julgamento ter tido acesso a EFD retificadora a considerarem intempestiva pelo fato do contribuinte estar sob ação fiscal.

Aduz que a diligência fiscal é o único mecanismo existente no ordenamento afim de esclarecer toda e qualquer situação, em relação ao que efetivamente se constitui infração a legislação.

Esclarece que o texto legal prevê claramente que se o contribuinte estiver sob ação de procedimento de fiscalização o Auditor Fiscal intimará o contribuinte a retificar a EFD para sanar erros que não podem ser realizados por lançamentos, ou seja, tal procedimento não pode ter o caráter discricionário, não só pelo princípio da verdade real dos fatos analisados, mas também pela segurança jurídica dos contribuintes e para a própria instituição arrecadadora que tem a

valorosa função de garantir aos cofres públicos os recursos necessários para a atender a coletividade em suas necessidades.

Traz decisões do CONSEF para corroborar com sua tese: ACÓRDÃO CJF Nº 0445-12/17 1, ACÓRDÃO CJF Nº 0445-12/17 6, ACÓRDÃO CJF Nº 0445-12/17 7, ACÓRDÃO CJF Nº 0403-12/17 1, ACÓRDÃO CJF Nº 0403-12/17 4, ACÓRDÃO CJF Nº 0403-12/17 5.

Este é o relatório.

VOTO

O presente Recurso Voluntário visa combater as infrações 1, 5 e 6. Sinalizo, de logo, que a presente ação fiscal está fundada no cruzamento de informações fiscais digitais, através do confronto dos documentos fiscais (notas fiscais eletrônicas) comparados à EFD da recorrente.

A recorrente basicamente impugna a falta de intimação, sustentando que deveria ser concedida a oportunidade de realizar a devida regularização da sua EFD, reconhecendo, contudo, que incorreu em erros ao enviar a referida EFD, sinalizando para o Ajuste SINIEF 06/02 e para o § 1º, art. 251 pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/16.

Ressalta ainda a recorrente que as notas fiscais que não constam na EFD são de entradas de mercadorias não tributadas pelo ICMS, e de emissão do próprio contribuinte, o que comprova que não há perda de arrecadação para o Estado e muito menos vantagem financeira para o contribuinte.

Quanto à preliminar de nulidade suscitada, entendo que o presente lançamento de ofício foi procedido com as cautelas da lei, sendo certo afirmar que a natureza da infração e a pessoa do infrator estão determinadas nos autos, e a relação processual devidamente estabelecida com a regular ciência do contribuinte, não havendo que se cogitar em nulidade, como pretende o recorrente.

E aqui também vale reiterar o pertinente entendimento lançado pela Junta julgadora, que reconheceu como corretos os procedimentos aplicáveis desde o início até o encerramento da ação fiscal, obedecendo às formalidades legais previstas nos artigos 26 e 28 do RPAF-BA/99.

Dessa forma, não vislumbro qualquer vício no procedimento fiscal que ensejou a correlata autuação em apreço, seja pela observância do seu rito formal, seja pela ciência e oportunidade conferidas ao contribuinte para exercer o seu amplo e irrestrito direito à defesa.

Esclareço ainda que as decisões citadas pela recorrente não lhe socorrem, visto que, em verdade, não se aplicam ao caso em comento. Isto porque as decisões ali proferidas foram motivadas por elementos probatórios que sinalizavam para erro no levantamento fiscal apurado, o que não ocorreu no presente.

Não há, portanto, em minha ótica, como atribuir à ação fiscal uma violação aos princípios da verdade material e da garantia de ampla defesa invocados pelo recorrente. A recorrente sequer trouxe qualquer elemento de prova que infirme as infrações em comento.

Ademais, ainda que tenha omitido notas fiscais de entrada sem tributação, é certo afirmar que a entrega dos arquivos com omissão de informações impede a eficácia de diversos roteiros fiscais, não sendo admissível, portanto, a alegação de ausência de prejuízo ao Estado.

Rejeito, portanto, as nulidades suscitadas.

Avançando no mérito das infrações imputadas à recorrente, e em relação às infrações 01, 05 e 06, sinalizo que não há nenhuma contestação específica quando aos valores exigidos, nem tampouco justificativas para ausência de informação nos seus registros fiscais.

Cita a recorrente o art. 144 do RICMS-BA, afirmando que não foi intimada a esclarecer pontos obscuros na EFD, tal como não constar notas fiscais de entrada de mercadorias isentas de ICMS

nos referidos registros, mercadorias estas não geradoras de crédito fiscal. Diz ainda que a partir do momento que o Ilustre Auditor Fiscal não intimou o contribuinte a justificar, sanar ou retificar supostas infrações fiscais, no que se refere as notas fiscais de sua emissão que não foram juntadas na EFD, não fez valer o previsto na legislação.

Não obstante as alegações de mérito acima mencionadas, não há nos autos fator ensejador de conversão do PAF em diligência. A recorrente confessa ter entregue a sua EFD com erros, todavia, não fundamenta a referida omissão e sequer traz documentos probatórios quanto às mencionadas operações isentas.

Entendo, portanto, que a postura da recorrente não foi proativa, na medida em que não se desincumbiu do ônus probante que lhe é atribuído junto ao Processo Administrativo Fiscal.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **233081.0006/17-2**, lavrado contra **MERSALUC COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$59.824,35**, acrescido das multas de 60% sobre R\$50.375,75 e 100% sobre R\$9.448,60, previstas no art. 42, incisos VII, “a”, II, alíneas “a” e “f” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$15.745,51**, previstas nos incisos IX e XI do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

LEÔNCIO OGANDO DACAL - REPR. DA PGE/PROFIS