

A.I. Nº - 269184.0009/21-9
AUTUADO - ALL GLASS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. - EPP.
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO, LIANE RAMOS SAMPAIO e PATRÍCIA TEIXEIRA FRAGA
ORIGEM - DAT METRO – IFEP INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15/09/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0173-02/23-VD**

EMENTA: ICMS. **01.** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA AQUISIÇÃO DE MATERIAL PARA O USO E CONSUMO. O sujeito passivo poderá se creditar do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, destinada ao seu uso ou consumo, a partir da data prevista na Lei Complementar nº 87/96, 01/01/2033. A defesa não apresentou provas capazes de elidir a infração. Acolhida parcialmente a arguição de decadência. Infração parcialmente subsistente. **02.** RECOLHIMENTO A MENOR. DIVERGÊNCIAS ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O VALOR INFORMADO EM DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS. O contribuinte apresentou provas que elidiram a infração. Acolhido o argumento da defesa. Infração insubsistente. **03.** FALTA DE RECOLHIMENTO. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MATERIAL PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. O contribuinte reconheceu a infração. Rejeitada a arguição de decadência. Infração subsistente. **04.** RECOLHIMENTO A MENOR. RETENÇÃO DO ICMS-ST. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I da Lei nº 7.014/96, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado. O contribuinte reconheceu a infração. Acolhida parcialmente a arguição de decadência. Infração parcialmente subsistente. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2021, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$ 69.340,59, acrescido de multa, pela constatação das infrações a seguir descritas.

INFRAÇÃO 01 – 001.002.002: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, para os fatos geradores ocorridos em janeiro a março de 2016 e fevereiro de 2017. ICMS exigido R\$ 2.743,04, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Os autuantes informaram que *“Foram encontradas diversas operações de aquisição de materiais para uso e consumo CFOP 1556 e 2556, com utilização do crédito fiscal.”*.

Enquadramento legal: art. 29, § 1º, inc. II e art. 53, inc. III da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – 003.001.004: O contribuinte recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, para os fatos geradores ocorridos em junho, outubro de 2016, abril, maio, agosto, outubro e novembro de 2018. ICMS exigido R\$ 4.681,32, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: Artigos 24 a 26, 32 e art. 34, inc. III da Lei nº 7.014/96 c/com artigos 215, 248, 255, 257 a 259, 263, 304 e 332 do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 03 – 006.005.001: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, para os fatos geradores ocorridos em janeiro a dezembro de 2016, janeiro e fevereiro de 2017. ICMS exigido R\$ 12.717,92, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: art. 4º, inc. XV da Lei nº 7.014/96 c/com o art. 305, § 4º, inc. III, alínea “a” do RICMS/2012.

INFRAÇÃO 04 – 007.002.002: Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, para os fatos geradores ocorridos em março a dezembro de 2016, janeiro a junho e agosto de 2017. ICMS exigido R\$ 49.198,31, acrescido de multa de 60% tipificada no art. 42, inc. VII, alínea “e” da Lei nº 7.014/96.

Os autuantes acrescentaram que *“Foram encontradas incorreções no cálculo do ICMS-ST, resultando no recolhimento a menor do imposto”*.

Enquadramento legal: art. 8º, inc. II da Lei nº 7.014/96 c/com o art. 289 do RICMS/2012.

A autuada impugnou o lançamento, fls. 28 a 39, onde iniciou por descrever resumidamente os fatos com a transcrição das infrações e em seguida, passando a expor as justificativas da impugnação, explicou que o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis, é a de fazer as pessoas cumpri-las.

Conclui que a atuação da Fiscalização na cobrança dos tributos não envolve qualquer interesse próprio das autoridades fiscais, nem é o exercício de um direito subjetivo, pois não é parte credora da relação jurídica.

Complementa que ação da autoridade fiscal, por dever de ofício, deve apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos.

Acrescenta que a função administrativa tributária prescinde a obediência ao princípio da legalidade objetiva, decorrente do exercício do poder-dever da autoridade para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento, sempre em obediência ao princípio da reserva legal.

Garante que a infração é de flagrantemente insubsistente. A imputação não teria sido imposta se a auditoria fiscal tivesse agido com senso investigativo e fiscalizatório, e não unicamente no ofício de promover a lavratura do Auto de Infração.

Se mostra surpreendida com a lavratura do Auto de Infração e assegura que os lançamentos são passíveis de nulidade, haja vista a inexistência de infringência a dispositivos legais apontados, pois os autuantes relacionaram fatos e citaram a legislação para justificar a punição, realizando uma atuação que extrapola a licitude do ato administrativo e fiscal justo e legítimo.

Se dizendo perplexa com a autuação, promete que demonstrará o equívoco do entendimento fazendário, evidenciando a verdade dos fatos mal interpretados pelos Fiscais.

Explica que a autuação se refere a valor escriturado, portanto declarado pelo contribuinte e levadas a conhecimento do Fisco no cumprimento de suas obrigações acessórias via SPED e DMA.

Lembra que o termo inicial para contagem do prazo decadencial de cinco anos, é a data da ocorrência do fato gerador, conforme art. 150, inc. V do Código Tributário Nacional, para tributos sujeitos a lançamento por homologação, pois esse é o entendimento firmado no primeiro parágrafo do Incidente de Uniformização PGE 2016.194.710-0, que ratificou o entendimento da Sumula nº 11 do CONSEF.

Ponderando que se a apuração do ICMS ocorre por períodos mensais, a ciência do lançamento ocorreu em 05/07/2021, deduz que as ocorrências anteriores a 30/06/2016 estão extintas pela decadência, portanto, o lançamento é improcedente.

Passando ao exame das razões de mérito e que o faz em obediência ao princípio da eventualidade, afirma que a auditoria se encontra equivocada e com erros, portanto, não reconhece as penalidades apontadas, passando a expor os motivos.

Quanto a acusação de utilização indevidamente crédito fiscal referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, defende que embora deva o Auto ser considerado como improcedente pela decadência, registra que o Fisco procedeu ao lançamento exclusivamente pela verificação da Escrituração Fiscal Digital sem ter feito qualquer investigação quanto à veracidade ou validade dos registros.

Justifica sua arguição, apontando que: *(a)* A apuração ocorreu através da escrituração fiscal digital, sendo esta passível de falhas e/ou inconsistências; *(b)* Todas as EFDs relativas aos meses apurados continham informações em desconformidade com os documentos fiscais emitidos e recebidos; *(c)* As divergências ocorreram a partir do momento que a empresa enviou os arquivos da EFD sem validação pelo escritório contábil, não sendo efetuados os ajustes para apuração; *(d)* A comprovação que a EFD era divergente dos valores reais constantes dos documentos emitidos e recebidos, assim como não continham informações que deveriam ter sido transportadas e ou alocados, ou ainda, retificados, poderia ser verificada se houvesse o batimento entre os valores escriturados na escrita fiscal, registrados e declarados, também, na Declaração Mensal de Apuração do ICMS – DMA; *(e)* Por falha operacional, não houve a retificação tempestiva dos arquivos EFD, fato que, garante, impediria o nascimento do lançamento; e *(f)* A prática adotada pelo Fisco, nos casos de inconsistências, é intimar o contribuinte para retificação dos arquivos, com respaldo no art. 251, § 2º do RICMS/BA, que no caso não ocorreu.

Conclui que a auditoria está equivocada, visto que não utilizou o crédito apontado na apuração do ICMS, o que diz estar comprovado pelo livro de apuração do ICMS e a sua DMA, relativo aos períodos auditados.

Em relação a acusação de ter recolhido a menor o ICMS, em função de divergências entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico fiscais e ou arquivos eletrônicos, também não reconhece as penalidades apontadas, tendo em vista ter identificado equívoco da auditoria, uma vez baseada em fatos mal interpretados.

Assim passando a relatar os fatos, repisa a mesma narrativa da infração anterior e conclui que conforme sua escrita fiscal, o livro de apuração do ICMS, o livro de registro de entradas, assim como pelas DMAs transmitidas, não houve nenhum recolhimento a menor do ICMS.

Acrescenta que todas as notas fiscais apontadas pela auditoria são de retorno e devolução de materiais de consumo, vendas para consumidor final pessoa física, vendas para empresas fora do estado e para empresas construtoras. Para comprovar diz anexar cópias das notas fiscais.

Quanto a infração por ter deixado de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias destinadas ao ativo fixo ou consumo do estabelecimento, repete a arguição de decadência e reconhece parcialmente as penalidades a partir da data das ocorrências 07/2016 a 02/2017.

Em relação a acusação de ter retido e recolhido a menor o ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo a operações internas subsequentes nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste estado, também reproduz a arguição de decadência e reconhece parcialmente as penalidades das ocorrências entre 07/2016 e 02/2017.

Adverte que está sendo aplicada multa em valores nitidamente confiscatórios, em afronta direta às garantias constitucionais do cidadão contribuinte, configurando uma violação aos direitos básicos assegurados pela Constituição Federal.

Destaca que as autoridades públicas brasileiras durante muito tempo se acostumaram em praticar atos em absoluto desacordo com o ordenamento jurídico vigente, em especial em desrespeito as garantias individuais dos cidadãos. Porém, esta época já se findou, cuja prova é a existência do contencioso administrativo que oportuniza a todos se defender.

Diz ser explícito e inequívoco, que nas multas aplicadas, foram utilizados índices absurdamente elevados e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal, ora vigente. São tão elevadas que assumem o caráter confiscatório.

Lembra que atualmente é reconhecida a ilegitimidade de multas absurdamente elevadas e as decisões do Poder Judiciário as tem reduzido, corrigindo a distorção confiscatória. Assim, é facultado ao julgador o poder de reduzir a multa excessiva.

Cita jurisprudência do STF sobre a matéria, assim como doutrinas de Rui Barbosa Nogueira, Heron Arzua, Dirceu Galdino e do jurista Sampaio Dória.

Sugere que a multa deve ser proporcional e corresponder a um valor compatível com a realidade dos fatos. Portanto, as multas devem ser anuladas, o que requer.

Pede o julgamento pela improcedência, tanto por decadência, quanto pela regularidade dos lançamentos.

Os autuantes prestaram a informação fiscal às fls. 108 a 111, onde inicialmente referindo-se à arguição de decadência, declararam que sendo o lançamento tributário uma atividade vinculada, cabe ao Auditor Fiscal, analisar os dados e autuar todas as infrações encontradas no período determinado pela ordem de serviço emitida pela Secretaria da Fazenda.

Quanto a interpretação da aplicação das regras de prescrição/decadência, entendem que lhes foge a competência para opinar, cabendo ao julgador estabelecer estes prazos.

Em referência ao argumento de que o fisco verificou somente a Escrituração Fiscal Digital referente ao período fiscalizado, sem ter feito qualquer investigação quanto à veracidade e/ou validade dos registros, informam que diversas intimações foram feitas ao contribuinte, através do DT-e, e-mails e ligações telefônicas, quanto as inconsistências encontradas ao longo da auditoria, sendo que poucas foram as respostas e que não foi aventada a hipótese de erros nas informações da EFD.

Ressaltam que de acordo com o Convênio ICMS 143/06, a escrituração fiscal digital substituiu a escrituração e impressão dos livros fiscais anteriormente exigidos.

Para as arguições referentes as infrações 01 e 02, onde a autuada declarou que “a EFD era divergente dos valores reais constantes dos documentos emitidos e recebidos”, salientaram que o contribuinte teve cinco anos para identificar e corrigir erros em sua escrita fiscal, o que não ocorreu.

Apontam que noutra arguição, a defesa afirmou que os dados da DMA estão diferentes dos dados da EFD, sobre a qual, afirmam que ambos os documentos são produzidos e encaminhados pelo contribuinte, sendo a DMA uma declaração sintética da apuração mensal, enquanto a EFD compila todas as informações analíticas que geram o resultado final da apuração mês a mês. Dessa forma, os documentos a serem analisados pela fiscalização estão contidos na EFD, cujas informações estão detalhadas, possibilitando a execução da auditoria.

Salientam que a empresa não demonstrou ou comprovou que os dados da EFD estão incorretos, somente alegou que tais dados divergem da DMA.

Atestam que a defesa apresentou documentos que seriam novos Livros de Apuração, os quais não possuem conexão com as EFDs emitidas pelo mesmo. Dessa forma, entendem que as informações contidas na defesa são superficiais e genéricas e não comprovam a veracidade dos argumentos apresentados.

Indicam que tal possibilidade se confirma a partir da análise dos argumentos da defesa em relação à infração 02.

Destacam que a infração 01 atinge somente 2016 e início de 2017, a infração 02 abrange todo o período fiscalizado, ou seja, três exercícios, sendo que as alegações são as mesmas.

Sinalizam ser inadmissível supor que a falta de ajustes tenha ocorrido durante 36 meses consecutivos, e que após o final desse período, se passaram mais 28 meses, e mesmo assim o contribuinte não observou que as EFDs estavam erradas, mesmo tendo sido questionado sobre diversos pontos da sua escrita fiscal, durante a realização da auditoria que durou três meses.

Com relação ao mérito da infração 02, após análise, concordam com o argumento apresentado de que as notas em questão se referem à devolução de notas fiscais de entrada, não representando prejuízo ao Estado.

No que se refere às infrações 03 e 04, registram o reconhecimento da autuada das penalidades a partir de 07/2016 a 02/2017. Em relação ao período anterior, que o contribuinte alegou decadência, reafirmam o que foi posto no início da informação fiscal.

Quanto aos argumentos contrários à cobrança de juros e multas com caráter punitivo, registram que são temas que fogem à competência funcional.

Concluíram pela procedência parcial do Processo Administrativo Fiscal.

O contribuinte foi cientificado da informação fiscal através de mensagem postada no DT-e em 13/04/2022, cuja ciência ocorreu na mesma data, fl. 113, sem que a autuada tenha se manifestado.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de quatro infrações à legislação do ICMS, tempestivamente impugnadas.

A empresa autuada desenvolve a atividade econômica principal de CNAE-Fiscal 2319-2/00 - Fabricação de artigos de vidro e secundária de comércio atacadista de ferragens e ferramentas, encontra-se inscrita no Cadastro Estadual na condição Normal. É beneficiária do Programa Desenvolve, conforme Resolução do Conselho Deliberativo nº 48/2012, publicada em 08/05/2012, com vigência de 12 anos para fruição dos benefícios, contado a partir de 1º de abril de 2012.

A citada resolução concedeu a autuada os benefícios fiscais e financeiros, para produzir vidros temperados, nos seguintes termos:

I - Diferimento do lançamento e do pagamento do ICMS nas importações e nas aquisições neste Estado e em outra unidade da Federação, relativamente ao diferencial de alíquotas, de bens destinados ao ativo fixo, para o momento em que ocorrer sua desincorporação.

II - Dilação de prazo de 72 (setenta e dois) meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, relativo às operações próprias, gerado em razão dos investimentos previstos no projeto incentivado, conforme estabelecido na Classe II, da Tabela I, anexa ao Regulamento do DESENVOLVE.

A autuada foi notificada da lavratura do Auto de Infração com a intimação para quitar o débito ou apresentar defesa administrativa, através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, fl. 25 frente e verso, cuja leitura e ciência ocorreram em 05/07/2021.

A defesa arguiu que as infrações são passíveis de nulidade e arquivamento por entender que não houve por parte da autuada infringência aos dispositivos legais apontados pelo autuantes que não realizaram “*nada mais que uma atuação que extrapola a licitude do ato administrativo e fiscal justo e legítimo*”.

Considerando se tratar de uma arguição de nulidade, desde já a rejeito, tendo em vista se mostrar desarrazoada e sem fundamento fático que sustente sua apreciação, pois não vislumbro qualquer ato ou procedimento que extrapole os limites legais do ato administrativo.

Ademais, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares, de acordo com as normas do Direto Administrativo e observando as diretrizes do Código Tributário Nacional, uma vez que a descrição do fato infracional se apresenta de forma clara, é possível se determinar com certeza a natureza das infrações, o autuado e o montante do débito tributário, assim como as multas sugeridas e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Também observo que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

A defesa apresentou outra questão prejudicial de mérito ao arguir decadência parcial dos créditos tributários exigidos, especificamente aqueles correspondentes aos fatos geradores ocorridos antes de 30/06/2016, com base no art. 150, inc. V do Código Tributário Nacional, arguição que passo a analisar.

O Código Tributário Nacional no seu art. 150, § 4º manda que a contagem do prazo decadencial seja a partir da data de ocorrência do fato gerador, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, declara e efetua o pagamento, ou efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas e não haja a ocorrência de dolo, fraude ou simulação, pois assim está disposto:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Já o art. 173, inc. I do citado CTN considera a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando o contribuinte omite a realização da operação tributável, ou, de forma tácita, em situações que o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada e posteriormente o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido, em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

É o que se extrai da leitura do citado dispositivo conforme a seguir transcrito:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

Lembro que o ICMS, que é um imposto sujeito a lançamento por homologação, hipótese em que o próprio contribuinte apura, declara e recolhe o tributo que entende como devido.

De fato, na forma posta pelo sujeito passivo, o prazo decadencial para que o Fisco realize o lançamento é de cinco anos, sendo que o termo inicial desse prazo pode ser a data de ocorrência do fato gerador, conforme regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, consoante disposição do art. 173, inc. I, do citado CTN.

Ressalto que este entendimento foi externado pela Procuradoria Fiscal da PGE, através do Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, já pacificado no âmbito deste CONSEF, que assim prescreve: *“Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.”* Ficando ressalvado o caso de ocorrência de dolo, fraude ou simulação, quando se aplicaria a regra do art. 173, inc. I do CTN.

De outra forma, a contagem do prazo decadencial com fundamento no art. 173, inc. I, do CTN, segundo o citado Incidente de Uniformização ocorre: *“quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o valor efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação”*.

Considerando a Súmula nº 12 do CONSEF: *“Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração.”* e que no caso, a data de ciência do lançamento, efetuado na forma do art. 108 do RPAF/99, se realizou em 05/07/2021, conforme recibo, fl. 25, esta é a data a ser considerada como referência para contagem do lapso temporal de cinco anos a partir da ocorrência dos fatos geradores.

Portanto, no presente caso, se aplicada a regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, o Fisco teria o prazo para realizar o lançamento referente a fatos geradores ocorridos até 30/06/2016 e caso se aplique a regra do art. 173, inc. I do CTN, poderia a Fazenda Pública exigir o imposto via lançamento de ofício para fatos geradores ocorridos a partir 01/01/2016.

A infração 01 versa acerca da utilização indevida de crédito fiscal, acusação de uma prática adotada pelo contribuinte com base em sua interpretação da legislação tributária, que efetivamente, segundo constataram os autuantes, os fatos foram declarados na EFD transmitida pelo contribuinte, que teriam implicado em recolhimento a menos do ICMS devido em cada período de apuração. Portanto, a tais infrações, na apreciação da decadência dos créditos tributários exigidos, se aplica a regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, e assim, acolho a arguição da defesa e considero extinto pela decadência os créditos tributários exigidos para as ocorrências de 31/01/2016 e 30/06/2016.

O mesmo critério se aplica à infração 02 que exige o imposto recolhido a menos, decorrente de divergências de valores declarados e informados nos documentos e livros fiscais. Assim sendo, acolho a arguição da defesa e considero extinto pela decadência os créditos tributários exigidos para a ocorrência de 30/06/2016, com base na regra do art. 150, § 4º do CTN.

Para a infração 03, o contribuinte declarou a ocorrência do fato jurídico tributário, não apurou o montante do imposto devido e não efetuou o respectivo pagamento do ICMS-DIFAL, razão pela qual se aplica a regra do art. 173, inc. I do CTN. Portanto, constato não ter se processado a decadência como arguida pela defesa, que fica rejeitada para esta infração.

A infração 04, exige o ICMS-ST recolhido a menor. Neste caso, fica caracterizado que o contribuinte declarou a ocorrência do fato jurídico tributário referente a operações tributáveis, apurou o montante do imposto devido, mas efetuou o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas. Ou seja, aplica-se a regra do art. 150, § 4º do CTN.

Assim, reconheço procedente a arguição de decadência para a infração 04 para os fatos geradores ocorridos até 30/06/2016.

No mérito, a defesa contestou as infrações de forma genérica arguindo que a apuração dos Fiscais se baseou em uma escrituração fiscal digital que continham informações em desconformidade com os documentos fiscais emitidos e recebidos, fatos que poderiam ser comprovados se houvesse o batimento entre os valores escriturados na escrita fiscal e declarados na Declaração Mensal de Apuração do ICMS – DMA.

A autuada admitiu a ocorrência de falha operacional na prestação das informações e que não houve a retificação tempestiva dos arquivos da EFD, fato que entende implicar na necessidade de se proceder a intimação pela Fiscalização para retificação da EFD, com base no art. 251, § 2º, do RICMS/2012.

Constato que no presente lançamento se observou a subsunção dos fatos à norma, ou seja, os casos concretos se enquadram à norma legal em abstrato, restando caracterizada a adequação das condutas à norma jurídica indicada em cada infração.

Quanto aos documentos probatórios, registro que os roteiros fiscais desenvolvidos pela equipe de Auditores Fiscais, tomou como base e insumos para os executar, os registros procedidos pelo próprio contribuinte quando elaborou e transmitiu à Receita Federal através do SPED-Fiscal a sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, obrigatória, conforme art. 248 do RICMS/2012, que segundo o art. 249 do citado RICMS, “*deve observar o Ajuste SINIEF 02/09, além das Especificações Técnicas do Leiaute do Arquivo Digital e do Guia Prático da EFD-ICMS/IPI, previstos no Ato COTEPE/ICMS nº 44/18*”.

A EFD se constitui na única e válida escrituração fiscal, art. 248, § 2º do RICMS/2012, não podendo o contribuinte negar ser esta o reflexo de todas as suas atividades mercantis com repercussão fiscal.

Portanto, os fatos que caracterizaram as duas infrações estão demonstrados e comprovados mediante os registros da EFD.

Oportuno lembrar que o Código Civil – Lei nº 10.406/2002, assim estabelece no seu art. 226:

Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.

Já o Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015, trata da matéria nos artigos 417 e 418, *in verbis*:

Art. 417. Os livros empresariais provam contra seu autor, sendo lícito ao empresário, todavia, demonstrar, por todos os meios permitidos em direito, que os lançamentos não correspondem à verdade dos fatos.

Art. 418. Os livros empresariais que preencham os requisitos exigidos por lei provam a favor de seu autor no litígio entre empresários.

Assim, resta patente que a EFD, sendo os livros fiscais do contribuinte faz prova conta e a favor do mesmo.

Destarte, as provas das infrações estão claramente demonstradas, que se constitui exatamente na escrita fiscal do contribuinte, por ele elaborada e transmitida, que reflete fielmente os fatos e ocorrências com repercussão fiscal, até prova em contrário.

Quanto a necessidade de intimar o contribuinte para retificar os arquivos da EFD, consoante previsão no art. 251, § 2º, do RICMS/2012, registro que a defesa certamente se refere ao § 4º do art. 247 que foi revogado pelo Decreto nº 19.274/2019, com efeitos a partir de 01/11/2019, cuja redação surtiu efeitos de 27/11/2015 a 31/10/2019, assim previa: “§ 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”.

Inobstante o citado dispositivo já se encontrar revogado quando da realização da fiscalização, portanto, sem aplicabilidade pelos fiscais no caso concreto, o contribuinte deveria ter solicitado a retificação dos arquivos da EFD que diz estarem com inconsistências, observando o que determina o art. 251, § 1º do RICMS/2012, *in verbis*:

Art. 251. A retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009.

§ 1º A solicitação do contribuinte para retificação da EFD fora do prazo previsto na cláusula décima-terceira do Ajuste SINIEF 02/09 será encaminhado por meio do sistema informatizado da SEFAZ no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>.

Sem ter adotado as providências previstas no RICMS/2012, acima transcritas, os argumentos da defesa não podem socorrer a atuada nesse particular.

Por outro lado, não pode o contribuinte justificar dados inconsistentes na EFD por estarem em desacordo com os dados informados na DMA, pois as informações da DMA, por força do art. 255, § 1º, inc. I do RICMS/2012, devem constituir-se em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS, ou seja, dos registros da EFD.

Ressalto que as cópias de registros tidos pela atuada como livros fiscais anexadas a defesa, fls. 41 a 50, não servem de prova contra os registros da Escrituração Fiscal Digital, uma vez que se trata de registros extraoficiais, sem nenhuma validade jurídica, tendo em vista que somente é considerada válida a EFD.

Ao se reportar ao mérito da infração 01, a atuada apenas aduziu que a auditoria estaria equivocada, visto que a não utilizou o crédito, sem trazer aos autos qualquer evidência ou prova de sua afirmação, fato que se confirma com os dados registrados na sua EFD.

Assim sendo, cabe aplicar o disposto nos artigos 140 a 143 do RPAF/99, *verbis*:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Destarte, considerando o exposto, tenho a infração 01 como parcialmente subsistente, decorrente da decadência parcial, conforme reconhecida linhas acima, na forma do demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
28/02/2017	09/03/2017	5.746,78	18,00	60,00	1.034,42
			Total		1.034,42

A infração 02, foi contestada pela defesa alegando que todas as notas fiscais arroladas no levantamento são decorrentes de retorno e devolução de materiais de consumo, vendas para consumidor final pessoa física, vendas para empresas fora do estado e para empresas construtoras.

Para comprovação dos argumentos, anexou cópias das respectivas notas fiscais, fls. 51 a 101, que analisadas pelos autuantes, concluíram, conforme declaração na informação fiscal, serem procedentes, concordaram com o argumento e admitiram não haver se caracterizado prejuízo ao Estado, e assim consideraram elidida a infração.

Acolho o entendimento dos autuantes e considero elidida a infração 02.

Na infração 03, a defesa não apresentou nenhuma contestação a exação. Considerando que para as ocorrências anteriores a 30/06/2016 estão extintas por decadência, reconheceu parcialmente a infração para os fatos geradores ocorridos a partir de julho de 2016 até fevereiro de 2017.

Assim sendo, considerando a não contestação da infração e o não reconhecimento da decadência, tendo a infração como subsistente.

O mesmo ocorreu para a infração 04. Neste caso, entretanto, foi acolhida a arguição de decadência para os créditos tributários decorrentes de fatos geradores anteriores a julho de 2016.

Portanto, tenho a infração 04 como parcialmente subsistente, conforme demonstrativo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor Histórico
31/07/2016	09/08/2016	16.939,33	18,00	60,00	3.049,08
31/08/2016	09/09/2016	21.438,56	18,00	60,00	3.858,94
30/09/2016	09/10/2016	27.155,28	18,00	60,00	4.887,95
31/10/2016	09/11/2016	5.985,56	18,00	60,00	1.077,40
30/11/2016	09/12/2016	19.351,39	18,00	60,00	3.483,25
31/12/2016	09/01/2017	21.950,33	18,00	60,00	3.951,06
31/01/2017	09/02/2017	19.969,06	18,00	60,00	3.594,43
28/02/2017	09/03/2017	19.444,39	18,00	60,00	3.499,99
31/03/2017	09/04/2017	10.104,44	18,00	60,00	1.818,80
30/04/2017	09/05/2017	11.869,67	18,00	60,00	2.136,54
31/05/2017	09/06/2017	13.686,33	18,00	60,00	2.463,54
30/06/2017	09/07/2017	13.200,28	18,00	60,00	2.376,05
31/08/2017	09/09/2017	1.127,61	18,00	60,00	202,97
Total					36.400,00

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269184.0009/21-9**, lavrado contra **ALL GLASS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA. – EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 50.152,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. VII, alínea “a”, inc. II, alíneas “b” e “e” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – RELATOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – JULGADOR