

A. I. Nº - 207092.0011/15-4
AUTUADA - SE NARANDIBA S.A.
AUTUANTE - LUIZ ROBERTO SANTOS FERREIRA
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26.04.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0040-04/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% e de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Após sanamento realizado pelo próprio autuante item **a)** elidido em parte. E, conforme dispõe o art. 106, II, “c”, do CTN a multa aplicada passa para o percentual de 1% vez que o inciso IX do art. 42, da Lei nº 7.014/96 foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015. **c) DMA.** Apresentação de dados incorretos na Declaração e Apuração Mensal do ICMS. Infração não contestada. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2015, exige multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$1.568.596,29, em decorrência das seguintes irregularidades cometidas à legislação tributária deste Estado:

Infração 01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Em complemento a descrição da infração resta consignado no Auto de Infração: *Conforme demonstrado no Anexo 01 – Aquisições não tributadas sem registro e Anexo 04 – SPED Livro Registro de Entradas de Mercadorias.* Valor da multa: R\$29.946,06,

Infração 02. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Em complemento a descrição da infração resta consignado no Auto de Infração: *Deixou de informar a aquisições de bens, mercadorias e serviços entradas no estabelecimento durante o exercício de 2013, conforme demonstrado nos anexos 02 e 04.* Valor da multa: R\$1.680,00.

Infração 03. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Em complemento a descrição da infração resta consignado no Auto de Infração: *Conforme demonstrado no Anexo 03 – Aquisições não tributadas sem registro e Anexo 04 – SPED Livro Registro de Entradas de Mercadorias.* Valor da multa: R\$1.536.970,23,

A empresa, por advogada legalmente constituída, apresenta defesa tempestiva (fls. 34/45). Após descrever as infrações, apresenta preliminar de reconhecimento parcial da autuação. Informa o pagamento total das infrações 01 e 02 com os benefícios concedidos através da Lei nº 13.449/2015.

Em relação à infração 03, inicia sua defesa apontando a necessidade da aplicação da retroatividade da lei mais benéfica ao contribuinte com base no art. 106, II, “c”, do CTN.

Ressalta de que desde 11/12/2015, a redação do inciso IX, do art. 42, da Lei Estadual nº 7.014/96 sofreu alteração, culminando a sua redução de 10% para 1%. Invoca o art. 150, III, “a”, da Constituição Federal de 1888 e os artigos 106, 106 e 144 do CTN para, em resumo, afirmar que “*terá efeito retroativo a legislação tributária sempre que, de alguma forma, implicar a*

*minoração de penalidade em atos não definitivamente julgados”. E nesta sua argumentação, traz entendimento do STJ e concluiu afirmando: “Desta feita, a multa aplicável, ao invés de 10% (dez por cento) sobre o valor das mercadorias não registradas – no valor de R\$ 1.536.970,23 (um milhão, quinhentos e trinta e seis mil novecentos e setenta reais e vinte e três centavos) – deve ser reduzida a 1% (um por cento), sobre a mesma base impositiva, **culminando no aporte financeiro de R\$153.697,02 (centos e cinquenta e três mil seiscentos e noventa e sete reais e dois centavos)**”.*

Passa, em seguida, a requerer diligência, a entendendo necessária. Ressaltando de que “A busca pela verdade material é princípio de observância indeclinável da Administração tributária no âmbito de suas atividades procedimentais e processuais, princípio este, inclusive”, albergado no RPAF/BA, diz que, como pode se verificar na documentação em anexo (docs. 05 e 06), várias são as notas fiscais identificadas pela empresa, devidamente registradas na escrita fiscal, ao contrário do que foi lançado neste Auto de Infração. Exemplifica com a NF-e nº 66420, no valor de R\$1.558.436,12, descrita na linha 04 do levantamento fiscal, que foi registrada na sua escrita, conforme se pode verificar da linha 25, do DOC. 05, mencionado. E tal situação se repete com vários outros documentos, motivo pelo qual é necessária a revisão desta acusação.

Reafirma a necessidade de diligência fiscal.

Requer a redução ou cancelamento da multa aplicada com base no art. 42, § 7º, da Lei Estadual nº 7.014/96. E neste caminho, discorre sobre os requisitos à sua aplicação, quais sejam: a) se trata de multa por descumprimento de obrigação acessória; b) a infração foi praticada sem dolo, fraude ou simulação, e c) não implicou em ausência de recolhimento do ICMS.

Por fim requer:

1. A extinção do crédito tributário em relação às infrações 01 e 02, haja vista o pagamento realizado com as benesses da Lei Estadual nº 13.449/2015, com fulcro no art. 156, I, do CTN;
2. Infração 03:
 - a) A aplicação da retroatividade da lei mais benéfica ao contribuinte em matéria de penalidade tributária, com fundamento no art. 106, II, “c”, do CTN, haja vista a alteração legislativa ocorrida no art. 42, IX, da Lei Estadual nº 7.014/1996.
 - b) Em homenagem ao princípio da verdade material, que seja realizada revisão do lançamento levado a efeito, tendo em vista a comprovação, juntada aos autos, de que diversas notas fiscais tiveram o seu regular registro na escrita fiscal, o que, por sua vez, também culminará na redução da base de cálculo da multa que fora imposta.
 - c) Seja cancelada, ou sucessivamente, reduzida a multa aplicada, haja vista se encontrarem presentes os requisitos do art. 42, § 7º, da Lei Estadual nº 7.014/96.

O autuante apresenta seu contra arrazoadado (fls. 87/88).

Após transcrever as infrações e apresentar síntese dos argumentos do impugnante, presta as seguintes informações;

1. A empresa reconhece e recolhe, com o benefício da Lei nº 13.461/15, as multas aplicadas nas infrações 01 e 02.
2. Em relação á infração 03:
 - a) pertinente o argumento do impugnante sobre a aplicação das disposições do art.106, II, “c”, do CTN.
 - b) Em relação ao argumento de que as notas fiscais foram lançadas na escrita fiscal, “as cópias do “Livro Registro de Entradas de Mercadorias” extraídos do SPED, anexadas às folhas 12 a 23 e CD à folha 24, comprovam a infração reclamada no presente Auto de Infração.

Mantém o Auto de Infração em sua totalidade.

VOTO

Inicialmente e antes de adentrar na decisão do presente processo, abordo o pedido feito pelo patrono para que no presente PAF, e relativamente á infração 03, seja deferida diligência fiscal objetivando a busca da verdade material.

É cediço ser a busca da verdade material e a certeza jurídica a finalidade de qualquer procedimento administrativo tributário, que se pauta nos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito (art. 2º, do RPAF/BA), tendo sempre em vista a conveniência da rápida solução do litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador por ato menos oneroso (§§ 1º e 2º do citado artigo). Por isso, o julgador administrativo pode, e deve, por competência (art. 30, III, do Regimento Interno deste CONSEF – Decreto nº 7.592/99), solicitar diligência ou perícia para que se cumpra, quando necessária, uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito de uma questão. No entanto, ao julgador cabe a direção do processo na fase instrutória, tendo a competência de autorizar ou rejeitar a produção de provas e na forma que entender necessária, sob o enfoque exclusivo da necessidade ou não das mesmas para o deslinde do feito.

Afora tais considerações, reza o art. 147, I, “a” e “b” do RPAF/BA que deve ser indeferido o pedido de diligência fiscal quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

No presente caso, entendo de que os documentos acostados aos autos são suficientes para decidir a lide, quer sejam os documentos apresentados pelo fiscal autuante, quer aqueles apresentados pela empresa.

Por consequencia, indefiro o pedido de diligência requerida, com base nas determinações do art. 147, I, “a” e “b” do RPAF/BA.

Quanto ao mérito, as infrações 01 e 02 tratam de multas - 1% sobre o valor comercial das mercadorias que não foram escrituradas no livro Registro de Entradas na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD e multa pela declaração incorreta das DMA’s apresentadas ao fisco (zeradas), conforme DMA consolidada do exercício de 2013. O impugnante não as contestou. Utilizando-se do benefício concedido pelo Estado, através da Lei nº 13.461/15, as recolheu, conforme fl. 70 dos autos.

A insurgência da empresa prende-se à infração 03, quando foi aplicada a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias que não foram escrituradas no livro Registro de Entradas na sua Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Preliminarmente, ressalta-se que o impugnante tem obrigação legal ao uso da Escrituração Fiscal Digital – EFD. Em assim sendo, pertinente se transcrever as seguintes determinações legais vigentes á época dos fatos geradores (RICMS/12)

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).

§ 1º A EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:

I - Registro de Entradas;

§ 2º Consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

“Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, observando-se os prazos estabelecidos a seguir, de acordo com o montante referente às operações e prestações sujeitas ao ICMS no ano imediatamente anterior:

I - a partir de 01/01/2011, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), observado o disposto no § 3º do art. 250;

II - a partir de 01/01/2012, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais) até o limite de R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), observado o disposto no § 4º do art. 250;

III - a partir de 01/01/2013, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido igual ou superior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) até o limite de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais);

IV - a partir de 01/01/2014, os não optantes do Simples Nacional, cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais);

§ 4º O contribuinte obrigado ao uso da EFD:

I - permanecerá com a obrigação, mesmo que o faturamento em anos subsequentes seja inferior ao mínimo estabelecido, exceto na hipótese de opção pelo Simples Nacional, caso em que deverá solicitar de imediato o desenquadramento da EFD;

II - deverá apresentar a declaração com perfil “B”, com exceção das empresas de energia elétrica, comunicação e telecomunicação signatárias do Convênio ICMS 115/03, que deverão apresentar a declaração com perfil “A”.”

Art. 249. O contribuinte obrigado à EFD deve observar o Ajuste SINIEF 02/09 e as especificações técnicas do leiaute do arquivo digital previsto no Ato COTEPE/ICMS nº 09/08, informando os registros tipo 1200, relativos aos créditos fiscais de ICMS controlados extra-apuração, e 1600, referentes ao total das operações com cartão de crédito e/ou débito.”

Art. 250. O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço “<http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>”, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA).

§ 1º O arquivo deverá ser assinado pelo contribuinte ou por seu representante legal, por meio de certificado digital, do tipo A1 ou A3, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

§ 2º O contribuinte deverá transmitir arquivo de EFD, por estabelecimento, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.

Art. 251 Havendo necessidade de alteração parcial ou total das informações constantes do arquivo da EFD já transmitido, o contribuinte deverá retransmiti-lo com todas as informações.

Parágrafo único. A remessa de arquivo retificador da EFD, após o prazo previsto no inciso II da cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/09, dependerá de autorização da inspetoria fazendária da circunscrição fiscal do contribuinte

Art. 252. O contribuinte deverá manter o arquivo da EFD pelo prazo decadencial, observados os requisitos de autenticidade e segurança.

Art. 253. O uso da EFD dispensará o contribuinte da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Conv. ICMS 57/95 a partir de 1º de janeiro de 2012.

Como se denota pelas determinações legais acima transcritas, a EFD é de crucial importância para o controle do Erário já que ela dispensa o uso de livros fiscais (manuais ou informatizados) e dispensa o envio de arquivos magnéticos. Ou seja, toda a escrituração fiscal e legal de uma empresa encontra-se nela registrada, sendo realizada pelo próprio contribuinte (com certificado digital), que deve mantê-la de forma correta e transmitir à SEFAZ até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.

O fisco, no ano de 2015, buscou verificar o livro Registro de Entradas da empresa que, por obrigação, novamente ressalta-se, foi entregue no ano de 2013. Nos arquivos da EFD, deveria

observar o Ajuste SINIEF 02/09 e as especificações técnicas do leiaute do arquivo digital previsto no Ato COTEPE/ICMS nº 09/08 (art. 249, do RICMS/12). Não encontrou qualquer registro neste livro como pode ser comprovado através das fls. 12/23 dos autos, pois o que se constatou foi a falta de qualquer registro no referido livro (consta no relatório: “*não há registros para serem exibidos*”).

Diante desta situação, foi aplicada a multa de 10% sobre o valor das mercadorias tributadas e não registradas.

A empresa traz como prova para desconstituir a infração os documentos que intitulou DOC 05 e 06.

Passo a analisá-los.

DOC 05 (fl. 71) – o impugnante diz que por este documento percebe-se que diversas notas fiscais estão escrituradas. Traz como exemplo a NF-e nº 66420, descrita na linha 04 do levantamento fiscal, a qual se encontra escriturada na linha 25, do DOC. 05. Embora haja uma confusão da defesa em mencionar a linha 25 ao invés da linha 15, este documento, em qualquer momento, é o seu livro Registro de Entradas escriturado através do ECF. A planilha, tudo leva a crer, é controle interno da empresa. Neste caso, o DOC 05 não tem qualquer força probante.

DOC 06 (CD – fl. 81) - aqui se tem um arquivo TXT que o impugnante aponta como de fevereiro de 2013 (fl. 46), mês em que não existe autuação. E, ao analisá-lo se denota.

1. o arquivo não pode ser o mensal (mesmo que a informação prestada tenha sido equivocada em apontar o mês de fevereiro de 2013) já que lá constam NF-e's de diversos meses, inclusive com NF do exercício de 2014. Dou como exemplo:

REGISTRO	NF-e	DATA	OBSERVAÇÃO
C100	4496	18/02/14	NF-e não autuada
C100	66554	28/02/13	NF-e autuada
C100	71329	29/05/13	NF-e autuada
C100	71386	29/05/13	NF-e autuada
C100	67114	11/03/13	NF-e autuada
C100	71385	29/05/13	NF-e autuada
C100	75280	08/08/13	NF-e autuada
C100	75086	05/08/13	NF-e autuada
C100	74769	31/07/13	NF-e autuada
C100	74674	29/07/13	NF-e autuada
C100	71384	29/05/13	NF-e autuada
C100	75093	08/05/13	NF-e autuada
C100	83591	04/02/14	NF-e autuada. Esta NF tem data de 23/12/2013.
C100	56	24/02/14	NF-e não autuada

2. Também consta nele a informação de uma NF emitida pela ABB LTDA. referente a data de 23/02/2014, portanto sem prova de que este foi o arquivo transmitido no prazo regulamentar, ou seja, até o dia 25/03/2013.
3. O arquivo TXT apresentado encontra-se com erro no seu final.
4. Além do mais, não foi trazida a prova da data de entrega de tal arquivo TXT, apresentado nos autos, ao fisco. O que, alias e acredito, não poderia, já que ele é uma junção de meses em um mesmo arquivo dito “mensal”.

Em assim sendo, este arquivo TXT apresentado não desconstitui a infração ora em lide. Afora que a prova apresentada pelo fisco é contundente. Os registros das entradas de mercadorias durante o

ano de 2013 não foram apresentados. Caso assim o fossem, mesmo existindo erro, os dados estariam registrados e o livro Registro de Entradas possuiria dados.

Em assim sendo, tais provas não podem ser consideradas nem para desconstituir a infração, nem, tampouco, motivadora de serem aceitas para servir de lastro a um deferimento de diligência.

O impugnante requer a redução das multas com base nas determinações do art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96.

É certo que o permissivo legal contido no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, faculta ao julgador cancelar ou reduzir as multas de caráter acessório. Entretanto, deve ele dosar tal penalidade, se a situação assim se apresente, pois as suas determinações não podem ser aplicadas indiscriminadamente, sendo necessária a análise de cada caso de *per si*.

As JJF e as CJF podem reduzir ou cancelar multas por descumprimento de obrigação acessória se provado não ter existido dolo, fraude ou simulação. Embora não se possa afirmar, concretamente, a existência de tais fatos, também é certo de que o contribuinte não faz prova em contrário, pois, sistematicamente, desobedeceu a norma tributária vigente, como é o caso presente, inclusive apresentando todas as DMA's do exercício de 2013 "zeradas", ou seja sem qualquer movimentação comercial. Afora que se este CONSEF seguir a linha de que cabe ao fisco, antes de aplicar qualquer penalidade de cunho acessório, ter que antes provar não ter havido dolo, fraude ou simulação, o deixa sem respaldo legal para poder controlar as receitas estaduais, apenas podendo aplicar corretamente a legislação tributária posta e assim agir se comprovar dolo, fraude ou simulação por parte do contribuinte ou se entender que todo o contribuinte usa da má fé, o que, me parece, levaria a uma situação insustentável.

No mais, o que aqui se cobra são multas específicas, determinadas em lei. Aplica penação por descumprimento de obrigação acessória e a sua existência se dar em virtude da possibilidade de inobservância pelo sujeito passivo das determinações legais. Além do mais, tem caráter educativo, visando preservar o crédito tributário.

E o referido artigo ainda acrescenta que, mesmo sendo comprovada a não existência de dolo, fraude ou simulação, é necessário que o fato não tenha causado prejuízo ao Erário. E este fato não cuidou o impugnante de provar. Ao contrário, mesmo que a conduta da empresa não tenha sido praticada com dolo, fraude ou simulação, houve descuido seu em desobedecer, sistematicamente, toda uma norma tributária posta e vigente, o que pode, no presente caso, levar ao descontrole do fisco em relação às receitas estadual. E reafirmo, embora as multas aplicadas possuam caráter acessório, são elas de fundamental e primordial importância para que o Estado tenha o efetivo controle de suas receitas e o contribuinte possa provar que toda a condução de suas atividades se pautou dentro da norma legal. Sem tais cuidados, torna-se praticamente impossível se afirmar não ter havido qualquer prejuízo ao Erário.

Como a materialidade dos fatos resta presente nos autos e como o impugnante não trouxe, acorde art. 123, do RPAF/BA, qualquer prova contrária a dar causa à sua desconstituição, somente posso mantê-la.

No entanto, razão assiste ao contribuinte quando traz aos autos as determinações do art. 106, II, "c", do CTN. A multa aplicada deve ser reduzida para o patamar de 1%, vez que o inciso IX do art. 42, da Lei nº 7.014/96 foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015, DOE de 11/12/2015, efeitos a partir de 11/12/2015, passando a ter a seguinte redação:

IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Por tudo exposto, meu voto é no sentido da redução da multa de caráter acessório aplicada na infração 03 por força do que dispõe o art. 106, II, "c", do CTN, combinado com a nova redação dada ao inciso IX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 13.461/15, passando o seu valor para R\$153.697,02.

Voto pela PROCEDÊNCIA da autuação, mantendo integralmente as infrações 01 e 02 e a 03 procedente com redução da multa para o valor de R\$153.697,02. Solicita-se ao órgão competente desta Secretaria de Fazenda a homologação dos valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207092.0011/15-4**, lavrado contra **SE NARANDIBA S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$185.323,08**, previstas no art. 42, IX, XI, e XVIII, "c" da Lei nº 7.014/96, com a nova redação dada ao inciso IX pela lei nº 13.461/15 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea "a", item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2016

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO / RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA