

A. I. Nº - 269278.0001/16-9
AUTUADO - CINCAL DISTRIBUIDORA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - SÍLVIO CHIAROT DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09.09.2016

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0157-04/16

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. **a)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Razões de defesa não elidem a ação fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2016, aplica multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$42.344,31, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades à legislação tributária deste Estado:

INFRAÇÃO 01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (is) sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1% sobre o valor das aquisições. Período: janeiro, março a maio de 2015. Multa no valor de R\$7.857,14.

INFRAÇÃO 02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1% sobre o valor das aquisições. Período: janeiro a junho de 2015. Multa no valor de R\$34.487,17.

A empresa impugna o lançamento fiscal (fls. 83/96), afirmando que existem equívocos no lançamento fiscal que levam à improcedência o Auto de Infração.

Diz ter havido erro quanto à capitulação legal das supostas infrações. Entende não poder ser aplicadas para o caso as determinações do art. 42, IX e XI da Lei nº 7.014/96 e explica.

Analisando a autuação, conforme se depreende da "*cientificação de início da ação fiscal*", teve ela por objetivo verificar "*a regularidade dos registros de suas operações de entradas e saídas, através do confronto entre as Notas Fiscais Eletrônicas e respectivas EFD - Escrituração Fiscal Digital - do período de Janeiro a Junho/2015*", auditoria esta onde não foi observado se as mercadorias, realmente, foram pela empresa adquiridas.

Informa que à época da ação fiscal, em decorrência de problemas técnicos em seus sistemas de informática, entregou à SEFAZ os arquivos da EFD zerados ou com outros tipos de problemas, ou seja, faltando diversas notas fiscais. Porém tal fato não impediu de realizar o tempestivo pagamento das antecipações parciais, tributária e imposto normal que lhe cabia, uma vez que, mesmo sem a EFD completa, realizava apuração paralela a fim de manter-se em dia com suas obrigações tributárias. Além do mais, sua intenção sempre foi sanar os erros existentes na EFD, o mais rápido possível, o que pode ser demonstrado pela retificação posterior.

Quando do início da ação fiscal, porém antes da ciência do Auto de Infração, logrou êxito em retificar seus arquivos para que contemplassem a totalidade das suas operações tributárias, conforme provam os recibos das EFD retificadoras que foram transmitidas nas seguintes datas: a) jan/2015 - 06/04/2016; b) mar/2015 - 05/04/2016; c) abr/2015 - 31/03/2016; d) mai/2015 - 06/04/2016; e) jun/2015 - 08/04/2016.

Diz que o Código Tributário Nacional (art. 12), lei tributária que define infrações, ou lhe comine penalidades, deve ser interpretada de maneira mais favorável ao acusado em caso de dúvida

quanto à capitulação legal do fato, a natureza da penalidade aplicável ou à sua graduação. Em assim sendo, deve se considerar haver disposição legal específica para apenar a entrega de EFD zerada ou com omissão de informações, ou seja, o art. 42, XIII-A, "I", da Lei nº 7.014/1996, fato este que *“impede o Autuante de, na dúvida, aplicar as penalidades mais gravosas, tal como feito na presente hipótese”*.

Nota, ao analisar o art. 42, XIII-A, "I", da Lei nº 7.014/1996, que *“sua redação vigente entre 01/11/13 a 10/12/15, portanto, na época dos fatos, dispunha que seria aplicada multa de R\$1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entrega sem as informações exigidas na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo.”*

Precisamente: *“o texto em referência, específico quanto à entrega da EFD, apenava com multa de R\$ 1.380,00, não só a falta de entrega no prazo, mas a entrega sem as informações exigidas na legislação, ou seja, a entrega da EFD zerada, apenas para cumprimento de prazo e posterior retificação”* e aplicava, ainda, *“multa cumulativa de 1% do maior valor entre o valor das entradas e saídas, caso o sujeito passivo, regularmente intimado, não apresentasse o arquivo”*.

E tal disposição legal foi alterada quando da Lei nº 13.461/2015, deixou de prever penalidade para a entrega de declaração "zerada" e limitou a multa de 1% ao valor das entradas de mercadorias.

Com tais considerações e com fulcro na regra da retroatividade benéfica (art. 106, do CTN), *“a entrega da EFD com omissões, antes prevista no art. 42, XIII-A, "I", como ocorreu no caso concreto, deixou de ser apenada, persistindo, contudo, a penalidade para a hipótese de falta de entrega inicial ou após intimação, quando a multa limita-se a 1% da entrada e, não mais, da saída, caso essa seja superior à entrada”*. Porém não foi intimado a apresentar os arquivos zerados, tem seu direito resguardado *“de elidir a aplicação da multa de 1% pela apresentação do arquivo, o que, de fato, ocorreu antes da ciência do auto de infração, assim que foi possível ao sujeito passivo vencer suas dificuldades operacionais”*. E continua: *“A especialidade do art. 42, XIII-A, "I" quanto aos art. 42, XIX e XI, ambos da Lei nº 7.014/1996 implica, necessariamente, da prevalência do primeiro quanto aos últimos, além de impor-se a interpretação pro contribuinte, nos termos do art. 112 do CTN, já que se não houver certeza quanto à correta capitulação legal da infração, há razoável dúvida em favor do contribuinte por ser igualmente aplicável a disposição do art. 42, XIII-A, "I”*.

Passa a apresentar “questão comum a todos os itens infracionais quanto à eventual valor remanescente”.

Entende equivocado o cálculo da cobrança do valor relativo a acréscimos moratórios, tendo como termo inicial de cálculo o valor das competências relativas às infrações formais.

Interpretando as determinações do art. 102, § 3º, do Código Tributário do Estado da Bahia, diz que conforme art. 102, § 2º, II, da nominada lei, eles devem ser calculados a partir do 30º dia de atraso que ocorre depois de vencido o prazo de pagamento do auto de infração ou notificação do lançamento, não se podendo falar em atraso relativamente à competência à qual se vinculada o descumprimento da obrigação acessória.

Diz que tal problema se repete em todos os autos da Secretaria da Fazenda e deveria ser corrigido para todos os contribuintes.

Com arrimo no art. 158 do RPAF/BA c/c art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, requer o cancelamento das multas ora em lide, uma vez que as supostas infrações foram cometidas sem dolo, fraude ou simulação e que não implicaram falta de recolhimento de tributo, como se verifica pelo simples fato de não haver sido cobrado qualquer valor relativo a imposto devido e não escriturado, além do que, antes da ciência do auto de infração, entregou “os arquivos EFD” que anteriormente haviam sido apresentados "zerados".

Pugna pela improcedência da autuação.

O autuante presta sua informação fiscal (fls. 167/169). Ressalta de que a autuação decorreu da falta de registro das notas fiscais de entradas, verificada através do confronto entre os documentos fiscais recebidos pela empresa e seu registro no SPED fiscal. Esta omissão tem dois aspectos: meses em que diversas notas não foram registradas e outros meses entregues em branco, *“o que ao final são indistintos, remetendo à mesma infração: falta de registro de documentos fiscais com multas capituladas no artigo 42, Inciso IX, da Lei 7.014/96 quando relativos a mercadorias tributadas e Inciso XI em se referindo a mercadorias isentas ou já tributadas por antecipação”*.

Discorda da defesa quanto a erro derivado de problemas técnicos. E para consubstanciar seu argumento, informa que, ao analisar os demonstrativos, verificou que os problemas com informática como fonte de causa não se sustentam, pois nos meses de janeiro, fevereiro, junho e, sobretudo no segundo semestre do ano sob fiscalização as faltas são poucas ou até nenhuma como ocorre neste último período.

Quanto ao argumento da inadequação da multa aplicada, não se sustenta *“ao caso sob análise porque a falta de registro é tratada especificamente no artigo 42, Incisos IX e XI, da Lei e não se pode, nem deve, recorrer a um dispositivo revogado com uma interpretação subjetiva que, sequer representa a intenção do legislador, o que se verifica pela alteração posterior que busca esclarecer o significado da letra aberta da lei, restringindo a interpretação possível ao que é literalmente disposto”*.

Diz haver entendimento errôneo do defendente de que a empresa *“deveria ter sido intimada a corrigir os arquivos para só após, caso não atendesse à intimação, ser penalizada com a multa de 1%, o que entende seria o papel a que se prestaria a autuação, que em resposta, sanou as inconsistências. Não se pode confundir auto de infração com intimação”*.

Por fim, ressalta que os cálculos dos acréscimos moratórios são feitos a partir da data de vencimento da infração e não do lançamento através de auto de infração.

VOTO

O presente Auto de Infração trata da aplicação de multa acessória sobre o valor das mercadorias entradas no estabelecimento (infração 01 - mercadorias tributadas e infração 02 - mercadorias não tributadas ou enquadradas no regime da antecipação/substituição tributária) sem o devido registro na escrita fiscal.

Toda a argumentação da empresa prende-se a dois fatos.

No primeiro, diz que entregou a sua EFD incorretamente por problemas técnicos em seu sistema de informática. Mas, conforme intenção, após início da ação fiscal e lavratura do Auto de Infração, porém antes da sua ciência, retransmitiu a mesma corretamente.

Abordando tal colocação, ela não possui o condão de descaracterizar a infração ora em lide.

Primeiro, problemas técnicos (inclusive não provados) e intenção de boa vontade não podem ser alegados para que a empresa não cumprisse corretamente com a sua obrigação tributária. Afora que os fatos geradores das penalidades ora aplicados são de janeiro a junho de 2015. Somente após o lançamento fiscal, é que diz ter resolvido a situação, ou seja, oito meses depois da ocorrência do último fato gerador (junho de 2015), já que o Auto de Infração foi lavrado em 31/03/2016.

Observe, ainda, e somente em atenção ao que afirmou o impugnante, ele tomou ciência do Auto de Infração em 08/04/2016. Retransmitiu, sem observância da norma regulamentar e, portanto, sem qualquer força legal probante, conforme adiante se expõe, em 06/04/2016 a sua escrituração fiscal digital dos meses de janeiro, março e maio de 2015 e, em 08/06/2016, a escrita fiscal digital de junho de 2015. A escrituração fiscal digital de fevereiro e abril não foi retransmitida.

Segundo, é vedado ao contribuinte, quando se encontrar sob ação fiscal (o presente caso), retificar sua escrita fiscal ou mesmo recolher o tributo que se encontrar sob fiscalização. Estas são as determinações do Parágrafo único do art. 138, do CTN:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Terceiro, aqui se estar a falar em escrituração fiscal digital e não de arquivos magnéticos apresentados através do sistema SINTEGRA, a qual o contribuinte deveria estar, anteriormente, obrigado a apresentar.

O art. 212, do RICMS/12 obriga o contribuinte a manter, em cada estabelecimento, conforme as operações ou prestações que realizar, diversos livros fiscais (Conv. S/Nº, de 15/12/70), como, e somente a exemplo, o livro Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A.

No seu art. 215 determina que a *escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, **sob sua exclusiva responsabilidade*** (grifo não original) e não poderão conter rasurar ou emendas (§ 2º) e cada estabelecimento, seja matriz, filial, sucursal, agência, depósito ou qualquer outro, terá livros e documentos fiscais próprios, salvo disposição em contrário (art. 231).

Ou seja, a escrituração fiscal de uma empresa é de sua inteira responsabilidade e deve seguir, por obrigação, fiel e com exatidão, todas as determinações legais.

E tais determinações são inerentes a qualquer tipo de escrituração, quer manual ou informatizada, ou mesmo da escrituração fiscal digital.

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) (art. 247).* Ela substitui a escrituração e impressão de diversos livros fiscais, entre eles o acima citado (§ 1º), além de:

- a) dispensar o contribuinte da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Conv. ICMS 57/95 a partir de 01/01/2012 (art. 253) - os chamados “arquivos magnéticos”.
- b) O contribuinte deverá manter o arquivo da EFD pelo prazo decadencial, observados os requisitos de autenticidade e segurança (art. 252).

Esta escrituração é de uso obrigatório (ficando aqui restrita com a condição do autuado - art. 248) e o contribuinte deve observar o Ajuste SINIEF 02/09 e Ato COTEPE/ICMS nº 09/08. Afora que a EFD deve ser informada, mesmo que no período não tenha ocorrido movimentação no estabelecimento (§2), ou seja, segue as determinações legais que o contribuinte, por obrigação, deve ter quanto a esta escrituração, não importando se manual, informatizada ou através da escrituração fiscal digital.

E ela deve ser transmitida 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/>”, sendo considerada válida após a confirmação de recebimento do arquivo pelo Programa Validador e Assinador (PVA) - Art. 250.

Deve ser assinada pelo contribuinte ou por seu representante legal, por meio de certificado digital, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) (§ 1º do art. 250) e ser transmitida 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 (§ 2º do art. 250).

Pelas determinações legais acima tracejadas, toda a responsabilidade ao fiel cumprimento dos dados da EFD é do contribuinte que tem sob sua guarda (e não poderia ser de outro modo) todos os seus livros e documentos fiscais em meio digital.

Afora tais condições, o contribuinte ainda pode, observados os prazos decadenciais, retificar a sua escrituração fiscal através da EFD, caso exista qualquer erro, conforme determinações do art. 251, do RICMS/12.

E seguindo tais determinações, e tudo ora exposto, é que quando existe necessidade de sua retificação, o contribuinte, antes de fazê-la, é informado, no módulo de “Solicitação de autorização de retificação da EFD” da transmissão dos arquivos da sua escrituração fiscal digital, das seguintes informações:

. *A EFD pode ser retificada sem autorização, até o último dia do 3º mês subsequente ao mês de referência (Ex.: A EFD de janeiro/2015 pode ser retificada sem autorização até o dia 30 de abril de 2015);*

. *Declarações retificadoras de meses que estão sob ação fiscal da Secretaria da Fazenda da Bahia e/ou da Receita Federal do Brasil entregues durante o período da fiscalização - a partir da notificação fiscal até o termo de encerramento da fiscalização - não têm validade jurídica;*

. *Declarações retificadoras de meses com débito lançado, não têm validade jurídica.*

Em síntese, esta é a escrituração fiscal legal da empresa. Não há outra, ao contrário dos arquivos magnéticos do SINTEGRA que, embora de grande interesse para o fisco, não substituiu legalmente a escrituração fiscal do contribuinte, que assim deveria proceder, porém entregando ao fisco os chamados “arquivos magnéticos”.

E neste caminhar, se desagua no segundo argumento apresentado pelo impugnante, que afirma existir multa específica para a entrega da escritura fiscal digital do contribuinte (art. 42, XIII-A “I”, da Lei nº 7.014/96 e ainda, com redação à época dos fatos geradores). Assim, a ora aplicada (art. 42, IX e XI, da nominada lei), sendo “geral” não poderia ser aventada.

É equivocado o argumento do defendente.

A infração ora em questão tem natureza diversa daquela do art. 42, XIII-A “I”, da Lei nº 7.014/96 que assim determinava a época dos fatos geradores e determina:

Redação vigente de 01/11/13 a 10/12/15:

l) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entrega sem as informações exigidas na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo.

Redação atual:

l) R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada;

Da sua análise e em qualquer momento, o fisco acusa o contribuinte, mesmo adotando-se a regra vigente quando dos fatos geradores, o não envio, ou envio com informação faltante, dos arquivos da ECF (que contém toda a escrituração fiscal da empresa), inclusive não o intimou a fazê-lo. Aqui não se está a falar dos arquivos com toda a escrituração fiscal da empresa e sim da não escrituração de documentos fiscais no livro Registro de Entradas apresentado, sendo, portanto, bastante específica.

Ressalta-se, neste momento que, ao contrário dos arquivos magnéticos enviados através do SINTEGRA, no presente caso a fiscalização não tem competência de solicitar ao contribuinte que realize, sem os trâmites legais já expostos, qualquer alteração nestes arquivos, pois aqui se está a discutir a escrita fiscal do contribuinte, única legalmente aceita.

E sendo a escrita fiscal, o seu livro Registro de Entradas deve estar corretamente escriturado, havendo multa específica, e não geral como quer crer o impugnante, para a situação ora em lide, ou seja, para a falta de registro de operações de aquisições de mercadorias e bens no mesmo.

Portanto, e mais uma vez, a natureza da infração do presente Auto de Infração difere da argumentada pelo impugnante, não se podendo dar guarida a mesma.

Quanto ao pedido que sejam aplicadas as determinações do art. 158, do RPAF/BA, é certo que ele faculta ao julgador cancelar ou reduzir as multas de caráter acessório. Entretanto, no caso específico, a multa aplicada é de 1% sobre o valor das mercadorias entradas no estabelecimento autuado e não registradas. Em assim sendo, este percentual, por si só, é de pouca monta, não havendo motivação para ser reduzido. Se o montante exigido é alto, tal fato decorre de procedimento equivocado do contribuinte ao desobedecer, sistematicamente, as determinações legais.

Por fim, o impugnante entende que a SEFAZ calcula erroneamente os acréscimos moratórios incidentes sobre o valor do tributo reclamado. Entende que o COTEB os aplica tão somente a partir da lavratura do Auto de Infração e não do seu fato gerador.

Mais, uma vez, é entendimento equivocado.

O art. 102, do COTEB (Lei nº 3956/1981), determina:

Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:

II - se reclamados através de Auto de Infração, 1% (um por cento) por cada mês ou fração seguinte, a partir de 30 (trinta) dias de atraso.

§ 1º Os acréscimos moratórios serão calculados sobre o valor do tributo atualizado monetariamente na data do recolhimento.

§ 2º Os acréscimos moratórios, incidentes a partir de 1º de janeiro de 2001, serão calculados segundo os seguintes critérios:

[...]

II - sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício, a partir de 30 (trinta) dias de atraso, incidirão acréscimos equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para títulos federais, acumulada mensalmente até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e 1% (um por cento) relativo ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

§ 3º A partir de 1º de janeiro de 2006, também incidirão acréscimos moratórios sobre os débitos reclamados em lançamento de ofício decorrentes do descumprimento de obrigação tributária acessória, na forma prevista no inciso II do § 2º deste artigo.

Pela análise dos dispositivos acima transcritos, os juros moratórios destinam-se a remunerar o atraso no cumprimento de uma obrigação. Em assim sendo, é ele devido desde o momento de sua falta de pagamento no prazo regulamentar.

Como o COTEB aplica as mesmas determinações tanto para a obrigação principal como a aquela acessória, é ele devido desde o momento da ocorrência do fato gerador.

Por tudo exposto, voto pela procedência do Auto de Infração,

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269278.0001/16-9**, lavrado contra **CINCAL DISTRIBUIDORA DE MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das penalidades por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$42.344,31**, prevista no art. 42, IX e XI, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei 9.837/2005.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2016.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR