

A. I. N° - 326297.0024/15-0
AUTUADO - PETROX DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTES - MARCO ANTONIO DE SOUZA FORTES e CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19.10.2016

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0165-02/16

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Comprovado nos autos que o contribuinte deixou de escriturar diversas notas fiscais. Não acolhido do pedido de redução ou cancelamento da multa aplicada. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/12/2015, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$676.919,81, em decorrência da seguinte infração:

Infração 01 –16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1%.

O autuado ao impugnar o lançamento tributário, folhas 25 a 39, inicialmente, destacando a tempestividade da impugnação e faz um resumo dos fatos, ressaltando que tal autuação descreve os fatos como suposta ausência de lançamento da Escrituração Fiscal Digital, conforme Convênio ICMS 143, de 15 de dezembro de 2006; Ato COTEPE/ICMS n. 09, de 18 de abril de 2008 e Regulamento do ICMS (Decreto 13.780 de 2012).

Assegura que as notas fiscais a que a autuação faz referência de que não teriam sido lançadas na EFD são notas fiscais, não tributáveis, de remessa e retorno de armazenagem (Doc. 03 – Cópias das Notas Fiscais constantes da autuação, Planilhas com relação das entradas e das saídas do período autuado).

Alega insubsistência da autuação fiscal no que tange à ausência de capitulação da suposta infração, violação aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pois o comando fiscal limita-se a citar dois únicos artigos do RICMS/BA, que, sem correspondente inciso, parágrafo, alínea ou outro dispositivo associado, não demonstram qualquer infração cometida pela ora Impugnante.

Destaca que os referidos dispositivos descrevem, apenas e tão somente, a que o livro de entrada se destina, e em que se constitui a escrituração fiscal digital. Confira-se:

*Art. 217. O livro Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A, destina-se à escrituração (Conv. S/Nº, de 15/12/70):
(...)*

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).

Sustenta que, por tais dispositivos, não se tem nenhuma infração cometida pelo autuado, ou seja, não há nenhuma infração associada a tais livros e documentos fiscais a que o Fiscal autuante estaria capitulando.

Não obstante, certo é que, sob pena de nulidade, o auto de infração deve enquadrar a infração cometida pelo contribuinte, e, por consequência, aplicar-lhe a competente multa. Isto é o que determina a própria legislação do Estado da Bahia:

REGULAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL (RPAF) DECRETO Nº 7.629 DE 09 DE JULHO DE 1999 (Publicado no Diário Oficial de 10 e 11/07/1999)

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

(...) Omissis

Art. 18. São nulos:

(...) Omissis

IV - o lançamento de ofício:

a) **que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;**

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...) Omissis

III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;

(...) Omissis

V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação:

a) **em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória;**

b) **tidos como infringidos;**

c) **em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente;** Grifos da defesa

Alega também, a possibilidade de retificação da EFD, nas ausências de dolo ou culpa, no não registro de tais notas de remessa e retorno de armazenagem.

Argumenta que, mesmo sendo dever do contribuinte autuado entregar a EFD sem equívocos, em ocorrendo, mas ausente dolo ou culpa nas informações não registradas, ou sequer intenção de não recolhimento do ICMS por tal ausência, não haveria de ser aplicada multa em valor tão elevado, notadamente por ausência de prestação correta de obrigação acessória.

Aduz que a instituição do SPED - Sistema Público de Escrituração Digital (Decreto 6.022/2007) teve por interesse a integração entre os fiscos Federal, Estadual e Municipal, racionalizando as obrigações acessórias, tornando mais célere a identificação de ilícitos fiscais. Por esta razão, a própria Constituição Federal foi alterada, tendo sido introduzido o inciso XXII do art. 37, determinando que às administrações tributárias da União, dos Estados e dos Municípios atuem de forma integrada, inclusive com compartilhamento de cadastros e de informações fiscais.

Acrescenta que a legislação prevê a retificação da EFD, veja-se:

Retificação da EFD-ICMS/IPI - GT 48/Cotepe padroniza procedimento

Com a publicação do Ajuste Sinief 11/2012, que define regras padronizadas em todo o território nacional para a RETIFICAÇÃO DA EFD-ICMS/IPI, a partir de agora, o procedimento deve ser o seguinte:

1.EFD-ICMS/IPI de mês de referência janeiro de 2009 a dezembro de 2012 pode ser retificada, sem autorização, até 30 de abril de 2013;

2.EFD-ICMS/IPI de mês de referência janeiro de 2013 em diante, pode ser retificada, sem autorização, até o último dia do terceiro mês subsequente ao encerramento do mês da apuração (Ex.: Janeiro de 2013 pode ser retificado até 30 de abril de 2013);

3.Cumpridos estes prazos, retificações somente serão possíveis com autorização, de acordo com o que determina o referido Ajuste.

AJUSTE SINIEF 2, DE 3 DE ABRIL DE 2009

DOU de 08.04.2009 - Retificação no DOU de 22.12.2010

Dispõe sobre a Escrituração Fiscal Digital - EFD.

Cláusula décima terceira O contribuinte poderá retificar a EFD:

I - até o prazo de que trata a cláusula décima segunda, independentemente de autorização da administração tributária;

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 saneá-la por meio de lançamentos corretivos.

Frisa que o RICMS/BA prevê a retificação, v.g.:

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

Assegura que se tivesse sido informada, quando da abertura da fiscalização, da ausência de tais registros, poderia ter retificado.

Desta forma, requer que, revendo o lançamento efetuado, o julgador determinar a retificação, com aplicação, quando muito, de multa condizente com a intensidade da falta.

Destaca ausência de qualquer repercussão no valor do tributo (ICMS), pela ausência do lançamento das algumas notas de remessa e de retorno de armazenagem, que não são tributadas pelo ICMS.

Reconhece que no período de 01 a 08/2015 algumas notas fiscais, de remessa e de retorno de armazenagem, deixaram de ser registradas na EFD, gerando multa de quase setecentos mil reais – desarrazoada/desproporcional/inconstitucional – devendo ser minorada para patamares razoáveis e condizentes com a intensidade da conduta.

Reitera a alegação de ausência de razoabilidade, proporcionalidade e moralidade da multa aplicada e do seu caráter eminentemente confiscatório e em afronta a propriedade, entendendo ser inconstitucional.

Aduz que a CF/88 determina que não pode o contribuinte, pessoa física ou jurídica, sofrer sanção tributária, mesmo a acessória, onde a exação fira estes princípios constitucionais, transcrevendo decisões de outros tribunais, solicitando a sua minoração à patamar condizente com a intensidade da conduta aqui descrita; não podendo ter como base de cálculo os valores das operações não tributadas, sob pena de permanecer arbitrária, desproporcional, confiscatória, desarrazoada e em afronta a propriedade e à moralidade.

Ao final, requer:

1) DECRETAR a NULIDADE e/ou a INSUBSTÂNCIA do Auto de Infração ora impugnado pela:

i) ausência de qualquer capitulação/enquadramento legal da suposta infração (violações aos artigos 2º, 18 inciso IV, 'a' e 39 do RPAF - Decreto 7.629/99);

ii) possibilidade de retificação da EFD (cláusula décima terceira do Ajuste Sinief 2/09 c/c art. 251 do RICMS/BA);

iii) ausência de motivação para a autuação, já que se trata de operação não tributada pelo ICMS, que não houve repercuze no recolhimento do tributo, não havendo dolo ou culpa (art. 3º, VI, 'c' da Lei 7.014/96).

ou, caso assim não entenda,

2) DECRETAR A NULIDADE E/OU INSUBSTÂNCIA total do auto de infração, em razão da afronta aos Princípios da Razoabilidade, Proporcionalidade, Não-Confisco, Propriedade e Moralidade, por não ser condizente com a intensidade da conduta, ou ainda, quando menos, minorar a aplicação de tal multa para patamares condizentes com a intensidade da conduta não considerando os valores das oeprações naõ tributadas, por se tratar de uma questão de inteira JUSTIÇA!

Os autuantes, em sua informação fiscal, fls. 73 e 74, salientaram que à infração está descrita no corpo do Auto de Infração e quantificada nos anexos, fls. 08 a 15 dos autos, e na informação que

o contribuinte teve conhecimento em 24/11/2015, mesma data do Termo de Início de Fiscalização, com prazo razoável para, em assim querendo, como assim o fez, apresentasse os documentos que dispunha para elidir a acusação fiscal, não podendo ser acolhida a preliminar de nulidade.

Quanto à tipificação do dispositivo infringido pelo autuado, entendem que o lançamento contém o enquadramento e a multa corretamente, fato que possibilitou ao contribuinte se defender dos fatos a ele imputados, caracterizado pela defesa apresentada.

Destacam que essa infração tem a natureza de multa formal por descumprimento de uma obrigação acessória, qual seja, o lançamento na Escrituração Fiscal Digital, que substitui os livros fiscais, conforme Convênio ICMS nº 143, de 15 de dezembro de 2006; Ato COTEPE/ICMS nº 09, de 18 de abril de 2008 e Regulamento do ICMS/12, não se discutindo a natureza da operação, se transferência, retorno ou outra qualquer, mas sim o descumprimento a uma obrigação acessória.

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de constitucionalidade quanto à multa aplicada, por entender o autuado ser confiscatória, afrontando os princípios constitucionais razoabilidade, proporcionalidade e apropriadade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não acolho a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infração imputada.

Além do mais, observo que os autuantes na lavratura do Auto de Infração obedeceu ao disposto no artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, além do Anexo do demonstrativo de débito, no qual, consta a tabela de redução de multa, tabela de correção dos acréscimos legais.

Especificamente em relação aos dispositivos indicados na autuação, cabe registrar que o Auto de Infração foi lavrado mediante Sistema Informatizado, previamente definido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia – SEFAZ, para a infração imputada, qual seja, o autuado deu entrada no seu estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor das operações, fundamentando a motivação da constituição do crédito tributário em lide.

A exigência fiscal constante do presente lançamento está fundamentada em expressa disposição legal e nos livros e documentos fiscais apresentados pelo autuado, sendo que a infração está estritamente baseada no RICMS/97, bem como na lei nº 7.014/96, não vislumbrando, deste modo, qualquer violação aos princípios da legalidade, da equidade, da segurança jurídica, da verdade material e da proporcionalidade. O Autuante faz o enquadramento citando de forma precisa o fundamento legal, art. 322 do RICMS/BA, logicamente, incluindo todos os incisos e parágrafos relativos ao citado artigo. Tal ocorrência não apresenta cerceamento ao direito de defesa do autuado, pois o art. 19 do RPAF/99, não deixa margens a quaisquer dúvidas de interpretação, conforme transcrevo abaixo:

"Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal."

Constatou que o Auto de Infração contempla as disposições previstas no RICMS/BA, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei nº 7.014/96, que fundamenta esse imposto; aponta o enquadramento da infração imputada ao Autuado; descreve devidamente a infração no campo próprio e identifica o infrator, assim como, apresenta os percentuais da multa aplicada. Diante do exposto, entendo que foram respeitadas as disposições contidas nos artigos 18, incisos II e IV, "a" e 39, inciso III do RPAF/99, pelo que rejeito as preliminares arguidas, considerando terem sido resguardados o direito de defesa e do amplo contraditório, além de não ter sido violado o princípio do devido processo legal.

Mais, ainda, os levantamentos que embasaram à infração apresentados através de mídia, conforme recebido firmado às folhas 21 e 22 dos autos, oferecem dados claros que possibilitam o exercício da ampla defesa.

Cabe ressaltar que os autuantes, antes da autuação, intimaram o autuado, fl. 07 dos autos, para apresentação de justificativas da empresa para o fato das notas fiscais listada não constaram da Escrituração Fiscal Digital, alertando que esse fato sujeita a aplicação de multa formal por descumprimento de obrigação acessória.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, é imputado ao sujeito passivo ter dado entrada no seu estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de 1% sobre o valor das operações, fundamentando a motivação da constituição do crédito tributário em lide.

Em sua defesa o sujeito passivo reconheceu, expressamente, que deixou de registrar diversas notas fiscais, entretanto alegou trata-se de operações de não tributáveis, referente remessa e retorno de armazenagem, não incluída na Escrituração Fiscal Digital – EFD, ressaltando a possibilidade retificação da referida escrituração prevista na legislação.

Entendo que a referida multa é legal conforme norma prevista no inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, não havendo qualquer ressalva quanto a origem, destinação ou natureza das operações quanto as mercadorias adquiridas. Assim, mesmo tratando-se de operações de remessa e retorno de armazenagem, encontra-se o contribuinte obrigado a realizar os registros fiscais respectivos.

Também entendo que à infração restou comprovada, conforme Demonstrativo às folhas 08 a 13 dos autos, onde constam todos os dados das Notas Fiscais Eletrônicas -NF-e, objeto da autuação, inclusive o números chave de cada nota, que é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF 07/05).

É obrigatório o uso do Documento Auxiliar da NF-e (DANFE), conforme estabelecido nos termos de Ajuste SINIEF, para acompanhar o trânsito das mercadorias ou facilitar a consulta dos documentos fiscais eletrônicos, e o DANFE somente poderá ser utilizado para transitar com as mercadorias após a concessão da Autorização de Uso. O DANFE é uma representação gráfica simplificada da Nota Fiscal Eletrônica, em papel comum e em via única. Conterá impressa, em destaque, a chave de acesso para consulta da NF-e na Internet, e um código de barras bidimensional que facilitará a captura e a confirmação de informações da NF-e pelas unidades fiscais. A mencionada chave de acesso da NF-e, permite ao detentor desse documento e ao contribuinte confirmar a efetiva existência da NF-e através do Ambiente Nacional (RFB) ou site da SEFAZ na internet.

Ao realizar o levantamento fiscal com base em Notas Fiscais Eletrônicas, nele devem ser identificadas as chaves de acesso para necessária consulta e, neste caso, existem elementos suficientes para confirmar a realização das operações em nome do Contribuinte, ficando caracterizado o cometimento da infração, por isso, não há necessidade da juntada aos autos de cópias do mencionado documento fiscal. As referidas notas fiscais provam que as mercadorias nelas especificadas circularam no território baiano tendo como endereço o estabelecimento destinatário.

À Escrituração Fiscal Digital – EFD constitui um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. A EFD substitui os seguintes livros: (i) Registro de Entradas; (ii) Registro de Saídas; (iii) Registro de Inventário; (iv) Registro de Apuração do ICMS; (v) documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.

Essa escrituração dos livros e documentos é comprovada no momento em que for emitido o recibo de entrega e, 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, e se consideram escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

No presente caso, restou comprovado, inclusive, reconhecido expressamente pelo sujeito passivo, que o mesmo deixou de escriturar diversas notas fiscais de entradas, tendo sido intimado, antes da ação fiscal, não comprovou ter realizado as correções devidas, nem antes da autuação e nem até o presente momento, ficando caracterizado que os mencionados arquivos estavam incorretos.

Devo registrar, que em meu entendimento, mesmo que houvesse comprovação nos autos que tenha sido realizada retificação das informações enviadas por meio dessa escrituração, se essa alteração tivesse sido realizada após a ação fiscal, seria devida a multa aplicada, conforme determina o inciso I do § 7º da Cláusula Décima Terceira do Ajuste SINIEF nº 02/09. Somente a retificação da EFD efetivada antes da ação fiscal, comprovaria a espontaneidade do contribuinte, o que impediria a aplicada da multa, específica, prevista para o descumprimento da obrigação acessória em lide.

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo às infrações por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, o autuado cometeu irregularidade, já relatada no presente acórdão. Assim, diante da infração claramente cometida, devidamente apurada e confirmada nesse voto, não há como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento das multas, por considerar não ser razoável que uma empresa de grande porte, como é o contribuinte autuado, deixe de escriturar diversas notas fiscais, em valores tão elevados, como os consignados na presente autuação.

Logo, restou comprovado que o sujeito passivo deixou de escriturar diversas notas fiscais na Escrituração Fiscal Digital, que substitui os livros fiscais, conforme Convênio ICMS nº 143, de 15 de dezembro de 2006, Ato COTEPE/ICMS nº 09, de 18 de abril de 2008 e Regulamento do ICMS/12,

relativas à mercadorias não sujeita a tributação, estando correto o procedimento da fiscalização, ao aplicar multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas, prevista no inciso XI do artigo 42, da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o presente auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **326297.0024/15-0**, lavrado contra **PETROX DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$676.919,81**, prevista no inciso XI do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR