

A. I. N° - 272041.0411/15-9
AUTUADO - YUCA COMÉRCIO AGROPECUÁRIO LTDA.
AUTUANTE - PAULO NOGUEIRA DA GAMA
ORIGEM - INFRAZ EUNAPÓLIS
PUBLICAÇÃO- INTERNET 17.02.2017

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0003-01/17

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVO MAGNÉTICO. NULIDADE. VÍCIOS MATERIAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. Nos termos da Instrução Normativa nº 55, de 22/10/2014, a multa de que trata a alínea "i" do inc. XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 somente é aplicável no caso em que o contribuinte entrega o arquivo magnético contendo "todos os registros" e, da análise dos dados e informações constantes dos referidos registros se apura inconsistências entre estas e os documentos fiscais do contribuinte. No caso de entrega do arquivo magnético com "omissão dos registros" cabe a aplicação da multa prevista na alínea "j" do inciso XIII-A do art. 42, cumulativamente à multa de R\$1.380,00. Considerando que o sujeito passivo apresentou arquivo magnético, exigido mediante intimação, com omissão dos Registros 50, 54, 60A, 60M, 60R, 74 e 75, a conduta infracional apurada diverge daquela autuada. Por não ser possível a esta JJF sanar o equívoco incorrido pela Fiscalização, este item da autuação é nulo. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Autuante acatou acertadamente as alegações defensivas atinentes às notas fiscais que efetivamente se encontravam já registradas na escrita fiscal, conforme comprovado pelo impugnante. Manteve a autuação quanto às notas fiscais cujas entradas de mercadorias no estabelecimento do autuado ocorreram sem o devido registro na escrita fiscal. Correta a indicação no Auto de Infração da multa de 1%, em face da nova redação do inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, efeitos a partir de 11/12/15, que passou a multa de 10% para 1%, 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. Consoante estabelece o art. 106 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966, a lei aplica-se a ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática. Infração parcialmente subsistente. b) MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Autuante acatou acertadamente as alegações defensivas

atinentes às notas fiscais que efetivamente se encontravam já registradas/canceladas. Manteve a autuação quanto às notas fiscais cujas entradas de mercadorias no estabelecimento do autuado ocorreram sem o devido registro na escrita fiscal. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/12/2015, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$268.420,75, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, nos meses de agosto a dezembro 2011, janeiro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013, sendo imposta multa no valor de R\$266.733,46;
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, julho a dezembro de 2014, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.579,41, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias;
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março, abril, junho a agosto, outubro a dezembro de 2014, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$107,88, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias.

O autuado, por intermédio de advogada legalmente constituída, apresentou defesa (fls.21 a 42). Registra, inicialmente, o pedido de que todas as intimações futuras sejam expedidas para o endereço da procuradora do autuado, Bruna Pereira das Posses, OAB/ES 23.556, com escritório profissional localizado na Rua Santo Antonio, 327, São Francisco, Cariacica-ES, CEP: 29.145-498 ou para o endereço eletrônico *bruna@pereirapossesadv.com*, sob pena de serem consideradas nulas. Discorre sobre a autuação, reproduzindo as infrações que lhe foram imputadas. Sustenta que o Auto de Infração encontra-se eivado de nulidade e via de consequência insubsistente, devendo, por este motivo ser declarado nulo.

Reporta-se sobre a infração 1. Consigna que seria o não fornecimento de informações de arquivos magnéticos exigidos pela legislação tributária, omitindo-se operações ou prestações, sendo que tal conduta, segundo consta no próprio Auto de Infração, encontra-se nos artigos 259 e 261, do RICMS, Decreto nº 13.780/2012. Transcreve a redação dos referidos artigos. Observa que para ausência de cumprimento de tal determinação legal, aplica-se a multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei 7.014/96, alterada pela Lei 10.847/07, cujo texto transcreve.

Salienta que pela descrição contida no Auto de Infração teria sido autuado por, ser usuário de SPED e deixar de enviar arquivo eletrônico referente à Secretaria de Estado da Fazenda da Bahia. Assevera que não houve descumprimento das normas tributárias estaduais vigentes.

Tece explicações sobre o Sistema Público de Escrituração Digital- SPED. Observa que os arquivos da EFD devem ser enviados mensalmente, e devem apresentar informações relativas a um mês civil ou fração correspondente, sendo que no Estado da Bahia, os contribuintes devem enviar o EFD até o dia 25 de cada mês subsequente ao fato gerador. Acrescenta que é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS, de acordo com o montante referente às operações e prestações sujeitas ao referido imposto no ano imediatamente anterior.

Assinala que somente passou a ser obrigado ao envio de arquivos magnéticos SPED – EFD em 01/01/2014, por possuir faturamento auferido no ano imediatamente anterior inferior a R\$3.600.000,00.

Afirma que, considerando que o período fiscalizado fora de 30/08/2011 a 31/12/2013, não possuía obrigação legal de envio dos referidos arquivos, portanto, não descumpriu o artigo legal mencionado no Auto de Infração, tratando-se de equívoco incorrido pelo autuante.

Frisa que, fora o exposto nas linhas acima, este é o primeiro motivo que levará a declaração de nulidade do Auto de Infração, todavia, outras inconsistências existem.

Diz que o segundo ponto é o enquadramento de artigos revogados. Alega que fora enquadrado pelo descumprimento no disposto nos artigos 686 e 708-B do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, contudo, não observou o autuante que o Decreto nº 6.287/97, foi revogado sendo impossível sua exigibilidade. Neste sentido, reproduz o artigo 494 do Decreto nº 13.780/12.

Assevera que, assim sendo, torna-se impossível o enquadramento pelo descumprimento dos artigos 686 e 708-B do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, razão pela qual deve ser declarada nula a autuação, pelo descumprimento dos artigos legais supramencionados que se encontram revogados.

No que concerne à infração 2, afirma que as Notas Fiscais nºs 22568, 14856, 23472, 100, 23473, 31216, 335, 3863, 34527, 495, 4005, 3172, 15647, 959857, 729 foram devidamente lançadas ou canceladas, conforme tabela que apresenta. Alega que do total apurado como base de cálculo de R\$157.940,00 o valor equivocado apurado pelo autuante importa em R\$108.853,88.

Sustenta que considerando o notório erro cometido na apuração da base de cálculo para aplicação da multa por omissão de registro, deve ser declarado nulo o montante devido exigido neste item da autuação.

Relativamente à infração 3, assevera que as Notas Fiscais nºs 2155, 106, 78525, 5979, 944, 146, 82445, 2307, 2727, 3001, 5442, 2011, 2029, 3282, 3213, 14047, foram ou canceladas ou devidamente lançadas nos livros fiscais pertinentes, conforme tabela que apresenta. Alega que do total apurado como base de cálculo de R\$10.788,00 o valor equivocado apurado pelo autuante importa em R\$8.113,43, sendo o valor para base de cálculo R\$2.674,57.

Afirma que, assim sendo, ante ao flagrante erro na base de cálculo da infração deve ser declarado nulo o montante devido neste item da autuação.

Reporta-se sobre os requisitos que devem conter o ato administrativo para sua validade. Neste sentido, invoca ensinamento de Hely Lopes Meirelles, ou seja: *a) competência; b) objeto; c) forma; d) motivo; e) finalidade*. Apresenta análise de cada requisito, para, segundo diz, demonstrar as nulidades presentes no Auto de Infração.

Afirma que os requisitos de *competência, objeto e forma*, encontram-se presente no Auto de Infração, todavia, estão ausentes o *motivo* e a *finalidade*.

Registra que o requisito *motivo*, discricionário, ou seja, não arbitra qualquer margem ao agente público, é a situação de fato e o fundamento jurídico que autorizam a prática do ato. No caso em apreço a infração 1 ocorreu, tendo em vista ao suposto descumprimento da legislação, todavia, como apontado não houve ofensa à legislação. Alega que no período fiscalizado não tinha a obrigatoriedade de envio dos arquivos magnéticos SPEDs determinados pelo artigo 259 do RICMS atual do Estado da Bahia, portanto, não há qualquer motivo para sua autuação. Remete também, a todos os equívocos cometidos na apuração da base de calculo para as infrações 2 e 3. Ressalta que ausente o requisito motivo, deve ser anulado o Auto de Infração.

Quanto ao requisito *finalidade*, observa que o objetivo é de interesse público pretendido com a prática do ato. Sempre que o ato for praticado visando à defesa de interesse alheio ao interesse público, será nulo por desvio de finalidade. Indaga qual o interesse público em lhe autuar por não envio de arquivo a qual não era obrigado ou por descumprimento de um decreto revogado. Afirma que não há qualquer interesse público envolvido, deste modo, tem-se a nulidade absoluta

do ato administrativo sancionatório praticado em seu desfavor.

Conclui que por tais razões, bem como por todas as inconsistências apresentadas requer a anulação do Auto de Infração.

Prosseguindo, consigna que outra questão arguida diz respeito ao cerceamento na utilização do prazo de 05 (cinco) dias para envio dos arquivos magnéticos, previsto pelo artigo 261 do RICMS em vigor. Observa que nos documentos anexos, no prazo concedido o agente fiscalizador solicitou inúmeros documentos, apontando diversas supostas irregularidade, que como demonstrado ao fisco não existiam. Todavia, para levantar todas as notas apontadas ocorreu demanda extraordinária de tempo, levando com que não houvesse tempo suficiente para averiguação da suposta omissão quanto ao envio de arquivos magnéticos.

Registra que, desse modo, considerando o princípio da eventualidade, que rege não só os processos judiciais, mas também os administrativos, requer que, caso não sejam acolhidas as teses apresentadas, seja considerada válida a correção realizada.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- a procedência da impugnação apresentada;
- que seja declarado nulo o Auto de Infração;
- que, caso não acatada a nulidade arguida, seja realizada a retificação na base de cálculo das infrações 2 e 3;
- que seja reaberto o prazo de que trata o art. 261 do RICMS, para que tenha direito ao envio dos arquivos que são exigidos pelo autuante, considerando como válida a retificação já realizada.

O autuante prestou Informação Fiscal (fl. 112). Consigna que discorda das alegações do autuado, salvo em relação às Notas Fiscais eletrônicas canceladas e comprovadas. Registra que refez as planilhas de 2014 e as anexou aos autos. Quanto à infração 1, diz que não se cogita lançamento em livros fiscais, uma vez que o EFD já os contém e, portanto, estão dispensados, menos o Termo de Ocorrências. Contudo o contribuinte alega questões de direito sem, contudo abordar questão objetiva da autuação. Antes de começar a Auditoria, o sistema SEFAZ-BA já indicava a obrigatoriedade do EFD a partir de 01/01/2014. Afirma que não há novidade quanto a essa obrigatoriedade.

O autuado se manifestou (fls.118 a 132). Consigna que o autuante deu parcial provimento as suas alegações concordando com as alegações atinentes as “notas fiscais eletrônicas canceladas e comprovadas.”

No que tange à infração 1, reproduz o pronunciamento do autuante. Diz que analisando as palavras do autuante, percebe-se que elas são contraditórias com relação ao que a defesa alega, e em parte afirma o que nela esta se alegando, mas a indefere. Alega que, além disso, existem pontos que deixaram de ser mencionados, tonando a informação fiscal além de contraditória, omissa.

Salienta que na defesa fora consignado que somente não foram entregues os arquivos solicitados pelo autuante, tendo em vista a ausência de obrigatoriedade legal para tanto. Observa que a conduta , segundo consta no Auto de Infração, encontra-se nos artigos 259 e 261, do RICMS, Decreto nº 13.780/2012. Acrescenta que, para ausência de cumprimento de tal determinação legal, aplica-se a multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “i”, da Lei 7.014/96, alterada pela Lei 10.847/07.

Alega que, pela descrição contida no Auto de Infração, a autuação teria sido por ser usuário de SPED e deixar de enviar arquivo eletrônico referente à Secretaria de Estado da Fazenda da Bahia. Afirma que, no entanto, não houve descumprimento das normas tributárias estaduais vigentes. Discorre sobre o Sistema Público de Escrituração Digital- SPED, repetindo o que dissera na defesa vestibular. Reafirma que somente passou a ser obrigado o envio de arquivos magnéticos SPED – EFD em 01/01/2014, por possuir faturamento auferido no ano imediatamente anterior inferior a R\$ 3.600.000,00. Ressalta que o próprio autuante reconheceu que somente haveria

obrigatoriedade de envio dos arquivos a partir de 2014 ao dizer: “*Ante de começar a Auditoria, o sistema SEFAZ-BA, já indicava a obrigatoriedade do EFD a partir de 01/01/2014. Não há novidade quanto a essa obrigatoriedade.*”

Diz que é cediço que não há obrigatoriedade quanto aos envios a partir de 01/01/2014, no entanto, o período fiscalizado fora de 30/08/2011 a 31/12/2013, percebendo-se que não tinha obrigação legal de envio dos referidos arquivos.

Conclui que, assim sendo, não ocorreu o descumprimento do artigo legal mencionado no Auto de Infração, tendo o autuante incorrido em equívoco, razão pela qual requer a anulação do Auto de Infração.

Prosseguindo, alega enquadramento de artigos legais revogados. Aduz que no Auto de Infração consta a data de 31/03/2012, sendo enquadrado pelo descumprimento no disposto nos artigos 686 e 708-B do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Alega que o autuante não observou que o Decreto nº 6.287/97, fora revogado sendo impossível sua exigibilidade, consoante o art. 494 do Decreto nº 13.780/12. Salienta que o autuante sequer se manifestou sobre esta tese defensiva.

Conclui que pela notória legibilidade deve ser declarada nula a autuação pelo descumprimento dos referidos artigos, uma vez que estes já se encontram revogados.

Continuando, aduz quanto à possibilidade de redução ou cancelamento da multa imposta, em face de ausência de dolo, fraude ou simulação, e recolhimento integral do tributo.

Consigna que consta na impugnação apresentada bem como nas razões adicionadas por meio da manifestação razões suficientes para anulação do Auto de Infração em lide. Contudo, diz que, malgrado todo o exposto, caso este CONSEF decida por julgar procedente o Auto de Infração, requer que seja aplicado o benefício contido no § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96 alterada pela Lei 10.847/072.

Pondera que o arquivo exigido pelo autuante se constitui em um arquivo digital, com conjunto de informações referentes às operações, de prestação de serviços e apuração de impostos dos contribuintes. Observa que, para que o arquivo EFD seja enviado por completo é necessário que se envie vários sub arquivos, dentre eles os arquivos conhecidos como “50” e “54”. Registra que o arquivo 50 contém os valores das notas fiscais emitidas pela empresa, e o arquivo 54, destrincha todos os itens contidos naquelas notas.

Assinala que o arquivo 50 fora devidamente enviado, ou seja, todas as transações efetuadas pela empresa foram devidamente informadas ao Fisco, inexistindo omissão quanto a informação, conforme, segundo, diz, comprava com a anexação do livro fiscal da empresa. Acrescenta que se deixou de enviar o arquivo do detalhamento dos itens contidos nas notas. Alega que tal fato ocorreu somente por incompatibilidade do sistema da empresa com o sistema do SEFAZ-BA, além da ausência de obrigatoriedade legal. Destaca que houve o recolhimento de todos os tributos referentes ao período fiscalizado.

Diante disso, pugna pelo cancelamento da multa imposta, ou ante a esta impossibilidade, pela redução, uma vez que não há no caso em vertente dolo, fraude ou simulação pelo descumprimento parcial da obrigação acessória, já que o arquivo 50 fora enviado, e apenas o arquivo 54 que não, bem como houve o integral recolhimento dos tributos devidos.

Finaliza a manifestação requerendo a nulidade do Auto de Infração. Requer, ainda, caso não seja anulado o Auto de Infração, que seja aplicado o disposto no § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96 alterada pela Lei 10.847/07, uma vez que estão presentes os requisitos legais. Requer, por fim, que o autuante seja intimado a manifestar-se sobre os pontos aos quais foi omissa.

O autuante se pronunciou (fl.226). Diz que o autuado alega que não estaria obrigado a entregar o SPED nos anos de 2011, 2012 e 2013. Afirma que em momento algum isso foi requerido pelo autuado. Registra que anexou quais arquivos são obrigados para cada ano, conforme relatório. Concorda com a alegação defensiva de ser de 1% o limite da autuação referente às respectivas saídas mensais. Registra que refez os cálculos e anexou aos autos. Observa que na infração 2 o

SEAI não colocou a multa fixa correta de 10%. Registra que anexou planilha com os valores corretos para esta infração a fl. 113 dos autos.

O autuado se manifestou (fls.257 a 272). Alega que o autuante não se atreve aos termos narrados tanto na primeira defesa, quanto na segunda manifestação. Reitera que o Auto de Infração deve ser anulado e as informações do autuante reformadas.

Observa que o próprio autuante reconhece que somente haveria obrigatoriedade de envio dos arquivos a partir de 01/01/2014. Reafirma a nulidade do Auto de Infração.

Acrescenta que, na impugnação apresentada bem como nas razões adicionadas por meio da manifestação constam razões suficientes para anulação do Auto de Infração, todavia, malgrado todo o exposto, caso este CONSEF decida por julgar procedente o Auto de Infração, requer que seja aplicado o benefício contido no § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96. Neste sentido, pondera que o arquivo exigido pelo autuante, conforme já explicado Escrituração Fiscal Digital - EFD, que é um dos subprojetos do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, e constitui-se em um arquivo digital, com conjunto de informações referentes às operações, de prestação de serviços e apuração de impostos dos contribuintes.

Observa que, para que o arquivo EFD seja enviado por completo é necessário que se envie vários “sub arquivos,” dentre eles os arquivos conhecidos como “50” e “54”. Registra que o arquivo 50 contém os valores das notas fiscais emitidas pela empresa, e o arquivo 54, destrincha todos os itens contidos naquelas notas. Aduz que o arquivo 50, conforme percebe-se fora devidamente enviado, ou seja, todas as transações efetuadas pela empresa foram devidamente informadas ao Fisco, não havendo omissão quanto à informação, conforme comprova com a anexação do livro fiscal. Ressalta que deixou de enviar o detalhamento dos itens contidos nas notas fiscais.

Alega que tal fato ocorreu somente por incompatibilidade do sistema da empresa com o sistema do SEFAZ-BA, além da ausência de obrigatoriedade legal. Adverte que houve o recolhimento de todos os tributos referentes ao período fiscalizado.

Diante disso, pugna pelo cancelamento da multa imposta, ou ante a esta impossibilidade, pela sua redução, uma vez que não há no caso em vertente dolo, fraude ou simulação pelo descumprimento parcial da obrigação acessória, haja vista que o arquivo 50 fora enviado, somente o 54 que não, bem como houve o integral recolhimento dos tributos devidos.

Finaliza a manifestação requerendo:

- que seja determinado que o autuante se manifeste sobre todos os pontos arguidos na defesa, bem como nas manifestações, explicando por quais razões jurídicas denega razão as alegações defensivas;
- que seja declarado nulo o Auto de Infração;
- que, caso não seja anulado o Auto de Infração, seja aplicado o disposto no § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96, uma vez que estão presentes os requisitos legais;

O autuante se pronunciou (fl. 274). Afirma que o autuado nada acrescenta de novo ao PAF.

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de três infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado. A infração 1 diz respeito ao fornecimento de informações através de arquivo magnético exigido na legislação tributária, requerido mediante intimação, com omissão de operações ou prestações. As infrações 2 e 3 tratam de entrada de mercadorias no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal.

Inicialmente, no que tange à infração 1, verifico que o autuado foi intimado para apresentação dos arquivos magnéticos, referentes ao período de 03/02/2011 a 31/12/2014, conforme intimação emitida pelo autuante, acostada a fl. 08 dos autos.

Ocorreu que, por ter o autuado apresentado os referidos arquivos magnéticos com falta dos registros 50, 54, 60A, 60M, 60R, 74 e 75, o autuante emitiu mais três intimações, a fim de que o autuado apresentasse os referidos arquivos, concedendo-lhe em cada intimação o prazo de cinco dias para atendimento.

Como o autuado não apresentou os arquivos com os registros exigidos na intimação, o autuante efetuou o lançamento impondo a multa prevista na alínea “i” do inc. XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, no caso 5% das operações omitidas limitada a 1% do valor das operações de saídas de cada período, conforme consignado no Auto de Infração.

Ocorre que, conforme o entendimento prevalecente neste CONSEF, posteriormente confirmado pela Instrução Normativa nº 55, de 22/10/2014, a multa de que trata a alínea “i” do inc. XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 somente é aplicável no caso em que o contribuinte entrega os arquivos magnéticos contendo todos os tipos de Registros.

A referida Instrução Normativa 55/2014 dispõe no seu item 3 o seguinte:

[...]

3 – A multa de 5% de que trata a alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 deverá ser aplicada ao contribuinte que entregar, no prazo regulamentar ou após ter sido intimado, o arquivo eletrônico com todos os TIPOS DE REGISTRO e desde que sejam observadas a existência de inconsistências, sendo que:

Vê-se da leitura do item 3, acima reproduzido, que a multa prevista na alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/96, somente é aplicável quando o contribuinte entregar, no prazo regulamentar ou após ter sido intimado, o arquivo eletrônico com todos os TIPOS DE REGISTRO e desde que sejam observadas a existência de inconsistências.

No presente caso, conforme as próprias intimações emitidas pelo autuante, o autuado entregou o arquivo eletrônico com omissão dos Registros 50, 54, 60A, 60M, 60R, 74 e 75, portanto, não apresentou “todos os TIPOS DE REGISTRO” para que pudesse ser aplicada a multa estabelecida na alínea “i” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei 7.014/96, conforme consignado no Auto de Infração.

Na realidade, o item 2 da mencionada Instrução Normativa 55/2014 dispõe que:

2 – A multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, prevista também na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42, deve ser aplicada cumulativamente à multa de R\$ 1.380,00, quando o contribuinte que deixou de entregar o arquivo eletrônico ou entregou em desconformidade com a legislação, não atender a intimação subsequente para apresentação do mesmo ou atender sem a inclusão de todos os tipos de registros a que estava obrigado, sendo que:

Portanto, em conformidade com a orientação do item 2 da referida Instrução Normativa, a entrega de arquivo eletrônico sem a inclusão de “**todos os tipos de registros**” impõe a aplicação da multa prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42, cumulativamente à multa de R\$1.380,00.

Cumpre consignar que, apesar de a Instrução Normativa nº 55 ter sido editada em 22/10/14, portanto, em data posterior à lavratura do Auto de Infração, por se tratar de norma procedural é aplicável ao caso em exame.

Assim sendo, considerando que o sujeito passivo apresentou arquivo eletrônico, exigido mediante intimação, com omissão dos Registros 50, 54, 60A, 60M, 60R, 74 e 75, a conduta infracional apurada pela Fiscalização diverge daquela descrita no lançamento.

Diante disso, por não ser possível a esta Junta de Julgamento Fiscal sanar o equívoco incorrido pela Fiscalização, inclusive mediante a realização de diligência, item da autuação é nulo, por inobservância do devido processo legal. Infração nula.

Recomendo a autoridade fazendária competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/99, observado o prazo decadencial para formalização da exigência do crédito tributário.

No que concerne à infração 2 - *Deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal* -, observo que diz respeito ao descumprimento de obrigação acessória, sendo imposta multa no valor de R\$1.579,41, correspondente a 1% do valor comercial das mercadorias.

Na defesa apresentada o autuado alega que as Notas Fiscais nºs 22568, 14856, 23472, 100, 23473, 31216, 335, 3863, 34527, 495, 4005, 3172, 15647, 959857, 729 foram devidamente lançadas ou canceladas, conforme tabela que apresenta. Alega que do total apurado como base de cálculo de R\$157.940,00 o valor equivocado apurado pelo autuante importa em R\$108.853,88.

Em face disso, alega que considerando o notório erro cometido na apuração da base de cálculo para aplicação da multa por omissão de registro, deve ser declarado nulo o montante devido exigido neste item da autuação.

Certamente que a nulidade pretendida pelo autuado quanto a esta infração não pode prosperar. O aduzido erro da base de cálculo, na realidade, não existiu. O autuante aplicou a multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais arroladas neste item da autuação. Portanto, agiu em conformidade com a legislação do ICMS do Estado da Bahia, no caso Lei nº 7.014/96 e RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida.

No mérito, observo que na Informação Fiscal o autuante acatou as alegações defensivas atinentes às Notas Fiscais eletrônicas canceladas e comprovadas. Refez os cálculos, aplicando o percentual de 10% sobre o valor da base de cálculo, o que resultou no valor da multa de R\$11.056,59, conforme nova planilha que elaborou acostada à fl. 113 dos autos.

Observou o autuante que, nesta infração 2, o Sistema de Emissão de Auto de Infração (SEAI) não colocou a multa fixa correta de 10%. Esclareceu que anexou planilha com os valores corretos para esta infração à fl. 113 dos autos.

Na realidade, o Auto de Infração em exame foi emitido corretamente pelo SEAI ao indicar a multa de 1% e não de 10%, conforme pretendido pelo autuante.

Isso porque, a redação do inciso IX do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, alterada pela Lei nº 13.461, de 10/12/15, DOE de 11/12/15, com efeitos a partir de 11/12/15, passou a multa de 10% para 1%, 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.

Considerando que nos termos do art. 106 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172/1966, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, a indicação da multa de 1% se apresenta correta. Vale consignar que, caso o Auto de Infração tivesse a indicação da multa de 10%, este órgão julgador necessariamente teria que reduzir para 1%, em face do que determina a lei.

Cabe fazer um registro, a título de esclarecimento, que na Informação Fiscal o valor exigido com aplicação da multa de 10% passou para R\$11.056,59, quando o valor originariamente lançado foi de R\$1.579,41. Portanto, havendo um agravamento da infração, o que não é permitido no mesmo lançamento, em respeito ao devido processo legal e direito de ampla defesa do contribuinte.

Diante disso, com aplicação da multa de 1% sobre os valores mantidos pelo autuante na Informação Fiscal – planilha de fl. 113 - este item da autuação é parcialmente subsistente no valor de R\$1.105,65. Infração parcialmente subsistente.

Quanto à infração 3, alega o autuado que as Notas Fiscais nºs 2155, 106, 78525, 5979, 944, 146, 82445, 2307, 2727, 3001, 5442, 2011, 2029, 3282, 3213, 14047, foram ou canceladas ou devidamente lançadas nos livros fiscais pertinentes, conforme tabela que apresenta. Alega que do total apurado como base de cálculo de R\$10.788,00 o valor equivocado apurado pelo autuante importa em R\$8.113,43, sendo o valor para base de cálculo R\$2.674,57. Afirma que, assim sendo, ante ao flagrante erro na base de cálculo da infração deve ser declarado nulo o montante devido neste item da autuação.

Com relação à nulidade, cabe aqui repetir o que foi dito na análise da infração 2, ou seja, o aduzido erro da base de cálculo, na realidade, não existiu. O autuante aplicou a multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais arroladas neste item da

autuação. Portanto, agiu em conformidade com a legislação do ICMS do Estado da Bahia, no caso Lei nº 7.014/96 e RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida.

No mérito verifico que o autuante acertadamente acatou os argumentos defensivos atinentes às notas fiscais escrituradas/canceladas comprovadas. Refez os cálculos, o que resultou na redução do valor exigido para R\$27,96, conforme planilha que elaborou acostada à fl. 114 dos autos. Infração parcialmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 272041.0411/15-9, lavrado contra **YUCA COMÉRCIO AGROPECUÁRIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$1.133,61**, previstas no art. 42, IX, XI, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR