

A. I. N° - 281318.3002/16-8
AUTUADO - ACQUA PRODUCTS S.A
AUTUANTE - JOÃO CARLOS MEDRADO SAMPAIO
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTONIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 11.09.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0158-04/17

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. A fiscalização foi feita através dos dados contidos na Escrituração Fiscal Digital-EFD. No exercício de 2012 não ficou comprovado nos autos que a mesma foi transmitida ao Sistema Público de Escrituração fiscal Digital, não sendo possível confirmar a falta de escrituração de documentos fiscais indicada pelo Fisco naquele exercício. Excluídas as exigências relativas ao exercício de 2012. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/06/2016 exige ICMS no valor de R\$73.005,26, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

Infração 01 - 16.01.01- Deu entrada no estabelecimento de mercadorias tributadas sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março, abril, maio, agosto e novembro de 2012, janeiro a março, maio, julho, outubro a dezembro de 2013, fevereiro a abril, junho, julho, setembro a novembro de 2014, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$25.889,54, correspondente a 1% do valor das mercadorias;

Infração 02 - 16.01.02- Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributadas sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março a novembro de 2012, janeiro, maio, setembro a novembro de 2013, janeiro a março, maio a julho outubro a dezembro de 2014, a dezembro de 2014, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$47.115,72, correspondente a 1% do valor das mercadorias;

O autuado através do seu representante legal apresenta impugnação contra o referido lançamento, às fls.20 a 28, em sua totalidade. Transcreve o teor das infrações e os dispositivos legais infringidos e assevera ser totalmente nulo ou improcedente o Auto de infração, por ter sido o mesmo lançado com base em legislação já revogada pelo art. 494 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, ou seja: o fundamento legal utilizado para autuar a ora Impugnante não mais tem validade desde 31.03.2012 e, sendo o período fiscalizado posterior a tal lançamento, o Auto de Infração em comento é nulo/improcedente de pleno de direito.

Assevera que nos termos do art. 144, do CTN, o lançamento deve reporta-se à data da ocorrência do fato gerador e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada. Nestes termos, pois, a legislação tributária é ultrativa, é ela que rege as obrigações ocorridas durante a sua vigência e será ela a lei aplicada, mesmo que, no momento de sua aplicação, não mais esteja vigente.

Esclarece que na presente autuação a Fiscalização nada mais fez do que incidir ao período fiscalizado - 30.03.2012 a 31.12.2014 - a regra prevista no art. 322, incisos e parágrafos, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Todavia, reitere-se, essa legislação já havia sido revogada desde 31.03.2012 pelo art. 494 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, o que vale dizer que a autuação baseou-se em legislação revogada, violando-se, por conseguinte, direta e literalmente, os termos do art. 144, do CTN.

Pondera ainda que houve evidente cerceamento do direito de defesa, na medida em que o Auto de Infração ora impugnado foi lavrado sem qualquer suporte fático, já que o agente administrativo sequer requisitou documentação fiscal e nem pediu esclarecimentos à ora Impugnante. Assim, o procedimento adotado pela fiscalização e que gerou a presente autuação é absolutamente nulo por violar a regra prevista no art. 123, da Lei Estadual nº 3.956/1981, cujo teor transcreveu.

Diz que assim procedendo, a fiscalização, sem sequer analisar a escrita fiscal e nem intimá-la para prestar esclarecimentos e/ou exhibir elementos, a fiscalização, de fato e de direito, não lhe oportunizou à provar que **não** ocorreu qualquer entrada no estabelecimento de mercadorias, bem e/ou serviços sujeitos a tributação sem o registro na escrita fiscal e mercadorias não tributáveis sem o registro na escrita fiscal. Neste sentido sustenta que o Auto de Infração é absolutamente nulo.

No mérito, destaca que sua obrigatoriedade à Escrituração Fiscal Digital - EFD, transmitida pelo Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) instituído pelo Decreto Federal nº 6.022/07, iniciou-se a partir de 01.01.2013, haja vista que auferiu faturamento no ano imediatamente anterior em valor igual ou superior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) e inferior a R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

Diz que durante todo o ano de 2012 não estava obrigada à Escrituração Fiscal Digital - EFD, transmitida pelo Sistema Público de Escrituração Digital (SPED). Anexa fotocópias de seus livros fiscais demonstrando que todas as mercadorias suscitadas pela Fiscalização tiverem, de fato, registro na escrita fiscal.

Em relação aos anos de 2013 e 2014, quando já estava obrigada à Escrituração Fiscal Digital - EFD, transmitida pelo Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), demonstra que não houve qualquer falta de registro na escrita fiscal. Cita, por exemplo, a nota fiscal lançada em 30/01/2014 no valor de R\$545.889,60, que está devidamente escriturada.

Acrescenta que foram lançadas na autuação notas fiscais canceladas pelo próprio emissor, gerando dupla partida, e que, por essa condição, efetivamente não deviam, obviamente, ser escrituradas, conforme fotocópias de notas fiscais, que diz anexar.

Finaliza solicitando a nulidade do Auto de Infração, com fundamento no art. 128, inciso I, da Lei Estadual nº 3.956/1981, ou Improcedência do lançamento declarando- inexigíveis o créditos lançados ou, na pior das hipóteses, retirada da base de cálculo todas as notas fiscais lançadas que foram e estão escrituradas, as lançadas em duplicidade e aquelas que foram canceladas por quem de direito.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal à fl. 34 trouxe os seguintes esclarecimentos:

- 1) *O autuado em sua defesa, demonstrando assombroso desconhecimento da legislação a que está obrigado, alega a “revogação” do Dec. 6284/97 (RICMS/97), ignorando que conforme detalhado no Auto de Infração em epígrafe, somente a as autuações anteriores a 1º. de abril de 2012 regem-se por aquela norma regulamentar, tendo em vista que a partir desta data vigora o Dec. 13.780/12 (RICMS/12), períodos aliás devidamente separados no Auto de Infração.*
- 2) *Não obstante estar devidamente informado da ação fiscal, conforme demonstrado na intimação vide fl. 14, e dos levantamentos detalhados vide fls, 5 a 13 deste PAF, alega o*

atuado que houve “cerceamento de defesa”, pois não houve “requisição de documentação fiscal”. Mais uma vez demonstra o atuado cabal desconhecimento da legislação que como contribuinte, obrigou-se a cumprir e conhecer. Todas as informações necessárias à autuação estão presentes nos bancos de dados de Notas Fiscais Eletrônicas e dos Registros de Escrituração Fiscal Digital e Sintegra, dispensando, como seria notório saber, documentação física.

Finaliza dizendo que o atuado não apresenta qualquer prova documental das razões alegadas. O processo foi convertido em diligência para que o atuante tomasse as seguintes providências:

- a) no período em que o contribuinte não estava a EFD intimasse o mesmo a comprovar a escrituração das notas fiscais no livro físico, já obrigado a apresentar que se trata de contribuinte que recolhe o imposto pelo regime normal de apuração, devendo excluir do levantamento fiscal as que estiverem devidamente registradas;
- b) No período em que estava obrigado a apresentar a EFD, solicitasse a comprovação das notas fiscais canceladas e as não recebidas, inclusive, apresentando o registro das ocorrências no ambiente de Nota Fiscal Eletrônica, excluindo o que comprovado.

Foi recomendado ainda que a Informação Fiscal atendesse o determinado no § 6º do art. 127 do RPAF/BA.

O atuante à fl. 40 informa que o contribuinte foi regularmente intimado em 05/05/2017, tendo tomado ciência em 23/05/2017, porém, decorrido o prazo regulamentar de 10 dias não se pronunciou.

VOTO

Em sua impugnação, o sujeito passivo suscitou a nulidade do auto de infração com base nas seguintes alegações: (i) foi apontado no Auto de Infração dispositivo legal revogado, o art. 322 do RAICMS desde 31/03/2012; (ii) a fiscalização não requisitou documento fiscal nem solicitou esclarecimentos necessários para o deslinde da questão.

Não há como acolher o pedido de nulidade apresentado pelo atuado, tendo em vista o seguinte:

Os fatos geradores do presente lançamento englobam o período compreendido entre 30/03/2012 a 31/12/2014. No Auto de Infração foi indicado além do art. 322, o qual teve eficácia até 30/03/2012, os artigos 217 e 247, que passou a vigorar em 01/04/2012, por força do Decreto 13.780/2012. Portanto, foram indicados corretamente os dispositivos do RICMS vigentes à época dos fatos geradores, e segundo o artigo 19 do RPAF/99, *“a indicação de dispositivo regulamentar equivale à 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”*;

No que diz respeito ao argumento de que a fiscalização não requisitou documento fiscal nem solicitou esclarecimentos necessários para o deslinde da questão verifico que foi anexada à fl. 14 cópia de Intimação para apresentação de Livros e Documentos e/ ou prestação de informações enviado via Domicílio Tributário Eletônico-DTE, com data de ciência em 11/04/2016, onde foi comunicado ao contribuinte que o mesmo se encontrava sob ação fiscal, cumprindo o disposto no art. 28 do RPAF/BA que a seguir transcrevo:

“Art. 28.

A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:
I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transcrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização”

Ressalto que o presente lançamento diz respeito a descumprimento de obrigação acessória, e neste caso, o procedimento adotado pela fiscalização seria, inclusive, dispensável conforme disposto no art. 29, item I do citado Regulamento:

Art. 29.

É dispensada a lavratura do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Encerramento de Fiscalização, do Termo de Apreensão ou do Termo de Ocorrência Fiscal

I - quando o Auto de Infração for lavrado em decorrência de: a) descumprimento de obrigação acessória;

Dessa forma, rejeito as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo as hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 – aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, as infrações em discussão tratam de falta de registro de entradas na escrita fiscal de mercadorias tributáveis (infração 01) e não tributáveis (infração 02).

Tendo em vista que o autuado apresentou impugnação combatendo conjuntamente os dois itens as analisarei seguindo a mesma metodologia.

O deficiente alegou que estava desobrigado de apresentar a Escrituração fiscal Digital – EFD, no exercício de 2012 e que as notas fiscais objeto da exigência encontram-se escrituradas em seus livros fiscais. Anexa cópia em meio magnético dos mencionados livros. Em relação aos anos de 2013 e 2014, quando estava obrigado a transmitir ao Sistema Público de Escrituração Digital – SPED a sua Escrituração Fiscal Digital – EFD informa que não houve qualquer falta de registro de documentos fiscais. Cita como exemplo a nota fiscal lançada em 30/01/2014 no valor de R\$545.889,60. Informa ainda que na autuação foram incluídas, indevidamente, notas fiscais canceladas pelo próprio emissor do documento fiscal.

Observo que de acordo com pesquisa realizada no Sistema de Informações do Contribuinte – INC desta secretaria, na DMA consolidada o contribuinte no exercício de 2011 faturou o total de R\$15.174.073,49 e nessa situação, tinha obrigatoriedade de apresentar a Escrituração Fiscal Digital – EFD, pois se encontrava na faixa estabelecida no item II do art. 248, inciso III, do RICMS, a seguir transcrito, que era superior a R\$15.000.000,00 e limitado a R\$36.000.000,00

”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); “

Assim, de fato, o contribuinte autuado estava obrigado a Escrituração Fiscal Digital - EFD, a partir de janeiro de 2012. Tais arquivos deveriam ser transmitido ao Sistema Público de

Escrituração Digital - SPED (Decreto Federal nº 6.022/07), até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações.

Ao deixar de entregar, no prazo previsto na legislação, a Escrituração Fiscal Digital Fiscal - EFD, o contribuinte do Estado da Bahia descumpriu uma obrigação tributária acessória, estabelecida na Lei nº 7.014/96 e deveria ser apenado conforme hipótese contida no inciso XIII-A da mesma lei do ICMS e não na forma do inciso IX, conforme inserido no Auto de infração.

Não é, portanto, razoável a conclusão fiscal de que, como as notas fiscais não foram escrituradas na forma da EFD, não foram registradas e cabível a aplicação da penalidade prevista para a *"entrada de mercadorias sem registro na escrita fiscal"*.

Ressalto que o fiscal autuante ao prestar a Informação Fiscal não se pronunciou sobre o argumento defensivo da não obrigatoriedade da apresentação da Escrituração Fiscal Digital – EFD e que na autuação foram incluídas, indevidamente, notas fiscais canceladas pelo próprio emissor do documento fiscal, razão pela qual o processo foi convertido em diligência para que fosse atendido o disposto no § 6º do art. 127 do RPAF/BA: *"A informação fiscal deverá ser prestada com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa com fundamentação"*.

Também foi solicitado que o mesmo tomasse as seguintes providências:

1. No período em que o contribuinte não estava obrigado a apresentar a EFD intimasse o mesmo a comprovar a escrituração das notas fiscais no livro físico, já que se trata de contribuinte que recolhe o imposto pelo regime normal de apuração, devendo excluir do levantamento fiscal as que estiverem devidamente registradas;
2. No período em que estava obrigado a apresentar a EFD, as notas fiscais canceladas e as não recebidas também deveriam ser comprovadas, inclusive, apresentando o registro das ocorrências no ambiente de Nota Fiscal Eletrônica, excluindo o que for devidamente comprovado.

No atendimento da diligência, fl. 40, o autuante informou que: *"o contribuinte foi intimado em 05/05/2017, tomou ciência em 23/05/2017, e havendo decorrido o prazo regulamentar de 10 dias, não se manifestou, de modo que encaminho os autos ao CONSEF para julgamento."*

Assim, as exigências relativas àquele exercício (2012) são improcedentes devendo ser excluídos os valores de R\$4.883,18 e R\$31.437,12 relativos a infração 01 e infração 02, respectivamente, conforme a seguir demonstrado:

Data Ocorr	Infração 01	Infração 02
30/03/2012	262,92	87,88
30/04/2012	2,88	836,42
31/05/2012	773,25	120,76
30/07/2017		9,79
31/08/2012	564,48	1.394,30
30/09/2012	2.751,29	32,57
31/10/2012		28.925,89
30/11/2013	528,36	29,51
	4.883,18	31.437,12

No que diz respeito aos exercícios de 2013 e 2014 não acato o argumento defensivo de que houve inclusão indevida de notas fiscais canceladas pelo emitente, assim como documentos fiscais que se encontravam registrados no Fiscal Digital, pois desprovido de provas.

Ressalto que em cumprimento a diligência requerida por este Conselho o contribuinte foi intimado à apresentar os documentos necessários à comprovação de suas assertivas, conforme se

observa na Intimação via Domicílio Tributário Eletrônico - DTE, onde foi concedido o prazo de 10 dias para o cumprimento da intimação.

Consta que a ciência se deu em 23/05/2017, porém, transcorrido o prazo concedido o contribuinte nada apresentou. Como tais provas se referem a documentos que estão em sua posse, caberia a este trazê-los aos autos para elidir a infração, demonstrando as incorreções alegadas, o que não ocorreu.

Ainda assim, verifiquei em consulta do sitio da Nota Fiscal Eletrônico da SEFAZ o documento fiscal indicado na defesa no valor de R\$545.889,60 emitido em 30/01/2014 que o mesmo se encontra na situação atual de “autorizada em ambiente produção”, o que vai de encontro ao argumento de que foi cancelado.

Dessa forma, os débitos das infrações 01 e 02 ficam alterados para R\$21.006,36 e R\$15.678,60, respectivamente, em razão da exclusão relativa ao exercício de 2012.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281318300216-8**, lavrado contra **ACQUA PRODUCTS S.A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$36.684,96**, previstas no art. 42, nos incisos IX e XI da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de agosto de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA -- PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ- RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR