

A. I. Nº - 269138.0062/17-0
AUTUADO - AUTO POSTO APACHE LTDA. PP - ME
AUTUANTE - JEFFERSON MARTINS CARVALHO
ORIGEM - SAT COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.06.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0087-04/18

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NA EFD. MULTA. No presente processo em momento algum se cogitou de que ocorreu a entrega das EFD zeradas. A acusação refere-se a falta de registro de notas fiscais na escrita fiscal do autuado. A questão da falta de intimação prevista pelo § 4º do Art. 247, que não foi feita ao autuado para efeito de envio da EFD não entregue ou entregue com inconsistências, neste caso, seria desnecessária, visto que não se trata de EFD não entregue ou entregue com inconsistências, e sim, entregue com ausência de registro de notas fiscais de entradas. Não se pode confundir inconsistência com falta de registro de nota fiscal, pois a palavra “inconsistência” deve ser interpretada como a entrega dos arquivos eletrônicos sem o nível de detalhe exigido na legislação, ou sua entrega fora das especificações e requisitos exigidos pela legislação, excluindo-se desse rol, as omissões nos arquivos eletrônicos de operações de entradas e de saídas de mercadorias bem como a existência de dados divergentes constantes nos documentos fiscais. Não acolhida a arguição de nulidade. Mantida a penalidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de exigência de crédito tributário na ordem de R\$228.442,94 referente a penalidade aplicada em decorrência da seguinte acusação: *“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável(s) sem o registro na escrita fiscal”*. Período de dezembro/2014 a junho/2017.

O autuado, por intermédio de seu contador, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 22 a 27, onde, preliminarmente, cita que em junho de 2016 apresentou requerimento solicitando reabertura de prazo para retificação de SPED FISCAL relativamente ao período de janeiro a dezembro/2015 e que em 13/05/2016 tomou ciência de intimação para apresentação de arquivos magnéticos do SPED FISCAL do mencionado período.

Diz que seu requerimento foi indeferido pela autoridade fazendária competente, destacando trecho da fundamentação desse indeferimento, conforme segue: *“Acontece, porém, que o Autitor Fiscal à fl. 05, informa que o signatário não fora intimado a corrigir os arquivos magnéticos como por ele equivocadamente interpretado. A comunicação trata-se apenas de uma cientificação de início de ação fiscal em que serão realizados procedimentos próprios da malha fiscal censitária”*.

Menciona, ainda, que a mesma autoridade fiscal citou a Cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/09 para indeferir seu pleito, informando que a modificação na declaração somente

poderia ocorrer 90 (noventa) dias após o período de apuração, e caso não esteja sob ação fiscal, a qualquer tempo por solicitação através do endereço eletrônico da SEFAZ, não fazendo qualquer menção ao art. 247, § 4º do RICMS/BA, ocorrendo a liberação em meados do mês de outubro/2017.

Ressalta que teve contra si lavrado o Auto de Infração nº 269278.30202/16-6 referente a mesma situação, o qual, conforme Acórdão nº 0123-12/17 foi declarado Nulo em virtude de falta de intimação pelo prazo de 30 (trinta) dias para retificação das declarações inconsistentes, observando que em nenhum momento foi intimado para apresentação dos documentos que deram causa ao presente Auto de Infração, razão pela qual, sustenta que o mesmo não deve prosperar.

Ao adentrar no mérito menciona que o presente Auto de Infração é fruto de um programa piloto desenvolvido pela SEFAZ, intitulado Malha Fiscal Censitária, executado entre os meses de julho a setembro/2015, conforme se verifica através da informação contida no site da SEFAZ, a qual transcreveu.

Destacou a continuidade do referido projeto, sendo que, em 27/11/2015 foi publicada alteração no Art. 247 do RICMS/BA, acrescentando o § 4º, que assim se apresenta:

“Art. 247

(...)

§ 4º - O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências”.

Cita que com a implantação do referido projeto verificou-se que muitas notificações e autos de infração estavam sendo expedidos, porém poderiam ser sanados de modo diverso já que não continham carga fraudulenta ou dolosa, apenas simples equívocos, citando a este respeito os princípios da boa-fé e o de vedação ao confisco.

Sustenta, em seguida que o Auto de Infração foi expedido em desacordo com o estabelecido pelo Art. 26, III do RPAF/BA, que considerada iniciado o procedimento fiscal após expedição de intimação fiscal, fato este não acontecido neste caso.

Voltou a mencionar que não foi intimado para que, no prazo de 30 dias, procedesse a retificação nos dados na EFD, entregues com inconsistências, ou efetuar a entrega daquela que deixou de ser entregue, consoante previsão no § 4º do Art. 247 do RICMS/BA.

Em conclusão requer que o Auto de Infração seja julgado Nulo, por ter sido lavrado em desacordo com as normas legais e em desrespeito ao estabelecido pelo § 4º do Art. 247 do RICMS/BA.

O autuante prestou Informação Fiscal, fls. 36 a 39, reportando-se inicialmente a respeito da questão relacionada ao prazo de 30 dias para o envio dos arquivos da EFD não entregues ou entregues com inconsistências, alegado pelo autuado de que não lhe foi concedido, esclarecendo que *foram excluídas da auditoria todas as notas fiscais eletrônicas relativas aos meses em que não foram entregues os arquivos de EFDs respectivos e aquelas relativas aos meses imediatamente anteriores a esse*. Como exemplo, cita que, se não foi entregue o arquivo EFD de janeiro de 2015, todas as notas de janeiro de 2015 e de dezembro de 2014 foram excluídas da auditoria, tendo isso sido feito para evitar a possibilidade de indicar uma nota fiscal como não escriturada que, na verdade, estaria escriturada numa EFD não entregue.

Sustenta que não foram encontradas inconsistências nos arquivos EFD entregues, oportunidade em que passou a discorrer a respeito do que são consideradas inconsistências de que trata o art. 247, § 4, do RICMS/12.

Como exemplo, cita que pode ocorrer que as informações das aquisições de combustíveis contidas no registro "C170" sejam inconsistentes com as informações contidas no registro "1300"; também pode haver o registro das notas fiscais de aquisições de gasolina no registro "C170" e não

haver a indicação da entrada nos estoques desse combustível no registro "1300", destacando que é disso que trata o art. 247, § 4º, do RICMS/12, pois, havendo inconsistências (falta de coerência, contradição) nas informações entregues, há que se pedir que o contribuinte esclareça essas inconsistências com a intimação para entrega de nova EFD corrigida no prazo de 30 dias.

Afirma que não houve inconsistência alguma nos arquivos de EFD apresentados pela autuada, pelo contrário, a movimentação física diária dos combustíveis, se encaixa perfeitamente com as informações dos documentos fiscais de entradas e saídas de combustíveis.

Sustenta que não há que se falar, em "boa-fé" ou em "equívocos simples" sem "carga fraudulenta ou dolosa", pois é impossível receber combustíveis e não perceber tal fato no final do dia no levantamento do estoque físico que deve ser consignado no registro "1300".

Indaga como não falar da intenção deliberada de descumprir a obrigação acessória quando ocorreu o descumprimento por anos seguidos. Se acaso tivesse sido deixado de escriturar algumas operações, *ou deixado* de escriturar as operações de uma semana ou um de mês no período fiscalizado, poderia admitir um simples erro, mas, não foi isso o que aconteceu.

Quanto ao argumento de nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao direito de defesa ocasionado pela falta de intimação do contribuinte acerca do início do procedimento fiscal, sustenta que este argumento está equivocado já que o presente Auto de Infração trata exclusivamente de infração relacionada a obrigação acessória, fato este que, de acordo com o art. 29, I, "a", do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), há expressa dispensa dessa formalidade.

Pontua, ainda, que não se verifica falta de proporcionalidade ou razoabilidade nas multas aplicadas de 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria, tampouco sua cobrança revela confisco, observando que se o valor final cobrado foi elevado, tal fato se deveu ao grande número de infrações cometidas e é proporcional ao agravo, ao tempo em que a infração praticada não é irrelevante, pois o contribuinte, quando deixa de prestar as informações exigidas em lei, retira do fisco a possibilidade de exercer seu ofício de fiscalização no interregno temporal no qual é omitida a informação, sendo, dessa forma, legítimo o valor da multa, não atentando contra os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, inexistindo motivos para a sua redução ou afastamento.

Por fim sustenta que reduzir a multa para um valor menor do que o aplicado significa aceitar que além de certo número de operações não escrituradas não deve haver mais punição, e que isso serviria como verdadeiro incentivo ao descumprimento dessa importante obrigação acessória.

VOTO

O Auto de Infração em lide refere-se a penalidades por descumprimento de obrigação acessória decorrente de falta de registro de notas fiscais de entradas na escrita fiscal do autuado (EFD) referente ao mês de dezembro/14, exercícios de 2015 e 2016, além do período de janeiro/17 a junho/17.

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração tendo em vista que não foi observado pelo autuante o quanto previsto pelo Art. 26, inciso III do RPAF/BA que considera como iniciado o procedimento fiscal após a intimação para apresentação de livros e documentos fiscais.

De fato, para que se viabilize o início do procedimento fiscal necessário se torna a expedição de intimação com esse objetivo, entretanto, na situação sob análise, está dispensada esta exigência, nos termos do Art. 29, inciso III do mesmo RPAF/BA, por se tratar de Auto de Infração lavrado exclusivamente para aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, portanto, ultrapasso essa preliminar de nulidade:

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;

Não obstante o quanto acima posto, vejo que o autuado, em sua defesa, cita que por ocasião do indeferimento pelo Inspetor Fazendário de seu requerimento para retificação de SPED FISCAL, foi cientificado de que a comunicação feita pela Inspetoria Fazendária referia-se a cientificação de início de ação fiscal que seriam realizados através da malha fiscal censitária. Portanto, independentemente da inexistência do Termo de Início de Fiscalização, o autuado tinha conhecimento de que se encontrava sob ação fiscal.

Alegou, também, o autuado que teve contra si lavrado o Auto de Infração nº 269278.30202/16-6, referente a mesma infração constante na presente autuação, o qual foi julgado Nulo pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal através do Acórdão nº 0123-12/17, em virtude da falta de intimação pelo prazo de 30 (trinta) dias para retificação de declarações inconsistentes.

Analizando os julgamentos ocorridos em relação ao citado Auto de Infração, constatei que consta do Relatório do Acórdão nº 0238-03/16 da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, que originou o Acórdão nº 0123-12/17, citado pelo autuado, o mesmo argumento ora trazido através da presente defesa, qual seja:

Diz que em junho de 2016 apresentou requerimento administrativo solicitando reabertura de prazo para retificação de SPED FISCAL ICMS/IPI do período de 01/2015 a 12/2015, o mesmo de referência deste auto, informando que tomou ciência, em 13/05/2016, sobre intimação de apresentação dos referidos arquivos magnéticos. Alega que no dia 10/06/2016, ao tentar enviar os arquivos retificados conforme prevê o art. 247 § 4º, não ocorreu a liberação para o envio do arquivo retificado, pois o seu requerimento administrativo foi indeferido pelo Ilustre Inspetor Fazendário.

Diz que a autoridade fazendária citou a cláusula 13º do Ajuste SINIEF02/09, para indeferir o pleito, informando que a modificação da declaração só poderia ocorrer 90 dias após o período de apuração, e se não estivesse sob ação fiscal.

A acusação constante do referido Auto de Infração está posta nos seguintes termos: “Infração 01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Valor Histórico: R\$183.358,05, referente ao exercício de 2015”. Vê-se, portanto, que esta infração refere-se ao mesmo fato e ao mesmo período, exercício de 2015, constante em parte do presente lançamento.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com fundamento no voto, cujo excerto, reproduzo abaixo:

(...)

No caso em tela, o sujeito passivo com Inscrição Estadual nº 075.537.006 deveria fazer a entrega dos arquivos magnéticos até o dia 20 do mês subsequente. Assim, tomando como parâmetro a Decisão do Acórdão anteriormente citado, proferido pela 1ª Câmara de Julgamento deste Conselho, o de nº 392-11/14, de que o envio via internet de arquivo vazio de dados equivale ao não envio, concluo que não se configura motivo de nulidade a falta de intimação para o envio ou correção da EFD, e sim adequação da penalidade, aplicando a multa de R\$1.380,00, por cada mês em que foi caracterizada falta de entrega da EFD nos prazos previstos no § 12 do art. 259 do RICMS/2012.

Neste caso, a multa exigida no presente lançamento fica reduzida para o montante de R\$16.560,00, em conformidade com o disposto na alínea “I” do artigo 42 da Lei 7.014/96, a seguir reproduzido:

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

(...)

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.

Recomenda-se que a Inspetoria providencie intimar o contribuinte no sentido de enviar os arquivos entregues zerados, concedendo-lhe o prazo estabelecido no § 4º do art.247 do RICMS/ 2012.

Do exposto, voto pelo pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração”

Quando da apreciação do Recurso de Ofício a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, por intermédio do Acórdão nº 0123-12/17, decidiu pela Nulidade do Auto de Infração, com fundamento no Voto abaixo reproduzido:

VOTO

A presente autuação cobra multa do sujeito passivo por descumprimento da obrigação de escriturar documentos fiscais que acobertaram a entrada de mercadorias não tributáveis em seu estabelecimento, de acordo com o disposto no Inciso XI da Lei nº 7.014/96.

Pelo que consta, o autuado procedeu com a transmissão da EFD ICMS/IPI dentro do prazo regulamentar, todavia sem o detalhamento das notas de entradas e saídas, ou seja, com status de “sem movimento”.

Em que pese a obrigação do preenchimento e transmissão da Escrituração Fiscal Digital está prevista em Regulamento, é inevitável que casos como o desta lide aconteçam, por toda dificuldade que as empresas de menor porte encontram para investimento em sistemas de informação que possam atender esta demanda.

Isso sem falar que, não foram fornecidas aos contribuintes baianos, ferramentas de instrução do Programa, tampouco foi oferecido um prazo de adaptação, sem punição, ainda que tenha ocorrido o escalonamento da obrigatoriedade de transmissão, por porte de empresa e por faturamento.

Diante desse cenário, o legislador baiano introduziu ao Regulamento do ICMS a condição de, por meio de intimação, ser oferecido ao contribuinte um prazo de 30 dias para retificação daquelas declarações entregue com inconsistências como as do caso em questão, todavia esta regra não foi cumprida pelo autuante, situação que prejudicou o lançamento fiscal em evidência. Por não ter oferecido este prazo ao autuado, obviamente, o agente lançador encontrou supostas “omissões de escrituração de notas fiscais”, notas estas emitidas contra o CNPJ do autuado e sobre elas aplicou inadequadamente a multa de 1%.

*A 3ª JF ao julgar o Processo entendeu que a multa aplicada era descabida, muito em virtude da falta de intimação para retificação das EFD's, desta forma procedeu erroneamente com a requalificação da multa originalmente aplicada (acarretando no presente Recurso), aplicando uma punição fixa no valor de R\$1.380,00, conforme disposto na alínea “I” do Inciso XIII-A do Art. 42 da Lei nº 7.014/96. **O erro está caracterizado, pois não há previsão legal para mudança da natureza da infração durante a fase de julgamento do PAF.***

Por todo exposto, considero PREJUDICADO o Recurso de Ofício interposto e, de ofício, voto pela NULIDADE do Auto de Infração epigrafado, pelo fato de não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração.

De maneira que a 2ª Câmara de Julgamento, para efeito de decretação da Nulidade do Auto de Infração, levou em consideração que não houve a intimação ao autuado oferecendo o prazo de 30 (trinta) dias **para retificação das declarações entregues com inconsistências enquanto que a falha cometida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal foi que não há previsão legal para mudança da natureza da infração durante a fase de julgamento do PAF.**

Analisando os fatos constantes nestes autos, vejo que, diferentemente do ocorrido na autuação anterior, no presente processo em momento algum se cogitou que ocorreu a entrega das EFD zeradas. A acusação refere-se a falta de registro de notas fiscais na escrita do autuado.

A questão da falta de intimação prevista pelo § 4º do Art. 247, que não foi feita ao autuado para efeito de envio da EFD não entregue ou entregue com inconsistências, ao meu ver, seria desnecessária, visto que não se trata de EFD não entregue ou entregue com inconsistências, e sim, entregue com ausência de registro de notas fiscais de entradas.

Observo que não se pode confundir inconsistência com falta de registro de nota fiscal, pois a palavra “inconsistência” deve ser interpretada como a entrega dos arquivos eletrônicos sem o nível de detalhe exigido na legislação, ou sua entrega fora das especificações e requisitos exigidos pela legislação, excluindo-se desse rol, as omissões nos arquivos eletrônicos de operações de entradas e de saídas de mercadorias bem como a existência de dados divergentes constantes nos documentos fiscais.

Portanto, como não restou caracteriza a entrega dos arquivos com inconsistências e, sim, com omissão de registro de notas fiscais de entradas, cai por terra o argumento de ausência da intimação prevista pelo § 4º do Art. 247 do RICMS/BA. Ademais, conforme esclarecido pelo autuante, ao se reportar a respeito da questão relacionada ao prazo de 30 dias para o envio dos arquivos da EFD não entregues ou entregues com inconsistências, alegado pelo autuado de que não lhe foi concedido, esclareceu que *foram excluídas da auditoria todas as notas fiscais eletrônicas relativas aos meses em que não foram entregues os arquivos de EFDs respectivos e aquelas relativas aos meses imediatamente anteriores a esse*, citando, ainda, como exemplo, que se não foi entregue o arquivo EFD de janeiro de 2015, todas as notas de janeiro de 2015 e de dezembro de 2014 foram excluídas da auditoria, tendo isso sido feito para evitar a possibilidade de indicar uma nota fiscal como não escriturada que, na verdade, estaria escriturada numa EFD não entregue.

Desta maneira, nestes autos não se cogita de entrega de EFD zeradas, mas, sim, de entrega com ausência de registros de notas fiscais identificadas.

Por outro lado, vejo que a falta de registro de notas fiscais de aquisições teve início no mês de dezembro/14 e permaneceu durante todos os exercícios de 2015 e 2016, até junho de 2017, logo, trata-se de um procedimento contumaz do autuado que, como pode ser verificado através d planilha de fls. 07 a 14, incluem uma quantidade significativo de notas fiscais de aquisições de combustíveis, que representam a principal atividade do autuado, ou seja, revenda de combustíveis.

Neste sentido e tendo em vista que a ausência reiterada da falta de registro dessas notas fiscais causam sérios embargos à fiscalização, não se podendo afirmar, com segurança que não geraram falta de pagamento do imposto, não vislumbro a possibilidade de redução da penalidade e, finalmente, pelo fato ao Auto de Infração ter sido lavrado obedecendo as normas tributárias vigentes, afasto o pedido de nulidade e 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 **269138.0062/17-0** lavrado contra **AUTO POSTO APACHE LTDA. PP – ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$228.442,94** prevista pelo Art. 42, inciso XI da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA