

A. I. Nº - 269138.0056/17-0
AUTUADO - P.G.P.S COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA
AUTUANTE - JEFFERSON MARTINS CARVALHO
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29.06.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0097-04/18

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Fato demonstrado nos autos. Infração comprovada. Reduzida a penalidade para o patamar de 10% do valor da multa acessória aplicada, com fulcro no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96 e nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/09/2017, constitui crédito tributário no valor de R\$246.010,02, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 – 16.01.02 Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal nos exercícios de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativos acostados às fls. 6 a 20-v dos autos, e CD/Mídia de fl. 21. Lançada Multa no valor de R\$246.010,02, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

O sujeito passivo, às fls. 29/35 dos autos, apresenta defesa administrativa, na qual impugna o Auto de Infração em tela, conforme a seguir passo a expor:

Preliminarmente, diz ser inscrito no CNPJ nº. 04.411.430/0001-57 e inscrição estadual n. 55.133.607, sediado na Rod. BR 116 – Rio Bahia, SN, Encruzilhada/BA, CEP – 45.150-000, representada neste ato pelo Sr. Rewelton de Novaes, brasileiro, contador, portador do CPF n. 024.188.165-08 e cédula de identidade n. 09471446-09 SSP/BA.

Dos fatos e mérito. Destaca que inicialmente cabe informar que tal infração se deu origem pelo cruzamento das informações enviadas pelo contribuinte através da EFD (Escrituração Fiscal Digital) com as Notas Fiscais Eletrônicas de Entradas, constantes no sistema da SEFAZ, não tendo assim qualquer fiscalização documental.

Neste contexto, diz que a aplicação da multa foi feita de forma equivocada, visto que se trata de omissão de informações em arquivos eletrônicos, ou seja, falta de lançamentos de notas de entrada no EFD (Escrituração Fiscal Digital), não sendo assim passível de multa conforme aplicada no auto de infração.

Sobre a EFD (Escrituração Fiscal Digital), aduz que conforme estabelecido no art. 247 do RICMS, 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). Observa que a EFD substitui a escrituração e impressão dos livros, dentre eles o Registro de Entradas, caso específico deste auto de infração.

Informa que a Lei 7.014/96, no art 42, inciso XIII-A, estabelece o valor das multas para as 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, que destaca.

Ademais, diz que o art 247 do RICMS, estabelece: “*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*” .

Com o exposto acima, diz que é de fácil entendimento que a multa aplicada no auto de infração de 1%, é somente devida nos casos em que o contribuinte sendo notificado ou intimado, não regularizar no prazo o envio ou correção dos arquivos, situação essa que não ocorreu no referido auto de infração.

Da notificação da divergência na EFD. Diz que cabe informar que através do DTE a Sefaz estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes, para dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, onde recentemente emitiu mensagem eletrônica através do DTE para os contribuintes que estavam com divergência em seus arquivos, mensagem com o seguinte assunto: “*EFD DIVERGENTE DA NOTA FISCAL ELETRONICA*”, onde informa que o EFD apresenta divergência em relação às notas fiscais emitidas e destinadas, bem como intima a empresa a retransmitir o arquivo dentro do prazo de 30 (trinta) dias, conforme mensagem de outro contribuinte anexo.

No caso específico diz que é afirmativo que a empresa autuada não recebeu nenhuma intimação ou mesma notificação de divergência no EFD, a qual deveria ter sido enviada pela SEFAZ dando o devido prazo para regularização previsto na legislação, conforme tela das mensagens recebidas pelo DTE anexo.

Da retificação do arquivo da EFD. Diz que as notas fiscais de entradas, objeto da autuação, já se encontram devidamente registradas no EFD, porém, ainda não foi enviado o arquivo retificador, visto que de acordo o art. 251, no inciso § 2º, estabelece que: “*Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco.*”

Do tipo de mercadorias contidas nas notas fiscais de entradas omitidas. Trata-se de mercadorias para uso ou consumo e na sua maioria, de notas fiscais de combustíveis (gasolina, etanol, Diesel), os quais já têm o ICMS cobrado antecipadamente por substituição tributária, sendo assim, as notas fiscais omitidas não trazem nenhum prejuízo quanto ao recolhimento do ICMS ao erário público.

Por fim, diz que cabe informar que a legislação da multa aplicada, além de não se aplicar ao caso, também foi revogada pela Lei nº 13.816, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 22/12/17, ficando claro que a mesma não se aplica mais na legislação vigente, tornando a mesma sem validade jurídica.

Do exposto, considerando que (1) a multa aplicada de 1% sobre o valor das entradas foi aplicada de forma equivocada, por se tratar de envio de arquivos eletrônicos (EFD); (2) não houve nenhum tipo de notificação ou intimação informando a divergência e concedendo o prazo estabelecido em lei para a devida correção; (3) que as notas fiscais de entradas ora omitidas se trata de mercadorias que já tiveram a sua fase de tributação encerrada, não trazendo prejuízos aos cofres públicos; (4) que a empresa ainda não retificou os arquivos porque está sob discussão administrativa em auto de infração; e (5) que a houve a revogação do inciso XI da Lei 7.014/96, tornando o mesmo sem validade; pede que sejam acatadas as justificativas, bem como cancelado o Auto de Infração em tela, tornando-o nulo na sua totalidade.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 48/50 dos autos, assim expõe:

Primeiramente diz que o Auto de Infração não é nulo em virtude de cerceamento do direito de defesa, ocasionado pela falta de intimação do contribuinte acerca do início do procedimento fiscal, vez que, de acordo com o art. 29, I, “a” do RPAF/BA, como a autuação em questão trata

exclusivamente de obrigação acessória do contribuinte, há a expressa dispensa dessa formalidade, que de outra maneira, ensejaria a nulidade do procedimento.

Sobre a outra perspectiva de nulidade do Auto de Infração, diz que não é nulo em virtude da falta de concessão de 30 dias para o envio dos arquivos de EFD, não entregue ou entregue com inconsistência (art. 247, parágrafo 4º, do RICMS/12), dado que:

- (1) Os meses em que não houve a apresentação de EFD foram excluídos do Auto de Infração, ou seja, foram abandonadas as notas fiscais eletrônicas relativas aos meses em que não foram entregues os arquivos EFD, bem como aquelas relativas aos meses imediatamente anteriores a esse. Exemplificando, diz que se não foi entregue o arquivo EFD de janeiro de 2015, todas as notas fiscais de jan/15 e dez/14 foram excluídas da auditoria;
- (2) Não foram encontradas inconsistências nos arquivos EFD entregues.

Momento seguinte, passa a explicar o que são as inconsistências de que trata o art. 247, parágrafo 4º do RICMS/12, para depois concluir dizendo que o que se observou no trabalho de auditoria foi a omissão deliberada de registro de diversas notas fiscais eletrônicas, já que os arquivos EFD entregues, tinham suas informações totalmente consistentes.

Sobre o pedido de redução/cancelamento da multa de 1% do valor das operações levantadas, diz que não deve ser cancelada ou reduzida por conta dos argumentos da defesa, de estarem as mercadorias com fase de tributação encerrada, ou pela inexistência de dolo, fraude ou simulação nos termos do art. 158 do RPAF/BA.

Destaca que as omissões havidas nos arquivos de EFD analisados, não há que se falar em “boa-fé”, em “equivocos simples” ou “meras irregularidades”, sem “carga fraudenta” ou “dolosa”, pois diz que é impossível receber combustíveis e não perceber tal fato ao final do dia, no levantamento do estoque físico que deve ser anotado nos registros “1300” da EFD.

Aduz também que, como não falar da intenção deliberada de descumprir a obrigação acessória de registrar suas notas fiscais de entrada, quando a notificada deixou de cumprir por anos. Diz que foi isso que aconteceu.

Com tudo isso, diz que fica patente o dolo da autuada, ao contrário do que ela alega e que impossibilita a aplicação do art. 158 do RPAF/BA.

Também traz à tona alguns argumentos na perspectiva de afirmar que é legítimo o valor da multa, não atentando contra os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, inexistindo motivos para a sua redução ou afastamento.

Pede a manutenção da autuação.

VOTO

Inicialmente, observo que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais, no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo a constituição do crédito tributário apurada consoante o levantamento e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para a formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual a lide está apta ao seu deslinde.

Preliminarmente, constato que o sujeito passivo postula a nulidade da autuação de forma tácita, ou seja, de forma subentendida, por não ter sido intimado para que tivesse a oportunidade de retificar em tempo hábil os elementos motivadores da penalidade aplicada, decorrente do descumprimento de obrigações acessórias. Aliás, diz que a imputação da irregularidade, se deu pelo cruzamento das informações enviadas pelo contribuinte através da EFD (Escrituração Fiscal

Digital) com as Notas Fiscais Eletrônicas de Entradas constantes no sistema da SEFAZ, não tendo assim qualquer fiscalização documental.

De fato observo que não houve Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, nem tampouco a constituição do Termo de Início de Fiscalização, contrariando o disposto nos artigos 26 e 28 do RPAF-BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/1999. Entretanto, essa medida é dispensável, pois no caso presente, trata-se de uma imputação por descumprimento de obrigação acessória, que conforme disposto na alínea “a”, inciso I do art. 29 do citado Regulamento, é dispensado sua lavratura, como está assim posto:

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;

Assim, rejeito a preliminar de nulidade arguida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche as formalidades legais e a infração imputada não se afigura em nenhum dos motivos elencados na legislação, em especial os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, para determinar sua nulidade.

No mérito, versa a autuação sobre lançamento de multa decorrente de descumprimento de obrigação acessória, por falta de registro na escrita fiscal de mercadorias adquiridas não sujeitas à tributação, nos exercícios de 2015, 2016 e 2017, conforme demonstrativos acostados às fls. 6 a 20-v dos autos, e CD/Mídia de fl. 21, com enquadramento nos artigos 217 e 247 do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012 e multa tipificada no art. 42, inc. XI da Lei 7.104/96.

Neste contexto, diferentemente do quanto alegado pela defesa de que a multa estaria tipificada em dispositivo revogado, observo que a exigência da multa está corretamente capitulada no dispositivo do art. 42, XI da Lei nº 7.014/96, que assim dispunha à época da lavratura do Auto de Infração, objeto em análise:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;

O inciso XI, do caput do art. 42 da Lei nº 7.014/96, foi revogado pela Lei nº 13.816, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, com os efeitos a partir de 22/12/17. Logo, 3 (três) meses após a lavratura do presente Auto de Infração, que se deu em 26/09/2017. Portanto, o inciso XI era o dispositivo que vigia à época dos fatos geradores para a infração imputada.

Há de se destacar que a revogação do inciso XI, da Lei nº 7.014/96, foi apenas de realocação do seu objeto para o inciso IX do mesmo diploma legal, porquanto, a unificação da multa acessória, por falta de registro na escrita fiscal de entrada de mercadorias no estabelecimento do contribuinte, independentemente de ser tributável ou não, para 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida, em que antes da citada alteração, se aplicava 10% sobre o valor comercial de mercadoria tributável, e 1% sobre o valor comercial da mercadoria não tributável ou com a fase de tributação encerrada, que é o caso objeto do presente PAF.

Não obstante, a caracterização da imputação decorrente de entradas no estabelecimento de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, mercadorias não tributáveis ou com tributação encerrada; observa-se que em algumas circunstâncias, decisões em primeira e segunda instâncias deste Conselho, têm manifestado por reduções de multas por descumprimento de obrigações acessórias, em que não tenha implicado em falta de recolhimento do imposto, nem tampouco tenha prejudicado os trabalhos da ação fiscal.

No caso objeto, em exame ao Auto de Infração em tela, verifico tratar-se de atividades desenvolvidas por posto revendedor de combustíveis, cujos produtos, são mercadorias em que 90% ou mais – *combustíveis, lubrificantes, etc* - se encontram com a fase de tributação encerrada, por força da substituição tributária, sendo que o imposto foi recolhido pelos fornecedores

(distribuidores/industriais). Portanto, tal conduta omissiva não resultou em falta de pagamento de tributo.

Neste contexto, em que pese o agente Fiscal destacar na sua Informação Fiscal de que é legítimo o valor da multa, não atentando contra os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, *motivos este para não se acolher qualquer pedido de sua redução ou afastamento*; o referido autuante não traz nenhuma informação de que a falta de registros das mercadorias, objeto da autuação, tenha prejudicado seu trabalho de auditoria.

Ademais, além do agente Fiscal não trazer aos autos nenhuma informação de que a falta de registros das mercadorias na EFD tenha prejudicado o trabalho de auditoria; em que pese os elementos acostados aos autos para caracterização da infração tenha cumprido todos os requisitos legais, observo que a multa aplicada, no caso em exame, possui um caráter educativo.

Logo, respaldado no § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto; bem como ancorado em precedentes deste Conselho de Fazenda, a exemplo dos Acórdãos CJF 0181-12/17, CJF Nº 0053-12/17, CJF 0181-12/17 e mais recentemente o Acórdão JJF 0013-04/18, além da observância aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e equidade, reduzo a multa para 10% do valor estipulado para a autuação, que diz respeito a ter dado entrada no estabelecimento de mercadoria com a fase encerrada de tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, alterando o valor da Infração 1 de R\$246.010,02, para o valor de R\$24.601,00.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela, por restar integralmente procedente a infração 1, reduzindo a penalidade para o patamar de 10% do valor da multa acessória aplicada na infração 1, com fulcro no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269138.0056/17-0** lavrado contra **P.G.P.S COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de **R\$24.601,00**, prevista no art. 42, inciso XI da Lei 7.014/96, reduzida com fulcro no § 7, art. 42 do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a 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, de 12 de junho de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA– PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ- JULGADORA