

A. I. N° - 269138.0084/17-4
AUTUADO - PORTO BRASIL COMBUSTÍVEIS LTDA.
AUTUANTE - JEFFERSON MARTINS CARVALHO
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/01/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0211-03/18

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS, BENS OU SERVIÇOS. MULTA. **a)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Comprovado nos autos que o contribuinte se antecipou à fiscalização, no ano de 2014, solicitando a retificação de sua EFD, nos termos do § 1º, do art. 251 do RICMS/2012, e o Fisco manteve-se silente. Neste caso, a acusação fiscal não restou materialmente caracterizada. Infrações insubsistentes. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 04/10/2017, exige crédito tributário no valor de R\$439.898,89, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 16.01.01 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços sujeitos a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014 e novembro de 2015, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não escriturada totalizando R\$4.089,83;

Infração 02. 16.01.02 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias, bens ou serviços não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2013, a dezembro de 2014, junho a dezembro de 2015, outubro de 2016 e abril de 2017, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não escriturada, totalizando R\$435.809,05.

O autuado impugna o lançamento fls.35/48. Registra a tempestividade de sua peça defensiva. Reproduz os termos da Autuação, o enquadramento legal e a multa capitulada.

Afirma que o RICMS/BA - Decreto n° 13.780/2012, em seus artigos 250 e 251, trata da EFD, sistema público de escrituração digital (SPED). Diz que o § 1º trata da solicitação do contribuinte para retificação da EFD fora do prazo previsto na cláusula décima - terceira do ajuste SINIEF 02/09, que será encaminhado por meio do sistema informatizado da SEFAZ no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, sendo categórico o artigo 251, em seu § 1º, que disciplina as normas de retificação e a obrigatoriedade do contribuinte em solicitar autorização para poder retificar o EFD fora do prazo.

Assevera ter solicitado a autorização, conforme artigo 251 em seu § 1º, para retificar a EFD, através do Processo n° 366750/2014-7, cadastramento em 16/12/2014, via *online* na página da SEFAZ/BA / Procedimento Administrativo Fiscal / Autorização, a qual foi para análise e emissão de parecer no dia 17/12/2014 e 11/02/2015, o qual não autorizou, não comunicou e nem notificou o Contribuinte. Sustenta que o referido processo se encontra Pendente, em situação ATIVO, até a data da defesa, conforme prova que anexa.

Explica que com a falta da devida Autorização por parte da SEFAZ/BA para a retificação da EFD, tornou-se inapto, em relação à retificação dos Registros Fiscais de Entradas, o que impossibilitou a transmissão dos arquivos digitais retificados via SPED FISCAL.

Dessa forma, entende que descabe a presente autuação sob a alegação de entradas no estabelecimento de mercadorias, bens e serviços, sujeitos a tributação sem o devido Registro na Escrita Fiscal, no período de 01/01/2013 à 30/07/2017 (SPED FISCAL). Sustenta que comete um verdadeiro *judicans judicia* injusta, este procedimento dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia, com a presente autuação.

Isso porque desconsidera as demais obrigações impostas tanto pelo Estado da Bahia, como pela União, que deve legalmente cumprir para que possa exercer sua atividade econômica, tais como: transmissão para a SEFAZ/BA, em meio digital, dos arquivos do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA do período de 01/01/2013 a 30/07/2017, conforme prova que anexa e de acordo com o Convênio ICMS 57/95, tendo em vista o disposto no artigo 199 do Código Tributário Nacional. Dispõe a Cláusula Primeira, que trata da emissão por sistema eletrônico de processamento de dados dos documentos fiscais, bem como, da escrituração dos livros fiscais: I - Registro de Entradas; II- Registro de Saídas; III- Registro de Controle da Produção e do Estoque; IV- Registro de Inventário; V - Registro de Apuração do ICMS; VI - Livro de Movimentação de Combustíveis - LMC.

Alega que também transmitiu para SEFAZ/BA, mensalmente, através de meio digital, conforme § 1º, inciso I do artigo 255 do RICMS/BA, a Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA, cumprindo o § 1º disposto deste artigo. Além dessas obrigações do Estado da Bahia, disse que transmitiu mensalmente a Receita Federal do Brasil, a DCTF, instituída pela IN RFB nº 974 de 27/11/2009, alterada pela IN RFB nº 996 de 22/01/2010, a qual passou a exigí-la mensalmente, em relação aos fatos geradores que ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 2010, onde demonstra a apuração dos débitos e créditos de Impostos Federais, o que exige os Registros das Entradas, conforme prova em anexo.

Frisou ter transmitido ainda, mensalmente, de acordo com a IN RFB nº 1.052, de 05/07/2010, que instituiu o SPED EFD - Contribuições, que compõe a Escrituração Fiscal Digital do PIS/PASEP e da COFINS, que no regime de apuração não cumulativo, bem como, os custos, despesas, encargos e aquisições de mercadorias geradoras de créditos, sendo assim, obrigada a ter os Registros das Entradas.

Aduz que no encerramento de cada exercício como: 2013, 2014, 2015 e 2016, transmitiu o SPED/ECD, que foi instituído pelo Decreto 6.022/2007, para fins fiscais e previdenciários e deverá ser transmitida, pelas pessoas jurídicas obrigadas a adotá-la, ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) - e será considerada válida após a confirmação de recebimento do arquivo digital dos seguintes livros: a) livro Diário e seus auxiliares; b) livro Razão e seus auxiliares; c) Balancetes Diários e Balanços; d) Fichas de Lançamento Comprobatórias dos Assentamentos neles Transcritos e que para tal, se faz necessário os Registros das Entradas.

Comenta que no encerramento de cada exercício como: 2013, 2014, 2015 e 2016, transmitiu o SPED Fcont que é uma sigla criada pela Receita Federal do Brasil, instituída pela IN RFB nº 949/09, que significa Controle Fiscal Contábil de Transição. Trata-se de uma escrituração das contas patrimoniais e de resultado, em partidas dobradas, que considera os métodos e critérios contábeis, onde também se faz necessário os Registros das Entradas.

Acrescenta que no encerramento de cada exercício como: 2013, 2014, 2015 e 2016, transmitiu o SPED E-LALUR instituído pela Instrução Normativa RFB 989/2009, que é o Livro Eletrônico por meio de arquivo digital da Escrituração e Apuração do Imposto sobre a Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido da Pessoa Jurídica Tributada pelo Lucro Real.

Transcreve precedente que lhe favorece, como a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária acessória com a redação do voto do Processo nº 4011301874490, julgado em 09/08/2013 na 4ª Câmara do Estado de Goiás, pelo Conselheiro Relator Nivaldo Carvalho e representante Fazendário Alberto Alves Ferreira, Acórdão 0242/2013, referente à SPED FISCAL.

Reitera anexar provas contundentes, deixando evidente, que mesmo sem a retificação das EFDs, a qual não se efetivou por falta da autorização da SEFAZ/BA, no processo de solicitação nº 366750/2014-7, cadastrado em 16/12/2014 fls.78/80, a falta dessa informação, não gerou qualquer prejuízo tributário ou de arrecadação ao Estado da Bahia.

Assevera que não obstante tal óbice considera o montante do Auto de Infração e da multa aplicada, de caráter insuportável diante da situação financeira e econômica do estabelecimento autuado, e da situação econômica do país. Diz que se não bastasse, o estabelecimento foi atingido pelas intempéries da natureza, e tempestades fortes na região, derrubou as estruturas de suas instalações, causando significativo prejuízo, conforme demonstrado pelas fotos que anexou.

Diante do exposto e pela juntada dos documentos comprobatórios, fisicamente e através da mídia magnética CD-R, anexados, requer que seja acolhida a Impugnação e assim desconsiderado o Auto de Infração, para entendimento final e *"in limine"* da intimação.

Não sendo este o entendimento, requer destes julgadores, caso mantida a autuação, seja a multa aplicada reduzida.

O autuante presta informação fiscal fls.595/598. Afirma que o auto de infração não é nulo em virtude de cerceamento do direito de defesa, ocasionado pela falta de intimação do contribuinte autuado, acerca do início do procedimento fiscal.

Diz que de acordo com o art. 29, I, "a", do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), como a autuação em questão trata exclusivamente de infrações de obrigações acessórias, há a expressa dispensa dessa formalidade, que de outra maneira, ensejaria a nulidade do procedimento.

Afirma que o auto de infração não é nulo em virtude da falta de concessão do prazo de 30 dias para o envio dos arquivos de "Escrituração Fiscal Digital" (EFD), que não foram entregues ou entregues com inconsistências, art. 247, § 42, do RICMS/12. Informa que os meses em que não houve a apresentação de EFD foram excluídos do auto de infração. Foram abandonadas todas as notas fiscais eletrônicas relativas aos meses em que não foram entregues os arquivos de EFDs respectivos, bem como, aquelas relativas aos meses imediatamente anteriores a esse. Por exemplo, 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. Isso foi feito para evitar a possibilidade de se indicar uma nota fiscal como não escriturada que, na verdade, estaria escriturada numa EFD não entregue.

Sobre não haver inconsistências nos arquivos EFD entregues, diz que não corresponde aos fatos. Primeiro, entende cumprir aclarar o que são as inconsistências de que trata o art. 247, § 4º do RICMS/12. Explica que inconsistência é uma falta de coerência, uma contradição, uma imprecisão. Por exemplo, seria inconsistente informar o ano de nascimento de alguém como 1980 sendo sua idade 50 anos. Nesse caso, seria necessário pedir esclarecimentos acerca de qual das duas informações estaria correta, a primeira ou a segunda.

Sobre a EFD diz que esta contém diversos blocos de informações subdivididos em registros. Por exemplo, o "Bloco C" contém as informações dos documentos fiscais e o registro "C170" contém as informações dos itens dos documentos fiscais. Já o "Bloco 1" contém outras informações exigidas pelo fisco e o registro "1300" contém a movimentação diária de combustíveis.

Uma inconsistência possível entre esses dois registros seria a indicação de entradas de combustíveis em determinada data com um valor diferente da soma das notas fiscais de aquisições desses combustíveis. Qual seria a informação correta então, as dos registros "C170" ou as dos registros "1300"? Nesse exemplo, explica que seria obrigado a intimar o contribuinte, conforme o art. 247, § 4º, do RICMS/12, para que ele esclarecesse essa inconsistência, com a entrega de nova EFD corrigida, no prazo de 30 dias, antes do prosseguimento do trabalho.

No entanto, diz que ao examinar os arquivos mensais da EFD apresentados, constata que não houve qualquer inconsistência nos mesmos. Pelo contrário, o registro da movimentação de combustíveis da notificada, que, aliás, é diário, se encaixa perfeitamente com as informações dos documentos fiscais de entradas e saídas de combustíveis registradas na EFD. Conclui assim, que o que houve foi a omissão deliberada de registro de diversas notas fiscais eletrônicas, já que os arquivos de EFD entregues tinham suas informações totalmente consistentes.

Sobre o pedido para que a multa de 1% sobre o valor das operações sejam canceladas ou reduzidas, por estarem as mercadorias comercializadas com a fase de tributação encerrada e pela inexistência de dolo, fraude ou simulação nos termos do artigo 158 do RPAF-BA, sustenta que nas omissões havidas nos arquivos de EFDs analisados, não há que se falar em "boa-fé", em "equívocos simples" ou "meras irregularidades" 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 anotado nos registros "1300" da EFD.

Comenta ter havido, sim, um esforço grande para preparar uma escrituração consistente com a falta do registro das notas fiscais eletrônicas de Entradas. Além disso, como não falar da intenção deliberada de descumprir a obrigação acessória de registrar suas notas fiscais de Entradas quando a notificada deixa-a de cumprir por anos. Entende que se o defendente tivesse deixado de escriturar algumas operações, as operações de uma semana ou um de um mês, no período fiscalizado, poderia ver erro da notificada. Mas, não foi isso o que aconteceu. De fato, a notificada deixou de escriturar suas operações por anos a fio. Assim, diz ter ficado patente o dolo da autuada, ao contrário do que alega, impossibilitando a aplicação do art. 158 do RPAF-BA.

Quanto às obrigações acessórias objeto da autuação, diz que não significa relação de subordinação ou dependência da obrigação principal tributária. O registro das operações nos livros fiscais próprios é um dever instrumental que serve de auxílio ao fisco na sua atuação fiscalizadora. Portanto, uma obrigação autônoma decorrente da lei.

Dessa forma, a obrigação da notificada de registrar as entradas de mercadorias no seu estabelecimento, independe da existência de obrigação principal correlata ou de ter a obrigação principal sido paga pelo contribuinte ou mesmo da ocorrência de prejuízo ao erário, visto que o descumprimento do dever instrumental é suficiente para fazer incidir a penalidade prevista na lei. Também, 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. Se o valor final cobrado foi elevado, tal fato se deveu ao grande número de infrações cometidas e é proporcional ao agravo.

Ademais, 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.

Assevera ainda, que reduzir a multa para um valor menor do que o aplicado significaria aceitar que além de certo número de operações não escrituradas, não deveria haver punição. Isso serviria como verdadeiro incentivo ao descumprimento dessa importante obrigação tributária.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe é composto por duas infrações arroladas pela fiscalização, oriundas da aplicação de multas pelo descumprimento de obrigação acessória.

Preliminarmente, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012. As irregularidades apuradas estão devidamente demonstradas nos levantamentos fiscais, que servem de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, lhe possibilitando

defender-se, não havendo, portanto, o que se falar em cerceamento de defesa. A apuração do imposto se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário exigido. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, o autuado foi acusado de ter dado entrada no seu estabelecimento de mercadoria tributáveis, infração 01, e não tributáveis, infração 02, sem o devido registro em sua escrita fiscal, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não escriturada.

O defendente, na sua peça impugnativa, não negou que as citadas notas não estavam escrituradas. No entanto, afirmou que teria identificado tais omissões e solicitou a autorização, conforme artigo 251 em seu § 1º, para retificar a EFD, através do Processo nº 366750/2014-7, cadastramento em 16/12/2014, via *online* na página da SEFAZ/BA / Procedimento Administrativo Fiscal / Autorização. Afirmou que o processo foi para análise e emissão de parecer no dia 17/12/2014 e em 11/02/2015, entretanto, não foi autorizado, comunicado ou notificado sobre qualquer decisão a respeito do seu pedido. Disse que o referido processo se encontra Pendente, em situação ATIVO, até a data da defesa, conforme prova que anexou ao processo, solicitação nº 366750/2014-7, cadastrado em 16/12/2014, fls.78/80.

Analisando os elementos que compõem o presente PAF, especialmente os documentos fls.78/80, verifico que, de fato, o impugnante solicitou a devida autorização para retificar sua EFD e tal solicitação foi realizada em 16/12/2014, antes da ação fiscal, que se deu em 2017, ou seja, foi fiscalizado sem a autorização ou negativa de seu pedido de retificação.

Sobre a matéria aqui discutida, assim dispõe o RICMS/2012:

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).

(...)

§ 1º A EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:

I - Registro de Entradas;

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

(...)

§ 1º A solicitação do contribuinte para retificação da EFD fora do prazo previsto na cláusula décima-terceira do Ajuste SINIEF 02/09 será encaminhado por meio do sistema informatizado da SEFAZ no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>

§ 2º 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.

Da leitura dos dispositivos acima transcritos, verifico que o defendente seguiu a regra estabelecida no § 1º, do art. 251 do RICMS/2012, ficando impedido de seu intento, ante o silêncio da administração fazendária. Ressalto, por importante, que o autuado sabendo de irregularidades presentes em sua escrituração fiscal, conforme alegou em sua defesa, seguiu norma

expressamente prevista no art.95 do RPAF/99, caso em que, não poderia sofrer qualquer penalidade. Registro ainda, que o Autuado encaminhou à SEFAZ as respectivas Declarações de Apuração Mensal do ICMS - DMAs do período, evitando dessa forma, a aplicação do § único do citado art. 95 do RPAF/BA.

Observo que se constata no presente PAF, a pretensão de exigência de multa sob a acusação de que o defendente deu entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis e não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, por sua vez, as considerações da defesa, de que o defendente atendeu ao quanto prescrito na legislação, com o pedido para retificar seus arquivos transmitidos na EFD que entendeu estar com inconsistências, antes de qualquer ação fiscal, alegação esta, que não foi contestada pelo Autuante na Informação Fiscal.

Assim, entendo que não se pode afirmar que o defendente não efetuou o registro das notas fiscais, na sua escrita fiscal, se a SEFAZ não dispunha dessa escrita fiscal, válida juridicamente, visto que o pedido de retificação foi protocolado nos termos regulamentar e não foi apreciado.

Por outro lado, a justificativa dada pelo Autuante de que foram abandonadas todas as notas fiscais eletrônicas relativas aos meses em que não foram entregues os arquivos de EFDs respectivos, bem como, aquelas relativamente aos meses imediatamente anteriores a esse, não possui sustentação jurídica, ante a indisponibilidade do crédito tributário. Não se pode dispensar a escrituração de entradas a qualquer título no livro de Entradas, devendo todo e qualquer documento fiscal do contribuinte constar de sua escrituração fiscal, nos termos do inciso I, art. 217 do RICMS/2012.

Dessa forma, entendo que considerando os fatos descritos e os elementos presentes neste Auto de infração, a acusação fiscal restou descaracterizada.

Ante ao exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 269138.0084/17-4**, lavrado contra **PORTO BRASIL COMBUSTÍVEIS LTDA.**

Esta Junta de julgamento, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2018.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR