

A. I. N° - 294888.0006/18-0
AUTUADO - FRANCO E ALMEIDA LTDA.
AUTUANTE - ROMY SANTOS SILVA
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08/08/2019

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0152-03/19

EMENTA: ICMS. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD.

a) FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) A QUE ESTAVA OBRIGADO. A falta de fornecimento de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou sua entrega sem as informações exigidas na legislação, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa no valor de R\$1.380,00, cumulativamente, multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior. Mantida a exigência fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/10/2018, refere-se à exigência de multa no valor total de R\$54.015,35, em decorrência da falta de fornecimento de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, mês de dezembro de 2014. Infração 16.12.15

O autuado apresentou impugnação às fls. 52 a 57 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa; reproduz a acusação fiscal, e ressalta que o lançamento fiscal é ato administrativo que, por decorrência da sua natureza jurídica, deve, necessariamente, conter motivo, forma prescrita em lei, finalidade pública, sujeito competente e objeto. Inexistindo qualquer desses elementos, resta nulificado o ato.

Acrescenta que o art. 142 do Código Tributário Nacional confere natureza plenamente vinculada aos atos de lançamento, como exemplo o auto em comento. Sobre esta categoria de atos, diz que a doutrina não vacila em afirmar que estes traduzem hipóteses nas quais já existe um tipo legal específico anterior ao ato, que representa a única conduta possível da administração pública, diante de fatos igualmente previstos na legislação.

Lembra que, inexistindo qualquer fundamento fático ou legal que comprove a quebra dos requisitos exigidos para a correta aferição da base de cálculo, a conclusão inelutável é que a constituição do crédito tributário não possui relação de pertinência lógica entre a realidade e o ato praticado pela autuante.

Informa que a autuante teve amplo acesso aos documentos eletrônicos da empresa, através do portal da SEFAZ, que disponibiliza informações, sem que qualquer embaraço lhe tenha sido criado, sequer apontou de forma clara os documentos fiscais que retirou as conclusões que expôs de forma tão sucinta do Lançamento. Entende que o Auto de Infração é carecedor de aspecto fundamental, a informar a origem do suposto débito.

Afirma que, se não bastasse a mácula quanto à validade do auto de infração, a ausência do motivo determinador da suposta infração produz efeitos ainda mais perversos sobre o direito de defesa e ao contraditório do autuado que, diante da indeterminação do que lhe foi imputado se vê prejudicado quanto à busca da verdade dos fatos. Da leitura da descrição da infração, indaga se

seria possível ao homem médio compreender com segurança o que lhe está sendo imputado. Diz não ser possível ter esta resposta sem que novos esclarecimentos venham ser agregados ao auto de infração.

Entende ser inquestionável que o Auto de Infração ora impugnado padece de insanável vício de nulidade, na medida em que não fornece adequadamente os indispensáveis pressupostos fáticos e jurídicos que ensejaram sua lavratura, acarretando assim ofensa ao princípio da motivação dos atos administrativos.

Alega que não há nos documentos subjacentes ao PAF qualquer referência à base legal específica e detalhada aplicável à suposta infração à legislação tributária cometida pelo impugnante.

Ressalta que o procedimento do lançamento do crédito tributário deve nortear-se pela busca da prova da infração fiscal, que não pode ser meramente presumida. Meros indícios, de forma isolada, não têm força de constituir prova indiciária. No Direito Fiscal quase sempre as provas têm um componente de presunção, porque não são de observação direta, simples e definitiva.

Diz que a incerteza jurídica contida no lançamento ora impugnado, face às razões acima expostas, sobretudo, pela ausência da localização das supostas discrepâncias encontradas, é possível o impugnante, ao compulsar na sua análise de acordo com o A.I., enumerar as evidências que ratificam por este Egrégio Conselho julgar nulo o auto de infração.

Também alega que a autuante incorreu em um contundente equívoco, notadamente na interpretação jurídico-tributária dos fatos, o que fulmina o lançamento fiscal exarado, ora impugnado, de absoluta e integral nulidade, a qual verifica-se a falta de correlação entre a conduta praticada e a norma legal indicada como infringida desrespeitaria o princípio da motivação, implicado violação do disposto no art. 142 do CTN. Acrescenta que não basta identificar a conduta objeto do ato, mas sim, qualificar devidamente aquela conduta dentro da norma supostamente violada e apta a gerar a cobrança fiscal, inclusive sob pena de violação a legalidade.

Enumera falhas materiais, que entende invalidar lançamento tributário:

1. Ausência na via do contribuinte (doc.1) do visto do saneador e da autoridade competente. Anexa como amostragem um A.I. de um outro contribuinte (Doc. 2), no qual esta formalidade consta, e que neste ficou totalmente ausente, ratificando a nulidade requerida.
2. Ausência da Descrição dos Fatos: Alega que a descrição dos fatos e a fundamentação legal da autuação, elementos substanciais e próprios da obrigação tributária, tais equívocos na sua determinação no decorrer da realização do ato administrativo de lançamento ensejam a sua nulidade por vício material. Por isso, a falta de motivação ou motivação errônea do lançamento alcança a própria substância do crédito tributário.

Informa que anexa como amostragem, o auto de Infração (Supermercado Ideal Ltda – Auto de Infração nº 232272.0018/18-9) lavrado no mesmo mês, no qual o auditor descreve antes da capitulação da infração a descrição detalhada dos fatos, para assim lançar em seguida o crédito tributário. (doc. 2).

3. Lavraturas distintas de supostas infrações em autos separados. Alega que a autuante lavrou 05 autos de infrações distintos, (AI: 2948880006/18-0; 2948880007/18-7;2948880008/18-3;2948880009/18-0;2948880010/18-8) cerceando o direito de defesa do contribuinte, para assim confundir seu recurso, quando poderia em um único A.I. contemplar todas as supostas infrações apuradas, facilitando o seu direito de defesa;

Observa que este colegiado já possui decisões pacificadas as quais anulam o procedimento fiscal, por se tratar de matérias de direito, visto que a descrição fática não está em conformidade com o procedimento adotado para apurar o ICMS na infração, pois o Fisco deve adotar procedimentos que não contenham vícios formais que desaguem em nulidade da autuação.

Cita como exemplos 02 decisões, uma do ano de 2009 e outra do ano de 2017, as quais pacificam a decretação de nulidade deste auto de infração: Decisão Acórdão JJF nº 0397-05/09 – Transportadora Hammes Ltda e decisão Acórdão JJF nº 0040-04/17 – Transbiribeira Mineração e Transportes Ltda.

Conclui que resta evidenciado que o CONSEF, mesmo com o passar dos anos, se mantém firme em decretar nulos autos de infração que contenham vícios e erros formais, pois não há certeza e liquidez do lançamento; a acusação fica desprovida de elementos que impliquem segurança na metodologia aplicada pela fiscalização, por ter sido irregular, e se encontra desvinculada da legalidade para se apurar a base de cálculo, violando o direito de defesa do contribuinte, requerendo assim a este Conselho a aplicação do art. 18 do RPAF-BA/99.

Diante de tudo acima enumerado e esclarecido, afirma que a metodologia aplicada pela fiscalização, em razão dos erros e vícios materiais, foi irregular e se encontra desvinculada da legalidade para apurar a base de cálculo, violando o direito de defesa do defendente, pois a atividade de fiscalização está vinculada à Lei (art. 142 do CTN), tendo obrigatoriamente, que estar baseada em provas do ilícito fiscal cometido, uma vez que o elemento material do fato gerador é constituído exatamente pela base de cálculo que, juntamente com a alíquota aplicável determinam o “*quantum debeatur*”. Assim, deve ser ela precisa, exata e aplicada a legislação correta para cada operação, para que haja segurança em sua determinação, sendo assegurada sua cobrança administrativa ou judicial com sucesso.

Por fim, requer que seja recebida a impugnação e, por decorrência, a determinação dos efeitos do art. 151, III, do Código Tributário Nacional, com a consequente suspensão da exigibilidade do crédito tributário objeto do Auto de Infração impugnado, e seus regulares efeitos, especialmente, pela impossibilidade de inclusão do nome do impugnante e de seus associados em cadastro de devedores ou similar.

Pede a nulidade da autuação fiscal, face à ausência de pressupostos objetivos essenciais do ato administrativo, tudo conforme item 3.1 e 4.1 da peça defensiva.

Também solicita o envio do PAF à PROFAZ, para parecer das matérias de direito que assistem ao contribuinte, devido aos equívocos de lavratura e de base de cálculo.

Entende restar demonstrada a insubsistência e improcedência parcial da ação fiscal, espera seja acolhida a impugnação para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

A autuante presta informação fiscal à fl. 64 dos autos. Preliminarmente, afirma que descabe a nulidade com base nos argumentos apresentados pelo autuado, pois, o Auto de Infração foi lavrado em obediência aos preceitos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/BA.

Diz que são improcedentes os argumentos de cerceamento de defesa do contribuinte em razão da lavratura de Autos de Infração distintos, porque este procedimento está previsto no Parágrafo Único do Artigo 40 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/BA.

Finaliza, afirmando que o autuado, em sua Defesa, não apresentou argumentos, documentos e/ou demonstrativos capazes de modificar a autuação fiscal. Diz que mantém a exigência fiscal, e pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

Preliminarmente, o defendente afirmou que o lançamento fiscal é ato administrativo que, por decorrência da sua natureza jurídica, deve, necessariamente, conter motivo, forma prescrita em lei, finalidade pública, sujeito competente e objeto.

Alegou que o presente Auto de Infração padece de insanável vício de nulidade, na medida em que não fornece adequadamente os indispensáveis pressupostos fáticos e jurídicos que ensejaram sua lavratura, acarretando ofensa ao princípio da motivação dos atos administrativos.

Observo que, em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado.

No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

Vale salientar, que o Sistema de Fiscalização adotado pela SEFAZ/BA compreende normas de planejamento, execução, avaliação e controle de tributos estaduais. São executados roteiros de fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem todas as etapas dos serviços a serem executados pelos prepostos fiscais. Neste caso, pode ser efetuada verificação de livros, documentos, papéis e mercadorias.

Esses roteiros de fiscalização estabelecem metodologia e técnica de atuação fiscal, de modo que o desenvolvimento dos trabalhos fiscais esteja em conformidade com a legislação tributária, podendo a auditoria de fiscal ser realizada através de contagem física, análise documental ou digital, inclusive por meio de arquivos eletrônicos enviados à base de dados da SEFAZ, podendo ser aplicados os mencionados roteiros a qualquer estabelecimento, estando indicado no presente lançamento o motivo que ensejou a exigência fiscal: *“falta de fornecimento de arquivo magnético exigido mediante intimação”*.

O defendente alegou que a autuante incorreu em um contundente equívoco, notadamente na interpretação jurídico-tributária dos fatos, o que fulmina o lançamento fiscal exarado, ora impugnado, de absoluta e integral nulidade, a qual verifica-se a falta de correlação entre a conduta praticada e a norma legal indicada como infringida, o que desrespeitaria o princípio da motivação. Enumerou falhas materiais, que entende invalidar lançamento tributário:

1. Ausência na via do contribuinte (doc.1) do visto do saneador e da autoridade competente.
2. Ausência da Descrição dos Fatos.
3. Lavraturas distintas de infrações em autos separados. O defendente alegou que a autuante lavrou 05 autos de infrações distintos, (AI: 2948880006/18-0; 2948880007/18-7; 2948880008/18-3; 2948880009/18-0; 2948880010/18-8) cerceando o direito de defesa do contribuinte, para assim confundir seu recurso.

Observo que, ao fiscalizar o estabelecimento indicado na ordem de serviço, quando o auditor se depara com uma infração relativa ao ICMS, procede à autuação fiscal. O Auto de Infração será lavrado em três vias, sendo uma via do processo, uma via do autuado e uma via do autuante. Em relação ao visto saneador da autoridade competente, trata-se de controle interno e administrativo da SEFAZ, se encontra na via deste PAF (fl. 01) inexistindo qualquer ofensa à legalidade, nem motivo de nulidade da autuação, caso a via do contribuinte não contenha o referido visto.

Quanto ao segundo item, no Auto de Infração contém um campo destinado à imputação, a infração, destinado à descrição do cometimento, o enunciado principal, determinando fulcro da autuação. Ainda pode conter a “descrição dos fatos”, que se destina à especificação das circunstâncias que envolvem os fatos apurados, ou seja, neste campo são informados os dados acessórios ou prestadas as informações complementares que não deve apresentar divergência com aquele que constitui o enunciado principal constante no campo “infração”.

No caso em exame, a descrição da infração apurada foi efetuada de forma compreensível, indicando que houve levantamento de Notas Fiscais de saídas e apuração por meio de arquivo da Escrituração Fiscal Digital – EFD. Portanto, não se constatou a necessidade de maiores esclarecimentos na descrição dos fatos quanto à irregularidade apurada que resultou na exigência fiscal.

Entendo que os dispositivos da legislação citados no campo enquadramento legal, guardam relação com a penalidade aplicada pela autuante. Quanto ao Regulamento do ICMS do Estado da

Bahia, observo que a partir de abril de 2012 entrou em vigor o RICMS/2012, Decreto nº 13.780, de 16/03/2012, publicado no Diário Oficial do Estado de 17 e 18/03/2012.

Vale salientar, que não implica nulidade da autuação no caso de equívoco na indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que, pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99. A descrição dos fatos e dispositivos regulamentares constantes no Auto de Infração indicam que a autuação fiscal trata de irregularidade relacionada ao cumprimento de obrigações constantes no RICMS-BA.

Sobre o terceiro item, o presente Auto de Infração foi efetuado sob o comando de Ordem de Serviço; não se constatou motivo para se entender que houve cobrança em duplicidade e não há prejuízo ao defendente o fato de ter sido lavrado mais de um Auto de Infração, desde que a descrição dos fatos seja efetuada de forma compreensível, sejam indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, o que ocorreu no presente Auto de Infração.

O autuado tomou conhecimento de todos os lançamentos efetuados, conforme se pode constatar alegações defensivas, inexistindo cerceamento ao direito de defesa, e o impugnante tem condições de acompanhar normalmente o deslinde de todas as questões suscitadas em relação a todos os Autos de Infração lavrados.

Considerando que não se constatou prejuízo ao Contribuinte em razão da lavratura de mais de um Auto de Infração, entendo que deve ser superada a alegação defensiva e não se decretar a nulidade da autuação fiscal, haja vista que o autuado tomou conhecimento de todos os lançamentos efetuados, inexistindo o alegado cerceamento ao direito de defesa, e o contribuinte apresentou normalmente as questões suscitadas na impugnação, em relação à exigência fiscal constante nesta autuação.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada 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 às irregularidades apuradas; não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o débito apurado consoante o levantamento acostado aos autos. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente.

No mérito, o presente lançamento trata da exigência de multa em razão da falta de fornecimento de arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, no exercício de 2014.

Observo que o arquivo eletrônico é recebido e submetido a teste de consistência, e por isso, a legislação prevê que a sua recepção pela SEFAZ não caracteriza que o arquivo entregue atende às exigências, especificações e requisitos previstos.

No caso em exame, após a constatação de inconsistências, o contribuinte foi intimado via DT-e (Domicílio Tributário Eletrônico), a apresentar os arquivos com a necessária correção, no prazo de trinta dias, tendo sido indicadas as irregularidades encontradas, na intimação à fl. 09 do PAF, constando na intimação assinatura de representante do autuado, com ciência em 14/08/2018.

Na mencionada intimação, consta a informação: *“Verificamos na nossa base de dados que os arquivos da Escrituração Fiscal Digital – EFD dos períodos de apuração 01 a 12/2013; 01 a 12/2014 apresentam divergências em relação às notas fiscais eletrônicas emitidas e destinadas ao seu estabelecimento”. “Assim, na forma da legislação vigente, intimamos o contribuinte a retransmitir a EFD dos períodos acima informados. A não apresentação da EFD com as informações a que está obrigado, no prazo de 30 (trinta) dias, sujeitará o contribuinte a multa...”*

Não há dúvida de que o autuado entregou os arquivos magnéticos com inconsistências, e quando intimado a regularizar os mencionados arquivos, as inconsistências não foram corrigidas.

Portanto, se foram constatadas inconsistências, a fiscalização intimou o contribuinte apontando essas irregularidades encontradas, houve a concessão do prazo, mediante intimação, e mesmo assim, não houve a necessária regularização, deve ser aplicada multa prevista na legislação.

Com a promulgação da Lei nº 12.917 de 31/10/13 (DOE de 01/11/13) alterou-se a redação da alínea “I” do inciso XIII-A do caput do art. 42 e passou-se a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas. Atual redação da alínea “I” do inciso XIII-A, do art. 42:

I) 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.

Conclui-se que a falta de fornecimento de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou sua entrega sem as informações exigidas na legislação, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa no valor de R\$1.380,00, cumulativamente, multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior.

Considerando que o procedimento fiscal foi efetuado observando os requisitos estabelecidos na legislação, inclusive, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, ou seja, após a constatação de inconsistências o contribuinte foi intimado para que fossem providenciados os novos arquivos a salvo das incorreções, e as inconsistências não foram resolvidas, concluo que está correta a exigência fiscal, estando a multa aplicada de acordo com a previsão legal.

O autuado também solicitou o envio do PAF à PROFAZ, para emissão de parecer acerca das matérias de direito que assistem ao contribuinte, alegando equívocos de lavratura e de base de cálculo.

Em relação à intervenção da PROFIS/PGE, solicitada pelo autuado, entendo que nesta fase de julgamento, e no caso em exame, não se encontram as situações elencadas no art. 118 do RPAF/99 para solicitação de parecer.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **294888.0006/18-0**, lavrado contra **FRANCO E ALMEIDA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa no valor total de **R\$54.015,35**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “I” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2019

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR