

PROCESSO - A. I. Nº 294888.0008/18-3
RECORRENTE - FRANCO E ALMEIDA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0086-05/19
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25.08.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0137-11/20-VD

EMENTA: ICMS. POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. TRANSMISSÃO DA EFD COM DIVERGÊNCIA DE DADOS COM OS DOCUMENTOS FISCAIS. A autuação está alicerçada em fatos e circunstâncias devidamente motivadas. A disponibilização incompleta do retrato da movimentação comercial da empresa, com omissão de informações na escrita fiscal, enseja a aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, à razão de 1% sobre o montante das saídas. A despeito de ser referenciada no corpo do Auto de Infração uma alínea regulamentar diferente daquela que faz enquadrar o descumprimento da obrigação acessória, todos os demonstrativos produzidos pela fiscalização e o descritivo da infração aponta para o art. 42, XIII-A, “j” da Lei do ICMS, no qual se enquadra. Infração subsistente. Afastada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 31/10/2018, no valor histórico de multa de R\$164.698,79, além dos demais acréscimos, envolvendo a cobrança de penalidade pecuniária pelo descumprimento de obrigação acessória à razão de 1% do valor comercial das saídas não declaradas, haja vista a escrituração Fiscal Digital - EFD terem sido transmitida sem constar os dados das operações de saídas de mercadorias praticadas pelo contribuinte.

Para cada exercício fiscal, a exigência teve como marco temporal do fato gerador as datas de 31.12.2015, 31.12.2016, 31.12.2017 e 31.12.2018.

Teve a conduta enquadramento nos arts. 259 e 261, ambos do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, com tipificação sancionatória encontrada no art. 42, XIII-A, “l” da Lei nº 7014/96.

Após a devida instrução processual, a 5ª Junta de julgamento Fiscal decidiu pela Procedência, por unanimidade, com base nos fundamentos abaixo colacionados:

VOTO

Inicialmente, deve-se apreciar os aspectos formais do processo.

Em preliminar, a autuada sustenta haver desconexão lógica entre os fatos e a autuação, inclusive porque restou obscura a demonstração dos documentos que lastrearam a acusação fiscal, e vacilante a precisão da irregularidade cometida.

Não assiste razão ao contribuinte.

A exigência ataca a transmissão de arquivos magnéticos com dados faltantes na Escrituração Fiscal Digital – EFD, particularmente, notas de entrada e saída, não foram lançadas nos registros fiscais correspondentes,

apesar de haver movimentação comercial neste sentido.

Há farta prova documental, comprovando isto: registros de entrada e de saída sem lançamentos de notas fiscais, Apurações mensais de ICMS “zeradas”, relação de documentos fiscais de saídas autorizadas.

Disto tudo teve acesso o sujeito passivo, nomeadamente através do recibo de entrega de levantamentos fiscais de fl. 97.

Ademais, ficou patenteada na autuação a infração praticada, isto é, a transmissão de arquivos eletrônicos da escrita fiscal que não refletiram o real movimento comercial da empresa.

Afasto a preliminar.

Sendo assim, o auto de infração obedece aos requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua validade.

A impugnação foi interposta dentro do prazo regulamentar, não se identificando aqui problemas de perda de prazo e consequente revelia.

Não há vícios de representação, considerando que o signatário da peça impugnatória pode atuar neste PAF, conforme atesta o documento de fl. 112, não contrariado pela fiscalização.

Vejo também atendidos o contraditório e a ampla defesa, bem como os demais princípios aplicáveis ao processo administrativo tributário.

No mérito, objeta a empresa questões que perpassam também por aspectos formais.

A iniciar pelo pedido expresso de reconhecimento dos efeitos previstos no art. 151 do CTN, feito em destaque à fl. 106, item 5-I. Em verdade, a própria interposição da peça impugnatória, já faz disparar automaticamente a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, sem necessidade de se fazer textualmente um requerimento neste sentido. Não se trata de remédio processual que possa ser recebido no efeito devolutivo ou suspensivo. Necessariamente, há que se suspender a exigibilidade do crédito, até exaurimento da discussão do processo neste Colegiado.

Como se disse, há elementos probatórios suficientes para caracterizar a infração, suplantando muito além da área especulativa de indícios. O enquadramento legal está consonante com a legislação de regência.

De outra sorte, a autuação está alicerçada em fatos e circunstâncias devidamente motivadas. A disponibilização incompleta do retrato da movimentação comercial da empresa, com omissão de informações na escrita fiscal, enseja a aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, à razão de 1% sobre o montante das saídas.

A despeito de ser referenciada no corpo do Auto de Infração uma alínea regulamentar diferente daquela que faz enquadrar o descumprimento da obrigação acessória, todos os demonstrativos produzidos pela fiscalização e o descritivo da infração aponta para o art. 42, XIII-A, “j” da Lei do ICMS, abaixo reproduzido:

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

(...)

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:

(...)

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido 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 e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo”.

Importante consignar que, tanto pela alínea “j”, tanto pela alínea “l”, a multa traduz o mesmo montante, qual seja, 1% do valor total das saídas.

Em terceiro lugar, totalmente dispensável constar na via do contribuinte a assinatura da autoridade fazendária responsável pelo saneamento do auto de infração. Este é um procedimento de controle interno, que prescinde de registro na cópia entregue ao contribuinte. O importante é que tais assinaturas constem nas vias que integram o PAF, conforme se vê na fl. 01. O fato disto constar em outro Auto de Infração, não significa que seja medida compulsória. Não há dispositivo cogente na legislação que esta formalidade seja satisfeita também para a via a ser entregue ao sujeito passivo.

Por último, a opção de terem sido lavrados vários autos de infração, não ofende qualquer disposição normativa, muito menos cerceia qualquer direito de defesa. Ao revés, facilita o exercício da contestação pelo estabelecimento autuado, que disporá de prazos e processos separados, cada um deles com 60 dias para oferecimento de impugnação, no sentido de expor com tranquilidade as razões que entende contrárias à pretensão. Pior seria se todas as infrações fossem lançadas num só PAF, dispondo a empresa de um único prazo de 60 dias para agitar todos os aspectos defensivos.

Considero a autuação inteiramente PROCEDENTE, sobretudo se se considerar que a multa aplicada foi aquela menos gravosa para o contribuinte, vale dizer, 1% em vez de 5%, em face do princípio da retroatividade benigna.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs o presente recurso objetivando a reapreciação da decisão de piso, alegando o que segue:

Inicialmente informa a tempestividade da peça recursal e tece um breve relato dos fatos.

Preliminarmente aduz a nulidade do lançamento, sob o argumento de que a autuação tratar-se de uma penalidade a qual foi imposta em outro Auto de Infração com relação a entrega do SPED/ICMS; Devido ao AF culminar em autos separados (citamos o Auto de Infração nº 294888.0006/18-0) autuações da mesma natureza, conseqüentemente existe o cerceamento de defesa buscando onerar o contribuinte com pesadas multas do mesmo sentido.

Discorre sobre a confiscatoriedade da multa, a interpretação da norma e arremata salientando inexistir qualquer fundamento fático ou legal que comprove a quebra dos requisitos exigidos para a correta aferição da base de cálculo, sendo a conclusão inelutável de que a constituição do crédito tributário não possui relação de pertinência lógica entre a realidade e o ato praticado pelo AUTUANTE.

No tópico intitulado “do mérito”, segue alegando a nulidade do Auto de Infração, afirmando que o mesmo 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.

Pontua que não pode o CONSEF citar ser dispensável constar na via do contribuinte a assinatura da autoridade fazendária responsável, se assim fosse não seria também necessário constar a assinatura do contribuinte na ciência do mesmo, pois não existe no RPAF que faça menção de ser dispensável a assinatura da autoridade fazendária, e que tratar-se de matérias de DIREITO a qual resguarda o contribuinte no pedido de NULIDADE do auto, devendo a PROFIS em análise ao PAF manifestar-se para ratificar a anulação.

Seguindo, diz que não há nos documentos subjacente aos AUTO qualquer referência à base legal específica e detalhada aplicável à suposta infração à legislação tributária cometida pela IMPUGNANTE. Ademais, afirma 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.

Afirma haver vício material do Auto de Infração, vez que o Auditor Fiscal 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 na violação do disposto no art. 142 do CTN. Com efeito, 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.

Segue pontuando as razões de nulidade, alegando: ausência na via do contribuinte (doc.1) do visto do saneador e da autoridade competente; ausência da descrição dos fatos; lavratura distinta de supostas infrações em autos separados, tendo em vista que o ilustre Auditor lavrou 05 autos de

infrações distintos, (Auto de Infração n^{os}: 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 Auto de Infração contemplar todas as supostas infrações apuradas, facilitando o seu direito de defesa.

Cita decisões do CONSEF de nulidade e o art. 18 do RPAF/99.

Por fim, requer seja acolhido o recurso para o fim de assim ser decidido, cancelando-se o débito fiscal reclamado.

VOTO

O presente Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento da seguinte infração: “Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas”. Os períodos autuados foram: 31/12/2015, 31/12/2016, 31/12/2017 e 31/08/2018.

Inicialmente, observo, de ofício, que há um equívoco na data de ocorrência da infração. É que, de fato, a data de ocorrência não é aquela fixada, originalmente, para o cumprimento da obrigação, mas o momento em que se caracterizou o não atendimento da intimação, nos termos do item “5” da OTE-DPF-3005, abaixo reproduzida, *in verbis*:

“5. caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão de não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencial, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.

5.1 – Na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.”
(grifos nosso)

Assim, considerando que o trigésimo dia do prazo da intimação, ocorrida em 21/09/2018 (fl. 06), cai num domingo, o final do prazo se protraí para o primeiro dia útil seguinte, nos termos do parágrafo único do art. 200 do CTN. Por isso, o último dia do prazo deve ser considerado como a segunda-feira seguinte, 22/10/2018, devendo-se tomar como descumprida a intimação no dia 23/10/2018, na terça-feira, portanto.

Seguindo, saliento que o recorrente tão somente reapresentou a defesa inicial, não tendo acrescido nenhuma informação, documento ou fato que ensejasse a alteração da decisão recorrida. Ademais, o recorrente defendeu-se alegando a nulidade do Auto de Infração, inexistindo razões meritórias.

Quanto a afirmação de nulidade por conta do Auto de Infração n^o 294888.0006/18-0 ser de mesma natureza do presente e estarem segregados, o que, no sentir da recorrente acarretaria em cerceamento de defesa e intenção do Fisco em onerar o contribuinte com pesadas multas do mesmo sentido, tal assertiva não procede.

Os autos de mesma natureza, todavia de períodos distintos. Como bem pontuado pelo julgador de piso, o contribuinte, ao revés do afirmado, foi beneficiado com a segregação dos processos administrativos, uma vez que a cada PAF, ele tem o prazo individual de 60 dias para se defender, tendo mais tempo para elaboração de defesa e, inclusive, juntada de documentos do período autuado, caso possua.

Deste modo, descabe completamente a alegação de cerceamento de defesa a segregação dos Autos de Infração.

Quanto à alegação de confiscatoriedade da multa, informo que este Conselho Administrativo não tem competência para apreciar constitucionalidade, conforme determina o art. 167, I do RPAF/99.

Em relação a nulidade apontada por não fornecimento de pressupostos fáticos e jurídicos que ensejaram na lavratura do auto, acarretando assim ofensa ao princípio da motivação dos atos

administrativos, o mesmo não se sustenta.

Verifico que o referido PAF encontra-se revestido de todas as formalidades legais, desde a descrição dos fatos, da infração, assim como o enquadramento legal e a multa aplicada. Ademais, os demonstrativos assim como dos documentos que ensejaram a autuação (EFD e notas fiscais), estão no processo e foram devidamente disponibilizados ao contribuinte.

A infração, que cobra do recorrente a multa de 1% estipulada no art. 42, XIII-A, 'j' da Lei nº 7.014/96 por ter deixado de fornecer os arquivos magnéticos com as informações das operações praticadas está efetivamente caracterizada, não tendo o contribuinte se insurgido contra a autuação especificamente, reconhecendo o cometimento do ilícito tributário praticado, buscando defesa em nulidades que não cabem ao processo.

Quanto a falta de assinatura da autoridade fiscalizadora na via do contribuinte, o mesmo não enseja em razão de nulidade. Como bem expôs o julgador de piso:

totalmente dispensável constar na via do contribuinte a assinatura da autoridade fazendária responsável pelo saneamento do auto de infração. Este é um procedimento de controle interno, que prescinde de registro na cópia entregue ao contribuinte. O importante é que tais assinaturas constem nas vias que integram o PAF, conforme se vê na fl. 01. O fato disto constar em outro Auto de Infração, não significa que seja medida compulsória. Não há dispositivo cogente na legislação que esta formalidade seja satisfeita também para a via a ser entregue ao sujeito passivo.

Assim, rebatidas as nulidades apresentadas, verifico que a autuação encontra-se em consonância com a procedimentalidade bem como com a legislação estadual, razão pela qual voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, de ofício, corrigindo a data de ocorrência da infração para o dia 23/10/2018.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **294888.0008/18-3**, lavrado contra **FRANCO E ALMEIDA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$164.698,79**, prevista no art. 42, XIII-A, "j" da Lei nº 7014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de junho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS