

A. I. N° - 272041.0001/19-8
AUTUADO - MIX SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO NOGUEIRA DA GAMA
ORIGEM - INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 09/03/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0027-03/20

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. FALTA DE EXIBIÇÃO DE EFD. Não ficou caracterizado o impedimento para desenvolver um processo de fiscalização. Indevido o arbitramento no momento em que foi realizado o procedimento fiscal, mas restou comprovado falta de cumprimento de obrigação acessória, sendo devido o valor da multa por falta de apresentação da EFD. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/03/2019, refere-se à exigência de R\$3.087.366,99 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em razão da falta de recolhimento do imposto apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, no período de janeiro de 2016 a dezembro de 2017. Não apresentou EFD ao Fisco da Bahia, por vários anos, inclusive nos exercícios fiscalizados (2016/2017). Infração 11.02.01

O autuado apresentou impugnação às fls. 213 a 221 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e reproduz a descrição dos fatos e a infração. Informa que é empresa constituída no Estado do Bahia há vários anos e sempre procurou, apesar das várias dificuldades que assomam aos empresários de nosso País, cumprir corretamente com suas obrigações fiscais, tendo a autuação, ora alvo de Defesa Escrita, incorrido em erro que a torna nula de todos os efeitos, seja fiscal ou legal.

Entende o impugnante que as notificações não têm esteio tributário e ainda, que as multas exponenciadas significam um enriquecimento ilícito do Estado, em ofensa à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira.

Comenta sobre a suspensão da exigibilidade do tributo e da multa advinda do auto de infração, reproduzindo o art. 151, III do CTN.

Alega que a infração resta eivada de nulidade, pois em conformidade com o que preconiza nosso ordenamento jurídico, o demonstrativo elaborado pelo autuante eiva-se de vícios e defeitos inquestionáveis e irreparáveis, que passa a demonstrar a seguir, de forma que padecerá esta, de autenticidade legal para a sua exigibilidade.

Afirma ser inconcebível que se imponha uma Notificação Fiscal e, conseqüentemente, um Auto de Infração com valores tão voluptuosos tão somente, com base em arbitramento de base cálculo para cobrança de ICMS, com a alegação de falta de apresentação ao fisco de documentos fiscais e contábil, no caso em questão, os arquivos EFDs referentes ao período de (2016/2017), uma vez que essa afirmação não corresponde com a verdade, pois os arquivos foram entregues, conforme recibos de entrega e relatório de resumo fiscal extraído do DT-e em anexo, comprovando que não há, nem nunca houve a omissão de entrega dos arquivo EFDs.

Alega que todas as informações Fiscais, tanto para aquisição de mercadorias Compras, quanto para Vendas de Mercadorias são digitais. Portanto, as informações, quer seja para apuração do Crédito do imposto quanto para apuração do Débito do imposto, e até mesmo possíveis saldos de

impostos a recolher, já estão destacados nos documentos fiscais de Entradas e Saídas de Mercadoria.

Entende ser inaceitável a ideia de arbitramento de base de cálculo para cobrança de ICMS, uma vez que os impostos referentes aos exercícios em questão foram sim recolhidos, conforme extrato de recolhimento emitido da base da SEFAZ no *link* histórico de pagamentos em anexo, e caso seja necessário, informa que pode anexar os DAEs referentes ao recolhimento do ICMS em questão.

Diz que não se trata de omissão de entrega de arquivos EFD como alega o autuante, e nem tão pouco ausência de recolhimento de ICMS quando devido, pois os recibos de entrega das EFDs e o extrato de pagamento extraído do site da SEFAZ, comprovam claramente que o impugnante não deixou de recolher o ICMS devido nem omitiu a entrega dos arquivos EFDs, como afirma o autuante.

Entende restar claro que a intenção do auditor era tão somente de autuar o contribuinte, uma vez que numa simples consulta à base de dados da SEFAZ, através do DT-e, na aba relatório de resumo fiscal, constata-se que não há a omissão de entrega de EFDs, e nem a ausência de recolhimento de ICMS.

Acrescenta que não se pode afirmar que o Contribuinte deixou de recolher o ICMS e omitiu a entrega dos arquivos EFDs, se as informações estão disponíveis na base de dados da SEFAZ, e de forma equivocada e sem a mínima fundamentação legal, foi realizada a cobrança do ICMS utilizando-se de PLANILHAS DE FLUXO DE CAIXA, sendo que os arquivos foram entregues de fato e de direito.

Assegura que está demonstrada a total insegurança jurídica na imposição da notificação fiscal e, consequentemente, a lavratura do auto de infração, não fazendo sentido arbitrar base de cálculo para apuração e cobrança do imposto, uma vez que as informações Fiscais e Contábeis estão à disposição do fisco, dessa forma, cerceando o direito líquido e certo de defesa do contribuinte.

Informa que vendo cerceado o seu direito líquido e certo e prejuízo material irreparável à sua atividade econômica, e por ser penalizado por valores totalmente fora da realidade do nosso país, e dos seus padrões econômicos, causando sérios danos e até mesmo comprometendo a continuidade de suas atividades, motivo que o levou a recorrer a esse colegiado pleiteando a nulidade total do presente auto de infração.

Em vista dos fatos acima alocados, entende que se torna primordial a declaração de nulidade do auto de infração e consequente inexigibilidade das multas aplicadas, para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

Quanto ao mérito, afirma que apesar de confiante no acolhimento da preliminar acima pleiteada, permite-se adentrar no mérito da questão face ao princípio da eventualidade.

Ressalta que são várias as agruras sofridas pelas empresas nacionais, devido à pesada carga tributária a elas imposta, e que, habitualmente as leis são confusas e obscuras, ou ainda são apenas mais uma bandeira da burocracia que destrói nosso País.

Diz que tal fato pode ser observado no tumulto legislativo ao qual estão submetidas as empresas nacionais e consequente sujeição a tributação do não menos confuso ICMS.

Requer seja regularmente distribuída e conhecida a defesa escrita, sendo processada pelo órgão competente, e face aos motivos acima desfilados, declarada a nulidade do presente Auto de Infração, destinando o PAF ao arquivo administrativo.

No tocante aos valores apurados pelo autuante, comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas, e ainda, seja adentrado no mérito da defesa, constatando-se a incidência de multas e juros superiores aos previstos legalmente, procedendo-se aos recálculos do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se o

impugnante de todo o andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa.

Assim, por entender o impugnante não haver cometido qualquer ato lesivo aos cofres públicos, e ainda, confiando na alta sensibilidade e no espírito elevado de justiça dos Julgadores, espera que a presente autuação seja julgada improcedente, reafirmando que padece a mesma de embasamento jurídico.

O autuante presta informação fiscal às fls. 216/217 dos autos, dizendo que o autuado apresentou as EFDs intempestivamente embaraçando a fiscalização nos períodos de 01/01/2014 a 31/12/2014, 01/01/2015 a 31/12/2015, 01/01/2016 a 31/12/2016, 01/01/2017 a 31/12/2017 (anexos). Desta forma, não observou no RICMS/12 os prazos para a apresentação das EFDs ao longo dos meses, tornando-se um embaraçador contumaz das fiscalizações do FISCO/BA.

Informa que em relação aos exercícios de 2014/2015 foi lavrado o Auto de Infração nº 2720410002/17-8. Para o período 2016/2017 foi lavrado o Auto de Infração em tela.

Lembra que os preços de mercado concorrencial local são formados quando todos os contribuintes observam o RICMS/12, e cumprem com suas obrigações principais e acessórias. Quando há ruído ou distorção, na percepção dos agentes econômicos, quanto à importância do cumprimento de suas obrigações principais e acessórias, várias e diversas consequências desestabilizadoras podem ocorrer:

1. Outros contribuintes podem ser induzidos, via efeito demonstração, a não prestar tempestivamente suas informações fiscais, EFDs, uma vez que a penalidade pelo descumprimento é repetitiva e branda;
2. O contribuinte que não apresenta tempestivamente, ao Fisco/BA, suas movimentações de mercadorias, fica mais propenso a um deslize que não poderia ser detectado a tempo pelo Fisco, ou, num cenário pior, jamais ser detectado;
3. Distorções na alocação de recursos na economia local dada a possível desigualdade nas relações mercantis de compra e venda de mercadorias;
4. Há também assimetria de informação entre o Fisco e o contribuinte que pode operar a favor deste;
5. Virtual não obrigatoriedade de manter uma Contabilidade idônea que reflita todas as operações do contribuinte;
6. O mercado de trabalho local pode ser afetado uma vez que está atrelado aos itens acima, acarretando em mais um fator de desigualdade de condições.

Diz que o arbitramento da base de cálculo está previsto no RICMS/12 e consta do SIAF (Sistema Integrado de Auditoria Fiscal). As faturas das compras foram analisadas uma a uma, e distribuídas ao longo dos meses os respectivos pagamentos em planilhas do Excel. O regime de caixa foi o utilizado neste arbitramento.

Informa que juntou ao PAF, as vendas, interestadual e interna, realizadas, mês a mês, para 2016 e 2017, e as contas do mês de dezembro, referentes ao arbitramento (fl.188) que não constavam no PAF.

Ressalta que o autuado não apresenta Contabilidade com os registros de compras, vendas, despesas, contas de consumo, salários, aluguel, luz, água, impostos, etc. Afirma que há poucos ou nenhum fato material que se adeque às informações do autuado ou da idoneidade de suas alegações. Quem alega e não prova, não alegou.

Conclui afirmando que esse tipo de “gestão empresarial” deve ser desestimulado pelo Estado que tem o poder-dever de atuar para a correção de rumo, visando a igualdade de oportunidades entre os comerciantes.

VOTO

O presente Auto de Infração trata de recolhimento do ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, sob a acusação de falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, no período de janeiro de 2016 a dezembro de 2017, constando na descrição dos fatos que o Contribuinte não apresentou EFD ao Fisco da Bahia por vários anos, inclusive nos exercícios fiscalizados (2016/2017).

Observo que o arbitramento da base de cálculo é considerado um recurso extremo que deve ser aplicado quando o Fisco não dispuser de condições de apurar o imposto devido, sendo uma das causas, a falta de apresentação ao fisco de notas fiscais comprobatórias das operações realizadas pelo contribuinte, bem como livros fiscais e da contabilidade geral. Portanto, o arbitramento é um método utilizado somente quando não houver qualquer possibilidade de se apurar o montante do débito, por outros roteiros de fiscalização.

Na informação fiscal, o autuante disse que o autuado apresentou as EFDs intempestivamente, embarçando a fiscalização nos períodos de 01/01/2014 a 31/12/2014, 01/01/2015 a 31/12/2015, 01/01/2016 a 31/12/2016, 01/01/2017 a 31/12/2017. Desta forma, não observou no RICMS/12, nos prazos para a apresentação das EFDs ao longo dos meses. Assim, tornou-se um embarçador contumaz das fiscalizações do FISCO/BA.

De acordo com o art. 22 da Lei 7.014/96, a fiscalização poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando não for possível apurar o valor real das operações, indicando as hipóteses, conforme abaixo reproduzido:

Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:

I - operação ou prestação sem emissão de documento fiscal ou com documentação fiscal inidônea;

II - falta de apresentação dos documentos fiscais e contábeis relativos às atividades da empresa, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos;

III - utilização irregular de sistema eletrônico de processamento de dados, equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) ou terminal ponto de venda (PDV), de que resulte redução ou omissão do imposto devido, inclusive no caso de falta de apresentação do equipamento;

IV - qualquer outro caso em que se comprove a sonegação do imposto.

Conforme estabelece o art. 247 do RICMS-BA/2012, 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.

A responsabilidade do contribuinte imposta pela legislação quanto à Escrituração Fiscal Digital tem exatamente o objetivo de facilitar o envio de informações às unidades federadas e à Secretaria da Receita Federal, de forma que o foco de atuação do fisco e a escrituração realizada pelo contribuinte sejam facilitadas por meio de um modelo único de lançamento, proporcionando fiscalizações e controles mais efetivos.

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 falta de entrega da EFD no prazo previsto na legislação, ou sua entrega sem as informações exigidas

No caso em exame, consta na descrição dos fatos, que o contribuinte não apresentou a EFD referente aos exercícios fiscalizados (2016/2017), encontrando-se às fls. 08/11 do PAF, intimações via DT-e, solicitando a apresentação dos mencionados arquivos, e a informação de que o não atendimento sujeitava o contribuinte às penalidades previstas na legislação. Neste caso, deveria ter sido lavrado o Auto de Infração para exigir a multa pela falta de apresentação da EFD solicitada.

Pelo que consta nos autos, após as intimações não atendidas, foi aplicado o método de arbitramento na apuração da base de cálculo, sendo informado pelo autuante que as faturas das compras realizadas pelo autuado foram analisadas uma a uma, e distribuídas ao longo dos meses os respectivos pagamentos em planilhas do Excel, e o regime de caixa foi o utilizado neste arbitramento. Disse que juntou ao PAF, as vendas interestadual e interna, realizadas, mês a mês, para 2016 e 2017.

Entendo que apesar de o autuado ter apresentado intempestivamente a EFD, não ficou caracterizado o impedimento para o autuante desenvolver um processo de fiscalização, restando comprovado que é devido o valor da multa por falta de apresentação da EFD, no prazo estabelecido na legislação, sendo indevido o arbitramento no momento em que foi realizado o procedimento fiscal.

Vale ressaltar, que a redação atual da alínea “I”, do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei 7.014/96, estabelece:

l) R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da Escrituração não enviada;

Dessa forma, estando caracterizada a falta de atendimento a intimações para fornecimento de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração.

Vale salientar, que de acordo com o art. 157 do RPAF-BA/99, “verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente”.

Neste caso, concluo pela insubsistência quanto ao imposto exigido por meio de arbitramento, por não ter sido caracterizado nos autos impossibilidade de apurar a base de cálculo referente às operações realizadas pelo autuado, mas deve ser aplicada a multa pela falta de atendimento à intimação para entrega da EFD, conforme quadro abaixo, elaborado a partir dos dados apurados no levantamento fiscal.

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	MULTA %	VALOR DO DÉBITO R\$
31/01/2016	09/02/2016	164.004,32	1%	1.640,04
29/02/2016	09/03/2016	736.977,14	1%	7.369,77
31/03/2016	09/04/2016	1.064.074,69	1%	10.640,75
30/04/2016	09/05/2016	942.607,79	1%	9.426,08
31/05/2016	09/06/2016	997.069,48	1%	9.970,69
30/06/2016	09/07/2016	959.467,89	1%	9.594,68
31/07/2016	09/08/2016	870.844,78	1%	8.708,45
31/08/2016	09/09/2016	872.626,61	1%	8.726,27
30/09/2016	09/10/2016	851.008,85	1%	8.510,09
31/10/2016	09/11/2016	769.308,79	1%	7.693,09
30/11/2016	09/12/2016	1.092.194,95	1%	10.921,95
31/12/2016	09/01/2017	868.750,11	1%	8.687,50

31/01/2017	09/02/2017	849.347,17	1%	8.493,47
28/02/2017	09/03/2017	781.175,59	1%	7.811,76
31/03/2017	09/04/2017	867.930,76	1%	8.679,31
30/04/2017	09/05/2017	731.396,68	1%	7.313,97
31/05/2017	09/06/2017	710.996,81	1%	7.109,97
30/06/2017	09/07/2017	729.315,46	1%	7.293,15
31/07/2017	09/08/2017	784.249,40	1%	7.842,49
31/08/2017	09/09/2017	783.221,01	1%	7.832,21
30/09/2017	09/10/2017	622.105,78	1%	6.221,06
31/10/2017	09/11/2017	725.796,35	1%	7.257,96
30/11/2017	09/12/2017	729.292,20	1%	7.292,92
31/12/2017	09/01/2018	717.637,24	1%	7.176,37
T O T A L	-	-	-	192.214,00

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 272041.0001/19-8, lavrado contra **MIX SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$192.214,00**, 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.

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”, 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, 18 de fevereiro de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA