

A. I. Nº - 232877.0024/18-1
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS J. M. RIBEIRO EIRELI
AUTUANTE - ANTONIO JORGE SEIXAS LIMA
ORIGEM - INFAC CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 23/11/2020

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0206-04/20-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NOS LIVROS FISCAIS. DECUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Tendo sido a ação fiscal desenvolvida com base na Escrita Fiscal Digital – EFD do autuado, com ciência pelo autuado, desnecessário se torna expedição de intimação específica para fim de apresentação de livro fiscal. Alegações de cerceamento do direito de defesa não acolhidas, visto que foi disponibilizado ao sujeito passivo, mídia digital contendo os demonstrativos e planilhas analíticas dos fatos que motivaram a autuação. Não acolhidas as arguições de nulidade. Subsistência do lançamento em relação ao mérito da autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente Auto de Infração, de lançamento para efeito de aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no total de R\$282.048,70, em face da seguinte acusação: *“Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal”*, compreendendo o período de janeiro/2014 até dezembro/16.

Em 25/02/2019, através do Processo SIPRO nº 087123/2019-5, fl. 15, o autuado interpôs a **“Petição”** de fl. 16, direcionada ao Sr. Presidente do Conselho de Fazenda Estadual, onde após fazer alusão ao Auto de Infração em tela e proceder sua identificação, pontuou que *“...tendo ciência do Auto de Infração referenciado e com ele não concordando, vem, por seu representante legal devidamente constituído (doc 01), dentro do prazo legal, com fulcro no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF. Solicita a nulidade do auto de infração”*. (sic).

Anexo a referida Petição, foram juntados os docs. fls. 17 a 24, os quais, embora não assinados ou rubricados, se referem a Impugnação do lançamento combatido, o qual, em síntese, se apresenta da forma a seguir delineada.

Após descrever a acusação que lhe foi imposta, destacou a existência de nítido cerceamento ao seu direito de defesa porque, durante a realização das diligências que resultaram na lavratura do Auto de Infração, o autuante deixou de apresentar em sua peça de trabalho quais as notas fiscais que deixaram de ser escrituradas e, também, não solicitou antecipadamente a escrita fiscal por meio do DT-3 e/ou através de outro meio de comunicação, conforme determina o art. 42 da Lei nº 7.014/96, ocasionando falta de sensibilidade e clareza na metodologia utilizada, se resumindo o Auto de Infração na apresentação de sucintas planilhas, fato este que lhe impossibilitou o exercício do direito de defesa.

Em seguida, passou a arguir a nulidade do Auto de Infração, citando o Art. 2º do RPAF/BA, destacando que a autoridade administrativa deve apontar de forma clara e precisa a irregularidade que pretende imputar ao sujeito passivo, enquanto que o Auto de Infração deverá estar acompanhado dos demonstrativos e levantamentos que forem efetuados e das provas necessárias à demonstração do fato arguido (Art. 28, § 4º, II do RPAF/BA).

Após tecer considerações acerca dos princípios da legalidade e da verdade material, sustentou que o autuante se restringiu em aplicar uma multa sobre um fato gerador insubsistente e injustificado, desconsiderando o que preconiza a norma legal.

Transcreveu o Art. 18, incisos II e IV do RPAF/BA para efeito de respaldar seu argumento de nulidade do Auto de Infração, transcreveu ementas de julgados efetuados neste CONSEF a respeito da matéria sob análise e concluiu requerendo a declaração de nulidade do Auto de Infração por vício insanável que lhe macula a nulidade.

Ao ingressar no mérito da autuação, arguiu sua improcedência, por considerar completamente desarrazoada a acusação no que diz respeito ao aspecto temporal do fato gerador, ocorridos entre 01/01/2014 a 31/12/2016, visto que apesar do autuante efetuar o enquadramento no art. 217 do RICMS destinado as escritas fiscais obrigatórias aos contribuintes não sujeitos ao envio do SPED, a multa aplicada do artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96 perde a eficácia, ora que é obrigado ao envio do SPED.

Pontuou que o Regulamento concede o direito de entregar a escrituração fiscal com prazo pré-definido, caso não venha a ser apresentado em tempo hábil, situação está que, aí sim, o Fisco poderá aplicar as medidas necessárias. Acrescentou que o autuante apenas lhe intimou para apresentar os DAES e GNREs de pagamento da Antecipação Tributária e da antecipação parcial, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, comprovado pela DTe descrita em mídia eletrônica, razão pela qual solicita a nulidade da infração pelo fato do autuante não respeitar o descrito no Art. 42, e não ter solicitado a apresentação da sua escrita fiscal e tampouco apresentou planilhas com o detalhamento de notas fiscais irregulares.

Concluiu pugnando pela Nulidade ou a Improcedência do Auto de Infração.

O autuante apresentou a Informação Fiscal de fls. 32 e 33 onde reproduziu os artigos 247 e 251 do RICMS/BA, para destacar que com base na EFD se chega a apuração do ICMS devido pelos contribuintes, que se consideram escriturados os livros e documentos fiscais no momento em que for emitido o recibo de entrega, enquanto que não terá validade jurídica a retificação de EFD relativa a períodos de apuração onde o contribuinte esteja sob ação fiscal.

Destacou que o período fiscalizado embora seja de 2014 a 2016 o autuado não escriturou uma Nota Fiscal de entrada em 2014, algumas em 2015 e várias no exercício de 2016 em seu livro RE na Escrituração Fiscal Digital – EFD, e que até admite o fato na sua peça de defesa, onde somente alega que houve afronta aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal e do contraditório, culminando no cerceamento ao direito à ampla defesa e que a função da autoridade fazendária é orientar o contribuinte e não autuar para satisfazer a ânsia do Estado no afã de arrecadar. Acrescentou que as alegações do contribuinte não têm o menor fundamento, já que lhe foi dado o direito à ampla defesa e porque está descrito no RICMS que o contribuinte deve escriturar as Notas Fiscais de Entradas na Escrituração Fiscal Digital, que substituiu a impressão de livro Registro de Entradas (Art. 247, § 1º, inc. I e Art. 249, § 1º do RICMS).

Em 28/06/2019 o presente PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem nos seguintes termos:

“Após análise das peças constitutivas do presente PAF foi deliberado por esta 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em sessão de Pauta Suplementar realizada nesta data, pela conversão do mesmo em diligência à Infaz de origem a fim de que sejam adotadas as seguintes providências:

1 – Intimar o contribuinte autuado para que o próprio ou seu representante legal assine a peça de defesa de fls. 14 a 24, rubricando as vias da mesma, exceto a última folha que deverá conter assinatura por extenso;

2 – Solicitar, através da mesma intimação citada no item precedente, que o representante legal do autuado apresente procuração com poderes para apresentar defesa em nome do autuado, pois, apesar de se referir a tal fato na petição de fl. 16, não consta dos autos a aludida procuração;

3 – Considerando que o autuado alegou cerceamento ao seu direito de defesa visto que, ao seu argumento, o autuante não apresentou em sua peça de trabalho quais as notas fiscais deixaram de ser escrituradas e tendo em vista que o demonstrativo de fl. 08 se apresenta de forma resumida, pede-se que seja entregue ao autuado cópia do CD de fl. 11, que contém a indicação analítica das notas fiscais de entradas não escrituradas pelo autuado em sua

EFD, em razão de não se ter certeza de que a intimação entregue através do AR de fl. 13 estava acompanhada do mencionado CD, cuja indicação não consta na declaração de conteúdo do Aviso de Recebimento.

4 – Tendo em vista a solicitação supra deverá ser reaberto novo prazo para defesa e, consequentemente, outro pronunciamento pelo autuante caso seja apresentada nova defesa.

5 – Após conclusos os autos deverão ser encaminhados ao CONSEF para conclusão da instrução e posterior julgamento”.

À fl. 40 dos autos, foi juntada intimação ao autuado via DTE – Domicílio Tributário Eletrônico, cuja Mensagem nº 134342 foi postada no dia 12/08/2019 com ciência e leitura pelo autuado também em 12/08/2019, a qual contém o seguinte conteúdo: “*Nos termos da legislação vigente, INTIMAMOS o contribuinte a comparecer à INFRAZ Recôncavo em Cruz das Almas no dia 16/08/2019, às 14hs, podendo se representar por preposto acompanhado de instrumento legal que o constitui (Procuração reconhecida firma) para assinar a sua peça de defesa apresentada em 25/02/2019 e RECEBER A RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NÃO LANÇADAS NA EFD que ensejaram o referido Auto de Infração”.*

Já à fl. 41, foi postada nova mensagem, de nº 134607, com data de postagem em 15/08/2019, com ciência e leitura pelo autuado em 16/08/2019 com o seguinte conteúdo: “*Comunico a alteração da intimação feita em 12/08/19 na data do comparecimento para assinar a sua peça de defesa do Auto de Infração 2328770024/18-1 para o dia 21/08/2019 (quarta-feira) às 14hs. Foi feito contato telefônico com a empresa e o contador avisando da alteração da data*”.

Consta, no mesmo documento, a seguinte informação manuscrita, da lavra do autuante, datada de 21/08/2019: “*O contribuinte não compareceu para assinar sua peça de defesa do referido AI, e para receber o DVD em mídia com a relação analítica das notas fiscais de entradas não lançadas na EFD. Sugiro enviar pelos Correios, via Aviso de Recebimento (AR), conforme determina o RPAF*”.

Em 30/07/2019, através do Processo SIPRO nº 263044/2019-3, fl. 44, o autuado ingressou com nova **Petição**, assinada por um dos seus sócios, Sr. Jailson Ribeiro dos Santos, o mesmo que subscreveu a petição anterior, apresentando mais uma vez sem assinatura, a Impugnação de fls. 46 a 54, aduzindo a título de **fatos novos**, quanto ao mérito da autuação, que o autuante ao iniciar a ação fiscal lhe intimou apenas para apresentar os DAES e GNREs de pagamento da antecipação tributária e antecipação parcial, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, razão pela qual, solicita a nulidade da autuação, pelo fato de não ter sido respeitado o descrito pelo Art. 42, e de não ter sido solicitado a entrega ou a retificação dos SPED enviados anteriormente.

Disse que foram realizadas todas as retificações do SPED, no dia 30/03/2019, conforme doc. Anexo 2, bem como o Relatório de autorização de Retificação Analítico da SEFAZ, onde consta data de solicitação, meses de referência, coluna informando que o arquivo foi entregue e a data da recepção, bem como, em anexo os comprovantes e os arquivos substitutos do SPED no período de 2014. Em seguida reproduziu o inteiro teor da defesa apresentada anteriormente.

À fls. 76, consta intimação dirigida ao autuado, via Correios, datada de 29/10/2019, sendo-lhe encaminhado em anexo o resultado da diligência requerida pela 4ª JJF bem como mídia DVD gravada com as notas fiscais não escrituradas e que deram causa à autuação. Tal intimação foi devolvida pelos Correios em 25/11/2019, sem a entrega ao autuado.

Em 12/12/2019, foi encaminhada nova intimação ao autuado, fl. 79, com o mesmo teor da anterior acima descrita, concedendo-lhe a reabertura do prazo de 60 (sessenta) dias para apresentação de nova defesa. Tal documento foi entregue ao autuado em 23/12/2019 conforme Aviso de Recebimento – AR de fl. 80, entretanto não houve qualquer manifestação pelo autuado em relação a mesma.

VOTO

O Auto de Infração sob exame, teve sua expedição ocorrida com o fito de aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, no total de R\$282.048,70, em face da seguinte

acusação: “*Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal*”, compreendendo o período de janeiro/2014 até dezembro/16.

Consta à fl. 06 dos autos, que o sujeito passivo foi cientificado do início da ação fiscal mediante Mensagem Eletrônica nº 104689, via DTE – Domicílio Tributário Eletrônico, fl. 06, datada de 03/12/18, com ciência e leitura pelo autuado em 04/12/18, na qual consta a seguinte citação: “*Nos termos da legislação vigente, fica o contribuinte informado que estamos iniciando os procedimentos de AUDITORIA FISCAL e para tanto utilizaremos todos os dados deste contribuinte e de seus clientes e fornecedores constantes nos SISTEMAS SEFAZ. Para que produza os efeitos legais estamos enviando a presente comunicação*”. (grifo acrescido).

Em 28/12/2018, o autuado foi informado do resultado da ação fiscal. fl. 09, ocasião em que foi intimado a comparecer à Infaz Cruz das Almas para tomar a devida ciência.

Em 03 de janeiro de 2019, foi encaminhada intimação ao autuado, via Correios, no sentido de que este comparecesse a Infaz em Cruz das Almas, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, a contar da data do recebimento da intimação, para efetuar o pagamento do débito apurado no Auto de Infração indicado, **mencionando que a cópia do Auto de Infração e CD seguiram anexo a intimação**, ou apresentar defesa ao CONSEF. Tal intimação foi entregue ao autuado em 10/01/2019, de acordo com o Aviso de Recebimento – AR constante à fl. 13.

Tempestivamente, o autuado ingressou com “***Petição***” solicitando a nulidade do Auto de Infração, fl. 16, tendo sido juntado às fls. 17 a 24, o inteiro teor da peça impugnativa sem a devida assinatura, trazendo à baila, inicialmente, os seguintes questionamentos, em síntese: cerceamento ao direito de defesa, pelo fato do autuante no curso da ação fiscal não haver apresentado quais as notas fiscais que deixaram de ser escrituradas; que não foi solicitada a apresentação da sua escrita fiscal; ocorrência de falta de clareza na metodologia empregada pelo autuante para efeito de determinação da penalidade aplicada, e que o Auto de Infração se resumiu a planilhas sucintas, o que lhe impossibilitou o exercício pleno da defesa.

Suscitou também a nulidade do Auto de Infração, sob os argumentos de que a autoridade administrativa deve apontar de forma clara e precisa a irregularidade que pretende imputar ao sujeito passivo, o qual deverá estar acompanhado dos demonstrativos e levantamentos que forem efetuados e das provas necessárias à demonstração do fato arguido, tendo o autuante se restringido em aplicar multa sobre um fato gerador insubstancial e injustificado, desconsiderando o que preconiza a norma legal, asseverando, com isso, a presença de vício insanável que lhe macula a nulidade.

Não vejo como acolher os argumentos de nulidade apresentados pelo autuado. Isto porque, ao contrário do quanto afirmado pelo mesmo, no momento em que foi cientificado regularmente do início da ação fiscal, foi comunicado que seriam utilizados para efeito da fiscalização os dados constantes da sua escrituração fiscal digital constante nos bancos de dados da SEFAZ. Portanto, desnecessária intimação para apresentação dos livros fiscais conforme arguido pelo autuado.

Registro, que não existe previsão legal para que no curso da ação fiscal necessite, obrigatoriamente, do autuado ser indagado acerca de fatos apurados. Esclarecimentos podem ser suscitados a critério da autoridade fiscalizadora, entretanto, sendo constatada e demonstrada qualquer irregularidade, cabe ao sujeito passivo contestá-la no momento da interposição da defesa.

Já a questão da falta de clareza na metodologia empregada pelo autuante para efeito de apuração das notas fiscais não escrituradas, está dito nos autos, conforme acima já mencionado, que a apuração foi efetuada com base na escrituração fiscal digital do autuado, considerando os dados escriturados e registrados no sítio da SEFAZ. Já em relação às planilhas, elas individualizam, cada documento fiscal não registrado pelo autuado. Neste sentido, não há que se falar em planilhas sucintas, para efeito de aplicação de penalidade.

Aliás, a este respeito, quando o autuado foi notificado do Auto de Infração, de acordo com o que consta na intimação, foi encaminhado ao mesmo, mídia digital contendo todas as notas fiscais que deixaram de ser registradas na EFD pelo autuado, fato este que lhe possibilitou os mais amplos meios de defesa.

Apesar disto, e considerando a alegação defensiva de que o autuante não apresentou em seus papeis de trabalho quais as notas fiscais que deixaram de ser escrituradas, e para que no futuro não fosse alegado cerceamento ao direito de defesa, o presente PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem no sentido de que fosse entregue ao autuado cópia da mídia digital de fl. 11, na qual consta a indicação analítica de todas as notas fiscais não registradas, apuradas pela fiscalização, e que fosse reaberto o prazo de 60 (sessenta) dias para nova defesa.

Ao se pronunciar acerca da diligência, o autuado voltou a apresentar *Petição* solicitando nulidade do lançamento e, na prática voltou a anexar nova peça defensiva, também sem assinatura, onde praticamente repetiu os termos da defesa inicial, acrescentando de novo, apenas, quanto ao mérito da autuação, que o autuante ao iniciar a ação fiscal lhe intimou apenas para apresentar os DAES e GNRES de pagamento da antecipação tributária e antecipação parcial no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, razão pela qual solicita a nulidade da autuação pelo fato de não ter sido respeitado o descrito pelo Art. 42, e de não ter sido solicitado a entrega ou a retificação dos SPED enviados anteriormente. Disse que foram realizadas todas as retificações do SPED no dia 30/03/2019, conforme doc. Anexo 2, bem como o Relatório de autorização de Retificação Analítico da SEFAZ, onde consta data de solicitação, meses de referência, coluna informando que o arquivo foi entregue e a data da recepção, bem como, em anexo, os comprovantes e os arquivos substitutos do SPED no período de 2014.

Conforme se depreende acima, o autuado não se pronunciou a respeito da mídia digital que lhe foi encaminhada, apresentando outros argumentos alheios ao pedido da diligência.

Apesar disto, consta ainda nos autos, duas outras intimações posteriores encaminhadas ao autuado, enfatizando a diligência requerida pelo CONSEF, conforme documentos anexos e mídia digital contendo o demonstrativo analítico das notas fiscais não registradas na escrita fiscal do autuado no período de 2014 a 2016, que deram origem ao presente Auto de Infração, porém, apesar da última intimação comprovadamente ter sido entregue ao autuado, AR fl. 80, não existe nos autos qualquer pronunciamento pelo autuado a este respeito.

Diante destes fatos, deixo de acolher todos os argumentos de nulidade suscitados pelo autuado, já que foi disponibilizado ao mesmo todos os elementos necessários ao amplo exercício da defesa, afastando inclusive aqueles relacionados aos julgados deste CONSEF, os quais não se adequam aos fatos ora apreciados.

No tocante aos argumentos de mérito que foram apresentados, foi arguida a improcedência do lançamento por considerar completamente desarrazoada a acusação, no que diz respeito ao aspecto temporal do fato gerador, ocorridos entre 01/01/2014 a 31/12/2016, visto que, ao entendimento do autuado, apesar do autuante efetuar o enquadramento no art. 217 do RICMS, destinado as escritas fiscais obrigatórias aos contribuintes não sujeitos ao envio do SPED, a multa aplicada do artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, perde a eficácia, vez que é obrigado ao envio do SPED.

Também não assiste razão ao autuado em relação aos argumentos supra, visto que, no período objeto da autuação, 2014 a 2016, o mesmo já se encontrava obrigado a apresentar Escrituração Fiscal Digital, o que de fato o fez, consoante determina o art. 217 do RICMS/BA, a qual serviu de base para identificar as notas fiscais que deixaram de ser registradas e que motivaram a autuação, estando, portanto, corretamente aplicada a penalidade.

Quanto às retificações da EFD que o autuado alegou que foram efetuadas, estas ocorreram em 30/03/19, e se referiram apenas ao exercício de 2014, entretanto, nenhum efeito surtiu em relação à autuação que se referiu aos exercícios de 2014, 2014 e 2016, cujo lançamento ocorreu em

27/12/2018, portanto, tais retificações por terem sido processadas após o encerramento da ação fiscal, em nada beneficiou o autuado.

Em conclusão, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração, para que seja mantida a penalidade no valor de R\$282.048,70.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232877.0024/18-1**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS J. M. RIBEIRO EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$282.048,78**, prevista pelo Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de setembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR