

PROCESSO - A. I. Nº 232877.0024/18-1
RECORRENTE - COMERCIAL DE ALIMENTOS J. M. RIBEIRO EIRELI
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0206-04/20-VD
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS (RECÔNCAVO)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/08/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0113-12/21-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NOS LIVROS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO 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, a 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário, nos termos do art. 169, inc. I, letra “b” do RPAF/99, em razão do Acórdão 0206-04/20-VD da 4ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/12/2018, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$282.048,70, decorrente de imposição de multa de 1%, capitulada no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, decorrente da seguinte infração:

“Infração 01 – 16.01.01 - Deu entrada de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal”. Valor lançado R\$282.048,70.”

Após a devida instrução processual, assim decidiu a 4ª JJF:

“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 insubsistente 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.”

O Contribuinte apresentou Recurso Voluntário (fls. 105 a 115) combatendo a Decisão recorrida.

No item “**Impugnação Novos Fatos**” – menciona que o autuante apenas solicitou do Contribuinte os DAE’S e as GNRE’S de pagamentos de Antecipação Tributária, da Antecipação Parcial das aquisições de mercadorias interestaduais e do ICMS Normal, no prazo de 48h., citando o código de mensagem 10540, comprovado no DT-e, anexo 01 e Mídia, solicitando a NULIDADE da infração porque o autuante não respeitou o art. 42, sem detalhar a qual diploma legal pertence o tal artigo, protestando que o eminente Auditor Fiscal não solicitou a entrega e/ou a retificação dos SPED’S enviados anteriormente.

Aduz que fez a retificação dos SPED’S relativos ao ano de 2014, em **30/03/2019**, anexando recibos de entrega e mídia, além do Relatório de Autorização de Retificações.

Nessa toada afirma que não fez a retificação dos anos de 2015 e 2016 porque o autuante não apresentou relação das notas não escrituradas e com essa atitude, menciona que não resta outra alternativa a não ser solicitar a anulação do auto de infração por vícios praticados pelo autuante.

Reclama do enquadramento legal capitulado no Auto de Infração ora guerreado, aduzindo que o art. 217 do RICMS-BA prevê a necessidade de escrituração do Livro de Entradas para as empresas do Simples Nacional e não para empresa que apuram o ICMS pela conta corrente fiscal, como é o caso da Impugnante.

Para embasar o seu entendimento reproduz o art. 217 do RICMS/BA antes e após a alteração perpetrada pelo Decreto nº 20.136/20 (DOE 08/12/2020) com produção de efeitos na mesma data da sua publicação.

Redação do art. 217 do RICMS, **antes** do Dec. nº 20.136/20:

Art. 217. O livro Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A, destina-se à escrituração (Conv. S/Nº, de 15/12/70):

Redação do art. 217 do RICMS, **após** do Dec. nº 20.136/20:

Art. 217. O livro Registro de Entradas, modelos 1 e 1-A, destina-se à escrituração pelos contribuintes optantes pelo Simples Nacional (Conv. S/Nº, de 15/12/70):

Rebate o enquadramento do art. 247 do RICMS/BA, afirma que ele por si só não faz menção a qualquer punição.

Menciona o enquadramento legal da multa 1% (art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96).

Afirma ser desarrazoada a Infração 01, no seu aspecto temporal, cujos fatos geradores ocorreram ente os anos de 2014 e 2016, por em sua ótica o art. 217 se refere as empresas enquadradas no Simples Nacional, ou seja, como o Impugnante apura o ICMS pela conta corrente fiscal, descaberia a multa aplicada e cairia por terra a imputação fiscal.

Protesta que o Estado deveria antes de punir, orientar o Contribuinte sobre eventuais erros para que os mesmos pudessem ajustá-los. E questiona: “*Será que o papel do Estado é a descontinuidade do empreendimento? Gerando centenas de desemprego, com punições arbitrária e superior as margens de lucro?*”.

Por fim, nesse item do Recurso, pede a nulidade do Auto de Infração por vício insanável.

Em seguida reproduz todos os argumentos da peça defensiva da fase Impugnatório em 1ª Instância, quais sejam:

- a) 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-e 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;

- b) Argui 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);
- c) Tece 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. Transcrendo 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;
- d) 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;
- e) Pontuou que o Regulamento concede o direito de entregar a escrituração fiscal com prazo predefinido, 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.

Registro a presença na sessão de julgamento dos prepostos da empresa que efetuou a sustentação oral, Srs. Rosinaldo da Silva Passos e Jailson Ribeiro dos Santos.

É o Relatório.

VOTO

Trata-se da apreciação do Recurso Voluntário, à luz do teor do art. 169, I, “b” do RPAF – Decreto nº 7.629/99, contra o Acórdão da 4ª JF nº 0206-04/20-VD.

Como demonstrado no Relatório desse PAF, a única acusação imputada ao Contribuinte, é a falta de escrituração de notas fiscais de entrada na Escrituração Fiscal Digital – ICMS/IPI, no período de 2014, 2015 e 2016, o que ensejou a aplicação de multa capitulada no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, abaixo reproduzida:

IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Então, o Auto de Infração está cobrando o total de **R\$ 282.048,70**.

Na peça recursal, no item “**Impugnação Novos Fatos**”, o Contribuinte pede a nulidade do AI, pelo motivo que o autuante apenas lhes pediu os DAE’S e as GNRE’S de pagamentos de Antecipação Tributária, da Antecipação Parcial das aquisições de mercadorias interestaduais e do ICMS Normal, o que na sua ótica, seria passível de **NULIDADE**, sob a acusação de não detalhamento das infrações. No mesmo momento, reclama que o Auditor Fiscal deveria permitir a retificação dos SPED’S enviados anteriormente.

Espontaneamente retifica os SPED’S relativos ao ano de 2014, em **30/03/2019**, três meses após o encerramento do exame da fiscalização, que ocorreu no dia **28/12/2018**, anexando recibos de

entrega e mídia, além do Relatório de Autorização de Retificações.

Registra, que não fez a retificação dos anos de 2015 e 2016 porque o autuante não apresentou relação das notas não escrituradas.

Não vejo como acolher as razões da nulidade do feito, pois o Auditor Fiscal, no ato de início de fiscalização, menciona que utilizará todos os dados do contribuinte e de seus clientes e fornecedores, como cientificado ao Sujeito Passivo na Mensagem Eletrônica nº 104689, através do DT-e (fl.06).

Em relação às retificações dos arquivos eletrônicos após o encerramento da ação fiscal, não produz efeito nenhum para o afastamento da multa aplicada, ao revés, faz prova a favor do fisco estadual, pois revela que a acusação fiscal tinha absoluta razão.

No tocante às notas fiscais não escrituradas dos anos de 2015 e 2016, em que o Sujeito Passivo alega não saber quais seriam as mesmas, para se defender. Observo que nesse PAF foram oferecidos ao Contribuinte, todos os meios para que exercitasse a ampla defesa. Isso porque, a 4ª JFJ converteu em diligência o presente PAF (fl.36) para, entre outras solicitações, que o autuante entregasse CD com todas as notas fiscais e reabrisse o prazo para a defesa, como abaixo descrito:

“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, conseqüentemente, outro pronunciamento pelo autuante caso seja apresentada nova defesa.”

Em referência ao enquadramento dos artigos 217 e 247 do RICMS-BA, para a cobrança da multa descrita no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, não cabe razão ao Sujeito Passivo, haja vista que à época dos fatos geradores (2014 a 2016), já era obrigado a Escrituração Fiscal Digital (EFD), ICMS/IPI e as penalidades pela não escrituração de documentos fiscais em tais demonstrativos.

Em relação aos pleitos repisados da defesa em 1ª Instância, observo que se repetem as argumentações já analisadas por este relator, razão pela qual as rejeito.

Diante de todo o exposto, rejeito as questões de nulidade suscitadas no Recurso Voluntário, ao passo que voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração, no valor histórico de R\$282.048,78.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **232877.0024/18-1**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS J. M. RIBEIRO EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$282.048,78**, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 23 de abril de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

FRANCISCO AGUIAR DA SILVA JÚNIOR – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS