

PROCESSO - A. I. Nº 281081.0008/19-9
RECORRENTE - TIM S.A.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0054-03/20
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/12/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0268-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. VALOR DECLARADO NA EFD. A retificação da EFD realizada após o início da ação fiscal não possui validade jurídica, conforme § 2º do art. 251 do RICMS/BA. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. Não comprovada a escrituração regular dos documentos fiscais, resta caracterizada a infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em face do Acórdão nº 0054-03/20, da 3ª JF deste CONSEF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 09/05/2019, por meio do qual se formalizou a exigência de crédito tributário no valor de R\$52.009,82, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 02.12.02 – Deixou de recolher ou recolheu parcialmente o valor declarado em EFD – Escrituração Fiscal Digital referente ao ICMS normal. **Total da infração: R\$932,47;**

Infração 02 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. **Total da infração: R\$51.077,35.**

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu:

VOTO

Preliminarmente, mesmo não tendo sido arguido questões sobre violação das formalidades processuais necessárias à validade do PAF, verifico que o lançamento de ofício se encontra estribado dentro dos cânones da legalidade. Analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, observo que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a lei nº 7014/96 e o RICMS/2012.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

No mérito, a infração 01 trata de falta de recolhimento ou recolhimento parcial de ICMS declarado em EFD – Escrituração Fiscal Digital, referente ao ICMS normal, no mês de fevereiro de 2017, no valor de R\$932,47.

O defendente alegou que o imposto estadual foi devidamente recolhido, e que o valor de R\$932,47, referente à CFOP 2.916, foi estornado na apuração, conforme recibo do SPED Fiscal. Afirmou que esta irregularidade foi perfeitamente deslindada, quando recebeu o Termo de Intimação nº 07_2017.

Em sede de informação fiscal, o Autuante explicou que a empresa autuada, no mês de fevereiro de 2017, recolheu ICMS a menor, conforme comprovam o Anexo 2 e a cópia da EFD de fevereiro, e guia de recolhimento de fevereiro /2017, apensados ao PAF.

Compulsando os autos, observo que a EFD apresentada pelo defendente no doc. 04, conforme constatado pelo Autuante, apresenta o saldo devedor no valor de R\$ 3.083.991,80, vide folha 82, e o DAE de recolhimento apresentado no doc. 03, apresenta recolhimento de apenas 3.083.059,33, folha 80 deste PAF. Portanto, persiste a diferença cobrada de R\$ 932,47, apontada pelo fisco no Anexo 02, folha 05 deste PAF.

Sendo assim, considerando que o próprio Autuado confessa o não recolhimento da parcela aqui discutida, fl.77, e deixou de apresentar prova inequívoca do recolhimento do ICMS atinente ao mês de fevereiro/2017, conforme parcela exigida no lançamento fiscal, a infração 01 é procedente.

A infração 02 trata de entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, sendo aplicada a multa de 1% sobre cada nota fiscal não registrada, totalizando R\$51.077,35.

Nas razões defensivas, o impugnante alegou ter escriturado corretamente todas as entradas ocorridas em seu estabelecimento, e para fins de comprovação do alegado, apresentou planilha indicando a data de entrada das notas fiscais questionadas, que reputou terem sido registradas.

Sobre esta alegação, o Autuante informou que encaminhou listagem, via intimação, folha 70 deste PAF, em 22/08/2018, a fim de que o contribuinte apontasse o registro em seu livro de Entradas, das notas fiscais ali relacionadas. No final de abril/2019, a empresa entregou parte das informações pendentes, através da resposta 02, que consta no Doc. 05, folhas 41 e 67 do PAF.

Prosseguiu explicando, que em 09/05/2019, a fiscalização lavrou o auto de infração para cobrança das notas fiscais de entrada que não foram registradas na escrita fiscal da empresa, conforme infração 02 e Anexos de Cobrança A e AA, apensos ao PAF.

Analizando os elementos apensados na defesa, verifico que, conforme corretamente alegado pelo Autuante, as notas fiscais de entrada que foram glosadas pelo fisco, referentes às planilhas anexadas pelo defendente, respostas 01 e 02, foram escrituradas na EFD de entrada depois do início da ação fiscal, e, portanto, não tem validade jurídica.

Saliento que sobre a obrigação do contribuinte a respeito da EFD – Escrituração Fiscal Digital, assim estabelece o § 2º, do art. 251 do RICMS/BA, in verbis:

Art. 251. A retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009.

§ 2º Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como, nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco.

Neste caso, verifico que o defendente não comprovou ter registrado as notas fiscais relacionadas pela fiscalização antes do início da ação fiscal, só o fazendo de forma parcial, após retificação da EFD, sem autorização do fisco.

Dessa forma, concluo pela subsistência da infração 02.

O defendente alegou também, no que concerne às penalidades aplicadas, que as mesmas são abusivas e têm nítido caráter confiscatório. Disse que a ilegalidade e o caráter confiscatório das multas impostas, incorrem em violação frontal aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como, à proibição da utilização da tributação para fins confiscatórios.

Quanto à multa indicada na autuação, não há reparo a fazer, pois as penalidades indicadas no Auto de Infração é a prevista na Lei nº 7.014/96 para as irregularidades que foram apuradas, não cabendo a este Órgão Julgador Administrativo, apreciar aspectos referentes à constitucionalidade da legislação tributária estadual, conforme o dispositivo regulamentar, inciso I, do artigo 167 do RPAF/99. Ademais, a multa poderá ter o seu percentual reduzido, a depender da data do pagamento do Auto de Infração, nos termos dos artigos 45 e 45-A da Lei nº 7.014/96.

O defendente requereu, ainda, que todas as intimações referentes ao presente processo sejam feitas exclusivamente em nome de Ernesto Johannes Trouw, OAB/RJ nº. 121.095 e Fábio Fraga Gonçalves, OAB/RJ nº. 117.404, que receberão as intimações na Av. Rio Branco, nº. 99, 7º andar, Centro, Rio de Janeiro – RJ, CEP 20.040-004, e com o seguinte endereço eletrônico: intimacoes@tfslaw.com.br.

Saliento que, embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo ao endereço indicado.

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

Regularmente intimado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, repetindo os mesmos argumentos lançados na impugnação, na qual afirmou, em síntese:

- Que a Infração 01 diz respeito a um erro na apuração, por não constar o estorno do valor de R\$932,47 na EFD, referente ao CFOP 2916, mas que teria sido corrigido no momento do

cumprimento do Termo de Intimação nº 07_2017, conforme recibo do SPED Fiscal;

- Que a Infração 02 é equivocada, tendo a Autuada apresentado a escrituração correta de todas as entradas ocorridas em seu estabelecimento, conforme planilha constante do CD-ROM anexo, indicando a data de entrada das Notas Fiscais questionadas;
- Que o § 2º, do art. 251 do RICMS/BA possui ressalva à validade jurídica da retificação da EFD, permitindo sua realização para cumprir intimação do Fisco, o é o caso;
- Que a penalidade aplicada ao descumprimento de obrigação acessória não pode ser o valor do tributo principal, pois este não possui natureza sancionatória;
- Que as multas aplicadas são desarrazoadas e desproporcionais, o que violaria a jurisprudência do STF, segundo a qual o princípio de vedação ao confisco é aplicável às multas arbitrariamente impostas;

Recebidos os autos, foram a mim distribuídos para apreciação do Recurso Voluntário.

O processo foi pautado para julgamento, contudo, em sessão, esta Câmara deliberou pela conversão em diligência para solicitar esclarecimentos do autuante, considerando que consta requerimento expresso de retificação da EFD nos autos, sem a informação acerca do deferimento ou não pedido.

Em resposta (fls. 120/121), o autuante informa ter indeferido o pedido, respondendo a representantes da empresa que não seria possível realizar o recolhimento espontâneo de irregularidades ou retificações da EFD porque a empresa se encontrava sob fiscalização. Reitera o que diz o § 2º, do art. 251 do RICMS/BA.

Os autos retornaram para julgamento.

VOTO

Não havendo questões preliminares e/ou prejudiciais arguidas no recurso ou que mereçam ser arguidas de ofício, avanço diretamente para o mérito.

Quanto à infração 01, a recorrente não discorda da divergência verificada pela autuação. Sua defesa se limita a afirmar que a diferença em sua escrituração fiscal já foi devidamente sanada e recolhida. Ocorre, entretanto, que o § 2º, do art. 251 do RICMS/BA, afirma que a retificação da EFD somente possui validade jurídica quando for apresentada para atender intimação do Fisco, notadamente quando esteja sob ação fiscal.

Todavia, não é o caso, haja vista que não consta dos autos, e nem a recorrente conseguiu comprovar a intimação específica para retificação da EFD. Do mesmo modo, não demonstrou ter solicitado a retificação da escrituração na forma do § 1º, do art. 251 do RICMS/BA, bem como o efetivo recolhimento do valor correspondente.

Portanto, a infração deve ser mantida.

No que se refere à infração 02, não assiste razão ao contribuinte.

De fato, a análise dos autos permite identificar que somente parte das notas fiscais de entrada foi escriturada em momento oportuno, sendo inequívoco que o notificante apenas glosou aquelas cuja data de registro é posterior à intimação da ação fiscal, recebida em 22/08/2018 (e-mail de fl. 70).

O exame da planilha apresentada pelo recorrente em sua defesa (doc. 05), ratifica o que foi esclarecido em sede de informação fiscal (fls. 85-89), momento em que o autuante apontou, que apesar das prorrogações do prazo para apresentar a documentação, por solicitação do contribuinte, este não conseguiu, ao final, comprovar a regularidade de sua escrita fiscal, considerando que de um total de R\$12.883.174,92, em notas fiscais de entrada, apenas logrou êxito em demonstrar a escrituração do valor de R\$7.849.023,02, persistindo, portanto, um saldo de

R\$5.107.735,09, sem comprovação de registro na época própria.

Por fim, em relação às multas aplicadas, entendo inviável o afastamento das normas estaduais por este Conselho, em razão de violação da Constituição Federal, diante do que dispõe o art. 167 do RPAF.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **281081.0008/19-9**, lavrado contra **TIM S.A.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$932,47**, acrescido da multa de 50%, prevista no inciso I, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$51.077,35**, previstas no inciso IX do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS