

PROCESSO - A. I. Nº 141596.0010/17-2
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CORDEBRÁS LTDA.
RECURSO - REPRESENTAÇÃO DA PGE/PROFIS - Acórdão 2ª CJF nº 0135-12/20-VD
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/11/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0277-12/21-VD

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS DE SAÍDA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. Representação proposta com base no Art. 113, § 5º, I do RPAF/99, para que seja julgado insubsistente o lançamento em questão, em razão de não ter havido falta de pagamento de imposto, apesar de ter ficado comprovada a falta de escrituração das notas fiscais. Aplicada multa nos termos do Art. 157 do RPAF/99. Representação **ACOLHIDA**. Auto de Infração **Procedente em Parte**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Representação da PGE/PROFIS, subscrita pelo ilustre procurador Dr. Evandro Kappes, acolhida pela Procuradora Assistente da PGE/PROFIS/NCA, com fulcro no Art. 113, § 5º, I do RPAF/99, (fls. 218 a 226), visando o reconhecimento da insubsistência do Auto de Infração em epígrafe, em razão da comprovação do oferecimento à tributação das notas fiscais omitidas, lavrado em 25/05/2017, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 05.05.03 - Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento dos documentos fiscais nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro e março a outubro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$86.270,36, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Apresentada Defesa pelo Autuado, a 3ª JJF julgou Procedente o Auto de Infração mediante o Acórdão JJF nº 0197-03/18 (fls. 93 a 99). Inconformado com o resultado do julgamento, o Autuado apresentou Recurso Voluntário, o qual não foi provido por esta 2ª CJF, consubstanciado no Acórdão nº 0135-12/20-VD (fls. 137 a 141), consoante o voto da Relatora transcrito abaixo:

“Sinalizo, de logo, que a presente ação fiscal está fundada no cruzamento de informações fiscais digitais. O fiscal autuante fundamentou a infração com base no confronto dos documentos fiscais (notas fiscais eletrônicas e DANFs) comparados à EFD da recorrente.

Em sede de defesa, o processo acabou sendo convertido em diligência. Isto porque foi observado que o autuante apensou ao processo cópia da EFD (Cópia do livro de Saídas) do contribuinte fls. 38/54, sem, contudo, demonstrar quais notas fiscais de Saídas não foram escrituradas.

O referido Demonstrativo consta anexo às fls. 68-72.

A recorrente basicamente contesta a falta de intimação para que fosse oportunizada realizar a devida regularização da sua EFD, como preceitua o § 4º, do artigo 247 do RICMS/2012, considerando que demonstrou que referidas notas constam escrituradas em sua LIVRO DE SAÍDA emitido por processamento de dados.

Neste ponto, a seção XV do Decreto nº 13.780/2015 trata da Escrituração Fiscal Digital-EFD e no seu art.247, §4º, garante ao contribuinte o prazo de 30 dias, contados da data da intimação fiscal, para envio da EFD não entregue no prazo ou entregue com inconsistências.

Observem que a EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse do FISCO e, uma vez entregue e recepcionada pela Secretaria da Fazenda, teria este órgão acesso à todas informações do contribuinte.

Observo que a recorrente entregou o seu EFD com ausência de apenas algumas notas fiscais de saída e, por este motivo, não merece guarida a contestação do contribuinte pelo fato do fiscal autuante não ter intimado e dado prazo para correção dos arquivos auditados, conforme prevê o §4º do art. 247. Isto porque, caso o dispositivo ora mencionado fosse assim interpretado, restaria inviabilizado as auditorias fiscais.

Entendo, pois, que as supostas omissões diagnosticadas pelo fiscal autuante não podem ser interpretadas como inconsistências no arquivo gerado pelo contribuinte. Contudo, entendo ser cabível que a recorrente aponte e apresente provas incontestes de que as supostas omissões, em verdade, são decorrentes de erro material no preenchimento do seu SPED FISCAL, o que, neste caso, seriam apreciadas por essa Câmara de Julgamento.

Neste ponto, poderia a recorrente sinalizar e provar que sua apuração e recolhimento do imposto foram

realizadas considerando as notas fiscais omitidas, conforme DMA entregue e Livros Contábeis acostados ao PAF.

Percebo, de logo, e apesar de as alegações se apresentarem verossímeis, que não trouxe a recorrente qualquer elemento de prova para corroborar com sua afirmação. A recorrente, de fato, não trouxe aos autos prova incontestada que, apesar de ter omitido notas fiscais de saída em sua escrituração fiscal, tenha, contudo, submetido à tributação quando de sua saída, com base em sua DMA e demais provas acostadas aos autos.

Entendo, portanto, que a postura da recorrente não foi proativa, na medida em que não se desincumbiu do ônus probante que lhe é atribuído junto ao Processo Administrativo Fiscal. Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Este é o voto.”

Ainda irresignado, o Autuado apresentou Requerimento Administrativo no Controle da Legalidade (fls. 148 a 150), acompanhado das DMAs e livros Registro de Saídas modelo P2A dos meses autuados (fls. 154 a 209).

De posse destes documentos, a PGE converteu o processo em diligência para que a Autuante verificasse se efetivamente a omissão dos documentos na EFD resultaram em falta de pagamento de imposto, tendo a Autuante confirmado que o imposto reclamado foi declarado mensalmente nas DMAs e integrou a base de cálculo para apuração do ICMS a recolher (fls. 215 e 216), resultando nesta Representação da PGE/PROFIS.

Registro a presença na sessão de julgamento do procurador do Autuado, Sr. Paulo Dantas da Costa.

VOTO

Nos termos do Art. 113, § 5º, I do RPAF/99, que indica a competência da Procuradoria Fiscal, órgão da Procuradoria Geral do Estado, para efetuar o controle de legalidade em momento anterior à inscrição do crédito tributário em Dívida Ativa, veio ela representar a este CONSEF, a fim de que seja julgado improcedente o lançamento em questão.

Instada a se manifestar, a Autuante declarou que as notas fiscais objeto da autuação foram lançadas nos livros Registro de Saídas dos meses autuados, utilizados em substituição à EFD, que serviram de base para a elaboração das DMAs e a apuração do ICMS, motivo pelo qual, não houve falta de recolhimento do imposto.

Constatado que não ocorreu a falta de recolhimento do imposto, a Infração 01 é insubsistente.

Entretanto, restou cristalina a comprovação de que o Autuado descumpriu a obrigação acessória de escriturar as notas fiscais indicadas em sua EFD, devendo ser aplicado o disposto no Art. 157 do RPAF/99, *in verbis*:

“Art. 157. 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.”

Observe que a multa por descumprimento desta obrigação acessória, corresponde a 5% do valor das operações ou prestações omitidas no arquivo eletrônico, limitada a 1% do valor total das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, conforme estabelece o Art. 42, XIII-A, “i”, transcrito a seguir:

“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:

...

i) 5% (cinco por cento) do valor das entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária, ou neles informadas com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, não podendo ser superior a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso;

...”

Destaco que também havia sido lavrado contra o Autuado, o Auto de Infração nº 141596.0009/17-4,

na mesma data e pela mesma Autuante, exigindo essa mesma multa sobre quase o mesmo período, mas incluindo os meses de outubro e novembro de 2013, que não constam desta autuação, e excluindo o mês de julho de 2013, mas o mesmo foi julgado nulo mediante o Acórdão CJF nº 0276-11/18, em decisão não unânime, com voto divergente do Conselheiro Paulo Danilo Reis Lopes, no qual foi explicitada a diferença entre omissão e inconsistência da EFD, conforme abaixo:

“Por conseguinte, mostra-se necessária a perfeita compreensão das peculiaridades e diferenças entre omissões e divergências (ou inconsistências).

Omissão é o ato ou efeito de não mencionar (algo ou alguém), de deixar de dizer, escrever ou fazer algo, enquanto divergência (ou inconsistência) deve ser interpretada como um conflito, no sentido daquilo que não entra em concordância.

O art. 247, § 4º do Regulamento do ICMS/2012 estatui o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para que o contribuinte envie a EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências.

Ocorre que a EFD já havia sido entregue, sem inconsistências, mas com omissões relativas às notas fiscais de saída, pelo que concluo que o sobredito preceptivo regulamentar não se aplica na presente situação. Inconsistências dizem respeito, por exemplo, à desarmonia entre as informações prestadas, o que não ocorreu.”

Ressalto que não concordo com a solução dada no referido Acórdão CJF nº 0276-11/18, pois naquele momento, não poderia ser aplicada multa pelo descumprimento de obrigação acessória, em relação aos períodos em que foi exigido imposto, exatamente em razão da omissão de registro de notas fiscais de saídas, já que a referida multa acessória seria absorvida pela multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, conforme estabelece o Art. 42, §5º da Lei nº 7.014/96, transcrito a seguir:

“§ 5º A multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator.”

Mas, a partir do momento em que ficou comprovada a insubsistência da obrigação principal, passou a incidir a multa acessória como determinado pelo Art. 157 do RPAF/99, acima referido, não havendo nenhuma incompatibilidade com aquele Auto de Infração julgado nulo, quando não foi recomendado o seu refazimento, e que, no meu entendimento, deveria ter sido julgado improcedente.

Portanto, aplicando o referido percentual de 5% das operações ou prestações omitidas no arquivo eletrônico, demonstradas na autuação, limitadas a 1% do valor total das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, constantes nas cópias das DMAs anexadas, a multa devida fica em R\$55.261,96, conforme demonstrado a seguir:

D. Ocorrência	V. Omissões	%	Multa 5%	Valor Saídas	%	Limite 1%	M. Devida
31/01/2013	78.439,40	5%	3.921,97	2.123.107,87	1%	21.231,08	3.921,97
31/03/2013	136.503,38	5%	6.825,17	2.698.415,69	1%	26.984,16	6.825,17
30/04/2013	44.671,36	5%	2.233,57	2.982.133,62	1%	29.821,34	2.233,57
31/05/2013	90.782,82	5%	4.539,14	2.048.045,48	1%	20.480,45	4.539,14
30/06/2013	238.046,06	5%	11.902,30	3.200.424,37	1%	32.004,24	11.902,30
31/07/2013	135.804,17	5%	6.790,21	753.526,85	1%	7.535,27	6.790,21
31/08/2013	181.143,70	5%	9.057,19	1.057.855,26	1%	10.578,55	9.057,19
30/09/2013	548.333,53	5%	27.416,68	929.223,79	1%	9.292,24	9.292,24
31/10/2013	14.003,60	5%	700,18	1.248.626,39	1%	12.486,26	700,18
Valor Total	1.467.728,02		73.386,40	17.041.359,32		170.413,59	55.261,96

Diante do exposto, voto pelo ACOLHIMENTO da Representação ora proposta, tornando o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, com a aplicação da multa no valor de R\$55.261,96, nos termos do Art. 157 do RPAF/99, c/c o Art. 42, XIII-A, “i”, da Lei nº 7.014/96.

VOTO DISCORDANTE

Dirirjo do posicionamento do ilustre Conselheiro relator no que tange à conversão em multa, com enquadramento no Art. 157 do RPAF:

“Art. 157. 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 “

Examinando o Auto de Infração nº 141596.0009/17, julgado nulo conforme decisão proferida no Acórdão CJF nº 0276-11/18, a multa aplicada foi por cometimento da infração a obrigação acessória da mesma natureza, com infração idêntica e no mesmo período dos fatos geradores.

Para que houvesse uma reforma desta decisão, só seria possível com proposta de Recurso Extraordinário à Câmara Superior do CONSEF, conforme previsão dos Arts. 118, inciso III e 169, II, “c” do RPAF:

Art. 169. Caberão os seguintes recursos, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal:

II - para a Câmara Superior.

c) recurso extraordinário, de competência da representação da Procuradoria Geral do Estado no CONSEF, quando a decisão contrariar a legislação, as provas dos autos ou o entendimento manifestado em decisões reiteradas do CONSEF.

Com base nos dispositivos acima, entendo que a conversão ora aplicada, viola o Art. 173 ambos do RPAF:

CAPITULO VIII-A

DA DEFINITIVIDADE DAS DECISÕES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL :

Art. 173-A. São definitivas as decisões:

I - de primeira instância, esgotado o prazo para interposição de Recurso Voluntário;

II - de segunda instância, de que não caiba recurso ou, quando cabível, que não tenha sido interposto no prazo regulamentar.

Assim sendo, um equívoco do ilustre relator aplicar a regra o Art. 157, haja vista que o Auto de Infração nº 141596.0009-17-4, foi objeto de autuação por cometimento da infração a obrigação acessória da mesma natureza.

Portanto, ao aplicar a conversão, o relator afronta uma decisão que fez coisa julgada, não mais cabendo pronunciamento sobre a matéria, ainda que se possa questioná-la, já que no presente caso se operou coisa julgada.

Dessa forma, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da Representação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **ACOLHER** a Representação proposta, e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 141596.0010/17-2, lavrado contra **CORDEBRÁS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$55.261,96**, prevista no Art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.8374/05.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Marcelo Mattedi e Silva, Rafael Benjamin Tomé Arruty, Henrique Silva de Oliveira, Paulo Danilo Reis Lopes e Carlos Henrique Jorge Gantois.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Maurício Souza Passos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE/VOTO DISCORDANTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS