

A. I. N° - 206837.0010/20-5
AUTUADO - PÃO E MAIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - RAIMUNDO SANTOS LEAL
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 17/09/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0164-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE ESTORNO DE DÉBITO FISCAL. PROCEDIMENTO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO. Defesa não enfrentou o mérito da acusação fiscal. Os documentos constantes dos autos dão suporte a infração e permitem que a defesa averigue a pertinência. Afastada a arguição de nulidade. Infração 1 subsistente. **2. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS.** Não houve defesa. Infração 2 subsistente. **b) RECOLHIMENTO A MENOR. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS DE OUTRA UNIDADE FEDERADA E/OU EXTERIOR.** Não houve defesa. Infração 3 subsistente. **3. MULTA. a) FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. ENTRADA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS.** Não houve defesa. Infração 4 subsistente. **b) FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS LIVROS FISCAIS QUANDO INTIMADO.** Carece dos elementos nucleares de sua caracterização, não identifica o livro que fora objeto de inadimplência, nem determina a data da ocorrência da mesma, elementos que impedem inexoravelmente a identificação da infração e por conseguinte um eventual infrator. Infração 5 insubsistente. **c) FALTA DE APRESENTAÇÃO DOS REGISTRO DE INVENTÁRIO. EFD.** A penalidade foi ré enquadrada para a prevista na alínea “l” do inciso XIII-A da Lei 7.014/96, que além de resultar na mesma exação de 1% sobre as entradas de mercadorias em cada período, é a de fato, adequadamente subsumida à situação fática que descreve à infração em tela, haja vista que a infração em questão se refere a escrituração fiscal digital. Infração 6 subsistente. **d) EFD. DIVERSAS DIVERGÊNCIAS NA ESCRITURAÇÃO.** Consta da fl. 12, uma intimação que se refere aos exercícios de 2015 e 2016 apontando respectivamente inconsistências em quantidade de 1091 e 3127, que dá sustentação à multa aplicada. Infração 7 subsistente. **e) NÃO ATENDIMENTO DA INTIMAÇÃO.** Não subsiste a alegação de que não foi especificado qual livro contábil não fora apresentado, pois seja ele qual for, tendo sido deixada de atender a intimação para apresentação, daria azo a aplicação da penalidade. Ademais, a acusação fiscal se refere aos livros contábeis, do que se pode deduzir que nenhum livro fora apresentado. Portanto, para mitigar a acusação, sobretudo para demonstrar a necessidade de que se especifique qual o livro não fora apresentado, bastaria

que a defesa provasse que apresentou qualquer livro contábil, entretanto não o fez, referendando a multa aplicada. Infração 8 subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se do presente Auto de Infração, lavrado em 28/10/2020, para exigir o crédito tributário no valor de R\$67.307,88, em decorrência das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – 01.06.01: Efetuou estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, nos meses outubro e novembro de 2015, julho, agosto, outubro e dezembro de 2016. Valor Histórico: R\$2.359,98. Multa de 60% - Art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96;

Dados Adicionais: *Realização de Estornos de Débitos mensais, sob alegação de erro de alíquota na apuração do ICMS de itens de mercadorias, em valores acima, do identificado nos lançamentos contidos no Livro de Saídas, gerado, a partir das EFD's apresentadas, conforme Anexo 1.*

INFRAÇÃO 2 – 02.01.02: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses outubro de 2015 a dezembro de 2016. Valor Histórico: R\$3.029,64. Multa de 60% - Art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96;

Dados Adicionais: *Omissão de ICMS Saídas Tributadas como Não Tributadas em razão do uso de CFOP e/ou CST incompatível com a descrição do item de mercadoria ou NCM, conforme relação de itens contida nos Anexos 2 e 3, gerados a partir dos registros constantes nas EFD's.*

INFRAÇÃO 3 – 07.01.02: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses novembro de 2015, fevereiro, março e junho de 2016. Valor Histórico: R\$396,20. Multa de 60% - Art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96;

Dados Adicionais: *ICMS apurado referente a Substituição Tributária por Antecipação recolhido a menor pelo Contribuinte, cujos itens de mercadorias estão relacionados nos Anexos 4 e 5. Foi verificado que muitos dos itens de mercadorias não tiveram a Situação Tributária (ST) informada pelo Contribuinte nos registros de EFD, sendo necessário a identificação e correlação considerando o Anexo 1 do RICMS-BA de cada um dos exercícios auditados, tendo por referência a descrição da mercadoria e o Código de NCM. Após a realização dos cálculos foi apurado o valor devido, sendo abatido o valor recolhido, conforme pode ser verificado nas planilhas de apuração elaboradas. O Contribuinte não disponibilizou as suas planilhas de cálculo, de modo que, possibilitasse dirimir dúvidas.*

INFRAÇÃO 4 – 16.01.01: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s), bem (ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 2015 e 2016. Valor Histórico: R\$585,78. Art. 42, IX da Lei nº 7.014/96;

Dados Adicionais: *Multa relativa a não escrituração de Notas Fiscais de Entradas identificadas a partir do confronto entre os registros constantes nas EFD's e nos registros obtidos no Sistema Nacional de NFe. Os dados de identificação das Notas Fiscais podem ser examinados pela relação contida nos Anexo 6. A identificação de itens de mercadorias não registrados na Escrita Fiscal já sinaliza a possibilidade de inconsistência com omissões na Auditoria de Estoques que não foi possível realizar.*

INFRAÇÃO 5 – 16.04.01: Deixou de apresentar Livro (s) Fiscal(is), quando regularmente intimado, nos meses de fevereiro de 2015, fevereiro e dezembro de 2016. Valor Histórico: R\$1.380,00. Art. 42, XX da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07;

INFRAÇÃO 6 – 16.04.09: Deixou de escriturar o Livro Registro de Inventário, nos exercícios de 2015 e 2016. Valor Histórico: R\$35.176,28. Art. 42, XII da Lei nº 7.014/96;

Dados Adicionais: *Multa pela não apresentação dos Registros de Inventário anual, em EFD, mesmo após recorrentes Intimações, inclusive, com o alerta do montante da multa a ser imputada, em caso da não apresentação. Também não foram disponibilizados em padrão PDF os Livros de Inventário. A Multa em questão é relativa a não apresentação dos registros de inventário nos arquivos EFD. Ver Anexo 7 para identificação dos valores base para o cálculo da multa.*

INFRAÇÃO 7 – 16.14.08: Ocorreram mais de 100 divergências na escrituração da EFD no período de apuração, que não se caracterizaram como omissão, nos meses de dezembro de 2015 a dezembro de 2016. Valor Histórico: R\$23.920,00. Art. 42, XIII-A, “m”, item 4 da Lei nº 7.014/96;

INFRAÇÃO 08 – 16.15.01: Deixou de apresentar Livro(s) Contábil (eis), quando regularmente solicitado, por meio de qualquer comunicação, em Direito, admitida: pedido escrito; notificação; ou intimação, no exercício de 2015. Valor Histórico: R\$460,00. Art. 42, XX da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847/07;

Dados Adicionais: *Multa relativa ao não atendimento de Intimação para apresentação dos Livros Contábeis do exercício de 2015, sob alegação de que os mencionados documentos foram gerados e de responsabilidade da empresa responsável pela contabilidade do Contribuinte, no citado ano.*

O Autuado através de seu representante apresenta peça defensiva, fls. 50 a 51-v, inicialmente, descreve as infrações e passa a discorrer suas ponderações:

Requer que, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada.

Suscita a nulidade da Infração 01, por insegurança na determinação da infração e conseqüente cerceamento do direito de defesa. Repisa a acusação fiscal de que a Autuada realizou estornos de débitos “*sem observância dos procedimentos previstos na legislação*”. Reproduz o enquadramento legal dos arts. 24, 25, 26, 307 e 308, do RICMS/12. Afirma que os arts. 24, 25 e 26 não se reportam a matéria. E reproduz os demais arts. 307 e 308:

"Art. 307. O débito fiscal somente poderá ser estornado ou anulado quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

Art. 308. A escrituração fiscal do estorno ou anulação de débito será feita mediante emissão de documento fiscal, cuja natureza da operação será "Estorno de Débito", consignando-se o respectivo valor no Registro de Apuração do ICMS, no último dia do mês, no quadro "Crédito do Imposto - Estornos de Débitos"

Disse que os dispositivos acima apenas garantem ao Contribuinte o estorno do débito, os quais devem ser objeto de emissão de nota fiscal e lançamento no LRAICMS. Afirma que não foi esclarecido no Auto de Infração qual a obrigação a autuada não cumpriu, sendo evidente concluir que os estornos teriam sido lançados no LRAICMS, como manda a norma, e indaga: (ou não???)

Disse que o Autuante apresentou um demonstrativo sintético da apuração (Anexo 01), onde também afirma não ter encontrado esclarecimento. Assevera que a acusação carece de fundamentação fática, implicando na nulidade do item, ou que se for apresentada deve ensejar a reabertura do prazo de defesa.

Quanto às infrações 02, 03 e 04, salientou que a Autuada reconhece a procedência do lançamento e fará o parcelamento correspondente.

Explicou que a infração 05, se refere a aplicação de multa formal, que disse também estar sem explicitar quais livros não foram apresentados e as datas correspondentes, pelo que afirma não ser possível se falar em falta de apresentação em 2015 e 2016. Disse que no mínimo, se tornará necessário ajustar as datas das ocorrências, uma vez comprovadas.

No que tange à Infração 06, repisa que se trata de multa formal imposta pela falta de escrituração do LRI. Afirma que se trata de imposição baseada no art. 42, inciso XII da Lei nº 7.014/91. Pondera

que a ação fiscal e a autuação foram realizadas em 2020, quando não mais existia previsão legal para a imposição da multa, posto que o art. 42, inciso XII da Lei nº 7.014/96 foi revogado pela Lei nº 13.816/17, com efeitos a partir de 22/12/17.

Entende que nesse caso a matéria deve ser analisada à luz do art. 106, inciso II, “a” do CTN. Explicou que, se a Lei nº 13.816/17 deixou de definir a falta de escrituração do LRI como infração, deve alcançar fatos pretéritos, não sendo cabível a penalidade. Remata que no caso deve prevalecer a nova ordem jurídica, inclusive sobre fatos pretéritos.

Por outro lado, afirmou que o art. 42, inciso XII da Lei nº 7.014/96, na redação vigente até 21/12/2017, somente permitia a cobrança da multa de forma condicionada. Pontuou que o dispositivo utilizado no enquadramento no Auto de Infração preconizava a imposição de 1% do valor das mercadorias sujeitas à tributação entradas no estabelecimento, quando não tivesse sido regularmente escriturado o inventário, “*se esse fato fosse impedimento definitivo da apuração do imposto no período, não havendo outro meio de apurá-lo*”.

Salientou que no caso em tela, não se apresentou qualquer fato que denotasse o preenchimento do requisito legal para a aplicação da sanção. Pelo contrário, a Autuada fazia uso da opção pela carga tributária de prevista no art. 267, VI do RICMS, atenuando ainda mais a possibilidade de se tomar a ausência do LRI fato impeditivo para a apuração do imposto. Ainda que o fosse, tal circunstância não foi demonstrado no AI, sendo improcedentes as multas cobradas sobre 2015 e 2016.

Disse quanto as multas aplicadas na infração 07, com base no art. 42, inciso XIII-A, “m” da Lei nº 7.014/96, que não possuem correlação com o enquadramento legal.

Destaca que o art. 42, inciso XIII-A, “m” da Lei nº 7.014/96, prevê a multa, em cada período de apuração. Contudo, para que seja aplicada a pena de R\$ 1.840,00, por período, necessário se torna a constatação de mais de 100 divergências. No caso concreto a intimação não se reporta a mais de 100 divergências, sendo cabível, no máximo, a multa de R\$ 460,00, por período.

Lembrou que o art. 112 do CTN, determina a interpretação da lei que define infração e cominam penalidades, de maneira mais favorável ao acusado, inclusive quanto à capitulação legal; à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos; e à natureza da penalidade aplicável, ou à sua graduação. Nesse sentido, lecionou que o termo “divergência”, previsto na lei, não pode ser considerado como “unidade de registro” e sim como “natureza da divergência”.

Finalmente, disse ser improcedente a infração 08, simplesmente porque no Auto de Infração não esclareceu qual o livro que não foi apresentado, devendo o Julgador, também nesse caso, atentar para o disposto no art. 112 do CTN. Bem como registrou que não cabe, também, a indicação da data de ocorrência de 2015.

Pelo exposto, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a posterior juntada de demonstrativos e documentos, colocando à disposição toda a documentação que se entender necessária (e arquivos), pede e espera que os itens contestados do Auto de infração sejam julgados NULOS ou, se superadas as questões prejudiciais, depois de revisado por fiscal estranho ao feito, IMPROCEDENTES.

A informação fiscal foi prestada às fls. 64/66, no qual o autuante informa que:

Quanto a arguição de nulidade em relação à **Infração 01**, alegando insegurança na determinação da Infração e conseqüentemente cerceamento do direito de defesa, tendo transcrito o conteúdo dos artigos 307 e 308 do RICMS. Disse que a Autuada ignora o teor da descrição da Infração, a sua origem e o detalhamento dos valores apontados no Anexo 1. Afirma que houve realização de estornos de débito, sem qualquer detalhamento e comprovação, constando em alguns meses, em valores atípicos, elevados.

E que mesmo sendo cientificado da inconsistência e da necessidade de comprovação, os representantes do Contribuinte não apresentaram os elementos de prova quanto a pertinência dos

valores de débito de ICMS estornados.

Assevera que os elementos que configuram a Infração estão presentes no PAF, todos do conhecimento da Autuada. Reproduziu a alegação defensiva de que no demonstrativo (Anexo 1) estão relacionados os meses e respectivos valores estornados pela Autuada, valores brutos e totais, sem qualquer esclarecimento, demonstração ou comprovação da pertinência dos referidos estornos.

Ressalta que os estornos de débito efetuados, podem ser escriturados e realizados, devendo, entretanto, o Contribuinte demonstrar a procedência e correção dos valores estornados. Repisa que se fazem presentes nos autos todos os elementos para que o Contribuinte verifique se os valores objeto da Infração estão presentes na sua escrita fiscal e por conseguinte demonstre a origem dos fatos que ensejaram o estorno.

Registrou que a Impugnante acatou e reconheceu a procedência das Infrações 02; 03 e 04.

Quanto à **infração 06**, disse que a defesa reconheceu não ter efetuado/apresentado o Livro de Registro de Inventário, tendo alegado que a multa formal é pesada, ao tempo em que, aponta as mudanças realizadas na legislação. Disse que a defesa argui ainda que só é cabível a multa de 1% do valor das mercadorias, se houvesse o impedimento definitivo da apuração do ICMS do período.

Retrucou que a não apresentação dos registros de Inventário Inicial e Final impediu a realização da Auditoria de Estoques, e mesmo com a extensão de prazos, em prol da apresentação dos referidos registros, a Autuada não atendeu as Intimações, nem utilizou os prazos para corrigir a omissões de registros.

Disse ser possível constatar dos autos, que em uma das extensões de prazo, o representante da Contabilidade solicitou o prazo que julgava necessário para a apresentação dos registros de inventário comprometendo-se à realizar a obrigação fiscal, o que não veio a proceder, conforme disse poder ser constatado pelos e-mails apensados ao Auto de Infração e as Intimações.

Afirma que trouxe ônus para o Estado, a ação deliberada da Autuada em não apresentar os registros de inventário no prazo regulamentar, mesmo após sucessivas intimações, impedindo a realização da auditoria de estoques.

Ressaltou que as extensões de prazo, foram mais que suficientes para que a Autuada procedesse a geração e apresentação dos registros de Inventário, até por que, declarou em DMA, o montante econômico do estoque, não fazendo, via registro de inventário, a quantidade física por itens de mercadorias.

Assevera que a recomendação ou indicativo para realização de auditoria de estoques decorre de evidências acerca da omissão de registro de saídas, cujo desdobramento é a omissão de recolhimento de ICMS. E que mesmo após reiteradas solicitações, com o decurso de mais de 90 (noventa) dias, a Autuada ignorou e não efetuou a apresentação dos registros de inventário.

Adentrando à **infração 07**. Tratando da alegação de que houve incorreção no cálculo do número de divergências, ao tempo que colocou em discussão os termos “unidade de registro” e “divergência”, para ao final efetuar a apuração do valor que considera ser o valor correto.

Esclareceu que, como menciona a Autuada, a mesma recebeu em 01/10/2020 e depois em 06/10/2020 relatórios em que eram listadas as divergências. Disse haver um resumo no corpo da Intimação (ver pag. 12 do PAF), a qual menciona os respectivos anexos detalhados para cada um dos tipos de divergência, omissão ou inconsistência, portanto, em desconformidade com a legislação (6 relatórios do ano de 2015 e 5 relatórios do ano de 2016 (fl. 14 do PAF).

Assevera que o Anexo 8 (pág. 42 do PAF) detalha e descreve a quantidade de omissões, considerando que cada mês é objeto de análise individual, tomando-o como expressão de um período de apuração. Nesse sentido, explica que a infração é identificada e apurada mensalmente, ou seja, que a EFD de cada mês foi objeto de exame e análise, conforme previsto na legislação.

Em relação aos argumentos relativos à Infração 08, pontua que a defesa disse ser improcedente em razão de não constar no auto de infração qual o livro que não foi apresentado.

Ressalta não haver pertinência na alegação, em razão de ser mencionado nas sucessivas Intimações tratar-se dos livros contábeis, e quais estavam sendo requeridos. Tratava as Intimações da apresentação da escrita contábil, seja qual for, o regimento de escrituração contábil. A Autuada em momento algum atendeu as Intimações.

Quanto ao requerimento da defesa para produção de provas, especialmente a posterior, reiterando o pedido de nulidade e revisão por fiscal estranho ao feito. Lembrou o que dispõe o Artigo 123 do RPAF/BA, no seu parágrafo quinto “*A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que: I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente; III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos*”.

Concluiu destacando que não houve alteração dos valores imputados para as Infrações objeto do Auto de Infração em questão.

E que não identificou na peça de defesa, elementos de argumentação e prova, especial de prova, que enseje a revisão dos valores e das Infrações elencadas no Auto de Infração objeto do presente PAF.

Pediu que o presente PAF deve ser encaminhado ao CONSEF para exame e julgamento.

Registro a presença nesta sessão, do patrono da Impugnante Dr. Fernando Marques Vila Flor, OAB/Ba n.º 11026. O qual em princípio referendou o relatório lido na sessão e reiterou as arguições defensivas.

O Julgador Dr. Valtércio Serpa Junior fez indagação ao patrono sobre outros autos de infração possivelmente lavrados contra o mesmo estabelecimento, restando respondido na assentada para julgamento do dia 26/08/2021, que não.

Consta também que fora enviado por email para a Secretária Nivalda Pereira Sousa de Abreu a seguinte informação:

“Prezada Nivalda,

Em atenção aos questionamentos feitos pelo Ilustre Dr. Valtércio Serpa Júnior, peço que informe aos respeitáveis membros da 2ª JF, sobre o e-mail abaixo (solicitando informações à empresa e à sua contabilidade), assim como que foram lavrados os seguintes Autos de Infração:

AI 206837.0010/20-5 – CNPJ 01.910.754/0003-30 – em julgamento;

AI 206837.0007/20-4 – CNPJ 001.910.754/0001-41;

AI 206837.0008/20-0 – CNPJ 001.910.754/0002-22.

Vale esclarecer ainda, com relação ao AI em julgamento, que recebemos da empresa na mesma data do vencimento do prazo para a defesa, sem qualquer termo expedido durante a ação fiscal. De qualquer forma, estamos aguardando respostas aos questionamento abaixo informados”.

Questionado ainda pelo mesmo Julgador se a Impugnante havia recebido intimação para retificar os arquivos da EFD, tendo recebido resposta positiva.

É o relatório.

VOTO

Preliminarmente cabe apreciação da arguição de nulidade em relação à infração 01. Trata-se de infração que se refere a estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto.

Explicou o Autuante que a Impugnante realizou estornos de débitos mensais sob alegação de erro de alíquota na apuração do ICMS de itens de mercadorias, em valores acima do identificado nos

lançamentos contidos no Livro de Saídas, conforme Anexo 1, fl. 22.

Nessa esteira, examinando o teor da memória de cálculo do lançamento de crédito tributário relativo à infração 01, ou seja, o anexo 01 indicado pelo Autuante, verifico que constam valores discriminados em colunas com os seguintes títulos: “*MêsAno*”, “*TipoAjust*”, “*VI Lanc*”, “*VICorreto*”, “*VI Cred Indev*”.

Na coluna “*TipoAjust*” estão identificados os valores lançados na coluna “*VI Lanc*”, que variam nesta entre as denominações de “*Estorno de débitos*” e “*Estorno de créditos*”. Se deduz dos cálculos que fora adotado para fins da acusação fiscal apenas os valores lançados à título de “*Estorno de débitos*”, os quais representavam segundo o Autuante “*estornos de débitos mensais realizados sob alegação de erro de alíquota na apuração do ICMS de itens de mercadorias*”. Porém, o lançamento se refere apenas quanto a parcela que excederam os valores considerados corretos pelo Autuante identificados na coluna “*VICorreto*”, de modo que fora lançado apenas a diferença entre as parcelas indicadas pelas colunas “*VI Lanc*” e “*VICorreto*” que se encontra indicada na coluna “*VI Cred Indev*”, e são objeto desta infração 01.

Outras planilhas dão suporte a infração e permitem que a defesa averígue a pertinência da acusação fiscal de que a “*Impugnante realizou estornos de débitos mensais realizados sob alegação de erro de alíquota na apuração do ICMS de itens de mercadorias, em valores acima do identificado nos lançamentos contidos no Livro de Saídas, (...)*”. Se tratam das planilhas constantes do CD apensado pelo Autuante à fl. 44, que foi também disponibilizada para a Impugnante conforme mensagem via DTE à fl. 43, quais sejam: “*2015 Pao e Mais Filial Le Parc EFD_Apuracao ICMS Normal*”, “*2015 Pao e Mais Filial Le Parc EFD_ItensSaidaIcms Estorno ICMS*”, “*2016 Pao e Mais Filial Le Parc EFD_ApuracaoICMSNormal*” e “*2016 Pao e Mais Filial Le Parc EFD_ItensSaidaIcms Exame Estorno Debito*”.

De modo que, considero insubsistente a alegação defensiva de que há insegurança na determinação da infração e conseqüente cerceamento do direito de defesa. Bem como, que não foi esclarecido no Auto de Infração qual a obrigação a autuada não cumpriu.

Do mesmo modo descabem os questionamentos acerca do respectivo enquadramento legal da infração 01, arts. 24, 25, 26, 307 e 308, do RICMS/12, posto que a despeito dos arts. 24, 25 e 26 não se reportarem diretamente a matéria, tratam de normas periféricas que dão sustentação à exigência fiscal em tela, e quanto os demais arts. 307 e 308, estes se referem a norma que supostamente não fora obedecida pela Impugnante. Restando, portanto, afastada a respectiva arguição e por conseqüente a pretensão de ver anulada a infração 01. **Infração 01, procedente.**

Cabe destacar, por oportuno, que a defesa não impugnou às infrações 02, 03 e 04, de maneira que não serão objeto de apreciação na presente demanda.

Quanto à **infração 05**, que se refere a aplicação de multa formal por falta de apresentação de livros fiscais quando regularmente intimado, consta o questionamento defensivo quanto a falta de indicação de quais livros se refere a conduta de não apresentação, bem como as datas correspondentes das intimações não adimplidas, pois afirmou a defesa não ser possível se falar em falta de apresentação em 2015 e 2016.

De fato, assiste razão a defesa quanto a falta de especificação no texto da infração acerca de qual livro deixou de ser apresentado, concordo que a acusação de falta de apresentação exige a especificação do objeto inadimplido. Portanto, a descrição da infração não atendeu o requisito suficiente para se determinar, com segurança, a infração.

Considero também que em se tratando de inadimplência em relação a uma intimação para apresentação de livros, deve ter como data da ocorrência aquela determinada para o termo do seu adimplemento, ou seja a data da ocorrência deve ser a data determinada para a entrega do livro fiscal pela contribuinte ao preposto fiscal, respeitado o respectivo prazo legal. Contudo, o que se observa do demonstrativo de débito da infração 05 e que foi adotado pelo Autuante como data da ocorrência a data que especifica o período da ocorrência das operações comerciais objeto de

escrituração de cada livro (2015 e 2016).

Pelo exposto, depreendo que a infração 05 carece dos elementos nucleares de sua caracterização, não identifica o livro que fora objeto de inadimplência, nem determina a data da ocorrência da mesma, elementos que impedem inexoravelmente a identificação da infração e por conseguinte um eventual infrator. De maneira que, a considero nula com espeque na alínea “a” do inciso IV do art. 18 do RPAF. **Voto pela nulidade da Infração 05.**

Passando ao exame da **infração 06**, que se refere falta de escrituração do Livro Registro de Inventário, relativo aos exercícios de 2015 e 2016. Cujas multas aplicadas fora a prevista no Art. 42, XII da Lei nº 7.014/96.

Consta a alegação defensiva de que a ação fiscal e a autuação foram realizadas em 2020, quando não mais existia previsão legal para a imposição da multa, posto que o art. 42, inciso XII da Lei nº 7.014/96 foi revogado pela Lei nº 13.816/17, com efeitos a partir de 22/12/17.

Motivo pelo qual entende a defesa que a matéria deve ser analisada à luz do art. 106, inciso II, “a” do CTN.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

Contudo, não se pode olvidar que o Autuante a despeito da sua inquestionável competência para constituir o crédito tributário pelo lançamento, conforme prevê o art. 142 do CTN, quanto a penalidade a ser aplicada, este dispositivo legal limita a sua autoridade a fazer apenas uma proposição. Veja-se:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. Grifei.

É que, a penalidade está adstrita e vinculada inexoravelmente à infração apurada, situação que impõe a autoridade julgadora a, quando houver discrepância entre a infração e sua respectiva tipificação de multa incorreta, aplicar o tipo penal tributário condizente com a matéria.

Nessa esteira, independentemente de estar revogado o inciso XII do art. 42 da Lei 7.014/96, verifico que a penalidade deve ser reenquadrada para a prevista na alínea “I” do inciso XIII-A da Lei 7.014/96, que além de resultar na mesma exação de 1% sobre as entradas de mercadorias em cada período, e a de fato, adequadamente subsumida à situação fática que descreve a infração em tela, haja vista que a infração em questão se refere a escrituração fiscal digital. Veja-se:

Lei 7.014/96

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:

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;

De maneira que, fica prejudicada a arguição de que o art. 42, inciso XII da Lei nº 7.014/96, na redação vigente até 21/12/2017, somente permitia a cobrança da multa de forma condicionada, posto que preconizava a imposição de 1% do valor das mercadorias sujeitas à tributação das entradas no estabelecimento, apenas quando não tivesse sido regularmente escriturado o inventário, “se esse fato fosse impedimento definitivo da apuração do imposto no período, não havendo outro meio de apurá-lo”. Pois, a tipificação incorreta proposta desta feita não impõe esta

condicionante.

Contudo, o novo enquadramento impõe nova condicionante para fins da aplicação da multa percentual de 1% (um por cento), que se trata da intimação prévia para entrega da escrituração não enviada. Saliento, por oportuno, que esta condicionante fora plenamente atendida conforme documento constante da fl. 15.

Voto pela procedência da infração 06. Recomendando, todavia, que a autoridade competente avalie a pertinência e oportunidade de se renovar a ação fiscal para aplicar apenas a parte complementar da multa, qual seja: “R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD,”. **Infração 06, procedente**, mantido o valor e ré enquadrado o dispositivo de tipificação de multa.

Adentrando à **infração 07**, que se refere a aplicação de multa formal em vista da ocorrência de mais de 100 divergências na escrituração da EFD no período de apuração, que não se caracterizaram como omissão, nos meses de dezembro de 2015 a dezembro de 2016, prevista no Art. 42, XIII-A, “m”, item 4 da Lei nº 7.014/96.

Considero não haver sustentação para a alegação defensiva de que a tipificação da multa não possui correlação com o enquadramento legal, por entender que o art. 42, inciso XIII-A, “m” da Lei nº 7.014/96, apesar de prever a multa para cada período de apuração, entende a defesa que para que seja aplicada a pena de R\$ 1.840,00, por período, necessário se torna a constatação de mais de 100 divergências, sendo que afirma que no caso concreto a intimação não se reporta a mais de 100 divergências, por isso afirma ser cabível, no máximo, a multa de R\$ 460,00, por período. Explico:

Ao contrário do que alega a defesa, consta da fl. 12, uma intimação que se refere aos exercícios de 2015 e 2016 apontando respectivamente inconsistências em quantidade de 1091 e 3127. De modo que, voto pela **procedência da infração 07**.

Por fim, tratando da infração 08, que se refere a falta de apresentação de livros Contábeis, considero não subsistir a alegação de que não foi especificado qual livro contábil não fora apresentado, pois seja ele qual for, tendo sido deixada de atender a intimação para apresentação, daria azo a aplicação da penalidade. Ademais, a acusação fiscal se refere aos livros contábeis, do que se pode deduzir que nenhum livro fora apresentado. Portanto, para mitigar a acusação, sobretudo para demonstrar a necessidade de que se especifique qual o livro não fora apresentado, bastaria que a defesa provasse que apresentou qualquer livro contábil, entretanto não o fez, referendando a multa aplicada.

Voto, destarte, pela procedência parcial do presente auto de infração, reduzindo o valor lançado de R\$67.307,88 para **R\$65.927,88** conforme demonstro a seguir:

INFRAÇÕES	AUTUADO			JULGADO		
	ICMS	MULTA	TOTAL	ICMS	MULTA	TOTAL
INFRAÇÃO 01	2.359,98		2.359,98	2.359,98		2.359,98
INFRAÇÃO 02	3.029,64		3.029,64	3.029,64		3.029,64
INFRAÇÃO 03	396,20	396,20		396,20		396,20
INFRAÇÃO 04		585,78	585,78		585,78	585,78
INFRAÇÃO 05		1.380,00	1.380,00		0,00	0,00
INFRAÇÃO 06		35.176,28	35.176,28		35.176,28	35.176,28
INFRAÇÃO 07		23.920,00	23.920,00		23.920,00	23.920,00
INFRAÇÃO 08		460,00	460,00		460,00	460,00
TOTAIS	5.785,82	61.918,26	67.307,88	5.785,82	60.142,06	65.927,88

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206837.0010/20-5**, lavrado contra **PÃO E MAIS COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **5.785,82** acrescido da multa 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a”, “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$60.142,06**, previstas nos incisos IX, XIII-A alínea “l”, XIII-A, “m”, item 4 e XX do mesmo diploma legal, alterada pelas Leis nºs 8.534/02 e 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de agosto de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR