

PROCESSO - A. I. Nº 272041.0001/19-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - MIX SUPERMERCADOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0027-03/20
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0177-12/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. ARBITRAMENTO. AUSÊNCIA DE EXIBIÇÃO DE EFD. Não ficou caracterizado o impedimento para desenvolver um processo de fiscalização. Indevido o arbitramento no momento em que foi realizado o procedimento fiscal, mas restou comprovada a falta de cumprimento de obrigação acessória, sendo devido o valor da multa por falta de apresentação da EFD. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado em relação à Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 29/03/2019, para exigência de R\$ 3.087.366,99 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em razão da falta de recolhimento do imposto apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, no período de janeiro de 2016 a dezembro de 2017. Não apresentou EFD ao Fisco da Bahia por vários anos, inclusive nos exercícios fiscalizados (2016/2017). **Infração 11.02.01.**

O autuado apresentou impugnação às fls. 213 a 221 do PAF. O autuante presta informação fiscal às fls. 216/217 dos autos e a 3ª JJF decidiu pela conversão para multa de 1%, sendo assim, pela Procedência Parcial do Auto de Infração e redução do valor lançado inicialmente, conforme os termos abaixo:

VOTO

O presente Auto de Infração trata de recolhimento do ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, sob a acusação de falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, no período de janeiro de 2016 a dezembro de 2017, constando na descrição dos fatos que o Contribuinte não apresentou EFD ao Fisco da Bahia por vários anos, inclusive nos exercícios fiscalizados (2016/2017).

Observe que o arbitramento da base de cálculo é considerado um recurso extremo que deve ser aplicado quando o Fisco não dispuser de condições de apurar o imposto devido, sendo uma das causas, a falta de apresentação ao fisco de notas fiscais comprobatórias das operações realizadas pelo contribuinte, bem como livros fiscais e da contabilidade geral. Portanto, o arbitramento é um método utilizado somente quando não houver qualquer possibilidade de se apurar o montante do débito, por outros roteiros de fiscalização.

Na informação fiscal, o autuante disse que o autuado apresentou as EFDs intempestivamente, embarçando a fiscalização nos períodos de 01/01/2014 a 31/12/2014, 01/01/2015 a 31/12/2015, 01/01/2016 a 31/12/2016, 01/01/2017 a 31/12/2017. Desta forma, não observou no RICMS/12, nos prazos para a apresentação das EFDs ao longo dos meses. Assim, tornou-se um embarçador contumaz das fiscalizações do FISCO/BA.

De acordo com o art. 22 da Lei 7.014/96, a fiscalização poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando não for possível apurar o valor real das operações, indicando as hipóteses, conforme abaixo reproduzido:

Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:

I - operação ou prestação sem emissão de documento fiscal ou com documentação fiscal inidônea;

II - falta de apresentação dos documentos fiscais e contábeis relativos às atividades da empresa, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos;

III - utilização irregular de sistema eletrônico de processamento de dados, equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) ou terminal ponto de venda (PDV), de que resulte redução ou omissão do imposto devido, inclusive no caso de falta de apresentação do equipamento;

IV - qualquer outro caso em que se comprove a sonegação do imposto.

Conforme estabelece o art. 247 do RICMS-BA/2012, a Escrituração Fiscal Digital – EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como, no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.

A responsabilidade do contribuinte imposta pela legislação quanto à Escrituração Fiscal Digital tem exatamente o objetivo de facilitar o envio de informações às unidades federadas e à Secretaria da Receita Federal, de forma que o foco de atuação do fisco e a escrituração realizada pelo contribuinte sejam facilitadas por meio de um modelo único de lançamento, proporcionando fiscalizações e controles mais efetivos.

Com a promulgação da Lei nº 12.917, de 31/10/13 (DOE de 01/11/13), alterou-se a redação da alínea “I” do inciso XIII-A do caput do art. 42, e passou-se a exigir e punir o contribuinte pela falta de entrega da EFD no prazo previsto na legislação, ou sua entrega sem as informações exigidas

No caso em exame, consta na descrição dos fatos, que o contribuinte não apresentou a EFD referente aos exercícios fiscalizados (2016/2017), encontrando-se às fls. 08/11 do PAF, intimações via DT-e, solicitando a apresentação dos mencionados arquivos, e a informação de que o não atendimento sujeitava o contribuinte às penalidades previstas na legislação. Neste caso, deveria ter sido lavrado o Auto de Infração para exigir a multa pela falta de apresentação da EFD solicitada.

Pelo que consta nos autos, após as intimações não atendidas, foi aplicado o método de arbitramento na apuração da base de cálculo, sendo informado pelo autuante que as faturas das compras realizadas pelo autuado foram analisadas uma a uma, e distribuídas ao longo dos meses os respectivos pagamentos em planilhas do Excel, e o regime de caixa foi o utilizado neste arbitramento. Disse que juntou ao PAF, as vendas interestadual e interna, realizadas, mês a mês, para 2016 e 2017.

Entendo que apesar de o autuado ter apresentado intempestivamente a EFD, não ficou caracterizado o impedimento para o autuante desenvolver um processo de fiscalização, restando comprovado que é devido o valor da multa por falta de apresentação da EFD, no prazo estabelecido na legislação, sendo indevido o arbitramento no momento em que foi realizado o procedimento fiscal.

Vale ressaltar, que a redação atual da alínea “I”, do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei 7.014/96, estabelece:

I) 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;

Dessa forma, estando caracterizada a falta de atendimento a intimações para fornecimento de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração.

Vale salientar, que de acordo com o art. 157 do RPAF-BA/99, “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”.

Neste caso, concluo pela insubsistência quanto ao imposto exigido por meio de arbitramento, por não ter sido caracterizado nos autos impossibilidade de apurar a base de cálculo referente às operações realizadas pelo autuado, mas deve ser aplicada a multa pela falta de atendimento à intimação para entrega da EFD, conforme quadro abaixo, elaborado a partir dos dados apurados no levantamento fiscal.

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	MULTA %	VALOR DO DÉBITO R\$
31/01/2016	09/02/2016	164.004,32	1%	1.640,04
29/02/2016	09/03/2016	736.977,14	1%	7.369,77
31/03/2016	09/04/2016	1.064.074,69	1%	10.640,75
30/04/2016	09/05/2016	942.607,79	1%	9.426,08
31/05/2016	09/06/2016	997.069,48	1%	9.970,69
30/06/2016	09/07/2016	959.467,89	1%	9.594,68
31/07/2016	09/08/2016	870.844,78	1%	8.708,45
31/08/2016	09/09/2016	872.626,61	1%	8.726,27
30/09/2016	09/10/2016	851.008,85	1%	8.510,09
31/10/2016	09/11/2016	769.308,79	1%	7.693,09

30/11/2016	09/12/2016	1.092.194,95	1%	10.921,95
31/12/2016	09/01/2017	868.750,11	1%	8.687,50
31/01/2017	09/02/2017	849.347,17	1%	8.493,47
28/02/2017	09/03/2017	781.175,59	1%	7.811,76
31/03/2017	09/04/2017	867.930,76	1%	8.679,31
30/04/2017	09/05/2017	731.396,68	1%	7.313,97
31/05/2017	09/06/2017	710.996,81	1%	7.109,97
30/06/2017	09/07/2017	729.315,46	1%	7.293,15
31/07/2017	09/08/2017	784.249,40	1%	7.842,49
31/08/2017	09/09/2017	783.221,01	1%	7.832,21
30/09/2017	09/10/2017	622.105,78	1%	6.221,06
31/10/2017	09/11/2017	725.796,35	1%	7.257,96
30/11/2017	09/12/2017	729.292,20	1%	7.292,92
31/12/2017	09/01/2018	717.637,24	1%	7.176,37
T O T A L	-	-	-	192.214,00

Face ao exposto, voto pela *PROCEDÊNCIA PARCIAL* do Auto de Infração.

A JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558, com efeitos a partir de 17/08/18.

Na assentada da sessão de julgamento do dia 16/10/2020, este colegiado converteu os autos em diligência à INFAZ DE ORIGEM no sentido do autuante ou auditor fiscal estranho ao feito designado efetuar “*uma revisão em relação aos itens de toda a infração, em especial ao arbitramento efetuado, para adequação à referida acusação, contudo, apresentar demonstrativos relativos ao procedimento, em forma de planilha onerando ou desonerando o presente PAF*”. Ao realizar a referida revisão, cientificar o autuado dos papéis de trabalho (diligência) e para, caso queira, manifestar.

Na conclusão da diligência, fl. 284, o autuante procedeu a revisão solicitada e informou que por conta de recolhimento de ICMS/Antecipação Parcial tem predominância sobre a infração, no qual afirma que procedeu a este AUDIF para o ano de 2016 buscando indícios de recolhimento a menor do ICMS.

Disse que a empresa autuada recolheu em 2016, ICMS por antecipação parcial o valor de R\$ 102.935,05. Acrescentou que a planilha de Antecipação parcial realizada por esta diligência e anexada (fls. 284/287) para o referido ano foi no valor de R\$ 113.306,15. Reitera que a penalidade prevista na legislação, multa pela falta de apresentação da EFD fora do prazo, somou o montante de R\$ 192.214,00, sendo superior a diferença entre a arrecadação e a Antecipação Parcial de 2016 encontrada e apurada menos a recolhida aos cofres públicos na quantia de R\$ 10.371,10.

Destacou que houve acréscimos na arrecadação total da empresa auditada que passou de R\$ 173.546,10 em 2016 para R\$ 216.644,79 em 2017 (+ 24,83% - arrecadação anexa – fls. 289/293). Assim, entendeu que observando aos princípios da economia processual, razoabilidade e boa fé objetiva processual, concordou com o julgamento da 3ª JJF, conforme as fls. 263/268.

Na fl. 287 consta Intimação do resultado da diligência, via DTE, em 29/12/2021, sendo recebida a ciência 04/01/2022, no qual o recorrido se manteve silente.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto, que visa verificar a desoneração realizada pela decisão de piso, **Acórdão 3ª JJF nº 0027-03/20**, onde foi julgada pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe onde exigia ICMS no valor histórico de R\$ 3.087.366,99, passando a exigir multa acessória no valor de R\$ 192.214,00, fato que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, tornando-se cabível o presente recurso, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99.

Convém salientar, que a Decisão de piso observou o lançamento seguinte:

Infração - 11.02.01 – Deixou de recolher ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, no período de janeiro de 2016 a dezembro de 2017. Multa de 1% prevista no art. 42, inc. IV da Lei nº 7.014/96.

Enquadramento legal: artigo 22, inciso II da Lei nº 7.014/96.

No mérito, o autuado demonstrou claro entendimento da acusação em sua peça defensiva, fls. 213 a 221, mas declarou intempestivamente nos meses abril e maio de 2019, as EFDs em referência ao período autuado, conforme fls. 232 a 255.

O Autuante, em sua informação fiscal às fls. 226 e 227, comprovou a apresentação sem invalidez jurídica, feita pelo recorrido, das EFDs dos exercícios de 2016 e 2017, anexando-as, acatou a procedência e refez os demonstrativos de débitos, consequentemente alterando os valores da infração, que foi acolhido pelo colegiado da Junta de Julgamento Fiscal. Contudo, em consonância com art. 22, II da Lei nº 7.014/96, é facultativo à fiscalização a aplicação do arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando não for possível verificar o valor real das operações, em conformidade como estabelece o art. 247 do RICMS-BA/2012.

Constato que o relator menciona a Lei nº 12.917/13, onde alterou a redação da alínea I, inciso XIII-A, do caput, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que passou a punir o contribuinte pela falta de entrega da EFD no prazo previsto da legislação, abaixo nova redação:

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;

Percebo tal possibilidade da Decisão recorrida, pois o colegiado destacou o art. 157 do RPAF-BA/99, e disse que sendo “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”, totalizando R\$ 192.214,00, concluindo pela insubsistência quanto ao imposto exigido por meio de arbitramento, ainda assim, a aplicação da multa pelo não cumprimento da obrigação acessória.

Entretanto, analisando os documentos do cálculo que fora feito, foi observado neste colegiado de segundo grau incoerência, tentando ser sanada através da diligência proferida ao autuante, que após a revisão de toda a apuração juntamente com o resultado proferido pelo colegiado de piso, informou que os “princípios da economia processual, razoabilidade e boa fé...”, e concordou com a referida decisão.

Na verdade, o que se observa é que o autuante não tem certeza da verdade dos fatos e dos cálculos dos demonstrativos, **primeiro** porque na decisão de piso verificou que não há arbitramento, **segundo** que o autuante fez por bem manter a autuação, pois, ao meu ver, percebeu, de alguma maneira, ter supostamente errado na autuação, pelo menos é o que se observa nas suas argumentações.

Aí, pergunto: seria mesmo a procedência parcial, a autuação, ou nulidade pela falta de dados para compor a infração, e consequentemente, o Auto de Infração? Como não tenho certeza, nem o autuante e nem a própria JJF, pois conforme a JJF disse que para arbitrar “a base de cálculo ... quando o Fisco não dispuser de condições de apurar o imposto devido, sendo uma das causas, a falta de apresentação ao fisco de notas fiscais comprobatórias das operações realizadas pelo contribuinte, bem como livros fiscais e da contabilidade geral. Portanto, o arbitramento é um método utilizado somente quando não houver qualquer possibilidade de se apurar o montante do débito, por outros roteiros de fiscalização”.

Destaco que os papéis de trabalho não dão condições para verificar neste momento o referido imposto, e, em meu sentir, pois mesmo que o recorrido tenha apresentado fora do prazo a EFD, não fica caracterizado “o impedimento para o autuante desenvolver um processo de fiscalização” para ver o real valor, como fez através da diligência, ao apurar os recolhimentos pela antecipação

parcial, sendo confirmado ser indevido o arbitramento no momento em que foi realizado o procedimento fiscal.

No entanto, como a recorrente não apresentou a EFD no prazo estabelecido pela fiscalização, no sentido de a fiscalização determinar o verdadeiro valor do ICMS, a JJF achou por bem converter em multa de 1% sobre a base de cálculo da apuração do imposto, conforme reza a legislação.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, mantendo a decisão de piso em sua inteireza.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **272041.0001/19-8**, lavrado contra **MIX SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 192.214,00**, prevista no art. 42, XIII-A, “I” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios, de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 09 de junho de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO OLIVEIRA PINHO - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS