

A. I. Nº - 326297.0023/15-3
AUTUADO - SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - MARCO ANTONIO DE SOUZA FORTES e CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21.09.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0142-05/16

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Nulidade. Inobservância do devido processo legal. A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia, haja vista que não foi lavrado Termo de Intimação no que dispõe o § 4º do artigo 247 do RICMS/2012, em que o contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências. Por outro lado, não há como afirmar que o autuado não efetuou o registro das notas fiscais, objeto da acusação, na sua escrita fiscal, vez que os autuantes não dispunham dessa escrita fiscal, por falta de envio da EFD. Ausência de intimação para o envio no prazo de 30 dias, conforme dispõe § 4º do artigo 247 do RICMS/2012. O lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, o que a inquina de nulidade por invalidade do procedimento. **b)** DEIXOU DE ESCRITURAR LIVROS FISCAIS. Descumprimento de obrigação acessória. Nulidade. A infração está fundamentada para cobrança de multa por falta de escrituração de livros fiscais, pela não entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital (EFD), o que nesse caso seria devida a multa de R\$1.380,00 por cada data de ocorrência, na forma do art. 42, inciso XIII-A, alínea "I", da Lei 7.014/96, no lugar de R\$460,00 de multa lançada. Impossibilidade de correção no presente PAF, vez que agravaria a infração. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/12/2015 no valor de R\$305.922,08, atribui ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Lançado multa no valor de R\$303.622,08, conforme demonstrativo gravado em mídia (CD), documentos impressos anexos a este PAF às fls. 12 a 110 dos autos. Enquadramento: art. 217 e 247, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Multa aplicada: art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 – 02.01.02: Deixou de escriturar livro (s) Fiscal(is). Lançado multa no valor de R\$2.300,00. Enquadramento: art. 212 (217, 218, 219, 220, 334 e 227 a depender do livro), do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa aplicada: art. 42, inciso XV, alínea “d”, da Lei 7.014/96.

O autuado apresenta suas razões de defesa, às fls. 115 a 119, onde refuta integralmente a exigência configurada como infração 01, escorada pelas razões de substância a seguir, que diz estarem discorridas ou pelas impropriedades de forma que viciam e maculam o quanto exigido, ao tempo em que acata a infração 02, comprometendo-se a quitá-la quando do deslinde da ação fiscal.

Destaca que, segundo os autuantes, no exercício de 2015, foram detectadas duas infrações, sendo que uma das infrações desse procedimento de ofício se refere ao não lançamento em EFD de aquisições de mercadorias adquiridas sem tributação ou com a fase de tributação encerrada.

Diz que, essa infração tem a natureza de uma multa formal por descumprimento de uma obrigação acessória, qual seja, o lançamento na Escrituração Fiscal Digital (EFD), que substitui os livros fiscais, conforme Convênio ICMS nº 143, de 15 de dezembro de 2006; Ato COTEPE/ICMS nº 09, de 18 de abril de 2008 e RICMS/2012 – Sem prejuízo dos demais capítulos, observar o CAPÍTULO IV (DA ESCRITURAÇÃO FISCAL), seção XV (*Da Escrituração Fiscal Digital – EFD*), artigos 247 a 253. Destaca que, não se discute aqui a natureza da operação, se transferência ou outra qualquer, mas sim o descumprimento a uma obrigação acessória.

Diz que comprova a inaplicabilidade da exigência, com base nos mesmos dispositivos indicados pelos ilustres autuantes, ou seja, os artigos 247 a 253 do RICMS/2012. Observa que, antes, porém, entende como necessária a colocação de aspectos atinentes à legalidade ou ao princípio da legalidade. Traz aos autos considerações do liberalismo econômico, bem assim aspectos do inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, como também considerações sobre o art. 37 da mesma carta magna.

Em seguida, diz que cabe destacar aspectos relacionados com a infração 01, por meio da qual está sendo exigida a “bagatela” de R\$303.622,08, excluídos os consectários, porque o contribuinte deixou de entregar no prazo, arquivos de natureza essencialmente estatística.

Dessa constatação, diz que salta aos olhos a premente necessidade de que seja observado o princípio da razoabilidade, além da legalidade, adiante focado, vez que, não se concebe que a Administração se apresente diante do Administrado para dele exigir o cumprimento pecuniário de descomunal soma, que, a rigor, o deixa evidentemente desestabilizado do ponto de vista econômico, em especial no tocante a sua gestão financeira.

Aduz que, como não ocorrem razões de ordem econômica que justifiquem a ação do Fisco/Bahia – exploração, produção, comércio, etc. – resta constatada a tentativa de geração de receita pública proveniente do vazio econômico, de forte conteúdo confiscatório, ao arripio do mandamento constitucional esculpido no artigo 150, IV, da Lei Maior, que proíbe aos entes públicos o uso de “tributo com efeito de confisco”.

Do ponto de vista da legalidade, aduz que cabe marcar posição, para desconstituição do feito, o que dispõe o § 4º do artigo 247 do RICMS/2012, o que descreve na sua totalidade, destacando o §4º,

§ 4º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências. Nota: O § 4º foi acrescentado ao art. 247 pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos a partir de 27/11/15.

Neste sentido, diz que a interpretação gramatical do § 4º do artigo 247 do RICMS/2012 é evidente que os autuantes deveriam ter intimado a autuada para o envio da EFD, obrigação que não foi executada pelos mesmos, o que deixa a Ação Fiscal atingida por evidente ilegalidade.

Desta forma, diz que, se não houve a intimação, como de fato não houve, nada deve ser falado sobre o prazo de 30 dias referido no mesmo § 4º do artigo 247, pois, uma coisa seria consequência da outra. Destaca que o PAF é composto de pouco mais de 130 folhas e em nenhuma delas consta documento que comprove a intimação aqui referida, como pode ser constatado.

Por fim, cabe detalhar que o auto de infração foi lavrado no dia 10/12/2015, sendo que, o citado § 4º do artigo 247 foi introduzido no Regulamento do ICMS apenas treze dias antes daquela data, com eficácia a partir do dia 27/11/2015, alcançando efeitos sobre a ação fiscal agora combatida, aspecto que talvez tenha sido inobservado pelos senhores autuantes.

Neste sentido, diz que, na busca da verdade e do mais qualificado julgamento, acatou o que entende como procedente e contestou a exigência que tem na conta de inaplicável juridicamente. Portanto, com base nos fatos e razões aqui dispostos e por tudo quanto mais expendido, pede e espera seja determinada por essa Colenda Corte de Julgamento a integral desconstituição, seja por improcedência seja por nulidade, da infração 01 do auto de infração aqui contestado.

Os autuantes prestam Informação Fiscal às fls. 127 a 130, destacando que a defesa foi interposta em 22/02/2016, portanto dentro do prazo exigido pelo Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), normatizado pela Lei 3.956/81. Entendem assim que a presente impugnação deve ser recebida por esse Conselho de Fazenda (CONSEF).

Dizem que a autuada alega que a autuação em análise carece de razoabilidade, além de legalidade. Aduz que o pagamento do valor autuado, por si só, desestabilizará a empresa no tocante a sua gestão financeira.

Explicam que de acordo com o art. 247, § 4º do RICMS-BA, efeitos a partir de 27/11/2015, a empresa deveria ter sido intimada a apresentar a EFD pertinente, o que não foi feito invalidando assim a autuação.

Esclarecem que o presente lançamento de ofício versou sobre duas infrações: (1) a entrada de mercadorias não tributáveis no estabelecimento sem o devido lançamento na escrita fiscal (infração 01 - 16.01.02) e (2) a falta de escrituração do Livro Registro de Saídas (infração 16.04.08), conforme diversas mensagens encaminhadas à empresa (fls. 07/11).

Destacam que as infrações estão descritas no corpo do Auto de Infração e quantificada nos anexos que o compõe (fls. 12/110). Por outro lado, aduzem que essa ação fiscal decorreu de um planejamento da fiscalização específico, denominado malha fiscal censitária, que listou as omissões na escrita fiscal do contribuinte.

Salientam, portanto, que, a Infração 01, não se trata de inconsistências apuradas, entendendo como tal, algo sem embasamento teórico, sem nexos. Em verdade, apurou-se o não lançamento de notas fiscais de entradas. Informam que essa infração tem a natureza de uma multa formal por descumprimento de uma obrigação acessória, qual seja o lançamento na Escrituração Fiscal Digital, que substituiu os livros fiscais, conforme **Convênio ICMS nº 143**, ICMS nº 143, de 15 de dezembro de 2006; Ato COTEPE/ICMS nº 09, de 18 de abril de 2008 e RICMS/2012 – Sem prejuízo dos demais capítulos, observar o CAPÍTULO IV (DA ESCRITURAÇÃO FISCAL), seção XV (*Da Escrituração Fiscal Digital – EFD*), artigos 247 a 253 de mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada.

Por outro lado, no que se refere à Infração 02, sem destacar qualquer consideração quanto a sua constituição na Informação Fiscal, objeto em análise, diz que cabe a esse Conselho de Fazenda a aplicação da retroatividade benigna, em assim entendendo como devida. Chamam a atenção, porém de que o contribuinte durante o curso da autuação não manifestou disposição em apresentar os livros de saídas (EFD) nos períodos constantes da autuação.

Pugnam pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Versa a autuação sobre duas infrações atribuídas ao sujeito passivo, sendo a primeira infração, a aplicação de multa de 1% sobre o valor comercial das notas fiscais não escrituradas, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, com lançamento de multa no valor de R\$303.622,08, conforme demonstrativo gravado em mídia (CD) e documentos impressos anexos a este PAF às fls. 12 a 110 dos autos, e enquadramento nos artigos 217 e 247, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12; a segunda infração, relativa a aplicação de multa, correspondente ao valor específico de R\$460,00, por cada mês que deixou de escriturar Livros Fiscais, perfazendo o montante de R\$2.300,00 e enquadramento no arts. (212, 217, 218, 219, 220, 334 e 227 a depender do livro), decorrente do mesmo diploma legal.

De pronto já se observa, na constituição da acusação, vícios formais e materiais de

procedimentos que inquinam toda a ação fiscal de nulidade por inobservância do devido processo legal. Na descrição dos fatos diz que uma das infrações do procedimento de ofício se refere ao não lançamento em EFD de aquisições de mercadorias sem tributação ou com fase de tributação encerrada, onde, pelo enquadramento, apresenta-se como a infração 1; por sua vez, a outra infração, que diz respeito a de número 2, conforme explicitado, também, na descrição dos fatos, trata-se de multa formal por falta de lançamento na Escrituração Fiscal Digital (EFD), sendo todas as duas com datas de ocorrência idênticas, o que deixa a entender que existe uma interligação entre as duas infrações.

E de fato é o que se interpreta da análise da descrição dos fatos da autuação, combinado com os argumentos de defesa às fls. 114/118 dos autos apresentados pelo sujeito passivo, bem assim os termos da informação fiscal acostada às fls. 127/130 pelos d. Fiscais Autuantes. Deixa a entender que, por não apresentar a Escrituração Fiscal Digital (EFD), e os autuantes identificarem na base de dados de Notas Fiscais Eletrônicas (NFE) da SEFAZ, registro de entradas de mercadorias no estabelecimento do sujeito passivo, entenderam por efetuar os dois lançamentos fiscais, objeto em análise.

Há de se observar que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo os agentes fiscais agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto/multa, existem regras de direito formal, que determinam como devem os agentes fiscais proceder na constituição do crédito. Logo é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificuldade ao exercício do direito de defesa.

No caso em exame, em relação à infração 1, os Fiscais Autuantes, como bem destacou o sujeito passivo na defesa, identificando que não houve a apresentação da Escrituração Fiscal Digital (EFD) pelo defendente nas datas regulamentares ou entregues com inconsistência, deveria ter intimado para o envio ou correção da EFD, estipulando prazo de 30 dias, o que não se vê tal intimação nos autos, conforme se interpreta do que dispõe o § 4º do artigo 247 do RICMS/2012, a seguir destacado:

§ 4º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências. Nota: O § 4º foi acrescentado ao art. 247 pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos a partir de 27/11/15.

Sobre tal intimação os d. Fiscais Autuantes juntam cópias de trocas de e-mails às fls. 7/11 dos autos, que não se prestam para atestar que o contribuinte fora intimado, com prazo de 30 dias, para o envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistência (§ 4º do artigo 247 do RICMS/2012). Neste contexto, tal intimação representa um requisito essencial na constituição do crédito da infração 1, e o seu descumprimento resulta em invalidade do procedimento, por inobservância do devido processo legal.

Associado a esse vício formal, o que se constata no presente PAF é a pretensão de exigência de multa sob a acusação de que o defendente deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, por sua vez as considerações de defesa e não contestada pelos d. Fiscais Autuantes na Informação Fiscal, é de que o defendente não houvera transmitido a EFD ou entregue com inconsistências à época das ocorrências dos fatos.

Então, como afirmar que o defendente não efetuou o registro das notas fiscais, objeto da acusação, na sua escrita fiscal, se os autuantes não dispunham dessa escrita fiscal, por falta de envio da EFD, e que por isso deveriam ter intimado os defendentes para seu envio no prazo de 30 dias, conforme dispõe § 4º do artigo 247 do RICMS/2012. Portanto, verifico, também, na infração 01, que o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, o que a inquina de nulidade por invalidade do procedimento.

Por outro lado, quanto à infração 2, em que pese a autuação ter sido procedida conforme a previsão legal aplicada ao objeto da lide, não pode prosperar, pois, analisando a peça acusatória, observo que a infração está fundamentada para cobrança de multa por falta de escriturar livros

fiscais, pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital (EFD), o que nesse caso seria devido a multa de R\$1.380,00 por cada data de ocorrência, na forma do que dispõe o art. 42, inciso XIII-A, alínea "I", da Lei 7.014/96, e não o valor lançado de R\$460,00, fundamentado no inciso XV, alínea "d", do mesmo diploma legal, em que é indevido sua correção no presente PAF, vez que agravaria a infração.

Por sua vez, o §1º do art. 18 do RPAF/99 somente admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissões, bem assim pela não observância de exigências meramente formais. No caso em análise não se constatou incorreção eventual, pois a irregularidade apontada, isto é, a falta de um instrumento essencial para a validade da autuação, ou seja, o Termo de Intimação, no que dispõe o § 4º do artigo 247 do RICMS/2012, em relação à infração 1, implica cerceamento do direito de defesa do contribuinte, por sua vez, em relação à infração 2, observa-se uma desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal. A infração 2 está caracterizada para cobrança de multa por falta de escrituração de livros fiscais, pela não entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital (EFD), o que nesse caso seria devido a multa de R\$1.380,00 por cada data de ocorrência, na forma do art. 42, inciso XIII-A, alínea "I", da Lei 7.014/96, e não a multa de R\$460,00, por cada data de ocorrência na forma do inciso XV, alínea "d" do mesmo diploma legal, pois não se trata de falta ou atraso na escrituração de livro fiscal e sim de falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Diante do exposto, considerando que os equívocos constatados na lavratura do Auto de Infração implicam cerceamento do direito de defesa e uma desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal concluo que deve ser decretada a nulidade do presente lançamento, com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, ao tempo que, com fundamento no art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade fazendária para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo dos equívocos apontados.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **326297.0023/15-3**, lavrado contra **SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, recomendando-se o refazimento do feito a salvo das falhas apontadas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR

A. I. Nº - 326297.0023/15-3
AUTUADO - SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
AUTUANTES - MARCO ANTONIO DE SOUZA FORTES e CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21.09.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0142-05/16

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Nulidade. Inobservância do devido processo legal. A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia, haja vista que não foi lavrado Termo de Intimação no que dispõe o § 4º do artigo 247 do RICMS/2012, em que o contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências. Por outro lado, não há como afirmar que o autuado não efetuou o registro das notas fiscais, objeto da acusação, na sua escrita fiscal, vez que os autuantes não dispunham dessa escrita fiscal, por falta de envio da EFD. Ausência de intimação para o envio no prazo de 30 dias, conforme dispõe § 4º do artigo 247 do RICMS/2012. O lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, o que a inquina de nulidade por invalidade do procedimento. **b)** DEIXOU DE ESCRITURAR LIVROS FISCAIS. Descumprimento de obrigação acessória. Nulidade. A infração está fundamentada para cobrança de multa por falta de escrituração de livros fiscais, pela não entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital (EFD), o que nesse caso seria devida a multa de R\$1.380,00 por cada data de ocorrência, na forma do art. 42, inciso XIII-A, alínea "I", da Lei 7.014/96, no lugar de R\$460,00 de multa lançada. Impossibilidade de correção no presente PAF, vez que agravaria a infração. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/12/2015 no valor de R\$305.922,08, atribui ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Lançado multa no valor de R\$303.622,08, conforme demonstrativo gravado em mídia (CD), documentos impressos anexos a este PAF às fls. 12 a 110 dos autos. Enquadramento: art. 217 e 247, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12. Multa aplicada: art. 42, inciso XI, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 – 02.01.02: Deixou de escriturar livro (s) Fiscal(is). Lançado multa no valor de R\$2.300,00. Enquadramento: art. 212 (217, 218, 219, 220, 334 e 227 a depender do livro), do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa aplicada: art. 42, inciso XV, alínea “d”, da Lei 7.014/96.

O autuado apresenta suas razões de defesa, às fls. 115 a 119, onde refuta integralmente a exigência configurada como infração 01, escorada pelas razões de substância a seguir, que diz estarem discorridas ou pelas impropriedades de forma que viciam e maculam o quanto exigido, ao tempo em que acata a infração 02, comprometendo-se a quitá-la quando do deslinde da ação fiscal.

Destaca que, segundo os autuantes, no exercício de 2015, foram detectadas duas infrações, sendo que uma das infrações desse procedimento de ofício se refere ao não lançamento em EFD de aquisições de mercadorias adquiridas sem tributação ou com a fase de tributação encerrada.

Diz que, essa infração tem a natureza de uma multa formal por descumprimento de uma obrigação acessória, qual seja, o lançamento na Escrituração Fiscal Digital (EFD), que substitui os livros fiscais, conforme Convênio ICMS nº 143, de 15 de dezembro de 2006; Ato COTEPE/ICMS nº 09, de 18 de abril de 2008 e RICMS/2012 – Sem prejuízo dos demais capítulos, observar o CAPÍTULO IV (DA ESCRITURAÇÃO FISCAL), seção XV (*Da Escrituração Fiscal Digital – EFD*), artigos 247 a 253. Destaca que, não se discute aqui a natureza da operação, se transferência ou outra qualquer, mas sim o descumprimento a uma obrigação acessória.

Diz que comprova a inaplicabilidade da exigência, com base nos mesmos dispositivos indicados pelos ilustres autuantes, ou seja, os artigos 247 a 253 do RICMS/2012. Observa que, antes, porém, entende como necessária a colocação de aspectos atinentes à legalidade ou ao princípio da legalidade. Traz aos autos considerações do liberalismo econômico, bem assim aspectos do inciso II do artigo 5º da Constituição Federal, como também considerações sobre o art. 37 da mesma carta magna.

Em seguida, diz que cabe destacar aspectos relacionados com a infração 01, por meio da qual está sendo exigida a “bagatela” de R\$303.622,08, excluídos os consectários, porque o contribuinte deixou de entregar no prazo, arquivos de natureza essencialmente estatística.

Dessa constatação, diz que salta aos olhos a premente necessidade de que seja observado o princípio da razoabilidade, além da legalidade, adiante focado, vez que, não se concebe que a Administração se apresente diante do Administrado para dele exigir o cumprimento pecuniário de descomunal soma, que, a rigor, o deixa evidentemente desestabilizado do ponto de vista econômico, em especial no tocante a sua gestão financeira.

Aduz que, como não ocorrem razões de ordem econômica que justifiquem a ação do Fisco/Bahia – exploração, produção, comércio, etc. – resta constatada a tentativa de geração de receita pública proveniente do vazio econômico, de forte conteúdo confiscatório, ao arripio do mandamento constitucional esculpido no artigo 150, IV, da Lei Maior, que proíbe aos entes públicos o uso de “tributo com efeito de confisco”.

Do ponto de vista da legalidade, aduz que cabe marcar posição, para desconstituição do feito, o que dispõe o § 4º do artigo 247 do RICMS/2012, o que descreve na sua totalidade, destacando o §4º,

§ 4º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências. Nota: O § 4º foi acrescentado ao art. 247 pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos a partir de 27/11/15.

Neste sentido, diz que a interpretação gramatical do § 4º do artigo 247 do RICMS/2012 é evidente que os autuantes deveriam ter intimado a autuada para o envio da EFD, obrigação que não foi executada pelos mesmos, o que deixa a Ação Fiscal atingida por evidente ilegalidade.

Desta forma, diz que, se não houve a intimação, como de fato não houve, nada deve ser falado sobre o prazo de 30 dias referido no mesmo § 4º do artigo 247, pois, uma coisa seria consequência da outra. Destaca que o PAF é composto de pouco mais de 130 folhas e em nenhuma delas consta documento que comprove a intimação aqui referida, como pode ser constatado.

Por fim, cabe detalhar que o auto de infração foi lavrado no dia 10/12/2015, sendo que, o citado § 4º do artigo 247 foi introduzido no Regulamento do ICMS apenas treze dias antes daquela data, com eficácia a partir do dia 27/11/2015, alcançando efeitos sobre a ação fiscal agora combatida, aspecto que talvez tenha sido inobservado pelos senhores autuantes.

Neste sentido, diz que, na busca da verdade e do mais qualificado julgamento, acatou o que entende como procedente e contestou a exigência que tem na conta de inaplicável juridicamente. Portanto, com base nos fatos e razões aqui dispostos e por tudo quanto mais expendido, pede e espera seja determinada por essa Colenda Corte de Julgamento a integral desconstituição, seja por improcedência seja por nulidade, da infração 01 do auto de infração aqui contestado.

Os autuantes prestam Informação Fiscal às fls. 127 a 130, destacando que a defesa foi interposta em 22/02/2016, portanto dentro do prazo exigido pelo Código Tributário do Estado da Bahia (COTEB), normatizado pela Lei 3.956/81. Entendem assim que a presente impugnação deve ser recebida por esse Conselho de Fazenda (CONSEF).

Dizem que a autuada alega que a autuação em análise carece de razoabilidade, além de legalidade. Aduz que o pagamento do valor autuado, por si só, desestabilizará a empresa no tocante a sua gestão financeira.

Explicam que de acordo com o art. 247, § 4º do RICMS-BA, efeitos a partir de 27/11/2015, a empresa deveria ter sido intimada a apresentar a EFD pertinente, o que não foi feito invalidando assim a autuação.

Esclarecem que o presente lançamento de ofício versou sobre duas infrações: (1) a entrada de mercadorias não tributáveis no estabelecimento sem o devido lançamento na escrita fiscal (infração 01 - 16.01.02) e (2) a falta de escrituração do Livro Registro de Saídas (infração 16.04.08), conforme diversas mensagens encaminhadas à empresa (fls. 07/11).

Destacam que as infrações estão descritas no corpo do Auto de Infração e quantificada nos anexos que o compõe (fls. 12/110). Por outro lado, aduzem que essa ação fiscal decorreu de um planejamento da fiscalização específico, denominado malha fiscal censitária, que listou as omissões na escrita fiscal do contribuinte.

Salientam, portanto, que, a Infração 01, não se trata de inconsistências apuradas, entendendo como tal, algo sem embasamento teórico, sem nexos. Em verdade, apurou-se o não lançamento de notas fiscais de entradas. Informam que essa infração tem a natureza de uma multa formal por descumprimento de uma obrigação acessória, qual seja o lançamento na Escrituração Fiscal Digital, que substituiu os livros fiscais, conforme **Convênio ICMS nº 143**, ICMS nº 143, de 15 de dezembro de 2006; Ato COTEPE/ICMS nº 09, de 18 de abril de 2008 e RICMS/2012 – Sem prejuízo dos demais capítulos, observar o CAPÍTULO IV (DA ESCRITURAÇÃO FISCAL), seção XV (*Da Escrituração Fiscal Digital – EFD*), artigos 247 a 253 de mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada.

Por outro lado, no que se refere à Infração 02, sem destacar qualquer consideração quanto a sua constituição na Informação Fiscal, objeto em análise, diz que cabe a esse Conselho de Fazenda a aplicação da retroatividade benigna, em assim entendendo como devida. Chamam a atenção, porém de que o contribuinte durante o curso da autuação não manifestou disposição em apresentar os livros de saídas (EFD) nos períodos constantes da autuação.

Pugnam pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Versa a autuação sobre duas infrações atribuídas ao sujeito passivo, sendo a primeira infração, a aplicação de multa de 1% sobre o valor comercial das notas fiscais não escrituradas, por ter dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, com lançamento de multa no valor de R\$303.622,08, conforme demonstrativo gravado em mídia (CD) e documentos impressos anexos a este PAF às fls. 12 a 110 dos autos, e enquadramento nos artigos 217 e 247, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12; a segunda infração, relativa a aplicação de multa, correspondente ao valor específico de R\$460,00, por cada mês que deixou de escriturar Livros Fiscais, perfazendo o montante de R\$2.300,00 e enquadramento no arts. (212, 217, 218, 219, 220, 334 e 227 a depender do livro), decorrente do mesmo diploma legal.

De pronto já se observa, na constituição da acusação, vícios formais e materiais de

procedimentos que inquinam toda a ação fiscal de nulidade por inobservância do devido processo legal. Na descrição dos fatos diz que uma das infrações do procedimento de ofício se refere ao não lançamento em EFD de aquisições de mercadorias sem tributação ou com fase de tributação encerrada, onde, pelo enquadramento, apresenta-se como a infração 1; por sua vez, a outra infração, que diz respeito a de número 2, conforme explicitado, também, na descrição dos fatos, trata-se de multa formal por falta de lançamento na Escrituração Fiscal Digital (EFD), sendo todas as duas com datas de ocorrência idênticas, o que deixa a entender que existe uma interligação entre as duas infrações.

E de fato é o que se interpreta da análise da descrição dos fatos da autuação, combinado com os argumentos de defesa às fls. 114/118 dos autos apresentados pelo sujeito passivo, bem assim os termos da informação fiscal acostada às fls. 127/130 pelos d. Fiscais Autuantes. Deixa a entender que, por não apresentar a Escrituração Fiscal Digital (EFD), e os autuantes identificarem na base de dados de Notas Fiscais Eletrônicas (NFE) da SEFAZ, registro de entradas de mercadorias no estabelecimento do sujeito passivo, entenderam por efetuar os dois lançamentos fiscais, objeto em análise.

Há de se observar que o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo os agentes fiscais agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto/multa, existem regras de direito formal, que determinam como devem os agentes fiscais proceder na constituição do crédito. Logo é nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificuldade ao exercício do direito de defesa.

No caso em exame, em relação à infração 1, os Fiscais Autuantes, como bem destacou o sujeito passivo na defesa, identificando que não houve a apresentação da Escrituração Fiscal Digital (EFD) pelo defendente nas datas regulamentares ou entregues com inconsistência, deveria ter intimado para o envio ou correção da EFD, estipulando prazo de 30 dias, o que não se vê tal intimação nos autos, conforme se interpreta do que dispõe o § 4º do artigo 247 do RICMS/2012, a seguir destacado:

§ 4º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências. Nota: O § 4º foi acrescentado ao art. 247 pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos a partir de 27/11/15.

Sobre tal intimação os d. Fiscais Autuantes juntam cópias de trocas de e-mails às fls. 7/11 dos autos, que não se prestam para atestar que o contribuinte fora intimado, com prazo de 30 dias, para o envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistência (§ 4º do artigo 247 do RICMS/2012). Neste contexto, tal intimação representa um requisito essencial na constituição do crédito da infração 1, e o seu descumprimento resulta em invalidade do procedimento, por inobservância do devido processo legal.

Associado a esse vício formal, o que se constata no presente PAF é a pretensão de exigência de multa sob a acusação de que o defendente deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, por sua vez as considerações de defesa e não contestada pelos d. Fiscais Autuantes na Informação Fiscal, é de que o defendente não houvera transmitido a EFD ou entregue com inconsistências à época das ocorrências dos fatos.

Então, como afirmar que o defendente não efetuou o registro das notas fiscais, objeto da acusação, na sua escrita fiscal, se os autuantes não dispunham dessa escrita fiscal, por falta de envio da EFD, e que por isso deveriam ter intimado os defendentes para seu envio no prazo de 30 dias, conforme dispõe § 4º do artigo 247 do RICMS/2012. Portanto, verifico, também, na infração 01, que o lançamento não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, o que a inquina de nulidade por invalidade do procedimento.

Por outro lado, quanto à infração 2, em que pese a autuação ter sido procedida conforme a previsão legal aplicada ao objeto da lide, não pode prosperar, pois, analisando a peça acusatória, observo que a infração está fundamentada para cobrança de multa por falta de escriturar livros

fiscais, pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital (EFD), o que nesse caso seria devido a multa de R\$1.380,00 por cada data de ocorrência, na forma do que dispõe o art. 42, inciso XIII-A, alínea "I", da Lei 7.014/96, e não o valor lançado de R\$460,00, fundamentado no inciso XV, alínea "d", do mesmo diploma legal, em que é indevido sua correção no presente PAF, vez que agravaria a infração.

Por sua vez, o §1º do art. 18 do RPAF/99 somente admite o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissões, bem assim pela não observância de exigências meramente formais. No caso em análise não se constatou incorreção eventual, pois a irregularidade apontada, isto é, a falta de um instrumento essencial para a validade da autuação, ou seja, o Termo de Intimação, no que dispõe o § 4º do artigo 247 do RICMS/2012, em relação à infração 1, implica cerceamento do direito de defesa do contribuinte, por sua vez, em relação à infração 2, observa-se uma desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal. A infração 2 está caracterizada para cobrança de multa por falta de escrituração de livros fiscais, pela não entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital (EFD), o que nesse caso seria devido a multa de R\$1.380,00 por cada data de ocorrência, na forma do art. 42, inciso XIII-A, alínea "I", da Lei 7.014/96, e não a multa de R\$460,00, por cada data de ocorrência na forma do inciso XV, alínea "d" do mesmo diploma legal, pois não se trata de falta ou atraso na escrituração de livro fiscal e sim de falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Diante do exposto, considerando que os equívocos constatados na lavratura do Auto de Infração implicam cerceamento do direito de defesa e uma desconformidade entre o enquadramento da infração e a pretensão fiscal concluo que deve ser decretada a nulidade do presente lançamento, com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, ao tempo que, com fundamento no art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade fazendária para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo dos equívocos apontados.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **326297.0023/15-3**, lavrado contra **SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.**, recomendando-se o refazimento do feito a salvo das falhas apontadas.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR