

PROCESSO - A. I. Nº 326297.0023/15-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0142-05/16
ORIGEM - SAT/COPEC
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 24/05/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0146-12/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIO INSANÁVEL. INCONGRUÊNCIA ENTRE OS FATOS E A DESCRIÇÃO DAS INFRAÇÕES. FALTA DE ELEMENTO ESSENCIAL À VALIDADE DO LANÇAMENTO. A autuação contém vícios que afetam a sua validade, haja vista que o que se constatou, em verdade, foi a falta de transmissão, pela Internet, dos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas pelo sistema de Escrituração Fiscal Digital (EFD) e não a falta de registro de notas fiscais de entradas ou de notas fiscais de saídas ou, ainda, de falta de escrituração de livros fiscais, como indicado no Auto de Infração. Nessa hipótese, os prepostos fiscais deveriam, nos termos do § 4º do artigo 247 do RICMS/12, ter expedido uma intimação ao contribuinte, o que não foi feito, concedendo-lhe o prazo de 30 dias “*para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências*”, uma vez que o dispositivo regulamentar foi acrescentado ao RICMS/12 no dia 27/11/15, portanto, antes da lavratura do presente Auto de Infração (10/12/15). Ademais, não há como afirmar que o autuado não efetuou o registro das notas fiscais, uma vez que o autuante não dispunha da escrita fiscal. O lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, as infrações, o que as inquina de nulidade. Infrações nulas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela nulidade do presente Auto de Infração, lavrado em 10/12/15 para imputar ao contribuinte o cometimento de duas infrações, ambas objeto do presente Recurso, como a seguir descrito:

INFRAÇÃO 1 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, no período de janeiro a junho de 2015. Foram lançadas multas no valor total de R\$303.622,08, conforme demonstrativo gravado em mídia (CD) e documentos impressos anexados às fls. 12 a 110 dos autos;

INFRAÇÃO 2 – deixou de escriturar livros fiscais, no período de janeiro a maio de 2015. Foram lançadas multas no valor total de R\$2.300,00.

A Junta de Julgamento decidiu a lide com os seguintes fundamentos:

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.

Em atendimento ao artigo 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

VOTO

O Recurso de Ofício foi interposto em razão de o órgão julgador de piso ter decidido pela nulidade do lançamento de ofício, por meio da qual foram lançadas multas por falta de registro, na escrita fiscal, de notas fiscais de entrada de mercadorias não tributáveis (infração 1) e por falta de escrituração de livros fiscais (infração 2).

Na “Descrição dos Fatos” constante do Auto de Infração foi mencionado o seguinte:

“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. 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, de 15 de dezembro de 2006; Ato COTEPE/ICMS nº 09, de 18 de abril de 2008 e Regulamento do ICMS (DECRETO Nº 13.780 DE 2012) – Sem prejuízo dos demais capítulos, observar o CAPÍTULO IV (DA ESCRITURAÇÃO FISCAL), Seção XV (Da Escrituração Fiscal Digital – EFD), artigos 247 a 253. Não se discute aqui a natureza da operação, se transferência ou outra qualquer, mas sim o descumprimento a uma obrigação acessória.

A outra infração se vincula a falta de lançamento de notas fiscais de saída”. (sic)

Às fls. 12 a 46 foi apensado um demonstrativo denominado “*Relação de Notas Fiscais não escrituradas no Livro de Entrada (EFD)*” e, às fls. 47 a 109, foi anexado um demonstrativo chamado “*Relação de Notas Fiscais não escrituradas no Livro de Saída (EFD)*”.

O contribuinte, em sua peça de defesa, pugnou pela nulidade da autuação, sob o argumento de que, pela dicção do § 4º do artigo 247 do RICMS/12, os autuantes deveriam tê-lo intimado para o envio da Escrituração Fiscal Digital – EFD, concedendo-lhe o prazo de 30 dias para cumprir a notificação, o que não foi feito.

Vejamos um excerto da impugnação:

*Pela simples interpretação gramatical do § 4º do artigo 247 do RICMS/2012 é evidente que os insinues Autuantes **deveriam ter intimado o autuado para o envio da EFD, obrigação que não foi executada pelos mesmos Autuantes**, o que deixa a Ação Fiscal atingida por evidente ilegalidade.*

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. 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.

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. (grifos não originais)

Os prepostos fiscais, em sua informação, assim se manifestaram:

“Observamos que essa ação fiscal decorreu de um planejamento da fiscalização específico, denominado malha fiscal censitária, que listou as omissões na escrita fiscal do contribuinte.

*Quanto a 1ª infração, salientamos que 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. Informamos 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, de 15 de dezembro de 2006; Ato COTEPE/ICMS nº 09, de 18 de abril de 2008 e Regulamento do ICMS (DECRETO Nº 13.780 DE 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.*

No que se refere a 2ª infração, cabe a esse Conselho de Fazenda a aplicação da retroatividade benigna, em assim entendendo como devida. Chamamos 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”. (sic)

O RICMS/12 disciplina a Escrituração Fiscal Digital, nos artigos 247 a 253, estabelecendo o seguinte:

Art. 247. 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 (Conv. ICMS 143/06).

§ 1º A EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:

I - Registro de Entradas;

II - Registro de Saídas;

III - Registro de Inventário;

IV - Registro de Apuração do ICMS;

V - Livro Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP.

VI - Livro Registro de Controle da Produção e do Estoque.

§ 2º Consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

(...)

§ 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.

Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital - EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, exceto para o microempreendedor individual e para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional.

Nota: A redação atual do art. 248 foi dada pelo Decreto nº 16.284, de 18/08/15, DOE de 19/08/15, efeitos a partir de 01/09/15.

Art. 249. O contribuinte obrigado à EFD deve observar o Ajuste SINIEF 02/09 e as especificações técnicas do leiaute do arquivo digital previsto no Ato COTEPE/ICMS nº 09/08 e no Guia Prático da EFD-ICMS/IPI.

§ 1º Todos os registros são obrigatórios e devem ser apresentados sempre que existir a informação, exceto os registros C116, C130, C197, C350, C370, C390, C410, C460, C470, C800, C850, C860, C890, D197, D360, E115, 1700, 1710, 1900, 1910, 1920, 1921, 1922, 1923, 1925 e 1926.

§ 2º A EFD deve ser informada mesmo que no período não tenha ocorrido movimentação no estabelecimento.

Art. 250. O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço “<http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>”, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA).

§ 1º O arquivo deverá ser assinado pelo contribuinte ou por seu representante legal, por meio de certificado digital, do tipo A1 ou A3, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

§ 2º O contribuinte deverá transmitir arquivo de EFD, por estabelecimento, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.

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

Art. 252. O contribuinte deverá manter o arquivo da EFD pelo prazo decadencial, observados os requisitos de

autenticidade e segurança.

Art. 253. *O uso da EFD dispensará o contribuinte da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Conv. ICMS 57/95 a partir de 1º de janeiro de 2012. (grifos não originais)*

Pela análise de todas as peças processuais, depreende-se que a Junta de Julgamento Fiscal está correta em sua conclusão.

Percebe-se que “*existe uma interligação entre as duas infrações*”, como ressaltado na Decisão recorrida, pelo fato de terem sido indicadas datas idênticas para as ocorrências. Além disso, depreende-se que o que realmente aconteceu é que o autuado deixou de enviar, à Secretaria da Fazenda, a sua Escrituração Fiscal Digital (EFD) e os autuantes identificaram, na base de dados de Notas Fiscais Eletrônicas (NFE), o registro de notas fiscais de entradas e de saídas de mercadorias no estabelecimento do sujeito passivo.

Não se trata, portanto, de falta de registro de notas fiscais de entradas ou de notas fiscais de saídas ou de falta de escrituração de livros fiscais, como indicado no Auto de Infração, mas de falta de transmissão, pela Internet, dos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas pelo sistema de Escrituração Fiscal Digital (EFD).

Nessa hipótese, os prepostos fiscais deveriam, nos termos do § 4º do artigo 247 do RICMS/12, ter expedido uma intimação ao contribuinte, o que não foi feito, concedendo-lhe o prazo de 30 dias “*para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências*”, uma vez que o dispositivo regulamentar foi acrescentado ao RICMS/12 no dia 27/11/15, portanto, antes da lavratura do presente Auto de Infração (10/12/15).

Outro ponto que deve ser ressaltado é que, se a Escrituração Fiscal Digital do autuado não havia sido enviada para o Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), não há como exigir multa por falta de registro de notas fiscais (infração 1) e, muito menos, por falta de escrituração de livros fiscais (infração 2), ainda mais, porque não foi lhe dada oportunidade para a transmissão da escrituração.

Escorreita, assim, a Decisão recorrida, ao reconhecer a existência de vícios que inquinam de nulidade todo o lançamento de ofício, com fulcro na alínea “a” do inciso IV do artigo 18 do RPAF/99, a seguir transcrito:

Art. 18. *São nulos:*

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

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 homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **326297.0023/15-3**, lavrado contra **SOLL DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS