

A. I. Nº - 141596.0009/17-4  
AUTUADO - CORDEBRAS LTDA.  
AUTUANTE - MARIA DAS GRAÇAS SILVA FREITAS  
ORIGEM INFRAZ INDÚSTRIA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12.12.20174

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0222-04/17**

**EMENTA.** ICMS. NULIDADE. VÍCIO INSANÁVEL. FALTA DE ELEMENTO ESSENCIAL À VALIDADE DO LANÇAMENTO. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Inobservância do devido processo legal. A autuação contém vícios que afetam a sua eficácia, haja vista que não foi lavrado Termo de Intimação como dispõe o § 4º do art. 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, o que enseja, igualmente claro cerceamento da ampla defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 25/05/2017, exige multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$217.865,88 em razão do cometimento da seguinte irregularidade contra a legislação tributária deste Estado:

*“Forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizados no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas”.*

*Falta de registro na EFD de documentos de saídas isentas de tributação. Base de cálculo da multa com conf. Art. 42, inc XIII-A, alínea I da Lei 7.014/96. Nos meses de janeiro, março, abril, junho, setembro, outubro, novembro e dezembro a multa foi limitada a 1% das saídas. Em maio e agosto, a multa se refere a 5% das saídas omitidas, pois os valores são abaixo do limite estipulado no citado artigo legal”.*

Por representante legalmente constituído, a empresa autuada insurge-se contra a ação fiscal (fls. 32/37).

De pronto ressalta de que irá comprovar a inaplicabilidade da presente exigência com base em dispositivos contidos no próprio RICMS/12 e indicados pelo autuante.

Neste sentido, discorre sobre o princípio da legalidade, ressaltando que o Estado e os seus agentes somente podem agir se houver previsão na lei (art. 5º, II, e art. 37, da Constituição Federal) e arremata: *“Dessa constatação 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 à sua gestão financeira”. 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 arrepio do mandamento constitucional esculpido no artigo 150, IV, da Lei Maior, que proíbe aos entes públicos o uso de “tributo com efeito de confisco”.*

Continuando em sua argumentação, transcreve o art. 247, do RICMS/12 dando ênfase ao seu § 4º (intimação para apresentação, no prazo de 30 dias, da EFD), não observado pela fiscal autuante. Informa que ela apresentou à empresa o instrumento de intimação (Doc. 02), entretanto, nele não consta o pedido para apresentação dos registros na EFD e, muito menos, se refere ao prazo de 30 dias que o contribuinte tem “para envio da EFD”, conforme está claramente disposto no referido § 4º do art. 247 do RICMS/2012.

Apresenta como precedente deste CONSEF o Acórdão JJF Nº 0142-05/16 (Doc. 03), cuja decisão foi ratificada pela 2ª CJF, conforme Acórdão CJF Nº 0146-12/17 (Doc. 04). E deste Acórdão (da lavra da Conselheira Denise Mara Andrade Barbosa), transcreve parte do voto, solicitando tratamento igual no exame da presente ação fiscal.

Requer a improcedência do lançamento.

A autuante apresentou sua informação fiscal (fls. 54/55). Diz não proceder o argumento do defendantecerca da não intimação para apresentação dos registros relativos à EFD. Ressalta que a intimação emitida contém a solicitação dos registros fiscais, independentemente de terem sido feitos por meio digital ou impressos, não invalidando, portanto, a ação fiscal.

Informa que quando da fiscalização recebeu a Ordem de Serviço para o cumprimento dos roteiros a serem obedecidos, nela não estando especificado que a empresa dispõe de escrituração fiscal digital ou não, cabendo ao auditor esta verificação.

Ademais, a EFD da empresa já se encontrava no sistema da SEFAZ e, estando a autuada já sob ação fiscal, “*ela não poderia ser objeto de retificação, a menos que fosse de interesse da fiscalização, pois tais registros poderiam ter sido ajustados por sua conveniência ou outro motivo tal como a não demonstração do real movimento mercantil da empresa em questão. Os registros cuja omissão foram objeto de autuação foram apurados mediante o confronto dos seus documentos fiscais – notas fiscais eletrônicas e DANFEs–, também constantes no citado sistema, com os seus arquivos da EFD*”.

Por fim, e quanto ao Acórdão deste Colegiado trazido pelo defendanteciza: “....o exemplo de auto de infração anexado pela defendanteciza, carece de similaridade com o presente caso tendo em vista que ali a fiscalização não tinha como basear-se para constatação da infração, pois, como consta no acórdão CJF 0146-12/17, não houve a devida transmissão dos livros EFG via internet, o que não se aplica ao caso da CORDEBRÁS em questão”.

Solicita a procedência da autuação.

A empresa manifesta-se sobre a informação fiscal (fls. 59/60). Discorda da autuante no tocante ao ponto essencial da defesa apresentada, ou seja, a falta de intimação com prazo de 30 dias – após ciência para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências.

Ratifica, em seguida, o seu entendimento a respeito das determinações do § 4º do art. 247 do RICMS/12, ou seja: “...de que a sua inclusão no conjunto normativo não tem o objetivo de criar possibilidades para geração e posterior exigência pecuniária do Administrado. Ao contrário, vê-se claramente a intenção do legislador no sentido de criar meios para que a Administração obtenha as mais qualificadas informações econômicas decorrentes da atividade do Administrado, concedendo-lhe, inclusive, prazo para tal fim”.

Entende absurdo o entendimento da fiscal autuante de que os precedentes deste Colegiado

trazidos à lide para consubstanciar sua argumentação carecem de similaridade com o caso presente, pois, tanto no atual caso como naquele outro, o ponto central do erro cometido pela fiscalização diz respeito à inobservância ao disposto no multicitado § 4º do art. 247 do RICMS/12, notadamente, a falta de intimação para o envio da EFD entregue com inconsistências, no prazo de 30 dias.

Ratifica sua argumentação anteriormente apresentada.

## VOTO

A acusação do presente Auto de Infração é a seguinte:

*Forneceu informações através de arquivo(s) magnético(s) exigido(s) na legislação tributária, requerido(s) mediante intimação, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizados no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas”.*

*Falta de registro na EFD de documentos de saídas isentas de tributação. Base de cálculo da multa com conf. Art. 42, inc XIII-A, alínea I da Lei 7.014/96. Nos meses de janeiro, março, abril, junho, setembro, outubro, novembro e dezembro a multa foi limitada a 1% das saídas. Em maio e agosto, a multa se refere a 5% das saídas omitidas, pois os valores são abaixo do limite estipulado no citado artigo legal”.*

O art. 42, XIII-A, “i”, da Lei nº 7.014/96, assim dispõe:

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

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

Ou seja, quando da auditoria realizada pelo fisco, se constatou inconsistências nos arquivos da EFD da empresa - houve a omissão de saídas de mercadorias isentas (emissões de NF-es) e que não foram escrituradas no livro Registro de Saídas da EFD.

Toda a argumentação de defesa se prende ao fato de que não foi intimado, com prazo legal, para apresentar tais omissões. Precisamente, a fiscal autuante não obedeceu ao que dispõe o § 4º, do art. 247, do RICMS/12. Que as intimações recebidas não se prestaram a este objetivo.

Por seu turno, a autuante contrapôs o argumento de defesa afirmando que como a EFD não poderia mais ser retificada, já que a empresa encontrava-se sob ação fiscal, estas intimações surtiram efeito legal.

No caso presente, razão assiste ao impugnante.

O RICMS/12, e quando da fiscalização vigente, ao disciplinar a Escrituração Fiscal Digital, assim dispõe:

*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.

§ 3º Os contribuintes beneficiados com incentivo fiscal deverão registrar na EFD as informações relativas aos valores incentivados, nos termos previstos em portaria do Secretário da Fazenda.

§ 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. (grifo não original)

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.

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.

§ 3º Revogado.

§ 4º Revogado.

§ 5º Revogado.

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

§ 1º A solicitação do contribuinte para retificação da EFD fora do prazo previsto na cláusula décima-terceira do Ajuste SINIEF 02/09 será encaminhado por meio do sistema informatizado da SEFAZ no endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>.

§ 2º Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco. (grifo não original)

Nota: O § 2º foi acrescentado ao art. 251 pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/16, DOE de 21/05/16, efeitos a partir de 01/07/16.

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.

Pela transcrição da norma legal acima exposta, para que a autuante aplicasse a auditoria da presente ação fiscal deveria ter intimado, especificadamente (as cópias das intimações apensadas aos autos são para apresentação de livros e documentos fiscais - fl. 26, 41/42), o autuado para assim proceder. Não o fez, entendendo que, como o contribuinte não poderia mais retificar a sua EFD, as intimações expedidas teriam validade, o que é entendimento equivocado e destoante da legislação da matéria em lide e ora apresentada.

Neste momento, observo, inclusive, as determinações do § 2º do art. 251 que assim estabelece:

*Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco.*

Portanto, sendo constatado pelo fisco a falta de escrituração de NF-es no livro Registro de Saídas da empresa, através da sua EFD, deveria aplicar outra auditoria ou, permitir a retificação desta escrituração, porém de forma específica e como dispõe as determinações legais. Caso o contribuinte não a retificasse, ai sim, a auditoria seria pertinente.

Qualquer um destes procedimentos não foi seguido.

Neste momento, lembro que a atividade de fiscalização esta vinculada à lei (art. 142, do CTN), tendo, obrigatoriamente, que está baseada em provas do ilícito fiscal cometido. Assim, deve ser ela precisa, exata e aplicada a legislação correta para cada apuração de qualquer irregularidade, para que haja segurança em sua determinação, sendo assegurada sua cobrança administrativa ou judicial com sucesso. No caso presente, a auditoria aplicada pela fiscalização foi irregular e se encontra desvinculada da legalidade para se apurar a base de cálculo da obrigação acessória ora aplicada, violando, inclusive, o direito de defesa do autuado.

Com base nas determinações do art. 18, IV, do RPAF/BA voto pela nulidade do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **141596.0009/17-4**, lavrado contra a empresa **CORDEBRAS LTDA**.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de novembro de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA