

PROCESSO - A. I. Nº 141596.0009/17-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CORDEBRÁS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0222-04/17
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28/11/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0276-11/18

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, em razão do Acórdão nº 0222-04/17, que decidiu pela Nulidade do Auto de Infração, lavrado em 25/05/2017, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$217.865,88, em decorrência das seguintes infrações:

“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”.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal decidiu, por unanimidade, pela Nulidade do auto com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

Pelo que foi relatado, verifica-se que, quanto ao débito no valor de R\$11.224,06, inerente à infração 01 - 01.03.12, referente à imputação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, o sujeito declarou textualmente que o acata. Infração subsistente.

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, aí 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.

Com base nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a referida Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

VOTO

O objeto do presente Recurso de Ofício, que foi julgada pela primeira instância NULO, no valor de R\$217.865,88, referente a infração seguinte:

Infração 01 - 16.12.14 – *Fornecer 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.

Ao examinar os autos, verifico que a JJF, deu nulidade do Auto de Infração, alicerçado na argumentação da recorrente, ao qual reproduzo *in verbis*:

“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 surtiriam efeito legal.

No caso presente, razão assiste ao impugnante.”

Vejamos o que dispõe o RICMS/12, e quando da fiscalização vigente, ao disciplinar a Escrituração Fiscal Digital, referente aos argumentos da Recorrente e da Autuante:

*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)”.
[...]*

“§ 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”.

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

§ 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.

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.

Pela transcrição da norma legal acima exposta, entendo, que para a Autuante aplicar a multa, deveria ter intimado, especificadamente, o autuado para proceder a retificação da EFD. 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.

Portanto, sendo constatado pelo Fisco a falta de escrituração de NF-es no livro Registro de Saídas da empresa, através da sua EFD, deveria intimar e permitir a retificação desta escrituração, porém de forma específica e como dispõe as determinações legais. Caso o contribuinte não a retificasse, aí sim, a autuante lavraria o Auto de Infração.

Com o exposto, e à luz da legislação aplicável, verifica-se que, razão assiste ao impugnante, assim, entendo que nada existe a ser modificado no julgamento recorrido, por isso ratifico integralmente o julgamento efetuado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, dessa forma voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado.

VOTO DIVERGENTE

Peço licença para divergir do i. relator, com fundamento nas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

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...

Desse modo, a multa acima transcrita deve ser aplicada quando constatadas duas irregularidades: (i) entradas e saídas de mercadorias, bem como prestações de serviços tomadas e realizadas, omitidas de arquivos eletrônicos exigidos na legislação tributária e (ii) entradas e saídas de mercadorias, bem como prestações de serviços tomadas e realizadas, informadas com dados divergentes dos constantes dos documentos fiscais correspondentes.

Por conseguinte, mostra-se necessária a perfeita compreensão das peculiaridades e diferenças entre omissões e divergências (ou inconsistências).

Omissão é o ato ou efeito de não mencionar (algo ou alguém), de deixar de dizer, escrever ou fazer algo, enquanto divergência (ou inconsistência) deve ser interpretada como um conflito, no sentido daquilo que não entra em concordância.

O art. 247, § 4º do Regulamento do ICMS/2012 estatui o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para que o contribuinte envie a EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências.

Ocorre que a EFD já havia sido entregue, sem inconsistências, mas com omissões relativas às notas fiscais de saída, pelo que concluo que o sobredito preceptivo regulamentar não se aplica na presente situação. Inconsistências dizem respeito, por exemplo, à desarmonia entre as informações prestadas, o que não ocorreu.

Ademais, conforme expôs a auditora ao prestar a informação fiscal, a EFD já se encontrava nos bancos de dados 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”.

Quanto ao precedente constante do Acórdão deste Colegiado, trazido pelo contribuinte, alinhom com o posicionamento da Fiscalização, pois:

“(...) o exemplo de auto de infração anexado pela defendente, 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”.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida para julgar **NULO** o Auto de Infração nº **141596.0009/17-4**, lavrado contra a empresa **CORDEBRÁS LTDA**.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Elde Santos Oliveira, Fernando Antonio Brito de Araújo, Laís de Carvalho Silva e José Rosivaldo Evangelista Rios

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes e Rubens Bezerra Soares.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de outubro de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ELDE SANTOS OLIVEIRA – RELATOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - VOTO DIVERGENTE

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS