

PROCESSO - A. I. Nº 269283.0024/17-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SEMOG COMERCIAL EIRELI
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0209-05/17
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 10/12/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO C/JF Nº 0335-12/18

EMENTA: ICMS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. É direito subjetivo do Contribuinte ser intimado para corrigir as EFD's dentro do prazo previsto no art. 247, § 4º do RICMS/12, na ausência do que a multa imposta resulta inválida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 5ª JJF Nº 0209-05/17, que julgou Nulo o Auto de Infração nº 269283.0024/17-5, lavrado em 30/06/2017, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$397.648,32, em decorrência da infração descrita a seguir.

“Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios”. Período: março, maio, setembro a dezembro de 2016. Enquadramento legal: Art. 2º, inciso I e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c o art. 332, inciso I, § 6º do RICMS-BA/2012. Multa de 100% - Art. 42, III, da Lei 7.014/96”.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 23/11/2017 (fls. 40 a 45) e decidiu pela nulidade da exigência, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

Como acima relatado, o Auto de Infração lavrado em 30.06.2017 (sem assinatura de ciência do sujeito passivo e com a seguinte observação: “contribuinte inapto, sem representante legal para assinar”, fl. 02), exige ICMS por falta de recolhimento do imposto no(s) prazo(s) regulamentar(es), referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Na descrição dos fatos consta que a empresa não foi localizada nem atendeu à intimação via DTE.

Alegando cerceamento ao direito de defesa, na impugnação apresentada no prazo regulamentar, o sujeito passivo invoca preliminar de nulidade: a) por ter sido acusada de falta de localização pela Fiscalização, sendo que seu estabelecimento é de fácil localização, conforme foto que colaciona à Defesa; b) não atendimento à intimação enviada via seu Domicílio Tributário Eletrônico, por ela ser inepta e nula, já que solicitava documentação que não mais existe (Livro de Apuração do ICMS, Livro de Entrada e Saída), uma vez que desde 01/12/2013 é obrigada a apresentar a Escrituração Fiscal Digital.

Em reforço, afirma que transmitiu os arquivos da Escrituração Digital exigidos, consolidando as informações referentes aos seus Registros de Entradas, Registros de Saídas e Apuração do ICMS e que estando tais dados na SEFAZ, não há porque exigi-los do Contribuinte. Acrescenta que da mesma forma as notas também estão nos bancos de dados da SEFAZ, pois são eletrônicas.

De fato, com a inserção da Escrituração Fiscal Digital (EFD) pelo Ajuste SINIEF 02/09 e prevista no art. 247 do RICMS/2012, toda escrituração fiscal do contribuinte passou a ser feita por ele em ambiente digital que se culmina no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), administrado pela Receita Federal e compartilhado com as administrações tributárias estaduais.

É que tal sistema consiste na centralização da sistemática do cumprimento das obrigações acessórias, transmitidas pelos contribuintes às administrações tributárias e aos órgãos fiscalizadores, utilizando-se da certificação digital para fins de assinatura dos documentos eletrônicos, garantindo assim a validade jurídica dos mesmos apenas na sua forma digital. Logo, com relação ao ICMS, de pleno conhecimento do Fisco baiano, em face da obrigatoriedade de envio até o dia 25 do mês subsequente ao período de apuração do imposto, ao local e forma indicados no art. 250 e seu § 2º, do RICMS/2012, de modo a que por ocasião do fornecimento da Ordem de Serviço para execução de trabalho fiscal, ao preposto da SEFAZ lhe é disponibilizado a EFD do contribuinte a ser fiscalizado.

Tal disponibilização certamente ocorreu neste caso, pois, acessando as pertinentes informações no sistema de gestão tributária da SEFAZ - já contrariando a observação de inaptidão do contribuinte posta à mão pelo

autuante no corpo do AI para substituir a assinatura do autuado ou a do seu representante legal -, observo que o sujeito passivo estava em situação de aptidão até 06/07/2017, e em situação regular com respeito à entrega de sua EFD até a data de lavratura do Auto de Infração em juízo revisional neste órgão administrativo judicante.

Ora, o ICMS é tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação que apenas irá aparecer com o ato homologatório das prévias atividades do contribuinte, seja tacitamente pelo esgotamento do prazo decadencial ou, no curso do prazo decadencial, via lançamento de ofício em face de inspeção acerca dos antecipados procedimentos do contribuinte a respeito do tributo (o que seria o objeto do presente caso), haja vista que a intimação fiscal via DTE de fl. 04 (certificando a ciência do sujeito passivo em 27/06/2017, apenas quatro dias antes da lavratura do AI) requisita apresentação de todos os documentos fiscais relativos à atividade comercial do sujeito passivo (livros, notas fiscais, DAEs e GNRE's, além de comprovantes de recolhimento de antecipação tributária), relativos ao período 01.01.2012 a 30.04.2017, documentação, de fato, ou substituída pela EFD (RICMS/2012: Art. 247, § 1º) ou possível de ser obtida no sistema interno de gestão tributária da SEFAZ, ainda que sem embargo da obrigação prevista na Cláusula sétima do Ajuste SINIEF 02/09:

Cláusula sétima O contribuinte deverá armazenar o arquivo digital da EFD previsto neste ajuste, observando os requisitos de segurança, autenticidade, integridade e validade jurídica, pelo mesmo prazo estabelecido pela legislação para a guarda dos documentos fiscais.

Parágrafo único. A geração, o armazenamento e o envio do arquivo digital não dispensam o contribuinte da guarda dos documentos que deram origem às informações nele constantes, na forma e prazos estabelecidos pela legislação aplicável.

Embora por ocasião do procedimento fiscal e até a lavratura do Auto de Infração nada tenha relatado sobre isso, por ocasião da informação fiscal prestada em 12/09/2017, o autuante informa que o motivo para adotar o critério fiscal com base nas notas fiscais de entrada e saída (montagem e apuração do ICMS relativo aos meses março, maio, setembro a dezembro 2016), foi que “os arquivos EFD enviados não possuem o formato correto e não podem ser lidos”.

No que interessa para o instante, o Ajuste SINIEF 02/09, dispõe o seguinte:

Cláusula décima O arquivo digital da EFD gerado pelo contribuinte deverá ser submetido à validação de consistência de leiaute efetuada pelo software denominado Programa de Validação e Assinatura da Escrituração Fiscal Digital - PVA-EFD que será disponibilizado na internet nos sítios das administrações tributárias das unidades federadas e da RFB.

§ 1º O PVA-EFD também deverá ser utilizado para a assinatura digital e o envio do arquivo por meio da internet.

§ 2º Considera-se validação de consistência de leiaute do arquivo:

I - a consonância da estrutura lógica do arquivo gerado pelo contribuinte com as orientações e especificações técnicas do leiaute do arquivo digital da EFD definidas em Ato COTEPE;

II - a consistência aritmética e lógica das informações prestadas.

§ 3º O procedimento de validação e assinatura deverá ser efetuado antes do envio do arquivo ao ambiente nacional do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED.

§ 4º Fica vedada a geração e entrega do arquivo digital da EFD em meio ou forma diversa da prevista nesta cláusula.

Cláusula décima primeira O arquivo digital da EFD será enviado na forma prevista no § 1º da cláusula décima, e sua recepção será precedida no mínimo das seguintes verificações:

I - dos dados cadastrais do declarante;

II - da autoria, autenticidade e validade da assinatura digital;

III - da integridade do arquivo;

IV - da existência de arquivo já recepcionado para o mesmo período de referência;

V - da versão do PVA-EFD e tabelas utilizadas.

§ 1º Efetuadas as verificações previstas no caput, será automaticamente expedida pela administração tributária, por meio do PVA-EFD, comunicação ao respectivo declarante quanto à ocorrência de um dos seguintes eventos:

I - falha ou recusa na recepção, hipótese em que a causa será informada;

II - regular recepção do arquivo, hipótese em que será emitido recibo de entrega, nos termos do § 1º da cláusula décima quinta.

§ 2º Consideram-se escriturados os livros e o documento de que trata o § 3º da cláusula primeira no momento em que for emitido o recibo de entrega.

§ 3º A recepção do arquivo digital da EFD não implicará no reconhecimento da veracidade e legitimidade

das informações prestadas, nem na homologação da apuração do imposto efetuada pelo contribuinte. (grifos nossos)

Também, o RICMS/BA:

Art. 247...

...

§ 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.

Ora, a atual sistemática das informações fiscais tem a finalidade de possibilitar ao Fisco o conhecimento e o direto acesso à movimentação empresarial no que diz respeito às obrigações tributárias do contribuinte, de modo a que os procedimentos tributários regidos pelo princípio da inquisitorialidade, a exemplo do lançamento tributário, possam ser levados a cabo unilateralmente pela Administração ativa, sem a necessária participação do contribuinte.

Nesse contexto, é fato que a regular EFD oferece a possibilidade para o Fisco atuar de ofício no sentido de homologar ou não as prévias atividades do contribuinte com respeito ao ICMS sem que necessário seja a participação do contribuinte e, quando a EFD se apresentar inconsistente, intimar o contribuinte a regularizá-la. Para tanto, a escrituração fiscal, primariamente legal, é a transmitida pelo contribuinte ao Fisco, a ponto de a manutenção em cópia da EFD pelo contribuinte, com vistas ao Fisco, ser apenas subsidiária para uma eventual e excepcional utilização.

Ocorre que nos autos não há prova de que o sujeito passivo tenha sido intimado para corrigir os arquivos EFD ditos como imprestáveis pelo autuante, conforme dispõe o § 4º do artigo 247 do RICMS-2012, procedimento necessário para, neste caso, o preposto fiscal utilizar método alternativo para fiscalizar o sujeito passivo em sentido homologatório, caso ele não corrija EFD eventualmente transmitida com imprestabilidade para efeitos fiscais.

Por outro lado, observo que a Ficha de Localização de Contribuintes – FLC - de fl. 10, lavrada pelo autuante e juntada como anexo do Auto de Infração lavrado em 30/06/2017, contém como única data o dia 05/07/2017 (cinco dias depois da lavratura do AI).

Ademais, ainda com relação à afirmação de não localização do sujeito passivo exposta pelo autuante na descrição dos fatos no corpo do AI e reafirmada na informação com a seguinte expressão “Com relação ao estabelecimento não ter sido encontrado, os agentes passaram uma manhã inteira procurando na região”, observo o seguinte: a) por, de fato, estar situado em local de fácil acesso e amplo conhecimento popular (Rua Euvaldo Santos Leite, uma das principais da cidade de Lauro de Freitas); b) ser o estabelecimento, grande, de cores chamativas e de fácil visualização do nome SEMOG, estampado com destaque na fachada do estabelecimento, de fato, soa estranho que o estabelecimento, se procurado como afirma o autuante, não tenha sido localizado.

Nesse sentido, também observo manifesta incongruência entre o contexto plural do texto exposta na informação fiscal (não localização do estabelecimento por agentes fiscais em toda uma manhã de trabalho de busca) com a singularidade da FLC lavrada unicamente pelo autuante, sem que dela conste qualquer observação quanto à atuação ou identificação dos agentes públicos. Ademais, ainda com base nos registros internos de gestão tributária da SEFAZ, se a citada FLC lavrada pelo autuante após a lavratura do Auto de Infração levou o sujeito passivo à situação de INAPTO em 06/07/17, os mesmos registros informam que a APTIDÃO desse sujeito passivo foi restaurada apenas seis dias após (em 12/07/2017).

Assim, estimo que as incongruências verificadas no procedimento fiscal do qual resultou o presente Auto de Infração constituem vícios incapazes de serem sanados neste PAF, pois o tornam inseguro quanto a suficientes elementos acerca da infração acusada, conforme previsto no artigo 18, incisos, IV, “a”, do RPAF.

Com fulcro no artigo 21 do RPAF/99, represento à autoridade fazendária, para que o ato administrativo de lançamento fiscal seja repetido a salvo de falhas.

Por todo o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$100.000,00 (cem mil reais), a 5ª JJF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

VOTO

Observo que a decisão da 5ª JJF (Acórdão JJF Nº 0209-05/17) desonerou o sujeito passivo, extinguindo o crédito tributário de R\$397.648,32, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, a conduta infratora foi descrita como “Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios”.

O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento, suscitando a sua nulidade ao argumento de que não teria sido intimado a apresentar os seus livros fiscais, o que lhe trouxe prejuízos por não poder acompanhar a ação fiscalizadora.

Alega, também, que a EFD solicitada foi enviada, para o Estado, pela internet, encontrando-se no banco de dados da SEFAZ/BA.

Alega que o lançamento tributário levado a termo pela fiscalização decorreu de um procedimento de arbitramento, somente porque a empresa teria apresentado EFD's zeradas no período autuado.

Em sua informação fiscal, o autuante admite que as EFD's foram entregues. Alega, contudo, que tais arquivos estão imprestáveis, não contendo as informações necessárias à ação fiscal, conforme se pode ler em trecho à folha 33, abaixo reproduzido.

*“A Autuada alega ainda que entregou os arquivos EFD - Escrituração Fiscal Digital, e com isso não haveria a necessidade do esforço da fiscalização em apurar o imposto devido mensalmente através das referidas notas fiscais eletrônicas. **Ocorre que os tais arquivos EFD entregues pela Autuada estão imprestáveis e não contém as informações necessárias** (grifo acrescido). Seguem copiados junto ao CD/DVD que acompanha esta informação fiscal. A fiscalização, portanto, não teve outro caminho a tomar que não fosse o de produzir a apuração do imposto pelo lançamento de todas as notas de entrada e saída, mensalmente, conseguindo apurar de forma inequívoca a realidade da movimentação comercial da Autuada no tocante à tributação do ICMS.”*

Ora, admitindo que o Contribuinte promoveu a entrega das EFD's relativa ao período fiscalizado, deveria, a autoridade fiscal, ter promovido a intimação da Recorrida no sentido de que corrigisse as inconsistências detectadas, no prazo de trinta dias, conforme prevê o § 4º do art. 247 do RICMS/12, cujo texto reproduzo abaixo.

“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.”

Não tendo assim procedido, entendo que subtraiu, do Contribuinte, um direito subjetivo de corrigir os arquivos magnéticos, dentro do prazo previsto no dispositivo regulamentar citado, o que resultou em vício de procedimento que macula o presente lançamento, sendo forçoso reconhecer-se a sua nulidade.

Assim, entendo que a decisão recorrida não merece reparo.

Do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício. Recomendo, à autoridade administrativa competente, o refazimento do lançamento, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº 269283.0024/17-5, lavrado contra **SEMOG COMERCIAL EIRELI**. Recomenda-se à autoridade administrativa competente, o refazimento do lançamento, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS