

A. I. Nº - 299130.0007/19-3
AUTUADO - JS COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS HOSPITALAR EIRELI
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/02/2020

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0006-04/20

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES DE VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NA EFD. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que, em decorrência de atendimento de intimação fiscal, o autuado retransmitiu os arquivos da escrituração fiscal digital, os quais foram recepcionadas pela SEFAZ, porém, não consideradas pelo autuante, conforme preceitua o art. 252, § 2º do RICMS/BA. Decretada, de ofício, a nulidade do Auto de Infração com base no art. 18, inciso IV, "a" do RPAF/BA, com a recomendação de que o procedimento fiscal seja renovado, a salvo da falha apontada. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente de Auto de Infração, expedido em 20/05/2019, para reclamar crédito tributário no montante de R\$228.170,26, mais multa de 100%, com previsão no Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte acusação: "*Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Deixou de recolher ICMS nas saídas de mercadorias devido falta de lançamento das NFEs na escrituração fiscal, conforme demonstrativo anexo*".

Cientificado do lançamento, o autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com a Impugnação de fls. 30 a 47, onde, no Item 01 apresentou uma descrição dos fatos, mencionando que apesar da acusação não houve falta de escrituração, isto porque as notas manuais foram devidamente escrituradas com destaque de ICMS, contudo, o autuante não as exigiu, levando a efeito a punição sem sequer apurar corretamente o ocorrido, bem como, neste mesmo período, haviam créditos acumulados de ICMS, razão pela qual entende que não há que se falar em saldo remanescente de tributo, conforme demonstra o "livro de apuração em anexo (Anexo I)".

Salientou, em seguida, que o autuante inicialmente, solicitou via e-mail à retificação da EFD, o que foi prontamente realizado, a fim de demonstrar que não houve falta de recolhimento de tributo, entretanto, mesmo após o cumprimento da solicitação, o referido agente a autuou (Anexo II).

Destacou, outrossim, que houve erro do autuante quanto à ausência de escrituração das notas fiscais nº 821, 824 e 825, isto porque as referidas são notas fiscais do ano de 2013, e foram devidamente escrituradas neste período, inclusive foi devidamente fiscalizada e vistoriada até o ano de 2014, não havendo, portanto, que se falar em qualquer irregularidade quanto a este interstício (Anexo III).

No item II da peça defensiva, intitulado "DA EXISTÊNCIA DE CRÉDITOS ACUMULADOS", mencionou que o princípio da não cumulatividade está diretamente atrelado ao ICMS, na medida que imposto plurifásico incide sobre várias etapas do processo de circulação de mercadorias, cujo referido princípio encontra-se disposto na Carta Magna, (Art. 155, II, § 2º, I), bem como na Lei Complementar nº 87/96, (Arts. 19 e 20, ambos transcritos).

Após discorrer a respeito do princípio da não cumulatividade aplicável ao ICMS, citou que é forçoso observar que no presente Auto de Infração está sendo autuado sob a alegação de que deixou de recolher ICMS na saída de mercadorias, contudo na condição de sujeito passivo desta relação jurídica tributária obteve créditos acumulados o que acarretou o não recolhimento da exação, desta maneira, ao seu argumento, a compensação do ICMS assegura ao contribuinte o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado, ou seja, o crédito advém do direito de abater das respectivas saídas o imposto pago na aquisição de produtos, mercadorias e serviços, sendo assim, havendo crédito maior que o débito, denomina-se de crédito acumulado, fato este que ocorreu.

Mencionou, também, que o autuante em 06/05/2019, lhe encaminhou e-mail solicitando a retificação da EFD, no prazo de 05 (cinco) dias, o que foi prontamente cumprido em 08/05/2019, sendo possível observar que através do referido livro Registro de Apuração se nota a existência dos créditos acumulados, entretanto, mesmo diante do cumprimento, o auditor realizou a autuação, desrespeitando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Concluiu este tópico defensivo pontuando que se mostra incompreensível a autuação sob o fundamento de que deixou de recolher o ICMS haja vista que não deveria existir recolhimento em razão dos créditos acumulados, de modo que, faz-se imperioso reconhecer que não pode nem deve persistir a autuação fiscal, devendo, assim, ser anulado o crédito lançado, o que requer.

No Item III da defesa, “*DA INEXISTÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – LIVROS FISCAIS*”, asseverou que não deve prosperar qualquer alegação no que tange a descumprimento de obrigação acessória, uma vez que no livro manual tudo fora escrutinado, o que afasta qualquer hipótese de penalização, e, sendo assim, não se aplica a previsão contida no Art. 113, § 3º, do CTN, que reza que a simples inobservância da obrigação acessória se converte em principal relativamente à penalidade pecuniária.

Destacou que o autuante não exigiu os livros manuais para melhor levar a efeito sua fiscalização acarretando a inobservância da última parte do Art. 3º, do CTN, o qual sustenta que o tributo é cobrado mediante atividade plenamente vinculada, ou seja, o agente não só terá o poder de realizar a atividade de cobrança, mas o “poder-dever”, compreendendo que no ato da fiscalização não se comporta a conveniência e oportunidade, sob pena de responsabilização administrativa diante do enquadramento de tal conduta na norma coadunada no parágrafo único do art. 142, do CTN.

Após discorrer a respeito desta questão aqui aventada, inclusive citando doutrina, para concluir que não houve descumprimento algum (principal e acessória) pois as operações foram escrutinadas nos livros manuais restando bastante desproporcional à atuação do fisco na aplicação da multa, considerando ainda o alto valor com a incidência do percentual de 100%, o que acaba por atingir sua capacidade contributiva e gerando efeito confiscatório, enfatizando, por fim, que não houve da sua parte na medida em que procedeu de modo correto realizando a escritura com destaque de ICMS no livro manual.

Desta maneira requereu a anulação da multa aplicada no percentual de 100% pelo fato da inexistência do descumprimento de obrigação acessória, afastando-se o rigor do § 3º do Art. 113 do CTN, dispositivos que, ao seu entender, “*carrega deficiência técnica e críticas doutrinárias*”.

No Item IV da peça defensiva, “*DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DO EFEITO CONFISCATÓRIO E DO COMPROMETIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA*” discorreu longamente a respeito desta questão, onde citou o Texto Constitucional que trata desta matéria, transcreveu jurisprudência oriunda do Supremo Tribunal Federal sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas, citou doutrina, para concluir que diante das circunstâncias narradas, é perceptível a clara ofensa ao princípio do não-confisco, o que decerto atinge a capacidade contributiva do contribuinte afetando a função social da empresa e o mínimo existencial.

Nessa senda, requereu a anulação, levando em conta que a aplicação desta multa é sob o fundamento de que houve um descumprimento de uma obrigação, qual seja a falta de pagamento do tributo, fato este considera já esclarecido em tópico anterior, uma vez que no período fiscalizado detinha crédito acumulado, ou seja, não houve descumprimento algum, sendo a aplicação da multa desproporcional, desarrazoada e injusta.

De forma subsidiária, caso não entenda pela anulação da multa, requer a sua redução visto que sua aplicação em 100% possui evidente efeito confiscatório, bem como atinge a capacidade contributiva podendo levar a companhia para situações desagradáveis como a falência.

No penúltimo tópico da peça defensiva, Item V, requereu a Nulidade do Auto de Infração, observando que o lançamento do crédito realizado pelo agente público se trata de um ato administrativo, razão pela qual deve preencher todos os seus elementos, tendo em vista que estes configuram pressupostos necessários à sua validade, sendo assim, uma vez praticado o ato sem observância dos referidos elementos, terá a sua validade vilipendiada.

Nessa vertente, destacou que se tem como elementos do ato a competência, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade, estando a motivação vinculada tanto ao elemento motivo quanto ao elemento forma, tendo em vista cuidar-se da justificativa concernente à descrição do motivo do ato.

Após tecer outros argumentos relacionados a esta questão, pontuou que o presente Auto de Infração não contém a apurada e perfeita descrição do fato e do suporte legal, uma vez que este se limitou a apenas discorrer sobre o enquadramento tributário, a descrição da infração e a capitulação legal da infração e da penalidade, não fazendo correta apreciação e prova dos fatos geradores que alega ensejar a incidência tributária, tornando-o, portanto, nulo desde sua constituição, por desrespeito à obrigatoriedade vinculação do ato, passando citar, nesse sentido, jurisprudência de Tribunais Pátrios.

Afirmou, também, que compulsando o Auto de Infração, constatou que não há menção precisa à infração atribuída, de modo que, efetivamente, não há como ter certeza acerca da ocorrência do seu fato gerador e, ainda, da forma de apuração do suposto crédito, tendo, assim, o autuante ignorado as normas aplicáveis com fulcro no Art. 18, IV, "a", do Decreto nº 7.629/1999, RPAF/BA.

Desta maneira asseverou que o Auto de Infração se encontra eivado de vício de nulidade insanável, na medida em que não foi identificada a natureza da infração fiscal, nem tampouco, os critérios quantitativos utilizados pelo autuante para a apuração do suposto crédito, o que padece de nulidade por inviabilizar até o mesmo o direito de impugnação ou de defesa específica diante da genérica imputação fiscal, tudo isto na contramão do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, dispostos no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, citando ainda, em seu socorro, o Acórdão nº 0172-05/08 deste CONSEF, que concluiu pela nulidade de Auto de Infração que continha preterição ao direito de defesa do contribuinte.

Em conclusão citou que tendo em vista a ausência de adequada exposição dos fatos ensejadores da incidência tributária, resta caracterizado o vício no ato de lançamento, razão pela qual este não pode ser mantido, sendo medida necessária a declaração de sua nulidade.

Ao finalizar apresentou os pedidos abaixo onde requereu:

- a) A declaração de nulidade do auto de infração, tendo em vista que se encontra eivados vícios diante da ausência de exposição dos fatos e da correta motivação;
- b) A anulação do auto de infração tendo em vista que o contribuinte tinha créditos acumulados decorrentes das operações, bem como estavam escriturados nos livros manuais, ou seja, não houve falta de pagamento de tributo que dê legitimidade a esta notificação fiscal;
- c) A anulação da multa considerando, para tanto, a capacidade contributiva do contribuinte, o efeito confiscatório e sua consequência na função social da empresa retro fundamentados;

- d) Subsidiariamente, caso não entenda pela anulação das multas, requer que estas sejam reduzidas a ponto de possibilitar a proteção da capacidade contributiva do contribuinte, considerando, para tanto, a fundamentação princípio lógica da proporcionalidade e razoabilidade, do efeito confiscatório e da função social da empresa demonstrados alhures;
- e) Que todas as notificações sejam realizadas em nome dos patronos abaixo subscritos, sob pena de nulidade procedural;

O autuante apresentou Informação Fiscal conforme fls. 170 a 175, onde preliminarmente esclareceu que o trabalho foi executado com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD) e nas Notas Fiscais Eletrônicas (NFEs) constantes nos bancos de dados da SEFAZ-BA durante o segundo trimestre de 2019, tendo resultado no presente Auto de Infração com valor total histórico de R\$228.170,26, tendo aduzido que o autuado foi intimado, na forma da Lei, para retificar e reenviar no prazo de 30 (trinta) dias os arquivos da EFD relativos aos períodos de 2015, 2016 e 2017, conforme Intimação Fiscal de fls. 06 do presente PAF.

Em seguida destacou que a autuação consistiu na cobrança do valor do ICMS que o autuado deixou de recolher, devido ter efetuado saídas de mercadorias tributáveis sem o correspondente lançamento das NFEs de saída no Livro Fiscal próprio, passando, ato contínuo, a apresentar uma síntese dos argumentos defensivos, e apresentar seus contras argumentos.

No tocante a dita existência de lançamentos em livros manuais, faz referência ao AJUSTE SINIEF 02, de 03 de abril de 2009, que em sua Cláusula primeira, §§ 1º e 2º, dispõe:

“AJUSTE SINIEF 2, DE 3 DE ABRIL DE 2009

Cláusula primeira Fica instituída a Escrituração Fiscal Digital - EFD, para uso pelos contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS e/ou do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI.

§ 1º A Escrituração Fiscal Digital - EFD compõe-se da totalidade das informações, em meio digital, necessárias à apuração dos impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, bem como outras de interesse das administrações tributárias das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB.

§ 2º Para garantir a autenticidade, a integridade e a validade jurídica da EFD, as informações a que se refere o § 1º serão prestadas em arquivo digital com assinatura digital do contribuinte ou seu representante legal, certificada por entidade credenciada pela Infra - Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil”.

Ainda a este respeito transcreveu os Arts. 247 e 248 do RICMS/BA:

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.

Nota: O inciso VI foi acrescentado ao § 1º do art. 247 pela Alteração nº 20 (Decreto nº 14.898, de 27/12/13, DOE de 28 e 29/12/13), efeitos a partir de 01/01/14.

§ 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. Nota: O § 3º foi

acrescentado ao art. 247 pela Alteração nº 24 (Decreto nº 15.371, de 14/08/14, DOE de 15/08/14), efeitos a partir de 15/08/14.

§ 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.

Com base na legislação tributária acima transcrita asseverou que a argumentação defensiva de que “não houve descumprimento de obrigação acessória, uma vez que no livro manual tudo foi escriturado” é descabida e desconectada com a realidade atual, com a legislação vigente e não deve ser sequer considerada, na medida em que o autuado não observou que a infração está descrita de forma bem clara como: “Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais”. Desta forma, assegurou que não se trata apenas descumprimento de obrigação acessória e sim da falta de recolhimento do ICMS devido na saída de mercadorias tributáveis.

No tocante ao argumento defensivo de que “haviam créditos acumulados de ICMS” asseverou que não corresponde à verdade dos fatos, já que o autuado além de praticar a presente infração lançou indevidamente créditos fiscais de isentos e enquadrados na substituição tributária.

Cita que o próprio autuado traz as provas que desconstituem suas alegações ao admitir na sua defesa que “é imperioso ressaltar que, através do e-mail enviado em 06/05/2019 (sic), o referido agente solicitou a retificação da EFD, o que foi prontamente realizada pela autuada (Anexo I)”, ao tempo em que, ato contínuo, juntou a “Intimação Fiscal” que lhe encaminhou, via DTE, para realizasse o estorno dos créditos fiscais, em razão dos mesmos serem indevidos, subsistindo a aplicação da multa, conforme consignado no Auto de Infração nº 299130005/19-0, infração 01, 01.02.89 - Utilização indevida de crédito fiscal, que não repercutiu em falta de recolhimento do ICMS, devendo a empresa estornar os referidos créditos.

No que diz respeito a alegação de que as NF-es nºs 821, 824 e 825 são do ano de 2013, considera que o autuado está equivocado uma vez que estas notas fiscais não integram a autuação conforme pode ser comprovado mediante exame dos demonstrativos de fls. 17, 20 e 21 do presente PAF.

No tocante ao argumento relacionado a capacidade contributiva, efeito confiscatório e comprometimento da função social da empresa, mencionou que toda questão tributária e fiscal tratada no presente Auto de Infração está totalmente atrelada à Lei, não lhe cabendo a prerrogativa de se manifestar sobre critérios de justiça, razoabilidade ou proporcionalidade da mesma.

Em conclusão disse que considerando que ficou comprovado o direito da Fazenda Pública Estadual de constituir mediante lançamento o crédito fiscal objeto da presente autuação, mantém o Auto de Infração em sua integralidade.

Na assentada da sessão de julgamento realizada no dia 21/01/2020, a pedido, foi concedido vista do presente PAF ao Julgador João Vicente Costa Neto, tendo este, quando da sua devolução se pronunciado e se posicionado nos termos a seguir sintetizados:

“Nos termos do art. 160 do RPAF/BA, dado ao destaque da defesa de que o i. Auditor Fiscal solicitou, via e-mail, retificação da EFD, no caso dos autos, para inserção das operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, o que aduz ter atendido, ratificando, tal arguição, na sentada de julgamento do dia 21/01/2020, ste Julgador pediu a retida do presente PAF para verificação dos fatos, o que foi aceito pelos demais membro da 4ª JJF.

Neste sentido, passo então destacar o observado, por mim, dos autos.

Transformei em PDF os documentos de fls. 134 e 149 dos autos, que dizem respeito ao Recibo de Entrega da “EFD retificadora”, relativo ao período de 01/07/2017 a 31/07/2017 e 01/11/2017 a 30/11/2017, escolhidos

de forma aleatória. Esses documentos em PDF foram enviado, por e-mail, à Gerência de Informações Econômico-Fiscais, na pessoa do Gerente, Auditor Fiscal Paulo Deodoro Medrado Sobrinho, à confirmar o envio ao repositório nacional do arquivo “EFD Retificadora”, em comento.

Em resposta ao e-mail, têm-se a informação que, de fato, o arquivo encontrava-se na base de dados da SEFAZ, onde foram enviados em 10/05/2019, estando com o status “**Sem Validade Jurídica**” pelo sistema EFD, por conta da autorização de envio do arquivo substituído ter sido comandada pelo próprio contribuinte (**sem a anuênciam formal do auditor**), através de um serviço disponível no site da SEFAZ Bahia, abrangendo períodos que estavam sob ação fiscal. No e-mail de resposta têm-se, também, a seguinte informação: “(veja relatório obtido no sistema EFD em anexo e parte dele na imagem em destaque)”.

Também, complementou o Gerente, Auditor Fiscal Paulo Deodoro Medrado Sobrinho, em outro e-mail, com o envio dos relatórios “**Registros Fiscais dos Documentos de Saídas**”, integrantes da “EFD Retificadora”, do período de 01/07/2017 a 31/07/2017; e do período de 01/11/2017 a 30/11/2017, constantes da base de dados da SEFAZ.

De posse desses relatórios fiz um batimento com os documentos constantes do demonstrativo de débito da autuação, relativo ao mesmo período de 01/07/2017 a 31/07/2017 e 01/11/2017 a 30/11/2017, onde constatei que todas as notas fiscais objeto do demonstrativo de débito da autuação desses 2 (dois) períodos analisados constam da base de dados da EFD na SEFAZ, o que, salvo melhor juízo, contradiz os termos da acusação que é de que o deficiente “Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios”.

Também, observo, às fls. 06, 07, 08 e 09 dos autos, Termo de Intimação do i. Auditor Fiscal ao Contribuinte Autuado, para envio de documentos para a consecução da ação fiscal, objeto do presente PAF, com destaque para o pedido de envio da EFD relativo ao objeto da autuação.

Vejo também de informação do Gerente, Auditor Fiscal Paulo Deodoro Medrado Sobrinho, em outro e-mail, que o contribuinte enviou a retificadora quase na data da lavratura do auto, ou seja, enviou em 10/05/2019 e o Auto de Infração foi lavrado em 20/05/2019. Destacou também o Gerente, que outro ponto que devia ser observado pelo Auditor Fiscal autuante é que a autorização para processar o arquivo EFD, enviado fora do prazo, deve ser comandada pelo próprio autuante, para que o arquivo não seja marcado “SEM VALIDADE JURÍDICA”.

Neste contexto, se o i. Auditor Fiscal intimou o Contribuinte Autuado para enviar “EFD retificadora” por Ação Fiscal, entendo que deveria ter efetivado o comando para processar o arquivo EFD enviado na forma do § 2º do artigo 251 do RICMS/BA.

Daí, hoje, data dessa sessão de julgamento, ou seja, dia 24/01/2020, acessando a EFD do Contribuinte Autuado, de fato não se vê registradas as notas fiscais objeto da autuação. Para que seja visto na EFD o Auditor Fiscal deve efetivar o comando para processamento na forma do § 2º do artigo 251 do RICMS/BA, já que ele intimou o autuado na presente Ação Fiscal, com tal fim, acredito!

É o que observei da análise dos autos”.

Foram juntados aos autos documentos extraídos no site da SEFAZ pelo citado Julgador, para efeito de consubstanciar seu pronunciamento, conforme fls. 180 a 191.

VOTO

O Auto de Infração sob análise, foi expedido para exigir crédito tributário no montante de R\$228.170,26, em razão da falta de lançamento na escrita fiscal digital pelo autuado, de notas fiscais de vendas de mercadorias tributáveis, de acordo com os documentos de fls. 18 a 24, situação esta que resultou em apuração de falta de pagamento do imposto na quantia indicada.

Em sua defesa, o autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que o mesmo se encontra eivado de vício de nulidade insanável, na medida em que não foi identificada a natureza da infração fiscal, nem tampouco, os critérios quantitativos utilizados pelo autuante para a apuração do crédito reclamado, o que inviabiliza o seu direito de impugnação ou de defesa específica, diante da genérica imputação fiscal, caracterizando, ao seu entender, vício no ato do lançamento.

Não acolho o argumento defensivo, na medida em que não se apresenta qualquer vício no lançamento, o qual atende plenamente ao regramento previsto pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA. A imputação está precisa, isto é,

falta de registro na escrita fiscal digital pelo autuado de notas fiscais de vendas de mercadorias tributáveis, as quais estão indicadas individualmente nos autos, portanto apresenta a natureza da infração, o critério quantitativo, aqui entendido como valorativo (base de cálculo), também está demonstrado, já que correspondem aos próprios valores constantes dos documentos fiscais emitidos pelo autuado, porém, não escriturados na EFD, estando presente, portanto, a motivação para o lançamento, o qual proporcionou ao autuado os mais amplos meios de defesa, não se aplicando neste caso, o entendimento esposado por este CONSEF, através do Acórdão nº 0172-05/08, que se refere à situação distinta da que ora se examina.

Afasto, portanto, esta nulidade arguida.

Pelo que consta dos autos, vejo que a fiscalização foi desenvolvida com base na Escrituração Fiscal Digital – EFD do autuado, a qual o mesmo se encontrava à época obrigado a cumprí-la.

Neste contexto, hão de ser analisadas as intimações juntadas aos autos e seus reflexos no tocante a conclusão da ação fiscal. Assim é que, consta à fl. 06, uma intimação ao autuado expedida em 04/07/2018, com ciência pelo mesmo em 09/07/2018, para apresentação de livros e documentos fiscais relativos ao período autuado.

Já à fl. 08, consta outra Intimação Fiscal a título de “Resultado da Ação Fiscal”, com data de postagem em 01/04/2019, e com ciência em 02/04/2019, informando ao autuado de que o mesmo se encontra sob ação fiscal, para o mesmo período de janeiro/15 a dezembro/17, o que contradiz com o título da intimação “Resultado da Ação Fiscal”.

À fl. 09, consta outra intimação ao autuado, recebida pelo seu contador em 03/04/2019, lhe informando que o mesmo se encontra sob ação fiscal e sendo concedido o prazo de 05 (cinco) dias, a partir do primeiro dia seguinte ao recebimento da mesma, para que fossem enviados os arquivos e as informações listadas. Na mesma data consta um recibo de entrega de CD de dados, oportunidade em que foi concedido ao autuado o prazo de 15 (quinze) dias para análise das operações realizadas pelo mesmo, e constantes no referido CD, sendo que às fls. 10 e 11 estão discriminados todos os arquivos que foram entregues ao autuado.

À fl. 13, consta outra intimação fiscal entregue ao autuado em 05/04/2019 concedendo-lhe o prazo máximo de 30 (trinta) dias para enviar “os arquivos e informações que seguem”, tendo sido juntada a mesma cópia da intimação expedida em 04/07/2018, onde foi solicitado o envio da sua EFD para o período de julho/2015 a dezembro/2017.

Pois bem, presentes na sessão de julgamento, os autuados sustentaram que atenderam à intimação do autuante e enviarem sua EFD referente ao período autuado, a qual foi recepcionada pela SEFAZ entre os dias 07/05/2019 a 13/05/2019, consoante se constata através dos recibos de fls. 128 a 163, as quais não foram consideradas pelo autuante, que expediu o auto de infração em 20/05/2019.

Após estas considerações, valho-me das informações trazidas pelo i. Julgador João Vicente Costa Neto, que apesar das EFD transmitidas se encontrarem no sistema SEFAZ com o status de “Sem Validade Jurídica”, pelo fato das mesmas não conterem a convalidação/anuência do autuante, sendo que, das verificações concedidas pelo mesmo, nas EFD retificadoras dos meses de julho/17 e novembro/17, efetuadas por amostragem, constatou que todas as notas fiscais consideradas não registradas pelo autuante em relação aos citados meses, se encontram registradas nas EFD retificadoras que foram transmitidas pelo autuado.

Isto posto, entendo que o autuante deveria ter procedido em consonância com o regramento estabelecido pelo Art. 251, § 2º do RICMS/BA, *verbis*:

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. (grifo acrescido).

Em conclusão e em consonância com o pronunciamento do i. Julgador João Vicente Costa Neto, acima transscrito, com fundamento no Art. 18, inciso IV, alínea “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, voto pela decretação da nulidade do presente Auto de Infração, com a recomendação de que o procedimento fiscal seja renovado, com base nas EFD retransmitidas pelo autuado, por solicitação do autuante.

Por fim, quanto ao pedido do patrono do autuado para que todas as notificações sejam realizadas em seu nome, sob pena de nulidade procedural, esclareço que as intimações expedidas por este órgão julgador, atendem ao quanto previsto pelo Art. 108 do RPAF/BA, entretanto, nada obsta que o pleito do autuado seja atendido, sendo que, porventura, caso isto não ocorra, não é motivo para nulidade processual.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 299130.0007/19-3, lavrado contra JS COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS HOSPITALAR EIRELI, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo da falha apontada.

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 18.558/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR