

A. I. Nº - 207160.0017/14-1
AUTUADO - PESCARA – REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA. - EPP
AUTUANTE - FRANCISCO CARLOS DE SANTANA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08/03/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0042-03/16

EMENTA: ICMS. 1. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. **2.** ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) A QUE ESTAVA OBRIGADO. Vício formal do procedimento. Intimação não corresponde ao exercício objeto da acusação fiscal, tendo em vista que o lançamento de ofício refere-se a exercício distinto do constante na intimação fiscal. É nulo o procedimento, por inobservância do devido procedimento legal na condução da ação fiscal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/12/2014 exige multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$26.220,00, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

Infração 01-16.12.19 - Forneceu arquivos magnéticos fora dos prazos previstos na legislação, enviados via internet através do programa Validador/SINTEGRA nos meses de fevereiro, junho, julho. Setembro, novembro, dezembro de 2012 e janeiro de 2013, valor total de R\$9.660,00.

Infração 02-16.14.04 - Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico de Escrituração Fiscal Digital - EFD - ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de fevereiro a dezembro de 2013, valor total de R\$16.560,00.

O autuado através de advogado legalmente habilitado apresentou impugnação (fls. 54/60), inicialmente relatando que a empresa foi autuada em 08.01.2015, tendo o Agente Autuador aplicado 07 (sete) multas fixas, no valor de R\$1.380,00 cada, perfazendo o montante, em valores históricos, de R\$9.960,00 (nove mil, novecentos e sessenta reais), por ter supostamente, deixado de entregar os arquivos magnéticos dentro dos prazos regulamentares – Infração 01.

Ademais, aplicou, ainda, mais 12 (doze) multas fixas, também no valor de R\$1.380,00, alegando que a autuada deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária.

Após afirma que o processo administrativo fiscal encontra-se materialmente viciado, motivo pelo qual sua revisão torna-se imperiosa, face à clara ilegalidade que apresenta.

Em relação a infração 01 destaca que o Auto de Infração revela-se nulo de pleno direito, vez que houve claro cerceamento do direito de defesa do Autuado, bem como violação ao princípio da não surpresa e da confiança legitimada nos atos emanados pelo Poder Público. Isto porque, de acordo com as intimações anexadas ao PAF, o auditor somente intimou o Contribuinte para apresentar documentos relativos ao exercício de 2009, contudo, ao lavrar o auto, nada se referiu àquele exercício financeiro, se atendo à fiscalizar o período de 01.01.2012 à 31.12.2013.

Assim, considerando que o período objeto da Ação Fiscal (01.01.2012 à 31.12.2013), não corresponde ao período objeto das Intimações (01.01.2009 à 31.12.2009), entende que foram

violados os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o da não surpresa e da confiança legitimada nos atos emanados pelo Poder Público, motivo pelo qual o presente auto revela-se nulo de pleno direito.

No que diz respeito aos meses de janeiro a dezembro de 2012, de acordo com os Recibos de Recepção dos Arquivos emitidos e validados pela SEFAZ/BA anexos, verifica-se que houve sim a entrega dos arquivos magnéticos dentro do prazo estipulado em Lei.

Ressalta que de acordo com o art. 708-A do RICMS, por ter o Impugnante inscrição estadual com final 4, seu prazo para entrega dos arquivos magnéticos é até o dia 20 do mês subsequente. Este prazo fora fielmente cumprido, nos termos do Regulamento, diferentemente do quanto asseverado do Auto de Infração.

Entende restar comprovada a entrega temporânea dos arquivos magnéticos nos meses de janeiro à dezembro de 2012, não havendo como prosperar o auto relativamente aos meses indicados.

Diz que a mesma irregularidade ocorreu na infração 02 pois de acordo com os Recibos de entrega das EFD's que anexou, todos os arquivos foram devidamente enviados na forma prevista em lei.

Destaca que todos os arquivos somente foram enviados zerados, porque inexistiu qualquer movimentação financeira no período indicado (2013), e não porque o contribuinte omitiu informações que deveriam constar dos referidos arquivos, tal como asseverado pelo fiscal.

Ressalta que inexistindo movimentação financeira no período, os referidos arquivos somente poderiam ser enviados “zerados”, o que, de forma alguma, caracteriza envio sem informações previstas na Lei.

Aduz que o §7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, afirma, de forma clara, que o Órgão Julgador Administrativo, poderá reduzir ou cancelar as multas por descumprimento de obrigação acessória, desde que fique comprovada a ausência de dolo, fraude ou simulação no cometimento das infrações e que esta não implique em falta do recolhimento do imposto.

Reafirma que jamais deixou de apresentar ods arquivos magnéticos, mesmo estando a empresa sem qualquer movimentação financeira, bem como sempre recolheu o ICMS quando houve movimento na empresa.

O fato de ter entregue alguns arquivos magnéticos poucos dias após o prazo estipulado no art. 708-A do RICMS, não traz ao Fisco prejuízo algum, vez que todas as informações exigidas em lei foram encaminhadas para a SEFAZ, muito antes da presente fiscalização.

Acrescenta que é um dos restaurantes mais conhecidos da Cidade do Salvador, sendo um dos principais contribuintes do Estado da Bahia no seu segmento.

Aduz ter restado patente a ausência de dolo, fraude ou simulação, bem assim o sempre correto e pontual recolhimento do ICMS, motivo pelo qual roga pelo cancelamento das multas aplicadas, vez que eventuais atrasos, porventura, existentes não trouxeram qualquer prejuízo ao Estado.

Observa ainda que a imposição de uma penalidade de R\$26.220,00 (vinte e seis mil, duzentos e vinte reais) pelo “suposto” descumprimento de uma obrigação acessória, que nenhum prejuízo trouxe ao Fisco Estadual - vez que sempre apresentou os seus arquivos magnéticos - revela-se violadora dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e até mesmo do não confisco.

Ressalta que o Demonstrativo anexado ao Auto de Infração demonstra que a multa fora atualizada monetariamente até os dias atuais, revelando nítida ilegalidade, pois o art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” estipula multa fixa por entrega extemporânea, apontando como valor fixo: R\$1.380,00 por mês atrasado.

Entende que acatando o cálculo apresentada no Auto de Infração seria permitir que a multa fixa, estipulada em Regulamento em R\$1.380,00, seja R\$1.712,30 - conforme aplicado no mês 02/2012.

Finaliza requerendo:

1. Reconhecida e declarada a nulidade do presente auto de infração, vez que o período objeto da Ação Fiscal (01.01.2012 à 31.12.2013), não corresponde ao período objeto das Intimações (01.01.2009 à 31.12.2009), restando violados os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como o da não surpresa e da confiança legitimada nos atos emanados pelo Poder Público;
2. Insubsistência da Infração 01, vez que houve a oportuna entrega dos arquivos magnéticos dos meses de janeiro à dezembro de 2012, nos termos dos Recibos anexados;
3. Insubsistência da Infração 02, vez que, também houve a oportuna entrega dos arquivos magnéticos EFD, ressaltando que tais arquivos foram enviados zerados, pois inexistiu movimentação financeira no exercício de 2013, nos termos dos Recibos e Declaração de Imposto de Renda ora anexados;
4. Declarada a insubsistência das Infrações 01 e 02, com base no Art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, vez que inexistiu dolo, fraude ou simulação por parte da Autuada, bem assim porque todo o ICMS do período fora, oportuna e integralmente, recolhido aos cofres baianos, e os atrasos, porventura ocorridos, jamais causaram prejuízo algum ao Fisco Estadual;
5. Declarada a insubsistência das Infrações 01 e 02, vez que a multa aplicada revelou-se desproporcional, desarrazoada e até mesmo confiscatória.
6. Acaso, ainda assim, entenda ser devida a multa, o que certamente não ocorrerá, pois, restou comprovada a inexistência de qualquer infração, que seja afastada qualquer correção monetária incidente sobre o valor, vez que o Regulamento do ICMS é enfático ao estipular multa fixa.

Solicita ainda o cadastramento do Patrono desta Defesa Administrativa no sistema do CONSEF/SEFAZ, bem como a inclusão do seu e-mail: daniel_leal@hotmail.com, para acompanhar o andamento do processo, recebendo intimações e publicações porventura realizadas, sob pena de nulidade processual.

O auditor fiscal designado para prestar a informação fiscal às fls. 122/124 esclarece que o procedimento fiscal foi fi instaurado em razão de Revisão Fiscal efetuada por prepostos fiscais da Corregedoria da Secretaria da Fazenda.

Após transcrever o teor das acusações, resume os argumentos da defesa da seguinte forma:

Preliminarmente, requer a nulidade do Auto de Infração por entender ter havido cerceamento do direito de defesa, bem como a violação ao princípio da não surpresa e da confiança legitimada nos atos emanados pelo Poder Público, considerando que as intimações emitidas pelo preposto fiscal, somente intimou o contribuinte para apresentar documentos relativos ao exercício de 2009 e o Auto de Infração se refere ao período de 01.01.2012 a 31.12.2013.

Infração 01 – De acordo com os recibos de recepção dos arquivos emitidos e validados pela SEFAZ-BA., todos os arquivos magnéticos foram entregues dentro do prazo estipulado pelo art. 708ª do RICMS vigente à época, ou seja até o dia 20 de cada mês. Tais recibos estão anexados às fls. 74 a 83.

Infração 02. Diz, que todos os arquivos relativos à Escrituração Fiscal Digital – EFD, foram devidamente enviados na forma prevista em Lei. Destaca que todos os arquivos foram enviados zerados, vez que inexistiu qualquer movimentação financeira no período indicado, e não porque o contribuinte omitiu informações que deveriam constar dos referidos arquivos, tal como asseverado pelo autuante. Tais arquivos estão anexados às fls. 84 a 94. Alega também que a ausência de movimentação pode ser constatada pela análise das Declarações do Imposto de Renda do exercício de 2013, anexada às fls. 95 a 119.

Por fim, requer a redução ou o cancelamento das multas por descumprimento de obrigação acessória. Alega falta de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação da multa. Entende indevida a atualização do valor da multa através da incidência de acréscimos moratórios. Conclui pelo reconhecimento da nulidade do auto de infração.

Após emite o seu entendimento de que deve ser afastada qualquer possibilidade da decretação da nulidade do procedimento fiscal em razão das Intimações emitidas pelo autuante (fls. 07 e 32) ser apenas do exercício de 2009 pois nada impede de, no decorrer da fiscalização, acrescentar outros roteiros que achar necessário, inclusive com relação a ocorrências fora do período indicado na intimação. No caso presente, o preposto fiscal incluiu o Roteiro AUDIF 249 – Auditoria das informações de arquivos eletrônicos.

Em relação à Infração 01, diferente do alega a defesa, a multa foi aplicada pela entrega dos Arquivos Magnéticos sem o Registro 50, como se pode verificar no demonstrativo acostado às fls. 29.

Quanto à Infração 02 diz assistir razão em parte a autuada quanto a apresentação da EFD sem movimentação no período compreendido entre março a dezembro de 2013. Todavia persiste a multa aplicada no mês de Janeiro e Fevereiro de 2013 em razão de haver movimentação de saída de mercadorias no mês de Janeiro de 2013 e movimentação de entrada de mercadorias no mês de fevereiro, conforme comprovam as DMA apresentadas pelo contribuinte e registradas no sistema INC, ora acostadas às fls. 125 a 129.

Opina pela procedência total da infração 01 e da procedência parcial da Infração 02.

VOTO

O presente lançamento refere-se a exigência de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias, pelo fornecimento de arquivos magnéticos fora dos prazos previstos na legislação tributária, infração 01 e pela falta de entrega de arquivos eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD ou entregou sem informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação, infração 02.

Inicialmente, observo que não há nenhum óbice a que as intimações também sejam dirigidas ao patrono da empresa no endereço constante em sua defesa, entretanto, o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, ao teor do artigo 108 do RPAF/99.

Em sua defesa, o contribuinte preliminarmente alega ter havido cerceamento do seu direito de defesa bem como violação ao princípio da não surpresa e da confiança legítima nos atos emanados pelo Poder Público, tendo em vista que somente foi intimado para apresentar documentos relativos ao exercício de 2009, entretanto o Auto de Infração diz respeito ao período de 01/01/2012 a 31/12/2013, não correspondendo ao período objeto das intimações (01/01/2009 a 31/12/2009).

As acusações tributárias encontram-se enfeixadas da seguinte forma: "fornecer arquivos magnéticos fora dos prazos previstos na legislação, enviados via internet através do programa Validador/ (infração 01) e deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico de Escrituração Fiscal Digital - EFD - ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, (infração 02).

Foram indicados, como datas de ocorrência, os meses de fevereiro, junho, julho, setembro, novembro, dezembro de 2012 e janeiro de 2013 (infração 01) e nos meses de fevereiro a dezembro de 2013 (infração 02)

Verifico, por outro lado, que foi expedida uma intimação "*para apresentação de informações em meio magnético*" no dia 14/11/2014, nos seguintes termos:

"Fica a empresa intimada a apresentar no prazo de 05 (cinco) dias úteis os arquivos magnéticos previstos no Convênio ICMS 57/95 referentes aos períodos a seguir especificados, tendo em vista: "a apresentação dos referidos arquivos com falta dos registros, R54, R61, R61R e R70, referente aos períodos de 01/2009 a 12/2009."

No campo "Observações" das intimações acima mencionadas constam as seguintes informações:

"O não atendimento a esta intimação sujeitará a empresa a multa de:

R\$1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo; (art. 42, inciso XII-A, alínea “j” da Lei 7.014/96.).”

Constato, por fim, que foi concedido o prazo de 05 (cinco) dias úteis para que o autuado retificasse as irregularidades apontadas acima.

Em resumo, conclui-se que a fiscalização ao analisar o arquivo magnético do exercício de 2009 constatou as irregularidades acima apontadas, entretanto, as exigências constantes neste Auto de Infração referem-se aos exercícios de 2012 e 2013.

Por outro lado observo ainda que na intimação foi indicada a multa prevista no inciso XII-A da alínea “j” da Lei nº 7014/96, confirmando tratar-se do exercício de 2009, já que a alínea “I” do mesmo dispositivo legal somente foi acrescentada através da Lei nº 11.899, de 30/03/10 conforme transcrevo abaixo:

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

[...]

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

[...]

“I) R\$5.000,00 (cinco mil reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD.”

Somente com a promulgação da Lei nº 12.917 de 31/10/13 (DOE de 01/11/13) alterou-se a redação da alínea “I” do inciso XIII-A do caput do art. 42 e passou-se a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas:

Atual redação da alínea “I” do inciso XIII-A, do art. 42:

I) R\$1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entrega sem as informações exigidas na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo.

Em face das irregularidades apontadas, se encontra claramente configurada a insegurança na determinação da infração, e dos valores eventualmente devidos, bem como a ocorrência de cerceamento ao direito de defesa do contribuinte consoante preceito estatuído expressamente no inciso II e na alínea “a” do inciso IV do art. 18 do RPAF-BA/99.

Represento à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 207160.0017/14-1, lavrado contra PESCARA – REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS LTDA. - EPP.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de março de 2016.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - JULGADOR