

PROCESSO - A. I. Nº 279268.0055/16-6
RECORRENTE - ANDIRE DISTRIBUIDORA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0010-03/17
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 11/10/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0353-12/17

EMENTA: ICMS. 1. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD. a) ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS. b) FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DA EFD. Infrações comprovadas. Mantida a Decisão recorrida. 2. ARQUIVO MAGNÉTICO. a) FALTA DE ENVIO DOS ARQUIVOS. b) FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DOS ARQUIVOS ELETRONICOS. Alcançado a decadência o lançamento exigido nas infrações 3 e 4, haja vista o transcurso de prazo superior a 05 (cinco) anos, com base na aplicação do disposto no parágrafo 4º, inciso I, do art. 150, do CTN, contados a partir do fato gerador da obrigação tributária, encontra-se extinto o direito do Estado da Bahia de constituir, valores apurados de janeiro a abril de 2011. Acolhida a preliminar de decadência. Infração 3 parcialmente subsistente. Acolhida a nulidade da infração 4 no período de maio/2011 a dezembro de 2013 devido à análise dos documentos e demais elementos que instruem o presente PAF, em confronto com o quanto decidido no julgamento realizado em Primeira Instância, constata-se que, de fato, o direito de defesa do contribuinte foi devidamente atendido, no caso vertente. Infração 4 nula. Modificada a Decisão recorrida. 3. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Ficou caracterizado que não houve atendimento a intimações, no prazo concedido. Infração 5 subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Acatada parcialmente as preliminares de decadência e de nulidade suscitadas. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 3ª JJF, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA. O Auto de Infração lavrado em 30/06/16, julgado Procedente, que exige ICMS e multa por obrigação acessória no montante de R\$135.505,91, tendo em vista as seguintes acusações:

Infração 01 – 16.14.04: Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Multa de R\$1.380,00 por cada mês, totalizando R\$16.560,00.

Infração 02 – 16.14.03: Falta de atendimento a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e prazo previstos na legislação tributária, referente aos meses de janeiro a dezembro de 2014. Multa no valor de R\$21.632,41, correspondente a 1% sobre o valor das saídas.

Infração 03 – 16.20.20: Falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação, ou sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela legislação, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2013. Multa de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$49.680,00.

Infração 04 – 16.12.15: Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2013. Aplicada a multa de 1% sobre o valor das operações de saídas, totalizando R\$46.713,50.

Infração 05 – 16.04.01: Deixou de apresentar livros fiscais, quando regularmente intimado, no mês de maio de 2016. Multa no valor de R\$920,00. Após tramitação regular do presente PAF em primeira instância, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0199-05/16, decidiu, por unanimidade, pela procedência do presente auto, conforme voto transcrito abaixo:

Após tramitação regular do presente PAF em Primeira Instância, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0010-03/17, decidiu, por unanimidade, pela Procedência do presente auto, conforme voto transcrito abaixo:

VOTO

“Inicialmente, o defendente alegou que ocorreu a decadência de parte do direito do Estado de constituir do crédito tributário em questão. Afirmou que analisando o Auto de Infração, constatou que foi apurado débito no período de 31/01/2011 a 31/07/2011, já ultrapassado o prazo decadencial, requerendo seja declarada a decadência do período que ultrapassar os últimos 05 (cinco) anos, contados até a data de julgamento definitivo do presente Auto de Infração.

Analizando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, considerando que o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2016 para exigir débito referente fatos ocorridos no exercício de 2011.

O entendimento que vem prevalecendo é no sentido de que “o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação, chegando-se às conclusões a seguir:

- 1. Débito tributário declarado e pago: Há homologação tácita do lançamento (pagamento) após o transcurso de 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador, aplicando-se o § 4º, do art. 150, do CTN.*
- 2. Débito declarado com efetivação do pagamento, porém com posterior verificação de dolo, fraude ou simulação: A autoridade, mediante a coleta de provas idôneas apura a ocorrência de ilícito fiscal. Neste caso, o início do prazo de decadência, para o lançamento da diferença, é deslocado para o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado, aplicando-se a regra do art. 173, I.*
- 3. Débito não declarado e não pago: Aplicação também direta das disposições do art. 173, I, do CTN. O prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado. Sem qualquer pagamento não há o que ser homologado.*

No presente processo, os fatos geradores relativos ao exercício de 2011 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2016. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2016, tendo como data de ciência 05/07/2016, nestas datas, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que não houve decurso do prazo regulamentar, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa.

No mérito, as infrações 01 e 02 serão analisadas conjuntamente, considerando que trata de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, relacionada à entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Infração 01: Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Multa de R\$1.380,00 por cada mês, totalizando R\$16.560,00.

Infração 02: Falta de atendimento a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e prazo previstos na legislação tributária, referente aos meses de janeiro a dezembro de 2014. Multa no valor de R\$21.632,41, correspondente a 1% sobre o valor das saídas.

O defendente alegou que durante todo o período apurado no presente Auto de Infração, jamais esteve obrigado à apresentação da EFD, uma vez que tal obrigação se daria se fossem alcançadas as condições que elencou nas razões de defesa.

De acordo com a redação originária do art. 248 do RICMS-BA/2012, com efeitos até 30/09/14, “A Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, observando-se os prazos estabelecidos a seguir, de acordo com o montante referente às operações e prestações sujeitas ao ICMS no ano imediatamente anterior”, constando no inciso IV que, são obrigados à Escrituração Fiscal Digital – EFD, a partir de 01/01/2014, os não optantes do Simples Nacional, cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais), não se aplicando ao caso em exame os incisos I a III do referido artigo, porque tratam de períodos anteriores ao exercício de 2014, que foi objeto desta autuação fiscal.

Por outro lado, conforme redação dada ao art. 248 pela Alteração nº 25 (Decreto nº 15.490, de 25/09/14, DOE de 26/09/14), efeitos a partir de 01/10/14 a 31/08/15, “A Escrituração Fiscal Digital - EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, exceto para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional, que ficarão obrigados ao uso da EFD a partir de 01/01/2016”.

Conforme os dispositivos da legislação tributária acima mencionados, o defendente efetivamente estava obrigado a fazer e apresentar a Escrituração Fiscal Digital – EFD, e a falta de fornecimento de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou sua entrega sem as informações exigidas na legislação, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa no valor de R\$1.380,00, cumulativamente, multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior.

O defendente também alegou que ao contrário do que informa o Auto de Infração, os arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital foram entregues, conforme comprovam os documentos anexos. E mesmo que não tivesse transmitido os arquivos da EFD referentes ao período de 31/01/2011 a 31/12/2014, a função desta restou suprida por outras vias, uma vez que o fisco toma, automaticamente, conhecimento das operações de entrada e saída de mercadorias do impugnante, o que está consignado, inclusive, no Auto de Infração, na Infração 02.

O autuante informou que embora a EFD de janeiro a novembro/2014 já tivesse sido enviada antes do início da fiscalização e a EFD do mês de dezembro ter sido enviada após a Intimação Fiscal encaminhada via DTE – Domicílio Tributário Eletrônico em 12/04/2016, conforme fl.16 do PAF, todas elas foram enviadas “ZERADAS”, ou seja, sem qualquer informação sobre as operações realizadas pela empresa, sem qualquer apuração do ICMS, sem qualquer informação sobre inventário, sem qualquer informação, caracterizando desde modo a omissão.

Não acato as alegações defensivas, haja vista que restou comprovado por meio das intimações de fls.16/17 que o autuado foi intimado para entrega das informações por meio da Escrituração Fiscal Digital – EFD, no prazo de trinta dias e não consta nos autos que o contribuinte tenha atendido às mencionadas intimações.

Vale salientar que ao preconizar a necessidade da escrituração fiscal digital com aplicação de penalidades a pretensão do legislador é de manter o controle da movimentação fiscal do contribuinte, e somente com aplicação de roteiros específicos de auditoria é que se poderia avaliar se a falta dessa escrituração não teria causado prejuízo ao erário estadual.

Observe que a partir da 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, foi dada pela Lei nº 12.917, efeitos a partir de 01/11/13:

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.

Entendo que restou comprovado nos autos o cometimento das irregularidades apontadas, sendo devidos os valores apurados nestes itens do presente Auto de Infração, considerando que a falta de fornecimento de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou sua entrega sem as informações exigidas na legislação, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa no valor de R\$1.380,00, cumulativamente, multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior. Infrações subsistentes.

Infração 03 – 16.20.20: Falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação, ou sua entrega sem o nível de detalhe exigido pela legislação, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2013. Multa de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$49.680,00.

Infração 04 – 16.12.15: Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2013. Aplicada a multa de 1% sobre o valor das operações de saídas, totalizando R\$46.713,50.

O defendente alegou que não restou comprovado no Auto de Infração que a empresa foi intimada para a apresentação dos arquivos digitais, o que de fato não ocorreu, sendo indevida, portanto, as penalidades descritas nas infrações 02 e 04.

Não assiste razão ao autuado, considerando que foram efetuadas duas intimações (fls. 18/19), constando a data de postagem 12/04/2016, data da ciência 12/04/2016 e data da leitura 12/04/2016, sendo solicitado o envio dos arquivos eletrônicos previstos no Convênio 57/95.

O autuado também alegou que foram aplicadas duas penalidade em função de uma mesma suposta infração, qual seja: não entrega de arquivo eletrônico, sendo entendimento pacificado pelos Tribunais acerca da ilegalidade da dupla penalidade em virtude de um mesmo ato. Desta forma, afirma que na mais remota hipótese de serem ignorados todos os argumentos suscitados, deve ser julgadas improcedentes as infrações 02 e 04, por restar caracterizado que houve dupla penalidade.

O autuante esclareceu que no período referente aos meses de janeiro/2011 a dezembro/2013, o contribuinte deixou de enviar à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia os arquivos eletrônicos estabelecidos no Convênio 57/95 – Arquivos do Síntegra. No período de janeiro a dezembro/2014 a Escrituração Fiscal Digital – EFD. Neste caso, percebe-se que não se trata da mesma obrigação acessória e, consequentemente, a mesma penalidade pelo seu descumprimento, como entendeu o autuado.

Também foi esclarecido pelo autuante que embora a EFD de janeiro a novembro/2014 já tivesse sido enviada antes do início da fiscalização e a EFD do mês de dezembro ter sido enviada após a Intimação Fiscal encaminhada via DTE – Domicílio Tributário Eletrônico em 12/04/2016, conforme fl.16 do PAF, todas elas foram enviadas “ZERADAS”, ou seja, sem qualquer informação sobre as operações realizadas pela empresa, sem qualquer apuração do ICMS, sem qualquer informação sobre inventário, sem qualquer informação, caracterizando desde modo a omissão.

Não acato o entendimento de que o fato de ter sido apresentado arquivo magnético incompleto ou com inconsistências não trouxe prejuízo ao erário estadual, haja vista a falta de entrega do arquivo magnético ou a sua apresentação incompleta impede a realização de auditorias fiscais e dos controles fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS.

Não há dúvida de que o autuado entregou os arquivos magnéticos com inconsistências, e quando intimado a regularizar os mencionados arquivos, não houve atendimento às intimações. Portanto, se foram constatadas inconsistências, a fiscalização intimou o contribuinte apontando essas irregularidades encontradas, houve a concessão do prazo, mediante intimação, e mesmo assim, não houve a necessária regularização, devendo ser aplicada penalidade, conforme previsto na legislação.

Considerando que o procedimento fiscal foi efetuado observando os requisitos estabelecidos na legislação, inclusive, quanto à necessidade de intimação específica ao contribuinte para a necessária correção dos arquivos, ou seja, após a constatação de inconsistências o contribuinte foi intimado para que fossem providenciados os novos arquivos a salvo das incorreções. Se as inconsistências não foram resolvidas, equivale à falta de entrega dos arquivos. Assim, concluo que está correta a exigência fiscal, estando a multa aplicada de acordo com a previsão legal.

A multa é aplicada para cada descumprimento mensal da obrigação acessória, visto que se trata de um descumprimento mensal de falta de envio do arquivo magnético. São descumprimentos independentes de obrigação acessória, embora possa ter ocorrido, tal como no presente caso, mensalmente, de forma repetida, reincidindo o contribuinte na mesma infração em meses distintos no mesmo exercício. Este descumprimento ocorre no dia seguinte ao encerramento de cada prazo mensal, portanto em data específica de cada mês de cada exercício.

A partir de 28/11/2007, o art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei 7.014/96, prevê a exigência da multa de R\$ 1.380,00 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, 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.

Entendo que não deve ser acatado o pedido formulado pelo defendente, para que seja reduzida ou cancelada a multa exigida, tendo em vista que se trata de multa prevista na legislação tributária, sendo interesse do Estado manter o controle das operações realizadas pelos contribuintes e o fato de não ter sido apresentado arquivo magnético ou a sua apresentação incompleta impede a realização de auditorias fiscais e dos controles fiscais, não permitindo apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS.

Concluo pela subsistência destes itens do presente lançamento (infrações 03 e 04), relativamente às multas exigidas com base no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei 7.014/96, tendo vista que ficou caracterizado o descumprimento da obrigação acessória, requisito regulamentar para exigência de multa prevista no referido

dispositivo do RICMS-BA/97.

Infração 05: Deixou de apresentar livros fiscais, quando regularmente intimado, no mês de maio de 2016. Multa no valor de R\$920,00.

Foi alegado pelo autuado que está sendo aplicada a multa prevista no art. 42, inciso XX, da Lei 7.014/96, e que o citado dispositivo estabelece diversas alíneas, com valores distintos para determinadas situações, mas o Auto de Infração não especifica em qual das alíneas está sendo tipificada a conduta do impugnante.

Apresentou o entendimento de que a alínea correta a ser aplicada seria “a”, que estabelece o valor da multa em R\$ 460,00, uma vez que o próprio Auto de Infração registra que o impugnante, quando intimado, apresentou uma declaração de extravio do Livro Fiscal. Disse que não há nos autos nada que comprove ter sido o impugnante intimado mais de uma vez para a apresentação do documento em questão, razão pela qual deve ser julgada improcedente, também, esta infração.

O inciso XX do art. 42 da Lei 7.014/96, prevê aplicação de penalidade àquele que, dentro do prazo de 48 horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar, quando regularmente solicitado, devendo ser exigida a seguintes multas: a) R\$ 460,00 pelo não atendimento do primeiro pedido; b) R\$ 920,00 pelo não atendimento da intimação que lhe for feita posteriormente; c) R\$ 1.380,00 pelo não atendimento de cada uma das intimações subseqüentes.

O autuante informou que foi realizada uma primeira Intimação Fiscal via DTE em 12/04/2016, conforme fl.20 do PAF, e uma segunda Intimação Fiscal via DTE em 29/04/2016, conforme fl.21 do PAF.

Disse que em 06/05/2016, após a ciência da segunda Intimação Fiscal, o contribuinte apresentou uma declaração informando que houve extravio dos documentos que estavam sob a responsabilidade do contador da época e que por este motivo não teria como atender a exigência fiscal, e na própria declaração o autuado admite que foi intimado através da 2ª intimação para apresentação de livros e documentos.

Considerando a previsão legal para aplicação de multa por intimação não atendida, conforme art. 42, inciso XX, da Lei 7.014/96, constato que no caso em exame, ficou caracterizado que no prazo concedido não houve atendimento a duas intimações, ficando comprovada a irregularidade apontada, sendo devido o valor da multa exigida de R\$920,00. Mantida a exigência fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformada com a decisão de primeira instância a autuada interpôs Recurso Voluntário (Fls. 153/159), e em apertada síntese repete as alegações da peça inicial e tece um breve relato sobre os fatos, tempestividade do Recurso e competência recursal.

Inicialmente, diz que: “à Decadência suscitada, ao contrário do que afirma o Julgador, o prazo decadencial se iniciou na data de vencimento da obrigação. Ainda que assim não se entenda, se for considerado o marco inicial do prazo decadencial no primeiro dia do exercício seguinte ao fato gerador, verificar-se-á que, na presente data, já ultrapassou o prazo decadencial quinquenal.”

Deste modo, requer a Recorrente, desde já, que seja declarada a decadência do período que ultrapassar os últimos 05 (cinco) anos, contados até a data de julgamento definitivo do presente Auto de Infração.

Assevera que: “No que tange às alegações atinentes à obrigatoriedade da apresentação da EFD, em que pesem os argumentos lançados na decisão recorrida, deve-se considerar que a Recorrente, durante todo o período apurado no presente Auto de Infração, jamais esteve obrigada à apresentação da EFD, uma vez que tal obrigação se daria se fossem alcançadas as seguintes condições:

(...)

IV. A partir de 01/01/2014, os não optantes do Simples Nacional, cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Assim, “equivoca-se o ilustre Julgador, ao afirmar que a interpretação dos dispositivos acima está equivocada, uma vez que estes são expressos e claros ao determinar “faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido igual ou superior a”. Desse modo, restando claramente demonstrado que a Recorrente jamais ultrapassou os patamares de faturamento estabelecidos acima, patente está que a empresa nunca esteve obrigada a apresentar a Escrituração Fiscal Digital.”

Afirma que: *“ao contrário do que informa o Auto de Infração e a decisão recorrida, os arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital foram entregues pela Recorrente.”*

Esclarece que: *“o sistema fiscal informatizado realiza a sincronização das informações contidas em todas as Notas Fiscais emitidas, de modo a ter pleno conhecimento da mercadoria que foi vendida, quem vendeu e quem comprou. Ou seja, não há que se falar que a ausência de tais arquivos impossibilita a fiscalização da Recorrente.”*

Frisa que: *“é desarrazoada a penalização da empresa, uma vez que eventual não transmissão dos citados arquivos não ensejou o não recolhimento de tributos, não havendo que se falar em qualquer prejuízo ao erário.”*

Cita o Decreto Estadual nº 7.629/2009 que regulamenta o processo administrativo fiscal (RPAF), e determina em seu art. 158 que:

Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo.

Transcreve Jurisprudência e decisões sobre essa questão.

Entende que, resta demonstrado que é desarrazoada e ilegal a multa aplicada contra a Recorrente, devendo o Auto de Infração ser julgado improcedente.

Salienta que: *“não restou comprovado no Auto de Infração que a empresa foi intimada para a apresentação dos arquivos digitais, o que de fato não ocorreu, sendo indevida, portanto, as penalidades descritas nas infrações 02 e 04.”*

Esclarece que: *“conforme se verifica no Auto de Infração, estão sendo aplicadas diversas penalidade em função de uma mesma suposta infração, qual seja: não entrega de arquivo eletrônico. É entendimento pacificado pelos Tribunais acerca da ilegalidade da dupla penalização em virtude de um mesmo ato. Desta forma, na mais remota hipótese de serem ignorados todos os argumentos suscitados acima, deve ser julgadas improcedentes as infrações 02 e 04, por caracterizar-se, nitidamente, dupla penalização – bis in idem.”(SIC).*

Aduz que: *“verifica-se claramente através das infrações 03 e 04 que se trata, em verdade de dupla penalização pelos mesmos fatos. Vejamos: Infração 03 – “Falta de entrega de arquivo eletrônico nos prazos previstos na legislação, ou sai entrega sem o nível de detalhe exigido pela legislação, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2013.” Infração 04 – “Deixou de fornecer arquivos magnéticos exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2013.”*

Conclui que: *“através dos textos acima transcritos, constata-se nitidamente a aplicação de 02 (duas) multas pelo mesmo suposto descumprimento de obrigação acessória, no mesmo período (01/2011 a 12/2013). Verdadeiro absurdo a caracterizar indubitavelmente, bis in idem.”*

Por fim, no que tange à suposta Infração de ter deixado de apresentar Livro Fiscal, tendo apresentado declaração de extravio, verifica-se que, de acordo com o Auto de Infração, está sendo aplicada a multa prevista no art. 42, inciso XX, da Lei 7.014/96.

Desta forma tece as seguintes alegações:

- 1. Ocorre que o citado dispositivo estabelece diversas alíneas, com valores distintos para determinadas situações. Contudo, o Auto de Infração não especifica em qual das alíneas está sendo tipificada a conduta da Recorrente, ensejando, assim, clara nulidade do Auto de Infração, em função do cerceamento do direito à ampla defesa da empresa.*
- 2. Ainda que seja desconsiderada a nulidade apontada acima, tem-se que a alínea correta a ser aplicada é a “a”, a qual estabelece o valor da multa em R\$ 460,00, uma vez que o próprio Auto de Infração registra que a Recorrente, quando intimada, apresentou uma declaração de extravio do Livro Fiscal.*

3. *Ou seja, não há nos autos nada que comprove ter sido a Recorrente intimada mais de uma vez para a apresentação do documento em questão, razão pela qual deve ser julgada improcedente, também, esta infração.*

Por fim, requer:

- a. *Seja PROVIDO O PRESENTE RECURSO VOLUNTÁRIO, declarando-se a decadência do período que ultrapassar os últimos 05 (cinco) anos, contados até a data de julgamento definitivo do presente Auto de Infração.*
- b. *Requer, também, que seja Julgado Improcedente em sua totalidade o Auto de Infração 279268.0055/16-6, em razão de ausência de obrigatoriedade de entrega da EFD pela Recorrente, por não terem sido ultrapassados os patamares de faturamento nos exercícios apurados. Na mais remota hipótese de não ser este o entendimento de Vossa Senhoria, requer que seja julgado improcedente o Auto de Infração, com fulcro no art. 158 do RPAF, uma vez que não houve falta de recolhimento de tributo, e porque as informações das operações realizadas foram prestadas ao fisco por via transversa.*
- c. *Requer que sejam julgadas improcedentes as infrações 02 e 04, também, tendo em vista que a Recorrente não foi intimada a apresentar os arquivos eletrônicos, bem como em virtude de que a aplicação das questionadas penalizações caracterizam verdadeiro bis in idem, onde se penaliza o contribuinte duas vezes pela mesma conduta.*
- d. *Por fim, requer que seja julgada improcedente, também, a infração 05, em razão do erro na tipificação da suposta infração, bem como em função de não haver nos autos nada que comprove ter sido a Recorrente intimada mais de uma vez para a apresentação do documento em questão.*

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida por meio do Acórdão 5ª JF nº 0010-03/17, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado no dia 30/06/2016 para exigir crédito tributário no montante de R\$135.505,91.

Inicialmente verifico que há nulidade flagrante da infração 4 tendo em vista que a autuante não atendeu à legislação no que tange ao prazo concedido ao autuado para a entrega dos arquivos magnéticos.

Ou seja, o art. 708-B do RICMS/97 e o art. 261 do RICMS/12 preveem que, na falta de entrega dos referidos arquivos, deve ser concedido ao contribuinte o prazo de “cinco dias úteis” e não “cinco dias” como consta nas intimações de fls. 18/19.

Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Art. 261. Sempre que for intimado, o contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata esta seção, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

Entretanto com base no parágrafo único, art. 155 do RPAF/99, Transcrito abaixo, que estabelece que: “Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”, passo a examinar a alegação recursal no que se refere à decadência.

Art. 155. A decisão resolverá as questões suscitadas no processo e concluirá pela procedência ou improcedência, total ou parcial, do lançamento do crédito tributário ou do pedido do contribuinte, ou ainda quanto à nulidade total ou parcial do procedimento.

Parágrafo único. Quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

De logo, sinalizo para a pertinência nas razões defensivas que suscitaram o reconhecimento do instituto da decadência na presente demanda fiscal.

Isto porque, observa-se (fl.19) que em 29/04/2016, a Recorrente foi intimada para apresentar os

arquivos eletrônicos previstos no Convenio ICMS 57/95 – SINTEGRA, para o período de Janeiro de 2011 a dezembro/2013.

Ocorre que, os valores supostamente devidos a título de ICMS são originários dos meses de janeiro a dezembro de 2013, restando, portanto, alcançado pela decadência o lançamento exigido, haja vista o transcurso de prazo superior a 05 (cinco) anos, com base na aplicação do disposto no parágrafo 4º, inciso I, do art. 150, do CTN. Vejamos:

“Art. 150. (...)

Parágrafo 4º. Se a lei não fixar prazo para a homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

Diante do acima exposto, tendo transcorrido o prazo de cinco anos, contados a partir do fato gerador da obrigação tributária, encontra-se extinto o direito do Estado da Bahia de constituir, por meio de Auto de Infração, valores apurados de janeiro a abril de 2011, operando-se, portanto, a decadência e extinção do crédito tributário.

Isto posto, voto pelo ACOLHIMENTO da preliminar de Decadência, suscitada pelo Recorrente, que fulmina parcialmente com o lançamento exigido nas infrações 3 e 4.

Desta forma concluo pela alteração da Decisão recorrida para reconhecer a ocorrência da decadência em relação ao período de janeiro a abril de 2011 para as infrações 3 e 4, e pela nulidade da infração 4 no período de maio/2011 a dezembro de 2013.

Da análise dos documentos e demais elementos que instruem o presente PAF, em confronto com o quanto decidido no julgamento realizado em Primeira Instância, constata-se que, de fato, o direito de defesa do contribuinte foi devidamente atendido, no caso vertente, não ensejando a nulidade do presente Auto de Infração.

Ora, o procedimento fiscal foi realizado à luz do quanto exigido no inciso II, do § 4º, do art. 28 do RPAF/BA, tendo em vista que o fiscal autuante, colacionou aos cadernos processuais levantamentos essenciais à demonstração das infrações 1 a 5, objeto do presente Recurso Voluntário.

No mérito, as infrações 1 e 2 serão analisadas conjuntamente, considerando que trata de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, relacionada à entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Entendo que não deve prosperar a tese da Recorrente de que há época dos fatos geradores não estava obrigada a apresentação da EFD.

A legislação em vigor em 2014, redação originária do art. 248, Inc. IV do RICMS-BA/2012, com efeitos até 30/09/14, diz que:

(...)

IV. A partir de 01/01/2014, os não optantes do Simples Nacional, cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

A nova redação dada ao art. 248 pela Alteração nº 25 (Decreto nº 15.490, de 25/09/14, DOE de 26/09/14), efeitos a partir de 01/10/14 a 31/08/15, “*A Escrituração Fiscal Digital - EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, exceto para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional, que ficarão obrigados ao uso da EFD a partir de 01/01/2016*”.

Verifico no presente PAF, que a data de opção, da Recorrente, no Simples Nacional ocorreu em 01/01/2015 (FL.12). Assim entendo que em 2014 ela estava obrigada a apresentar a EFD.

Quanto ao argumento de que a Recorrente não foi devidamente intimada a apresentar os arquivos digitais – EFD, da análise do PAF (FLS. 16/17), constato que as intimações foram devidamente feitas, a primeira em 15/4/2016, e a segunda em 12/6/2014. Ambas concedendo um prazo de

apresentação de 30 dias, e devidamente conhecidas pela Recorrente, através da Leitura do DTE – Domicílio Tributário Eletrônico.

O autuante informou que embora a EFD de janeiro a novembro/2014 já tivesse sido enviada antes do início da fiscalização e a EFD do mês de dezembro ter sido enviada após a Intimação Fiscal encaminhada via DTE – Domicílio Tributário Eletrônico em 12/04/2016, conforme fl.16 do PAF, todas elas foram enviadas “ZERADAS”.

Desta forma, não acato as alegações defensivas, haja vista que restou comprovado por meio das intimações de fls.16/17 que o autuado foi intimado para entrega das informações por meio da Escrituração Fiscal Digital – EFD, no prazo de trinta dias e não consta nos autos que o contribuinte tenha atendido às mencionadas intimações.

Com relação à alegação de as infrações 2 e 4, caracterizar-se, nitidamente, dupla penalização – *bis in idem*.

O autuante esclareceu que no período referente aos meses de janeiro/2011 a dezembro/2013, o contribuinte deixou de enviar à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia os arquivos eletrônicos estabelecidos no Convênio ICMS 57/95 – Arquivos do Sintegra. No período de janeiro a dezembro/2014 a Escrituração Fiscal Digital – EFD. Neste caso, percebe-se que não se trata da mesma obrigação acessória e, conseqüentemente, a mesma penalidade pelo seu descumprimento, como entendeu o autuado.

Entendo que esta tese não deve prosperar, pois a partir da 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, foi dada pela Lei nº 12.917, efeitos a partir de 01/11/13:

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.

Ante o exposto, mantenho o entendimento da Decisão de Piso e julgo subsistente as infrações 1 e 2.

Passamos a análise do mérito, com relação a infração 3.

O Recorrente diz que não foi intimada para a apresentação dos arquivos digitais, sendo indevida, portanto, a penalidade descrita na infração 3.

Não assiste razão ao autuado, considerando que a multa refere-se a não entrega dos arquivos eletrônicos previstos no Convênio ICMS 57/95, e que até o momento não verifico no PAF provas que indiquem que estes foram entregues.

Com relação à alegação de que as infrações 3 e 4, em verdade, equivalem a uma dupla penalização pelos mesmos fatos. Entendo que não deve prosperar, pois a partir de 28/11/2007, o art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, prevê a exigência da multa de R\$1.380,00 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, 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.

Entendo que não deve ser acatado o pedido formulado pelo defendente, para que seja reduzida ou cancelada a multa exigida, tendo em vista que se trata de multa prevista na legislação tributária, sendo interesse do Estado manter o controle das operações realizadas pelos contribuintes e o fato de não ter sido apresentado arquivo magnético ou a sua apresentação incompleta impede a realização de auditorias fiscais e dos controles fiscais, não permitindo

apurar se o imposto recolhido pelo contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS.

Concluo pela subsistência parcial da infração 3, relativamente às multas exigidas com base no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei nº 7.014/96, tendo vista que ficou caracterizado o descumprimento da obrigação acessória, requisito regulamentar para exigência de multa prevista no referido dispositivo do RICMS-BA/97 e que parte dela foi alcançada pela Decadência no período de janeiro a abril de 2011.

Ante o exposto e voto pela subsistência parcial da infração 3. Restando um valor a pagar da Infração 3 de R\$44.160,00.

Com relação à infração 5 a tese da Recorrente lastreia-se em: a) no cerceamento do direito à ampla defesa da empresa, pois o citado dispositivo estabelece diversas alíneas, com valores distintos para determinadas situações e que o Auto de Infração não especifica em qual das alíneas está sendo tipificada a conduta da Recorrente, ensejando, assim, clara nulidade. b) Ainda que seja desconsiderada a nulidade apontada acima, tem-se que a alínea correta a ser aplicada é a “a”, a qual estabelece o valor da multa em R\$460,00, uma vez que o próprio Auto de Infração registra que a Recorrente, quando intimada, apresentou uma declaração de extravio do Livro Fiscal, e c) que não há nos autos nada que comprove ter sido a Recorrente intimada mais de uma vez para a apresentação do documento em questão, razão pela qual deve ser julgada improcedente também, esta infração.

Ao analisar as peças processuais verifico que a Recorrente foi intimada duas vezes através da via DTE – Domicílio Tributário Eletrônico, primeira Intimação Fiscal em 12/04/2016, conforme fl.20 do PAF, e uma segunda Intimação Fiscal em 29/04/2016, conforme fl.21 do PAF.

A leitura do inciso XX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, prevê aplicação de penalidade àquele que, dentro do prazo de 48 horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exhibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar, quando regularmente solicitado, devendo ser exigida a seguintes multas: a) R\$460,00 pelo não atendimento do primeiro pedido; b) R\$920,00 pelo não atendimento da intimação que lhe for feita posteriormente; c) R\$1.380,00 pelo não atendimento de cada uma das intimações subsequentes.

Ao compulsar os fólios processuais fl. 25, encontro uma declaração da Recorrente, datada de 04/05/2016, informando que após a ciência da segunda Intimação Fiscal, que houve extravio dos documentos que estavam sob a responsabilidade do contador da época e que por este motivo não teria como atender a exigência fiscal, assim, na própria declaração, o autuado admite que foi intimado duas vezes para apresentação de livros e documentos.

Ante o exposto me filio a Decisão de Piso, que transcrevo e voto pela subsistência da infração 5.

“Considerando a previsão legal para aplicação de multa por intimação não atendida, conforme art. 42, inciso XX, da Lei 7.014/96, constato que no caso em exame, ficou caracterizado que no prazo concedido não houve atendimento a duas intimações, ficando comprovada a irregularidade apontada, sendo devido o valor da multa exigida de R\$920,00. Mantida a exigência fiscal.”

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Assim, o montante do débito do Auto de Infração fica o seguinte:

INF.	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO-JJF	VLR. JULGADO-CJF	RESULTADO
01	16.560,00	16.560,00	16.560,00	PROCEDENTE
02	21.632,41	21.632,41	21.632,41	PROCEDENTE
03	49.680,00	49.680,00	44.160,00	PROCEDENTE EM PARTE
04	46.713,50	46.713,50	0,00	NULA
05	920,00	920,00	920,00	PROCEDENTE
Total	135.505,91	135.505,91	83.272,41	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279268.0055/16-6**, lavrado contra **ANDIRE DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$83.272,41**, prevista no art. 42, incisos XIII-A, “j”, “l” e XX, da Lei nº 7.014/96, c/c a Lei nº 12.917/13 e arts. 106 e 112 do CTN – Lei nº 5.172/66, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões CONSEF, 20 de setembro de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS