

A. I. N° - 279268.0055/16-6
AUTUADO - ANDIRE DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - RAFAEL LIMA SERRANO
ORIGEM - INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 07/03/2017

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0010-03/17

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. 2. ARQUIVO MAGNÉTICO. a) FALTA DE ENVIO DOS ARQUIVOS. b) FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DOS ARQUIVOS ELETRÔNICOS. A falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, ou sua entrega fora do prazo sujeita o contribuinte ao pagamento da multa prevista na legislação. Infrações subsistentes. 3. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Ficou caracterizado que não houve atendimento a intimações, no prazo concedido. Infrações subsistentes. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2016, refere-se à exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$135.505,91, em decorrência das seguintes irregularidades:

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.

O autuado apresentou impugnação às fls. 88 a 94 do PAF. Inicialmente, ressalta que ocorreu a decadência de parte do direito do Estado de constituir do crédito tributário em questão. Afirma que de acordo com o Código Tributário Nacional, o prazo para a constituição definitiva do crédito é de 05 (cinco) anos. No entanto, analisando o Auto de Infração, constatou que foi

apurado, também, o período de 31/01/2011 a 31/07/2011, os quais já ultrapassam o prazo decadencial supracitado. Requer 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.

Não obstante a decadência arguida, alega 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 seguintes condições:

1. a partir de 01/01/2011, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais);
2. a partir de 01/01/2012, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais) até o limite de R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais);
3. a partir de 01/01/2013, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido igual ou superior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) até o limite de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais);
4. 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).

Esclarece que as informações acima foram extraídas do sitio eletrônico da própria SEFAZ/BA, http://www.sefaz.ba.gov.br/especiais/aviso_escrituracao_fiscal_digital.htm. Assegura que jamais ultrapassou os patamares de faturamento estabelecidos acima, de forma que nunca esteve obrigado a apresentar a Escrituração Fiscal Digital.

No mérito, alega que apesar da ausência de obrigatoriedade de apresentar a EFD, ao contrário do que informa o Auto de Infração, os arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital foram entregues, conforme comprovam os documentos anexos.

Também alega que, 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.

Diz 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. Ressalta que é desarrazoada a penalização da empresa, apresentando o entendimento de que eventual não transmissão dos citados arquivos não ensejou o não recolhimento de tributos, não havendo que se falar em qualquer prejuízo ao erário.

Reproduz o art. 158 do RPAF/BA, e diz que o entendimento predominante dos Tribunais é no sentido de que é ilegal a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória quando não há intenção de fraude, nem falta de recolhimento do tributo. Transcreve ementa de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no processo 0010953-03.2010.8.26.0445 e conclui que restou demonstrado que é desarrazoada e ilegal a multa aplicada, devendo a autuação ser julgada improcedente.

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

Diz que foram aplicadas duas penalidades 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 acima, deve ser julgadas improcedentes as infrações 02 e 04, por restar caracterizado que houve dupla penalidade.

Quanto à infração 05, diz que está sendo aplicada a multa prevista no art. 42, inciso XX, da Lei 7.014/96. 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 Impugnante.

Afirma que a alínea correta a ser aplicada é a “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.

Alega 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.

Por fim, requer 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.

Requer, também, que seja julgado improcedente em sua totalidade o presente Auto de Infração, em razão de ausência de obrigatoriedade de entrega da EFD pelo impugnante, por não terem sido ultrapassados os patamares de faturamento nos exercícios apurados. Na mais remota hipótese de não ser este o entendimento, requer 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.

Também requer que sejam julgadas improcedentes as infrações 02 e 04, reafirmando que não foi intimado 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.

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 Impugnante intimada mais de uma vez para a apresentação do documento em questão. Protesta pela produção de todos os meios de prova admitidos em direito, bem como pela juntada posterior de documentos.

O autuante presta informação fiscal às fls. 116 a 121 dos autos. Quanto à alegação de decadência, cita e transcreve o art. 173 e seu Parágrafo único do Código Tributário Nacional – CTN. Afirma que em relação aos fatos geradores ocorridos no ano de 2011, relacionados nas Infrações 03 e 04, o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado corresponde ao dia 01/01/2012. Nesse caso, o prazo para a constituição do crédito tributário extingue-se em 01/01/2017, ou seja, 5 (cinco) anos depois, e o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2016, portanto, 6 (seis) meses antes do fim do prazo decadencial.

Sobre o argumento do autuado de que jamais esteve obrigado a apresentação da EFD, pois nunca se enquadrou nas condições estabelecidas pela legislação para esta obrigação. Relaciona as condições extraídas do site da SEFAZ/BA para o enquadramento a partir de 01/01/2011, e diz que se atentarmos apenas para o período a partir de 01/01/2014, o qual abrange as penalidades relacionadas nas Infrações 01 e 02, o dispositivo legal é o Art. 248 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 13.780/12, que estabelece a obrigatoriedade para o uso da EFD.

Diz que o autuado se equivocou com relação ao inciso IV do dispositivo legal. O limite ali informado de R\$3.600.000,00 é o faturamento máximo e não mínimo. Portanto, ao não ter ultrapassado esse valor como afirma o contribuinte, e não ser optante do Simples Nacional no exercício de 2014, ele se enquadra na condição de obrigado a Escrituração Fiscal Digital – EFD a partir de 01/01/2014.

No mérito, afirma ser necessário fazer distinção das obrigações tributárias acessórias descumpridas pelo autuado. 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 Sintegra. No período de janeiro a dezembro/2014 não enviou a Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Afirma 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, caracterizando desse modo, a omissão.

Diz que os arquivos do Convênio 57/95 referentes aos exercícios de 2011 a 2103 sequer foram enviados. Além disso, os livros fiscais deste período também não foram apresentados à fiscalização. Ressalta que não há nada que supra a ausência da Escrituração Fiscal. Seja ela física (livros fiscais encadernados) ou digital. Causa um embaraço à ação fiscal, dificultando a apuração dos valores devidos pelo contribuinte no período fiscalizado, e por isto mesmo as penalidades sobre as obrigações acessórias devem ser aplicadas para inibir este tipo de procedimento.

Quanto ao argumento do autuado de que não restou comprovado no Auto de Infração que foi intimado para apresentação dos arquivos digitais, sendo indevidas as penalidades descritas nas infrações 02 e 04, diz que as Intimações Fiscais para entrega de EFD (OMISSO) foram anexadas ao Auto de Infração às fls. 16 e 17 do PAF. Foram encaminhadas via DTE – Domicílio Tributário Eletrônico em 12/04/2016 e 15/04/2016 respectivamente.

As Intimações Fiscais para apresentação dos arquivos eletrônicos previstos no Convênio ICMS 57/95 – SINTEGRA foram anexadas ao Auto de Infração às fls. 18 e 19 do PAF. Foram também encaminhadas via DTE em 12/04 e 29/04/2016. Conclui que são devidas as penalidades aplicadas relativas às Infrações 02 e 04, pelo não atendimento das Intimações Fiscais acima indicadas.

Sobre a alegação de *bis in idem* nas infrações 02 e 04, afirma ser mais um equívoco do defensor, tendo em vista que os dispositivos da Lei 7.014/96, que estabelecem as penalidades para o descumprimento das obrigações acessórias descritas nas Infrações 01 a 04, estabelecem uma penalidade fixa pela falta de entrega dos arquivos e que cumulativamente seja aplicada a penalidade de 1% do valor das entradas (no caso da EFD) e 1% do valor das entradas ou saídas, o que for maior (no caso do Convênio 57/95), pelo não atendimento às intimações. Portanto, não se configura *bis in idem*, já que a lei prevê a cumulatividade das penalidades aplicadas.

Quanto à infração 05, repete a alegação defensiva de que o Auto de Infração não especifica em qual das alíneas do inciso XX do art.42 está sendo tipificada a conduta do impugnante. Que a alínea correta a ser aplicada seria “a”, que estabelece o valor da multa em R\$460,00, uma vez que apresentou declaração de extravio do Livro Fiscal, e que não há nos autos nada que comprove ter sido a Impugnante intimada mais de uma vez para a apresentação do documento em questão, razão pela qual deve ser julgada improcedente, também esta infração.

Transcreve o inciso XX do art. 42 da Lei 7.014/96 e afirma 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.

Diz 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. Salienta que na própria declaração o autuado admite que foi intimado através da 2ª intimação para apresentação de livros e documentos. Diz que houve outro equívoco ao afirmar que nos autos não há nada que comprove ter sido o autuado intimado mais de uma vez.

Entende que o motivo alegado pelo contribuinte é muito frágil e não justifica a não apresentação de sua escrita fiscal, uma vez que o mesmo tem acesso às Notas Fiscais Eletrônicas emitidas e recebidas no período fiscalizado, podendo, deste modo, a qualquer tempo, refazer sua escrita fiscal.

Nas considerações finais, diz que não foi ultrapassado o prazo decadencial para constituição do crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos em período alcançado por esta autuação, assim como demonstrou que todas as penalidades aplicadas estão de acordo com a legislação tributária vigente. Pede a procedência do presente lançamento.

VOTO

Inicialmente, o defensor 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 defensor, 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 defensor 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 defensor 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 defensor 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.

Observo 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 deficiente 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 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, 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 defendant, 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 subsequentes.

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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279268.0055/16-6**, lavrado contra **ANDIRE DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor total de **R\$135.505,91**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alíneas “j” e “l” e inciso XX da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de janeiro de 2017

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA