

A. I. Nº - 206897.3002/16-6
AUTUADO - A. A. DE SOUSA NETO COMBUSTÍVEL - ME
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO PEREIRA LIMA
ORIGEM - INFRAZ JACOBINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21.12.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0223-05/17

EMENTA: ICMS. ARQUIVO ELETRÔNICO DA EFD. FALTA DE APRESENTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. **a)** QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Em que pese a autuação ter sido procedida conforme a previsão legal aplicada ao objeto da lide, não pode prosperar, pois o lançamento relativo a Infração 1 foi efetuado com preterição dos princípios básicos a serem observados quando da instauração do contencioso administrativo, seja em relação a falta de intimação descrita no § 4º do art. 247, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, com o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências, seja em relação a falta de apresentação do demonstrativo de cálculo da multa aplicada no que determina a legislação. Infração declarada nula. **b)** NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Está confesso nos autos que de fato o recorrente não entregou os arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e no prazo previsto na legislação tributária, relativos aos meses de janeiro a dezembro de 2014, os quais estava obrigado a entregar. Multa tipificada no art. 42, inc. XIII-A, “I”, da Lei 7.014/96. Infração 2 subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/06/2016, constitui crédito tributário no valor de R\$46.633,23, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 - 16.14.03: Deixou o contribuinte de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD - na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2014. Multa lançada no valor de R\$32.833,23, com enquadramento nos artigos 247, 248, 249 e 250 do RICMS/2012 e multa tipificada no art. 42, inc. XIII-A, “I”, da Lei 7.014/96, c/c a Lei 12.917/13 e art. 106 e art. 112 do CTN.

INFRAÇÃO 2 - 16.14.04: Deixou o contribuinte de efetuar a 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, relativo aos meses de janeiro a outubro de 2014. Multa lançada no valor de R\$13.800,00, com enquadramento nos artigos 247, 248, 249 e 250 do RICMS/2012 e multa tipificada no art. 42, inc. XIII-A, “I”, da Lei 7.014/96, c/c a Lei 12.917/13 e art. 106 e art. 112 do CTN.

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 08 a 23, que a seguir passo a expor:

Dos fatos. Destaca que, como se pode observar no corpo do auto de infração em comento, o

ilustre preposto fiscal aplica a penalidade de 1% sobre os maiores valores de entrada ou saída do exercício de 2014 (Infração 01), por entender que o contribuinte “*Deixou de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD – na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária*”, como também aplica a penalidade fixa mensal de janeiro a outubro de 2014 (Infração 02), por entender que o contribuinte “*Deixou de efetuar a 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*”.

Diz que, tais imputações encontram-se equivocadas, haja vista que no que pertine a infração nº 1 o autuado passou a ficar obrigado ao uso da EFD a partir de 01/01/2014, o que, por consequência a dispensa da entrega dos arquivos magnéticos estabelecidos pelo Convênio ICMS 57/95, consoante estabelece o art. 253 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, a partir de 01/01/2014, não havendo motivo para lavratura da referida infração.

Ademais, diz que, em relação a infração nº 2, não foi cumprido o devido processo legal, haja vista que não foi fornecido ao autuado o prazo de 30 dias, constante do §4º do artigo 247 do RICMS/BA para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências.

Daí aduz que, a respeitável Junta, ao decidir sobre lavratura de auto de infração, nunca deverá resolver de plano, sem qualquer aprofundamento quanto a real existência do fato gerador.

Da falta de motivo da autuação. No tocante a imputação de infração de número 01, o autuante aplica multa em face do autuado não ter atendido a intimação para entrega do Arquivo Eletrônico da Escrituração Fiscal Digital.

Destaca que o nobre autuante deixou de observar que o autuado passou a ficar obrigado ao uso da EFD a partir de 01/01/2014, o que, por consequência a dispensa da entrega dos arquivos magnéticos estabelecidos pelo Convênio ICMS 57/95, consoante estabelece o art. 253 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, a partir de 01/01/2014, insubsistindo a imputação baseada no artigo nº 247,248,249 e 250 do RICMS/BA, por absoluta falta de motivo.

Neste contexto, diz que o CONSEF já firmou entendimento no sentido da nulidade da ação fiscal, quando a intimação do contribuinte se der em desconformidade com o quanto previsto na legislação fiscal estadual, como atesta o Acórdão JJF Nº 0025-01/16, que destaca sua ementa.

Assim, assevera que o eminente autuante não observou os requisitos previstos na legislação pertinente, ou seja, não observou que o autuado se encontra desobrigado de entregar os arquivos magnéticos.

Trazendo aos autos considerações de estudiosos sobre atos administrativos sem motivação, diz que se verifica a total falta de subsistência da infração, ora imputada ao contribuinte/autuado, o que de pronto vem sendo compelido pelo CONSEF e primordialmente pela nossa Carta Magna, fazendo imperar a necessidade da referida infração ser declarada nula pelos eminentes julgadores, em razão do nobre autuante ter deixado de observar que como o autuado passou a ficar obrigado ao uso da EFD a partir de 01/01/2014, estava dispensado da entrega dos arquivos magnéticos estabelecidos pelo Convênio ICMS 57/95, consoante estabelece o art. 253 do RICMS/BA/12.

Da inobservância do devido processo legal. Diz que, o Autuante, ao lavrar o Auto de Infração em apreço, deixa de observar o devido processo legal, na medida em que não forneceu o prazo legal de 30 dias para entrega ou retificação da EFD, conforme preceitua o artigo 247 § 4º do RICMS/BA, que destaca.

Aduz que, quando o autuante não concede prazo correto para entrega ou retificação da EFD, deixa de observar o devido processo legal incorrendo em nulidade. Data vênua, a única intimação recebida pelo autuado é a que está em anexo (Doc. 04), a qual fornece apenas o prazo de 5 (cinco) dias para o envio dos arquivos magnéticos.

Neste tocante, diz que não se encontra no processo administrativo em comento, qualquer

intimação com prazo de 30 dias para envio ou para retificação de arquivo magnético apresentado com omissão de dados.

Portanto, em relação ao arquivo magnético, não foi estabelecido na intimação o prazo previsto no art. 247 § 4º do RICMS/BA, haja vista que o regulamento estabelece que em caso de não entrega ou em entrega com inconsistências, deve ser fornecido ao contribuinte, o prazo de trinta dias para entrega ou correção da EFD.

Diante do exposto, diz que é nula a exigência fiscal decorrente da intimação efetuada sem requisito estabelecido na legislação, tendo sido efetuado o lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. Assim, tal falha é insanável haja vista que não se trata de incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que comprometeu a sua eficácia, implicando nulidade da autuação.

Destaca que, ciente de que é absolutamente comum que os programas geradores dos referidos arquivos magnéticos possuam incorreções, o legislador previu um segundo prazo para possíveis correções ou entrega, devendo de logo o Preposto Fiscal informar quais irregularidades deverão ser sanadas.

Diz que, o Autuante, desconsiderando o ditame legal vigente por ser mais benéfico a aplicação imediata da multa ao caso concreto, por ato unilateral de vontade, assim não procedeu, não concedendo ao contribuinte o prazo legal previsto para oferecimento dos arquivos magnéticos.

Observa que o CONSEF já firmou entendimento no sentido da nulidade da ação fiscal, quando a intimação do contribuinte se der em desconformidade com o quanto previsto na legislação fiscal estadual, como atesta os Acórdãos JFJ Nº 0056-03/16; JFJ nº 0197-05/11, CJF Nº 0193-12/11.

Assim, diz que, como o eminente autuante não observou os requisitos previstos na legislação pertinente, ou seja, não concedeu a autuada o prazo legal para que fossem entregues ou retificados o EFD, é absolutamente nula a referida infração por inobservância do devido processo legal, nos termos do art. 18, II, do RPAF estadual.

Em face do exposto, pugna pela total nulidade do Auto de Infração.

O Fiscal Autuante, às fls. 39 a 42 dos autos, apresenta Informação Fiscal a qual passo a discorrer:

Diz que a defesa, ao se referir à Infração 1 (Pág. 9) argumenta que, na condição de obrigado à apresentação das EFD, a partir de 01/01/2014, dispensado está da apresentação dos arquivos magnéticos exigidos pelo Convênio 57/95, não havendo portanto, razões para a lavratura da referida Infração.

Neste contexto esclarece que a Infração 1 trata da aplicação de sanção pelo não atendimento da intimação, regularmente formalizada, para entrega das EFD, de janeiro a dezembro de 2014, como assim estava obrigado a apresentar, ou seja, constatado, durante a fiscalização, de que a escritura fiscal e demais registros e informações que deveriam constar da EFD de janeiro a dezembro de 2014, não foram transmitidas, notificou o defendente, tendo sido concedido tempo para a correção e/ou regularização junto a esta Secretaria de Fazenda Estadual, o que não ocorreu.

Na sequência das alegações da defesa, diz que o sujeito passivo à pág. 09, ao se referir a Infração 2, aduz que não teria sido cumprido o devido processo legal, pois não teria sido garantido o prazo de 30 (trinta) dias como consta no parágrafo 4º do artigo 247 do RICMS.

Momento seguinte, após outras considerações, diz que foi dado ao contribuinte a oportunidade de conhecer o que estava acontecendo durante o curso da fiscalização, além de prazo de 30 dias, conforme data de ciência da notificação, resultando, portanto, na oportunidade de providenciar a tempo a correção e regularizado o que foi apontado.

Traçando outras considerações, diz ao final, que restou que foram alcançados com a multa fixa de R\$1.380,00 (Infração 2) apenas os meses de janeiro a outubro de 2014, excluindo-se os meses que tiveram os arquivos transmitidos, mesmo com dados zerados, em respeito à modificação da legislação dada pela Lei 13.461 de 10/12/2015, que alterou o artigo 42 da Lei. 7.014/96, no seu inc. XIII-A, alínea “I”.

São as informações do d. agente Fiscal trazidas aos autos, para análise e decisão deste Conselho de Fazenda.

Voltando aos autos às folhas 44/49, o defendente, ao apresentar manifestação à Informação Fiscal, repete todos os argumentos da defesa, para em seguida arguir nulidade total do Auto de Infração, em tela.

VOTO

Preliminarmente a defendente coloca em relevo aspectos de nulidade, com relação ao aspecto da falta de motivo e inobservância do devido processo legal, por quantum a inobservância do art. 2º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, sob a perspectiva de que a autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte.

No tocante a imputação da infração de número 01, diz que o autuante aplica multa em face do autuado não ter atendido a intimação para entrega do Arquivo Eletrônico da Escrituração Fiscal Digital e nesse contexto diz que passou a ficar obrigado ao uso da EFD a partir de 01/01/2014, o que, por consequência, o dispensa da entrega dos arquivos magnéticos estabelecidos pelo Convênio ICMS 57/95, consoante estabelece o art. 253 do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, a partir de 01/01/2014, insubsistindo a imputação baseada no artigo nº 247,248,249 e 250 do mesmo diploma legal, por absoluta falta de motivo. Por sua vez, em relação a Infração 2, diz que não foi cumprido o devido processo legal, haja vista que não foi fornecido ao autuado o prazo de 30 dias, constante do § 4º do artigo 247 do RICMS/BA para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistência.

Na realidade o que se observa do Auto de Infração são eminentemente multas por descumprimento de obrigação acessória aplicadas de forma cumulativa como assim prevê a legislação, em conformidade com art. 42, XIII-A, alínea "I", da Lei 7.014/96, que assim destaco:

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:

l) R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada;

Nesse contexto, diferentemente das considerações da defesa, para arguir a nulidade das duas infrações, observo que a Infração 2, é que se relaciona à falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD) ao qual o defendente, a partir de 01/01/2014, passou a ficar a obrigado a entregar à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em substituição aos Arquivos Magnéticos, anteriormente obrigados na forma do Convênio ICMS 57/95, o que não é negado pelo defendente.

Por sua vez, a Infração 1, que diz respeito a acusação de ter deixado de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD), e por conseguinte aplicada a multa cumulativa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada, é o que, de fato, exige o fornecimento de prazo, da fiscalização ao defendente, que é o outro motivo de arguição de nulidade posta na manifestação de defesa.

Isto posto, relativamente aos termos da Infração 2 posta nos autos, associados aos elementos constitutivos do crédito tributário, bem assim a não negativa do sujeito passivo da falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD), não há como atestar que resta razão ao defendente quanto a arguição de falta de motivação para o lançamento da multa aplicada. Em sendo assim afastado o argumento de nulidade em relação à Infração 2.

Entretanto, quanto a Infração 1, que decorre da Infração 2, de fato é condição básica, para a sua constituição, a intimação ao contribuinte, na forma descrita no §4º do art. 247, do RICMS/BA,

aprovado pelo Decreto nº 12.120/12, o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências, que é o objeto da autuação.

Como tal, não se vê qualquer termo de intimação nos autos, concedendo tal prazo, exceto quanto à juntada de dois documentos intitulados “*Intimação para Apresentação de Livros e Documentos*” às fls. 37 e 38 dos autos, que faz parte integrante dos papéis de trabalho constitutivo do crédito tributário, sem tampouco constar data de emissão do documento e constando no seu corpo o indicativo de “5(*cinco*)” dias; o que ao meu ver caracteriza a inobservância do devido processo legal arguido pelo sujeito passivo, em relação a constituição do crédito tributário relativo a Infração 1.

Ademais, relativamente a Infração 1, como bem posto está na tipificação da autuação (art. 42, XIII-A, “I”, da Lei 7.014/76) a multa aplicada, corresponde a 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada. Nesse sentido, não se observa, também, nos autos qualquer demonstrativo apresentando os valores apurados, exceto quanto, o Autuante, ter acostado o CD/Mídia à fl. 6, em que, acessando o referido CD/Mídia, se observa apenas Arquivos “*gravados*” em Planilha Excel indicando ser de notas fiscais de entrada, sem tampouco apresentar qualquer informação indicativa da constituição da multa aplicada, ou seja, do cálculo da formação da multa aplicada.

Neste contexto, em que pese a autuação ter sido procedida conforme a previsão legal aplicada ao objeto da lide, não pode prosperar, pois o lançamento relativo a Infração 1 é efetuado com preterição dos princípios básicos a serem observados quando da instauração do contencioso administrativo, em relação a ampla defesa, seja em relação a falta de intimação descrita no § 4º do art. 247, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/12, com o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências, seja em relação a falta de apresentação do demonstrativo de cálculo da multa aplicada no que determina a legislação.

Logo, com base no art. 18, inciso IV, do RPAF/99, declaro nula a Infração 1, o que de pronto represento a autoridade competente para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas na forma do art. 21 do RPAF-BA/99.

Voltando a Infração 2, na análise do mérito, que diz respeito ao sujeito passivo ter deixado de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EDF) ou ter entregue sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, relativo aos meses de janeiro a outubro de 2014, com multa lançada no valor de R\$13.800,00, correspondente a R\$1.380,00 por cada mês de competência, com o enquadramento nos artigos 247, 248, 249 e 250 do RICMS/2012 e multa tipificada no art. 42, inc. XIII-A, “I”, da Lei 7.014/96, c/c a Lei 12.917/13 e art. 106 e art. 112 do CTN., observo que o defendente não nega ter deixado de entregar os arquivos, porém discorda da autuação por entender que não estaria obrigado a sua entrega, vez que ficara obrigado, a partir de 01/01/2014 ao uso da EFD, e não mais dos Arquivos eletrônicos estabelecidos pelo Convênio ICMS 57/95.

Ocorre que a acusação fiscal diz respeito à falta de entrega, pelo Contribuinte Autuado, do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, como assim diz o recorrente em toda a sua manifestação de defesa, por estar obrigado, a partir de 01/01/2014 ao uso da EFD, e não mais dos Arquivos eletrônicos estabelecidos pelo Convênio ICMS 57/95.

Pois bem, estando confesso nos autos de que de fato o recorrente não entregara os arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e no prazo previsto na legislação tributária, relativos aos meses de janeiro a dezembro de 2014, os quais estava obrigado a entregar, entendendo restar caracterizada a Infração 2, com multa tipificada no art. 42, inc. XIII-A, “I”, da Lei 7.014/96. Infração 2 subsistente.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por restar nula a Infração 1 e procedente a Infração 2.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206897.3002/16-6**, lavrado contra **A. A. DE SOUSA NETO COMBUSTÍVEL - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$13.800,00**, prevista no art. 42, incisos XIII-A, alíneas, “I” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Represento a autoridade competente para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas na forma do art. 21 do RPAF-BA/99, em relação ao item julgado nulo.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2017.

JOÃO VICENTE COSTA NETO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR