

A. I. Nº - 281231.0003/18-6  
AUTUADO - MINAS AÇO SISTEMA CONSTRUTIVO INDUSTRIAL LTDA.  
AUTUANTE - MARCO ANTONIO PORTO CARMO  
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14/12/2018

### 3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0153-03/18

**EMENTA: ICMS. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. DMA. Infração 01 subsistente. b) FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO EFD NO PRAZO REGULAMENTAR. O sujeito passivo não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração 02 subsistente. Rejeitada as preliminares de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

#### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 03/05/2018, para exigir crédito tributário em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 – **16.05.11.** Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA no mês de novembro de 2017. Exigido o valor de R\$140,00.

Consta como complemento que o “*contribuinte apresentou Declaração \mensal de sua movimentação - DMA com total omissão de suas movimentações, conforme se verifica nos extratos colhidos no Sistema Corporativo de Informações do Contribuinte - INC da SEFAZ*”;

Infração 02 – **16.14.02.** Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD nos prazos previstos na legislação tributária nos meses de fevereiro a maio, agosto a dezembro de 2015, janeiro a dezembro de 2016 e janeiro a novembro de 2017. Exigida a multa de R\$1.380,00, por cada período de apuração totalizando o montante de R\$44.160,00.

Consta como complemento que o “*Contribuinte apesar de ter movimentação a partir de fevereiro de 2014 efetuou as trânsisões de sua Escrituração Fiscal Digital, nos exercícios de 2014, 2015 e 2016 e de janeiro a maio de 2017, sem nenhuma informação de suas movimentações, a exemplo das notas fiscais de entradas e de saídas, além da apuração do ICMS, somente contendo as informações de abertura - registro C001, e de encerramento – registro C990, com omissão total das demais informações a exemplo dos registros C100 (dados relativos a notas fiscais), C190, E111, E116 e bloco “H”. Verificou-se a falta de entrega da escrituração dos meses de junho a dezembro de 2017, conforme se verifica nos arquivos eletrônicos contidos no CD - Mídia Digital, que integra esse processo, além da intimação para retificação de sua escrituração e nos recibos anexos de transmissões de EFD retificadoras. Devendo, portanto, ser aplicada para cada período de apuração a penalidade prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “l”, da lei 7.014/96*”;

O Autuado apresenta peça defensiva, fls. 38 a 61, na qual, inicialmente, reproduz as infrações imputadas e suscita preliminar de nulidades quanto à ausência de termo de início de fiscalização, pelo não recebimento de notificação prévia, e quanto à descrição sucinta da infração.

Quanto à ausência de termo de início de fiscalização, diz que a autuação deve deter requisitos para que produza efeitos legais, afirma que contém vícios irreparáveis, os quais o evam de nulidade formal. Destaca que o procedimento administrativo fiscal, regulado pelo Dec. nº 70.235/72, estabelece no art. 10º os requisitos obrigatórios do Auto de Infração. Colaciona ensinamentos do mestre Bernardo Ribeiro de Moraes e pontua que consta do Auto de Infração que o local da lavratura e não o endereço do Autuado. Salienta que a lavratura em lugar diverso do local onde se constatou a suposta infração gera a nulidade do Auto de Infração.

Ressalta que o Auto de Infração será lavrado no momento e local em que for verificada a infração à legislação tributária, sendo que deveria ser constatada no estabelecimento da empresa autuada, ou no local onde foi constatado o descumprimento à norma tributária. Afirma ser incabível o levantamento efetuado na repartição fiscal, pois é a peça básica do Processo Administrativo Fiscal, conforme estabelece o art. 11, RPAF-BA/99.

Acrescenta que este equívoco cometido pelo Autuante eiva de nulidade o ato, porquanto, ausente pressuposto de validade do ato administrativo, haja vista que todos os papéis e documentos e anexos gerados pelo sistema da SEFAZ/BA deveriam estar assinados e/ou vistados pela autoridade fiscal, conforme preconiza o §1º, do art. 15, do RPAF-BA/99, o que caracteriza nulidade absoluta do presente auto, o que de pronto fica requerido, não subsistindo a previsão do §2º do aludido artigo.

Diz que, de acordo com o Parágrafo único, do art. 26, do RPAF-BA/99, não se considera início de procedimento fiscal o envio, através do Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, de comunicado dando conhecimento ao sujeito passivo de inconsistência verificada em análise ou cruzamento de informações econômico-fiscais existentes no banco de dados da SEFAZ, neste aspecto, o contribuinte não foi notificado em momento algum de qualquer inconsistência com relação os arquivos magnéticos pela Repartição Fazendária.

Alega nulidade das infrações imputadas em relação ao não recebimento de notificação prévia, informando que os arquivos foram encaminhados no prazo devido. Em segundo plano, mas não menos importante, há que se registrar que não recebeu qualquer notificação alertando para supostas omissões ou divergências até o momento do recebimento da notificação da infração. Observa que não constam nestes Autos a notificação prévia que ensejaria tal infração.

Assevera que, mesmo notificado no momento da verificação da aludida infração, o que houve foi retificação de arquivos já entregues no prazo e que mesmo após a notificação nenhum prejuízo de ordem econômica/financeira e mesmo cadastral, trouxe para a Fazenda Pública Estadual, ressaltando que reconhece a ausência de declaração apenas para o período de 06/2017 a 12/2017. Reproduz a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Sergipe (TJ-SE - APELAÇÃO CÍVEL AC 2004209672 SE (TJ-SE), publ. 05/12/2005) e do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR - APCVREEX: 3143771 PR 0314377-1, Relator: Luiz Mateus de Lima, Data de Julgamento: 14/02/2006, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: 7070). Requer a nulidade das Infrações 01 e 02.

No tocante a nulidade suscitada sob a alegação de narração sucinta da infração, no qual diz que a autuação viola o art. 28, §3º, inciso VI, do Dec. nº 7.629/99, observa que a descrição da infração fiscal cometida fora narrada em apenas duas linhas, para tentar descrever supostos atos de quatro anos de infração, relacionados à atividade deste contribuinte. Prossegue aduzindo que esta narrativa sucinta dificulta sobremaneira a defesa do contribuinte, porquanto parca e lacônica. Afirma que o fisco pretende lhe transferir a obrigação de provar aquilo que o Auto de Infração não conseguiu, invertendo o ônus da prova que, em Direito fiscal é sempre de quem acusa, por aplicação analógica do art. 333,1, c/c o art. 126, 2ª parte, do CPC, do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 108, inciso I, do CTN.

Observa que o art. 28, §3º, inciso VI, do RPAF-BA/99, determina que o termo de encerramento deve conter *a reprodução fiel do teor dos fatos verificados, com declaração expressa, quando for o caso, de que não foi apurada qualquer irregularidade no tocante à legislação, ou, em caso contrário, com descrição detalhada dos fatos apurados*, pois não se pode aceitar que em duas linhas fora detalhada da alegatória de omissão total na apresentação dos SPEDs-fiscais, para fins de incidência de multas fixas do ICMS, um dos impostos mais complexos.

Reitera que a descrição (ou não descrição) se deve a um procedimento clandestino, apressado e impaciente. Relata que não houve estipulação do prazo de duração do procedimento fiscalizatório, que pode ser de 90 dias prorrogado mediante comunicação escrita (art. 28, inciso VII, §1º, do Dec. Estadual nº 7.629/99). Continua frisando que não se sabe quanto tempo durou a fiscalização, mas se fosse um tempo razoável, com certeza, não seria lavrado o presente auto de infração, qualificado como temerário, porquanto desprovido de substrato fático.

Informa que atua em diversas atividades, o que coloca em risco a continuidade de sua empresa.

Consigna não contestar a Infração 01.

No que diz respeito à Infração 02, contesta que a cobrança afirmando ser indevida porque o período compreendido entre o mês 02/2015 a 05/2017, os arquivos foram apresentados no prazo, e quais foram apenas retificados sem nenhum prejuízo para o fisco. Reconhece e diz não contestar as penalidades aplicadas para o período 06 a 12/2017.

No mérito, alega quanto à inaplicabilidade das multas por descumprimento de obrigações acessórias: proibição do *bis in idem*. Reproduz o art. 42, da Lei Estadual nº 7.014/96, inciso XIII-A, alíneas “i” e “l”.

Esclarece que primeiro ponto, no sentido de que ambas as infrações foram por “*deixar o contribuinte de atender a intimação de entrega de arquivo eletrônico ou de corrigir eventuais informações divergentes*”. Contudo, não lhe foram destinadas notificações, afirmando serem, nulas por completo as duas infrações.

Acrescenta que, quando da lavratura do Auto de Infração, o Autuante aplicou isoladamente o inciso XIII-A, alínea “l”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, no entanto, diz que a interpretação das normas tributárias deve ser sistemática, considerando não somente a norma em si como o ordenamento jurídico em que está inserida.

Ressalta que ao aplicar a sanção por descumprimento de obrigação acessória, o Autuante ignorou o inteiro teor da norma, em especial os parágrafos 7º e 8º da mesma. Salienta que tais parágrafos impõem ao agente a flexibilização ou a dispensa da aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória quando não constatada a ocorrência de fraude, dolo ou simulação, até porque, o que houve de fato, foi retificações de arquivos originais transmitidos nos prazos, com exceção dos meses de 07 a 12/2017, porque o sistema de importação de dados do sistema que utiliza não estava sendo recepcionado pelo arquivo do SPED-ICMS, dificultando o andamento dos serviços, mas o atraso, em momento algum, não implicou fraude, dolo, simulação e muito menos, redução indevida de ICMS a pagar, ou insuficiência de recolhimentos, haja vista que os livros ofertados para a fiscalização os livros Contábeis - Diário e Razão analítico dos anos de 2014, 2015, 2016 e 2017). Observa que o Autuante nada relatou em seu reduzido texto de encerramento da fiscalização ter encontrado erros de escrituração, bem como, qualquer tipo de falta de recolhimento de ICMS, o que demonstra, que as retificações dos arquivos magnéticos em nada prejudicaram o fisco estadual.

Sustenta não haver em sua conduta qualquer indício de prática de fraude, dolo ou simulação, sendo que as supostas omissões são provenientes de erro humano que não trouxeram qualquer prejuízo ao Erário, conforme prevê art. 158, do RPAF-BA/99. Transcreve o teor dos artigos 108 e 112 do CTN.

Diz que no art. 112, do CTN, em seu enquadramento legal, o agente fiscal parece não ter se atentado para as normas ali insertas, pois tanto o §8º, do art. 42, do RPAF-BA/99, quanto os transcritos artigos do CTN elegem a equidade como norma interpretativa das penalidades aplicáveis aos contribuintes. Pondera que a norma estadual que estabelece a penalidade aplicada, também o vincula a interpretar a norma de maneira mais favorável ao autuado, conforme preceitua o art. 112, inciso IV, do CTN. Cita julgado do Conselho de Contribuintes de Minas Gerais (Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, Acordão 19.344/II/2<sup>a</sup>) sobre a redução da multa a 10% do valor de sua lavratura. Pugna pela aplicação do art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, combinado com o art. 112, inciso IV, do CTN, no qual diz ser branda ao contribuinte ou mesmo a dispensa da referida multa.

Observa que outro ponto a ser debatido diz respeito ao *bis in idem*, pois, diz que o Auditor reputa que houve omissão de receita, sendo que a omissão de receita teria origem nos próprios registros contábeis cuja transmissão (via Sintegra e EFD) ora são objetos de multa isolada. Reproduz previsão legal no próprio art. 42, §5º, da Lei 7.014/96. Colaciona decisão do Tribunal Regional Federal da 5<sup>a</sup> Região (TRF-5 - AC: 411365 PE 2002.83.00.013649-6, Relator: Desembargadora Federal ACÓRDÃO JJF Nº 0153-03/18

Margarida Cantarelli, Data de Julgamento: 29/05/2007, Quarta Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 21/06/2007 - Página: 1494 - N°: 118 - Ano: 2007).

Reafirma que os arquivos foram entregues nos prazos devidos e com as informações supostamente omitidas retificadas, mas sem prejuízo ao fisco. Esclarece que o relatório fornecido junto ao Auto de Infração é ininteligível, pois parece uma decodificação de arquivo recebido com problemas, no qual trouxe duas considerações: “*1) o contribuinte é responsável pelo envio, mas não pelo que é recebido pelos servidores da Secretaria da Fazenda; 2) o dispositivo legal que serviu de embasamento para a autuação da infração 02 fala em “falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD” (art. 42, XIII-A, 1 da Lei nº 7.014/96)*”. Argui que, não havendo falta de entrega, mas apenas retificações de arquivos já entregues, não há que se discutir sobre conteúdo, ainda que, os documentos, ora juntados, comprovem que os arquivos foram com as informações apontadas como omitidas ou zeradas.

Assevera ser a multa confiscatória, por falta de razoabilidade e por ferir princípios constitucionais, que o fisco não podem só tributar com capacidade contributiva do contribuinte, mas também verificar a impossibilidade em adentrar ao patrimônio do contribuinte através de multas fiscais, agindo assim com inteira probidade, observância rigorosa dos deveres, da justiça e da moral, extrapolando o faturamento e até mesmo o valor patrimonial do contribuinte.

Revela que o SPED foi instituído pelo Dec. nº 6.022/2007, no sentido de integração Estadual e Municipal, racionalizando as obrigações acessórias, tornando mais célere a identificação de ilícitos fiscais. Acrescenta que a Emenda Constitucional nº 42, introduziu o inciso XXII ao art. 37, da CF/88, determinando às administrações tributárias dá União, dos Estados e dos Municípios à atuarem de forma integrada, inclusive com compartilhamento de cadastros e de informações fiscais. Transcreve o art. 3º e incisos do Dec. nº 6.022/03.

Afirma que a multa por atraso no envio da EFD, está estabelecida na Instrução Normativa RFB nº 1.052/2010 que instituiu a escrituração digital da Contribuição para o PIS/PASEP e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS, e com várias alterações, IN RFB nº 1.085/2010, IN RFB nº 1.161/2011, IN RFB nº 1.218/2011 e revogado pela Instrução Normativa RFB nº 1.252/2012.

Destaca que esse emaranhado de normas dificulta o entendimento quanto à escrituração digital. Observa, no que tange à penalidade, ora discutida, no caso do contribuinte atrasar o envio de sua escrituração, ou entregar com omissões, será penalizado com altíssima multa, conforme art. 10º da IN 1.252/2012 - reproduz.

Sustenta que não há como justificar a descabida sanção, sem antes ser abordado o princípio da moralidade administrativa, do direito à razoabilidade, à propriedade, da vedação ao confisco e da capacidade contributiva.

Ao tratar do princípio da moralidade administrativa, reproduz o art. 37, da CF/88 e cita explicação de José dos Santos Carvalho Filho e os ensinamentos de Alexandre de Barros Castro. Afirma que o princípio da moralidade administrativa, o administrativo deve agir rigorosamente os princípios éticos de razoabilidade e justiça. Cita sobre o tema ensinamentos de Odete Medauar.

Declara que, analisando o princípio e as normas pertinentes à EFD - Escrituração Fiscal Digital, chega-se à conclusão de que, mesmo estando o fisco, no caso a RFB - Receita Federal do Brasil amparada em norma para aplicação de sanção, esta ferindo o princípio em apreço, a da capacidade contributiva, do não confisco e da propriedade. Sobre o tema trás a colação ensinamentos de Manoel Gonçalves Filho

Registra quanto ao direito da razoabilidade que finca esclarecimento de que ente arrecadador, este amparado por lei, deve ser razoável em suas aplicações das legislações. Afirma que não é razoável a aplicação de multa inicial de R\$1.380,00, e/ou 1% das operações a uma empresa que tem um faturamento mensal de R\$3.000,00, ou R\$500 mil, ou seja, lá quanto for. Ressalta que o mencionado valor inicial da sanção é para cada mês ou fração em atraso. Reproduz trecho de ACÓRDÃO JJF Nº 0153-03/18

lição de Celso Antônio Bandeira de Mello e entendimento de Eduardo de Moraes Sabbag.

Quanto ao princípio do direito à propriedade, transcreve o art. 5º, da CF/88, sustentando que toda pessoa física ou jurídica, tem direito à propriedade, podendo o ordenamento jurídico estabelecer suas modalidades de aquisição, perda, uso e limites.

Ressalta que o direito de propriedade constitucionalmente consagrado, garante que dela ninguém poderá ser privado arbitrariamente, pois somente a necessidade, a utilidade pública ou o interesse social permitirão a desapropriação.

Declara que a referência constitucional à função social como elemento estrutural da definição do direito à propriedade privada e da limitação legal de seu conteúdo demonstra a substituição de uma concepção abstrata de âmbito meramente subjetivo de livre domínio e disposição da propriedade por uma concepção social de propriedade privada, reforçada pela existência de um conjunto de obrigações para com os interesses da coletividade, visando também à finalidade ou utilidade social que cada categoria de bens objeto de domínio deve cumprir.

Revela que o fisco ao lhe aplicar sanção restringiu o uso de sua propriedade, no caso de uma multa de ofício por atraso no envio da escrituração digital, está o fisco com esta atitude infringindo o princípio da garantia à propriedade privada. Sobre essa matéria ensinamentos do jurista, Hugo de Brito Machado.

Quanto ao princípio do não confisco, reproduz o art. 150, cita a lição de Alexandre de Moraes, entendimento e definição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, comentários de Hugo de Brito Machado, lição de José Osvaldo Casás, manifestações do STF quanto ao princípio da proporcionalidade, (ADI 2.551-MC-QO, Rei. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-4-2003, Plenário, *Dj* de 20-4-2006.), junta algumas ementas do STF sobre multa confiscatória (AI 830300 AgR-segundo/SC - SANTA CATARINA SEGUNDO AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. LUIZ FUX. Julgamento: 06/12/2011 Órgão Julgador: Primeira Turma Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO: DJe-036 DIVULG 17-02-2012 PUBLIC 22-02-2012. RDDT n. 200, 2012, p. 467-170; AI 715058'AgR/ MG – MINAS GERAIS. AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA. Julgamento: 27/03/2012 Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO: DJe-078 DÍVULG 20-04-2012 PUBLIC 23-04-2012).

Ressalta ainda, que a aplicação da multa é sem sombra de dúvida confiscatória e fere o princípio do direito à propriedade e da razoabilidade. Pontua que a RFB ao tentar receber as multas aplicadas sem sombra de dúvida encontrará resistência dos contribuintes, mas em sua grande maioria, encontrará contribuinte que não possui capacidade financeira para pagamento da famigerada sanção. Indaga se não seria mais vantajoso ao fisco (RFB) cobrar uma sanção com mais justiça fiscal, onde o valor da sanção fosse em virtude do porte e faturamento da empresa. Arremata indagando ainda qual seria a vantagem em aplicar uma sanção que acaba por sufocar a empresa.

Sustenta não restar dúvida de que o SPED trará além de maior controle do fisco (Federal, Estadual e Municipal) dos valores de contribuições e demais outras informações. Frisa ser este o poder-dever do Estado, pois tem a obrigação de fiscalizar os contribuintes.

Conclui requerendo que seja declarado:

- Nulo o Auto de Infração por não ter sido lavrado em seu estabelecimento;
- Improcedente a lavratura do Auto de Infração em questão, pelos motivos retomencionados;
- Nulas as multas por infração à obrigação acessória ou que, com base no disposto nos §§ 7º e ss. do art. 42 da Lei nº 7.014/96, sejam canceladas ou reduzidas as multas;
- Nulas as multas por infração à obrigação acessória ou com base no disposto no §1º, do art. 15, do RPAF-BA/99, as penalidades e o inteiro teor do Auto de Infração, sejam integralmente canceladas;
- Promovido na forma do art. 73 e seguintes, do RPAF-BA/99, o resarcimento/restituição de

quantias recolhidas indevidamente a mais;

O Autuante presta informação fiscal fls. 72 a 77, na forma a seguir resumida.

Quanto à preliminar de nulidade suscitada alegando ausência de termo de início de fiscalização, o fiscal reproduz o disposto no art. 28, inciso II, do RPAF-BA/99 para esclarecer que, tendo em vista que o início da ação fiscal foi registrado através do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, conforme atesta o documento de fls. 06, descabe, por completo, o argumento do contribuinte.

Acrescenta assinalando que se tratando a matéria relacionada a descumprimento de obrigação acessória, nas duas modalidades de infrações, o art. 29, inciso I, alínea “a”, do mesmo Diploma Regulamentar mencionado, expressamente dispensa a lavratura de Termo de Início de Fiscalização.

Sobre o argumento do local da lavratura, registra que o Dec. nº 70.235/72, disciplina o PAF no âmbito da União, aplicável aos Estados membros que na Bahia, possui o seu Regulamento próprio que é do Decreto nº 7.629/99. Neste instituto normativo, sustenta que há previsão literal de que poderá ser lavrado na repartição fazendária, conforme preceituado no §1º, do art. 39.

Em relação à alegação de nulidade da Defesa por não ter recebido de notificação prévia, afirma que as infrações apontadas no Auto de Infração não impõem tal exigência. Salienta que a legislação impõe que, diante da falta de apresentação de sua escrituração fiscal, há que haver prévia intimação, para ser aplicada cumulativamente com a penalidade aplicada no auto de infração em lide, a multa de 1% sobre o valor de suas entradas, conforme dispõe o art. 42, XIII-A, alínea “I”, da Lei nº 7.014/96.

Diz restar evidente que a intimação se faz necessário para, em havendo seu não atendimento, a aplicação de outra penalidade, cumulativamente, à imposta no Auto de Infração, conforme se infere da análise do processo, não houve penalidade cumulativa.

Em relação à alegação de nulidade para narração sucinta da infração, informa que não há que se admitir tal argumento como suficiente para se analisar a plausibilidade da preliminar aventada na defesa. Primeiro, porque efetivamente não houve a narrativa de forma sucinta, conforme pode se verificar no campo de descrição dos fatos no auto de infração, fls. 01. Segundo, porque o contribuinte, de forma fundamentada, não aponta qual omissão teria ocorrido na descrição dos fatos, a ponto de prejudicar a adequada descrição da infração cometida.

Assevera que constam no levantamento fiscal: a plena descrição dos fatos ocorridos; a infração cometida e a imputação de penalidade. Não se visualiza como a descrição dos fatos poderia ter prejudicado a correta indicação da materialidade da infração cometida, pois o contribuinte apresentou sua defesa com abordagem específicas sobre a imputação feita na ação fiscal. Chegando a ponto de reconhecer ter cometido as infrações apontadas. Revela que se percebe que o próprio Autuado reconhece que não houve a efetiva transmissão dos arquivos.

No mérito, quanto à Infração 01, verifica que o Autuado reconhece a imputação.

Para a Infração 02, relacionada à EFD, diz que consta no processo a adequada e plena descrição de todos os fatos ocorridos, onde foi informado no corpo de Auto de Infração, fls. 01, que “*o contribuinte, apesar de ter movimentação a partir de fevereiro de 2014, efetuou as transmissões de sua Escrituração Fiscal Digital, nos exercícios de 2014, 2015 e 2016 e de janeiro a maio de 2017 somente contendo as informações de abertura – registro C001, e do encerramento – registro C990, com omissão total das demais informações(...)* Verificou-se, também, a falta de entrega da sua escrituração dos meses de junho a dezembro de 2017, conforme se verifica nos arquivos eletrônicos contidos no CD - Mídia Digital...”.

Declara que refuta por completo a alegação de falta de intimação para retificação dos arquivos de Escrituração Fiscal Digital. Registra que esse procedimento foi adotado na ação fiscal, conforme consta na descrição da infração, com a necessária comprovação através da juntada do documento à fl. 07. Informa que essa intimação tem como objetivo intimar o contribuinte para que efetue

eventuais retificações de inconsistência apresentadas em sua escrituração transmitida, podendo acarretar, caso o intimado não as faça, na imposição de penalidade calculada em 1% sobre suas entradas, penalidade que não foi aplicada, portanto, impertinente a alegação do Autuado.

Sobre a alegação de que sua conduta não apresenta indício de fraude, dolo ou simulação, pontua que não teria ocorrido falta de pagamento de ICMS em decorrência do descumprimento das obrigações acessórias imputadas. Destaca que em nenhum momento isso foi apontado no Auto de Infração, pois o que se identificou, impondo a aplicação de penalidade, foi o descumprimento de obrigações tributárias acessórias. A primeira, relacionada a informações prestadas através de Declaração Mensal de Informações e Apuração do ICMS - DMA, onde o contribuinte prestou informações totalmente inverídicas a respeito de suas movimentações nos exercícios de 2014, 2015, 2016 e 2017.

Acrescenta frisando que nos documentos obtidos no Sistema da SEFAZ de Informações do Contribuinte - INC, fls.30 a 33, constata-se que o Autuado da informou não ter, naquele período, qualquer movimentação econômica, situação plenamente inversa à realidade, conforme se verifica nas próprias informações prestadas após a intimação para apresentar a sua EFD, conforme atestam os documentos de fls. 09 à 29.

Registra que a exigência de entrega de sua Escrituração Fiscal Digital e da DMA não decorre, apenas, da necessidade do Fisco ter conhecimento da existência de ICMS a ser pago. Disse que em inúmeras situações, mesmo que não haja ICMS a recolher, o cumprimento dessas obrigações tributárias acessórias tem elevada importância para o poder público e para a sociedade.

Observa que as informações prestadas por essas declarações subsídiam todo o planejamento de fiscalização da SEFAZ. Lembra que as informações prestadas através da DMA constituem a principal fonte de dados para cálculo da participação dos municípios na arrecadação do ICMS. Independentemente de haver ou não ICMS a recolher, a omissão dos contribuintes de sua real movimentação impede a correta apuração do índice de valor adicionado - IVA, que é o fator que define a participação de cada município no total arrecadado.

Quanto ao pleito da Defesa pela possibilidade de absorção da multa por descumprimento de obrigação acessória pela multa por descumprimento da obrigação tributária principal, afirma que não guarda a alegação com os fatos ocorridos, sendo impossível aventar-se tal possibilidade, pois não houve multa por descumprimento de obrigação principal.

Chama atenção para a análise do aspecto aventado pelo Impugnante de não ter ocorrido falta de entrega e sim retificações dos arquivos, pois assevera não haver dúvida sobre a ocorrência dos fatos narrados na ação fiscal. Esclarece que, através da análise dos arquivos que estão na Mídia - CD, que compõe o processo, fls. 35, ocorreu a devida entrega de cópia ao contribuinte, conforme atesta o documento de fls. 34, onde há descrição de que contém os arquivos digitais da EFD entregues originalmente e dos arquivos entregues após a intimação, pode-se perfeitamente constatar a ocorrência de falta de entrega de escrituração de EFD.

Frisa que foram juntados recibos de entrega de escrituração fiscal digital datados a partir de 23/03/2018, portanto após a intimação, fls. 07, feita em 14/03/2018. Revela que o próprio contribuinte concorda com a aplicação da penalidade relacionada ao período de junho a dezembro de 2017.

Observa que através da análise das próprias declarações apresentadas pelo contribuinte, fls. 09 a 29, após intimação, confirma-se que a partir de fevereiro de 2015 o contribuinte tem movimentação de saídas e entradas de mercadorias. No entanto, efetuou comprovação através dos arquivos presentes no CD, transmissão dos arquivos mensais de sua escrituração fiscal totalmente “zerados”, contendo, apenas, os dados relativos a abertura e encerramento, que nada mais são do que os dados que informam do que os dados cadastrais do contribuinte.

Assinala que o dispositivo legal aplicado ao caso, art. 42, inciso XIII-A, alínea “I”, da Lei nº 7.014/96, impõe a penalidade pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD. Frisa que o mandamento legal menciona a falta de entrega da

escrituração. Diz verificar que o contribuinte efetuou a transmissão, exceto o período de junho a dezembro de 2017, que, como demonstrado não houve qualquer transmissão, de apenas arquivos com dados cadastrais, não houve a efetiva entrega da escrituração fiscal.

Indaga que se o contribuinte era obrigado a escrituração através de livros fiscais físicos, que era a regra anterior a criação da escrituração fiscal digital, seria a situação análoga ao contribuinte entregar ao fisco seus livros fiscais totalmente sem informações, apenas contendo o termo de encerramento de abertura e de encerramento, poder-se-ia alegar que o contribuinte efetuou sua escrituração fiscal. Assevera, claro que não. Esclarece que a escrituração fiscal digital, através de sua definição na legislação fiscal, é a forma que o contribuinte deve prestar informações de suas movimentações ao fisco. Sustenta nada adiantar a transmissão de arquivos eletrônicos totalmente sem informações de sua movimentação, portanto, sem a devida escrituração.

Diz que essa conclusão pode ser extraída do comando legal, tanto em função de sua interpretação literal, como de sua interpretação finalística (teleológica). Frisa que literalmente o texto legal menciona a falta de entrega, no prazo, de sua escrituração fiscal. Acrescenta assinalando que é a forma definida na legislação do contribuinte prestar informações ao fisco.

Indaga se houve a escrituração no caso em tela, e em seguida, responde taxativamente que não.

Registra que a finalidade da entrega da escrituração fiscal digital é fornecer ao fisco elementos que possibilitem o exercício as atividades de controle, avaliação e planejamento. Observa que são atividades distintas da fiscalização propriamente dita, que é exercida por auditor fiscal. Por isso, salienta que a situação em lide demonstra que a legislação não foi atendida, pois não houve entrega da escrituração fiscal, que deve conter as informações de entradas, saídas, com o detalhamento suficiente para se identificar a natureza das mercadorias, sua definição, e o enquadramento tributário.

Por fim, quanto à alegação de ser a multa confiscatória, estabelece que não ser a matéria submetida ao decisório em contencioso administrativo. Sustenta que restam definidas as penalidades impostas através da Lei nº 7.014/96.

Requer pela Procedência total do Auto de Infração.

## VOTO

Inicialmente, cabe apreciar a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante.

Suscita o Impugnante preliminar de nulidade do Auto de Infração por ausência do Termo de Início de Fiscalização, entretanto, constato que não procede a alegação, haja vista que consta à fl. 06, Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, devidamente assinado por preposto do Autuado que, de acordo com o inciso III, do art. 26 do RPAF-BA/99, - *"Intimação, Por Escrito, ao Contribuinte, Seu Preposto ou Responsável, Para Prestar Esclarecimento ou Exibir Elementos Solicitados Pela Fiscalização"*, com a sua expedição, também se considera iniciado o procedimento fiscal. Portanto, substitui o Termo de Início de Fiscalização que, do mesmo modo, cientifica o Contribuinte de que se encontra sob ação fiscal. Assim, fica refutada essa preliminar de nulidade.

Suscitou também o Autuado, nulidade da autuação por ter sido o Auto de Infração lavrado no estabelecimento autuado. Constatou que também não deve prosperar a pretensão do Autuado, uma vez que o §1º, do art. 39 do RPAF-BA/99, *"o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração"*.

Não deve prosperar também a nulidade suscitada pelo fato de não ter sido intimado previamente das irregularidades apontadas no Auto de infração. Eis que inexiste previsão legal de intimação prévia antes da lavratura do Auto de Infração, quando o Autuado encontra-se sob ação fiscal.

No tocante à preliminar de nulidade relativa à *"Narração Sucinta da Infração"*, depois de compulsar os elementos que compõem os autos, constato que não procede a alegada falta de clareza suscitada pelo Impugnante, pois a descrição das duas irregularidades arroladas no Auto de Infração, além de se referirem a fatos expressamente simples - declaração incorreta da

Declaração Mensal de informações e Apuração do ICMS – DMA, e falta de entrega de arquivos eletrônicos da Escrituração Eletrônica Digital – EFD, afiguram-se devidamente explicitadas nos autos, não se verificando qualquer óbice para a sua perfeita compreensão. Ademais, o Impugnante não apontou de forma objetiva qual a suposta obscuridade na descrição das aludidas infrações. Por isso, não vislumbro razões para se decretar a invalidação do lançamento de ofício. Isto porque houve na peça acusatória, a descrição precisa dos fatos considerados infração à legislação tributária e o enquadramento desses fatos na legislação de regência do imposto.

Diante do exposto, não acolho as nulidades arguidas.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS baiano por descumprimento de obrigação acessória, consoante descrição pormenorizada no preâmbulo do relatório.

Com relação à Infração 01, o Impugnante expressamente declara a sua não contestação. Logo, ante a inexistência de lide fica mantida.

A Infração 02 acusa o sujeito passivo da falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, nos prazos previstos na legislação do ICMS, sendo exigida a Multa fixa no valor de R\$1.380,00, por cada período de apuração, com fundamento na alínea “I”, do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei 7.014/96.

A acusação fiscal se alicerça no dispositivo supra citado cujo teor é o seguinte, *in verbis*:

*Lei nº 7.014/96*

*Art. 42*

[...]

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

[...]

*I) R\$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;*

Por seu turno, a obrigação de transmitir mensalmente o arquivo da EFD é determinada expressamente pelo art. 248, e pelo §2º do art. 250, e do RICMS-BA/12, *in verbis*:

*“Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital - EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, exceto para o microempreendedor individual e para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional.”*

*“Art. 250. O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço “<http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>”, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA).*

[...]

*§ 2º O contribuinte deverá transmitir arquivo de EFD, por estabelecimento, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.”*

Em sede defesa, ao cuidar do mérito, o Autuado reconheceu o cometimento da infração somente em relação ao período de junho a dezembro de 2017, fl. 47, ou seja, alegou que nesse período, o seu sistema de importação de dados utilizado não estava sendo recepcionado pelo arquivo SPED-ICMS, dificultando o andamento dos serviços. Explicou que o atraso, em momento algum implicou fraude, dolo, simulação e nem redução indevida de ICMS a pagar. Com relação aos demais meses, assinalou que de fato, o que ocorreu foi tão-somente a retificação dos arquivos originais transmitidos nos prazos previstos na legislação.

O Autuante, em sua informação fiscal, manteve integralmente a autuação destacando que, com exceção do período confessado pelo próprio Defendente, nos demais meses, O Impugnante enviou a EFD constando apenas os dados cadastrais, ou seja, sem registrar dado algum de sua escrituração mensal. Esclareceu que os recibos de entrega acostados às fls. 09 a 29, refletem o acerto da autuação, uma vez que correspondem às correções efetuadas pelo Autuado em 23/03/18, portanto, após o inicio da ação fiscal que ocorreu em 07/02/18.

Depois de examinar as peças que compõem o Auto de Infração, de acordo com os fatos supra expendidos, verifico que fica patente nos autos que o Impugnante, no período de julho a dezembro de 2018, efetivamente, não transmitiu para a SEFAZ os arquivos de sua EFD a que estava obrigado pela legislação de regência. Portanto, resta indubidousamente comprovado o cometimento da infração nesse período.

No que diz respeito aos demais meses arrolados no levantamento fiscal, fl. 08, constato que o Impugnante, no prazo regulamentar, transmitiu os arquivos da EFD “zerados”, isto é, somente contendo seus dados cadastrais sem constar as informações atinentes a suas operações. Tais operações somente foram transmitidas em 23/03/18 nas EFD corrigidas pelo Impugnante, ou seja, quando já se encontrava sob ação fiscal.

Assim, entendo que no momento em que se iniciou a ação fiscal, o Autuado não havia transmitido a EFD contendo a escrituração dos demais períodos arrolados no levantamento fiscal. O que evidencia de modo inconteste, o descumprimento da obrigação acessória prevista na alínea “I”, do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei 7.014/96.

Constatou também que não se sustenta a alegação da defesa de que ocorreria *bis in idem*, haja vista que as imputações objeto da autuação são distintas, portanto, não há que se falar em *bis in idem*.

O Autuado, em suas razões defensivas, asseverou tão-somente que a irregularidade apurada não implicou falta de recolhimento do imposto, uma vez que são aplicadas por descumprimento de obrigações acessórias.

Solicitou também, com base no §7º, do art. 42 da Lei 7.014/96, a redução ou o cancelamento da multa, por se tratar de descumprimento de obrigação acessória e não ter implicado falta de recolhimento do imposto, e sua conduta não foi praticada com dolo, fraude ou simulação.

Em que pese o pleito do Impugnante para cancelamento e redução da multa, e da existência de previsão de redução de multas por descumprimento de obrigação acessória, entendo que no presente caso não se deva aplicar a referida redução, uma vez que a ausência dos arquivos magnéticos e sua entrega fora do prazo legal, cria grandes dificuldades para o planejamento da fiscalização, praticamente impossibilitando, atualmente, a realização dos roteiros de auditoria tributária. Ademais, não é possível asseverar, nos presentes autos, se a falta de entrega da EFD no período fiscalizado, implicou ou não na falta de recolhimento do imposto.

Dessa forma, remanesce caracterizada a irregularidade apurada, sendo devido o valor exigido por falta de entrega dos arquivos eletrônicos da EFD no período arrolado no Auto de Infração.

Concluo pela subsistência da Infração 02.

Ante o 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 281231.0003/18-6, lavrado contra **MINAS AÇO SISTEMA CONSTRUTIVO INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$44.300,00**, previstas no art. 42, XIII-A, incisos “I”, e XVIII, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de setembro de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – JULGADOR