

A. I. Nº - 269275.0007/19-3
AUTUADO - COMERCIAL DE ESTIVAS BS LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RICARDO SANTOS CORREIA DA CUNHA
ORIGEM - INFAZ NORDESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19.09.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0138-05/19

EMENTA: ICMS. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD, A QUE ESTAVA OBRIGADO. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 27/03/2019, lançando crédito tributário, em decorrência da seguinte infração à legislação do supracitado imposto:

Infração 01 - 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, com multa no valor histórico de R\$262.204,57.

Contribuinte intimado 2 vezes ao longo do trimestre para regularizar a omissão na entrega das EFD's.

Enquadramento Legal: Artigos 247, 248, 249 e 250 do RICMS, aprovado pelo Dec. 13.780/12. Multa Aplicada: Art. 42, inciso XIII-A, alínea “L”, da lei 7.014/96, C/C a Lei 12.917/13 e Art. 106 e Art. 112 do CTN – Lei 5.172/66.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 11/04/19, via DTE à fl. 25, e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 10/06/19, peça processual que se encontra anexada às fls. 27/34. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por sua advogada, a qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração, constante nos Autos à fl. 43.

Em sua peça defensiva a Impugnante inicialmente aborda a tempestividade da mesma, fazendo em seguida um breve resumo sobre a acusação fiscal.

Na sequência, afirma que a empresa não recebeu nenhuma Intimação específica em relação à EFD – Escrituração Fiscal Digital, dizendo que apenas recebeu intimação solicitando Livros Fiscais e documentos de arrecadação, que são documentos diferentes da EFD.

Aduz que a Escrituração Fiscal Digital – EFD é um arquivo eletrônico, com validade jurídica, implantada a nível nacional através do Decreto Federal nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007, que substitui a apresentação de Livros Fiscais, e que as intimações apresentadas pela Fiscalização, que ora embasam a presente aplicação de multa, são ineptas, pois não alcançam o objetivo jurídico perfeito.

Expõe que o auto de infração é um ato jurídico que produz efeitos jurídicos e, como tal, exige todos os requisitos necessários para sua validade jurídica para tanto, ou seja, que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e que obedeça à forma prescrita em lei.

Transcreve o art. 18 do RPAF/BA visando demonstrar que houve descumprimento do mesmo, alegando ter havido flagrante cerceamento ao Direito de Defesa e falta de elementos para se determinar, com segurança, a infração.

Relata que na modalidade de ato vinculado, o auto de infração deve conter os exatos e precisos ditames determinados na lei específica, e que a falta de um documento essencial para o seguimento do feito acarreta a nulidade do ato.

Traz a colação ensinamentos de Plácido e Silva, e de Hely Lopes Meirelles a respeito da Teoria das Nulidades.

Enfatiza que no presente Processo Administrativo Fiscal o autuante no afã de desenvolver seu mister, suprimiu direitos fundamentais do contribuinte para o completo exercício do seu direito de defesa, consagrado na Carta Magna (art. 5º LIV da C.F.).

Acrescenta que o Princípio do Devido Processo Legal é assegurado a todos, e nesse sentido destaca lições de Alberto Xavier, requerendo a nulidade do Auto de Infração.

Suscita também a decadência do período compreendido entre janeiro e março de 2014, alegando já ter extrapolado 5 (cinco) anos da ocorrência do Fato Gerador, situação já consolidada pelo Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0, cujo teor transcreve.

Diz que resta patente que a empresa se enquadra nos pré-requisitos para aplicação da contagem do prazo decadencial a partir da ocorrência do fator gerador, pois declarou regularmente as ocorrências dos fatos jurídicos tributários, apurou os montantes dos impostos devidos, efetuou os devidos pagamentos, bem como não incorreu em prática de dolo, fraude ou simulação.

Entretanto, ressalta, que por amor ao debate, adentrará no mérito da autuação, em relação ao restante do período, para demonstrar a improcedência da autuação.

Aduz, que não obstante as falhas processuais anteriormente elencadas, e em não sendo aceita a nulidade requerida, suscita a previsão legal da redução ou cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória, através do Art. 158 do RPAF/BA, que transcreve.

Argumenta que a empresa se enquadra nos pré-requisitos para aplicação da redução ou cancelamento da multa aplicada, pois declarou regularmente as ocorrências dos fatos jurídicos tributários, apurou os montantes dos impostos devidos, efetuou os devidos pagamentos, bem como não incorreu em prática de dolo, fraude ou simulação.

Ao final, requer que seja reconhecida a nulidade do lançamento, ou que no mínimo, seja determinada a improcedência por decadência dos períodos requeridos, e consequente redução ou cancelamento da multa aplicada.

O autuante presta informação fiscal, à fl. 50, inicialmente esclarecendo que o contribuinte foi regularmente intimado 3 vezes (1ª intimação - folhas 5 a 7 deste processo, constando data de postagem 18/Dezembro/18, data da ciência 03/Janeiro/19 e data da leitura 09/Janeiro/19) (2ª intimação – folha 8 deste processo – específica para omissão de EFD - data da ciência 09/Janeiro/19) (3ª intimação – folha 9 deste processo – específica para omissão de EFD - data da ciência 19/Janeiro/19).

Comenta que talvez o contribuinte não tenha o hábito de ler as mensagens em seu DTE, mas que neste caso, a leitura foi feita, mesmo que depois do que deveria fazer.

Volta a enfatizar que, ao contrário do que afirma o contribuinte, ele foi regularmente intimado 3 vezes, sendo que as duas últimas especificamente para corrigir omissões de entrega de EFD's.

Explica que a Ordem de Serviço compreende os exercícios de 2014, 2015, 2016 e 2017, sendo que por orientação da Infaz, para evitar a decadência do exercício de 2014, foi orientado que fosse feita a lavratura do presente Auto de Infração com a multa formal somente do exercício de 2014. Acrescenta que em relação aos demais exercícios (2015, 2016 e 2017) o contribuinte foi orientado a regularizar a omissão para que possa ser fiscalizado no futuro.

No que diz respeito à alegação de decadência entre Janeiro e Março de 2014, esclarece que a data da ciência considerada é 3/Janeiro/19 (conforme documento constante às folhas 5 a 7 deste processo), e que dessa forma os 5 anos do prazo decadencial são contados a partir dessa data, de tal forma que os fatos geradores ocorridos a partir de 3/Janeiro/14 podem ser objeto de reclamação por parte da Fazenda Pública neste Auto de Infração.

Em relação ao mérito, diz que o contribuinte limita-se a tentar desconstituir o Auto de Infração por preliminares (falta de intimação específica e decadência) ou pedindo a redução ou

cancelamento da multa, o que de certa forma configura a confissão implícita da falta de cumprimento de obrigação acessória, que se perpetua até a data atual (5 de Julho de 2019), conforme relatório que informa anexar.

Esclarece também que os EFD's são absolutamente necessários para uma fiscalização efetiva do contribuinte (supermercado varejista, com milhares de itens diferentes e de muito difícil fiscalização), razão pela qual, pede a manutenção da multa formal de maneira integral, pois a redução significaria que simplesmente o contribuinte não seria fiscalizado neste exercício de 2014.

Ao final, roga para que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

VOTO

Preliminarmente, constato que o Auto de Infração foi lavrado sob a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99, a descrição dos fatos considerados como infração das obrigações, foram apresentados de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apta a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Descabe a alegação defensiva de que não recebeu nenhuma Intimação específica em relação à EFD, pois verifico que o contribuinte foi regularmente intimado 2 (duas) vezes, conforme Termos às fls. 08 e 09, sendo que o sujeito passivo tomou ciência em 09/01/19 e 19/02/19, respectivamente, e tendo como solicitação expressa, nessas intimações, a entrega das EFD's do período de janeiro a dezembro de 2014.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como segue.

Em preliminar de mérito, o autuado arguiu a decadência da exigência relativa aos meses de janeiro a março de 2014, alegando que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 11/04/2019.

Disse ser patente que a empresa se enquadra nos pré-requisitos para aplicação da contagem do prazo decadencial a partir da ocorrência do fator gerador, pois declarou regularmente as ocorrências dos fatos jurídicos tributários, apurou os montantes dos impostos devidos, efetuou os devidos pagamentos, bem como não incorreu em prática de dolo, fraude ou simulação.

Analisando a preliminar de decadência suscitada pelo defendente, o entendimento que vem prevalecendo neste Conselho de Fazenda 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, situações que devem ser enquadradas na regra do art. 173, I do CTN.

Destarte, podemos chegar as seguintes conclusões:

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.

Fixadas as premissas acima expostas, verifica-se que estas somente se aplicam às hipóteses submetidas a lançamento por homologação, que somente ocorrem nos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de “antecipar” lançamento, e o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sujeitando-se a posterior homologação, expressa ou tácita, por aquela autoridade. E que o entendimento ali consignado é aplicável apenas aos fatos geradores da obrigação tributária, no que se refere às obrigações de pagar imposto (obrigações de dar pecúnia).

Nesta linha de raciocínio, entendo que a infração que deu origem ao Lançamento de Ofício em lide, a qual está relacionada com o descumprimento de obrigação acessória, não se submete ao regramento do art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), pois se refere à obrigação de fazer (entregar arquivos magnéticos), não havendo, em relação à mesma, ato de lançamento ou pagamento a ser homologado pelo fisco. Em decorrência de tal fato, se submete ao prazo de contagem geral, estabelecido no art. 173, I do CTN, que tem início a partir de 1º dia do exercício seguinte à ocorrência dos respectivos fatos geradores.

Considerando que os fatos geradores na presente autuação ocorreram no exercício de 2014, o fisco dispunha de prazo até 31/12/19 para formalizar o lançamento de ofício, e como o autuado tomou ciência da autuação em 11/04/19 (DTE à fl. 25), o débito lançado por descumprimento de obrigação acessória não foi atingido pela decadência.

No mérito, o presente processo exige a 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 do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, que não foi enviado no período de janeiro a dezembro de 2014.

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

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

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

Dessa forma, não acato as alegações defensivas, haja vista que restou comprovado por meio das intimações de fls. 08 e 09 que o autuado foi intimado para entrega das informações por meio da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos de trinta dias e não consta nos autos que o contribuinte tenha atendido às mencionadas intimações.

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:

l) 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 da irregularidade apontada, sendo devidos os valores apurados no 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.

Quanto ao pedido de redução ou cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 158 do RPAF/BA, não considero pertinente o acatamento, salientando 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.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269275.0007/19-3**, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS BS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no montante de **R\$262.204,57**, prevista no inciso XIII-A, “I” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios, conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2019.

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR