

PROCESSO - A. I. Nº 281231.0003/18-6
RECORRENTE - MINAS AÇO SISTEMA CONSTRUTIVO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0243-04/12
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 03/04/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0064-12/20

EMENTA: ICMS. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO EFD NO PRAZO REGULAMENTAR. Comprovado que arquivos magnéticos foram entregues no prazo regulamentar sem informação de dados e a retificação feita em atendimento a intimações mantiveram inconsistências. Mantida a exigência fiscal, de ofício, retificado o reenquadramento da multa para da alínea “l” para a “j” do art. 42, XIII-A da Lei nº 7.014/96. Infração procedente. Rejeitado as nulidades suscitadas e pedido de redução ou cancelamento por falta de amparo legal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Voluntário interposto nos termos do art. 169, I, “b” do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida pela 3ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 03/05/2018, aplicando multas por descumprimento de obrigações acessórias totalizando R\$44.160,00, em decorrência das seguintes infrações:

2. *Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD) nos prazos previstos na legislação tributária em diversos meses (2015, 2016 e 2017). Exigida a multa de R\$1.380,00, por cada período de apuração totalizando o montante de R\$44.160,00. Consta na descrição dos fatos foram transmitidas EFD nos exercícios de 2014, 2015 e 2016 sem nenhuma informação de suas movimentações, o que culminou na penalidade prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “l”, da lei 7.014/96”;*

A 3ª JJF na apreciação da lide (fls. 81/90) inicialmente rejeito as preliminares de nulidade: i) ausência do Termo de Início de Fiscalização - à fl. 06 consta a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos (art. 26, III do RPAF-BA); ii) Auto de Infração lavrado fora do estabelecimento autuado - previsão contida no §1º, do art. 39 do RPAF-BA; iii) não ter sido intimado previamente das irregularidades apontadas, por inexistir previsão legal de intimação prévia antes da lavratura do Auto de Infração, quando o autuado encontra-se sob ação fiscal; iv) Narração Sucinta da Infração - descrição das irregularidades comprovada com as DMAs e EFD.

No mérito, apreciou que com relação à infração 1, o impugnante expressamente declarou a sua não contestação e diante da inexistência de lide, manteve a exigência fiscal.

Quanto a infração 2, que acusa falta de entrega do arquivo da EFD, nos prazos previstos na legislação do ICMS, apreciou que a acusação fiscal se alicerça no dispositivo do art. 42 XIII-A, “l” da Lei nº 7.014/96, que transcreveu à fl. 89 e artigos 248 e 250 do RICMS/BA:

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 expostos, 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 incontestável, o descumprimento da obrigação acessória prevista na alínea “l”, do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei 7.014/96.

Constatou também que não se sustenta a alegação da defesa de que ocorreu 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 ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 100 a 118), o sujeito passivo inicialmente ressaltou a sua tempestividade, descreve as infrações, argumentos apresentados na impugnação inicial, comenta as fundamentações da decisão ora recorrida, que passa contestar alegando que as irregularidades apontadas devem ser anuladas pelos motivos de fato e razões de direito, que passa a demonstrar.

Em síntese reapresentou os argumentos da impugnação inicial, suscitando a nulidade das infrações 1 e 2, por não ter recebido notificação prévia quanto as omissões ou divergência de informações apuradas nos arquivos magnético, a exemplo de decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de Sergipe (AC 2004.209672/2005) e do Paraná (APCREEEX 3143771-1/2006), (fls. 103/104).

Suscitou a nulidade também por haver uma narração sucinta da descrição da infração em duas linhas, fatos relativos a quatro anos de atividade deste contribuinte, violando o art. 28, §3º, VI do RPAF/BA, além de não haver prazo estipulado de fiscalização, que é de 90 dias.

No mérito, quanto a infração 1, afirma que “Não foi contestada essa infração”.

Quanto a infração 2, diz que:

- A) Mantem a contestação relativa ao período de 02/2015 a 05/2017, tendo em vista que os arquivos foram apresentados no prazo e foram retificados sem nenhum prejuízo para o FISCO;
- B) Entretanto, os meses autuados de 02/2016, 05/2016, 06/2016, 07/2016, 01/2017 e 04/2017 efetivamente NÃO TIVERAM REGISTROS DE MOVIMENTOS DE ENTRADAS E SAÍDAS, motivo pelo qual, foram zerados mesmos, não autuação pelo fisco.
- C) Não pretendemos contestar as penalidades aplicadas para o período 06 a 12/2017.

Argumenta não está procrastinando, mas sim demonstrar por meio de elementos concretos, confiáveis e irrefutáveis do descumprimento das obrigações acessórias.

Quanto as multas aplicadas previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, requer a aplicação do disposto nos parágrafos 7º e § 8º que dispõem sobre o cancelamento ou redução, por não haver *ocorrência de fraude, dolo ou simulação*, nos termos dos artigos 108 e 112 do CTN, e o aplicado pelo Conselho de Contribuintes de Minas Gerais, reduzindo a multa a 10% (Acórdão 19.344/11/2ª – fl. 108).

Atenta que as infrações acusam “*deixar o contribuinte de atender a intimação de entrega de arquivo eletrônico ou de corrigir eventuais informações divergentes*”, mas não há notificações destinadas ao contribuinte, o que conduz a nulidade das infrações 1 e 2.

Ressalta ainda que houve retificações de arquivos originais, transmitidos nos prazos, com exceção dos meses de 07 a 12/2017, além de ter ofertados os Livros Contábeis, sem ter encontrado erros de escrituração, falta de recolhimento de ICMS, o que demonstra que as retificações dos arquivos não prejudicaram o fisco estadual.

Requer o cancelamento ou redução da multa nos termos do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96.

Argumenta ocorrência de bis in idem, visto que a fiscalização “reputa que houve omissão de receita” com base nos registros contábeis e o previsto no art. 42, §5º que determina que “A multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal” como decidiu o TRF/PE (AC: 411365 PE 2002.83.00.013649-6/2007).

Argumenta que os arquivos foram entregues nos prazos e retificadas as informações omitida, considerando que: 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). 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).

Quanto ao valor da multa, alega que ser elevada, assumindo o caráter confiscatório previsto no art. 150, IV da CF, além de outros direitos-garantia, que o “servidor público não é obrigado a cumprir normas ilegais ou leis inconstitucionais”, nos termos do art. 116, I e II da Lei nº 8.112/90.

Cita decisão de Tribunais Superiores neste sentido (REsp 172.816-SP/98 e REsp 9.421-0/PR, considerando a ausência de lesão, dolo ou má-fé, finalidade da DIRPF, multa confiscatória, relativo a autos remetidos pela Receita Federal e não ser cabível a aplicação da multa antes do cumprimento do prazo de vinte dias para pagar os débitos.

Por fim, alega não ter sido provado a existência de uma “*aquisição de disponibilidade econômica*

ou jurídica" que resultasse em aumentar do patrimônio para ser exigir multa fiscal ICMS" (CTN, art. 43, 114 e 116, I e II; STF, RTJ 66/150) e a Notificação fiscal baseia se em presunção fiscal, incompatível com a atividade vinculada e regrada da administração tributária, porque permitiu a correção dos arquivos e posteriormente aplicou multa no valor de R\$ 44.300,00.

Requer a declaração de nulidade "*o Auto de Infração por não ter sido lavrado no estabelecimento da Impugnante*"; improcedência pelos motivos retomencionados; declare nulas com base no disposto nos §§ 7º e ss. do artigo 42 da Lei nº 7.014/96; sejam canceladas ou reduzidas; com relação à indevida aplicação e aos meses que NÃO TIVERAM REGISTROS DE MOVIMENTOS DE ENTRADAS E SAÍDAS, que foram zerados; sejam canceladas por as infrações não terem sido praticadas com dolo, fraude ou simulação e não implicaram na falta de recolhimento de tributo;

E ainda que: "*V - Na forma do Artigo 73 e seguintes, do RPAF/BA, desde já vem pleitear o resarcimento/restituição de quantias recolhidas indevidamente a maior*".

VOTO

O auto de infração acusa o cometimento de duas infrações, sendo que no recurso interposto o sujeito passivo inicialmente suscitou a nulidade das infrações 1 e 2, e em seguida manifestou que em relação a infração 1, no item "1.2 Não foi contestada essa infração" (fl. 105).

Constatou que em termos gerais o recorrente não contestou as fundamentações da Decisão ora recorrida, mas sim reapresentou as alegações contidas na impugnação inicial.

Quanto a nulidade suscitada sob o argumento de não ter recebido notificação prévia quanto as omissões ou divergência de informações apuradas nos arquivos magnéticos, observo que na Decisão proferida foi fundamentado que "*inexiste previsão legal de intimação prévia antes da lavratura do Auto de Infração, quando o Autuado encontra-se sob ação fiscal*", que considero correta, tendo em vista que o contribuinte foi intimado para apresentar Livros e Documentos (fl. 6) e em seguida para retificar arquivos magnéticos com indicação das inconsistências contidas nos arquivos da EFD (fl. 7) e tendo sido descrita os dispositivos da legislação do ICMS infringidos e tipificado a multa prevista na Lei nº 7.014/96, não há previsão de prévia notificação.

Ressalto que as Decisões emanadas por Tribunais de Justiça Estaduais não possuem vinculação à administração pública estadual e decisões proferidas em conselhos administrativos.

Quanto a nulidade suscitada sob o argumento de narração sucinta da descrição da infração, a 3ª JJF fundamentou que as irregularidades apontadas referem a fatos simples, o que entendo estar correta. A infração 1 acusa declaração incorreta de dados na DMA, cuja cópia juntada à fl. 33 indica ausência de dados (valores de entradas e saídas zero), bem como em relação a infração 2, relativo a falta de entrega de arquivos eletrônicos da EFD, foi precedido de intimação (fl. 7) e juntada de arquivos às fls. 9 a 29, bem como a descrição dos fatos, dispositivos regulamentares infringidos e multas tipificadas. Por isso, fica rejeitada a nulidade suscitada, sendo que nas razões de méritos serão apreciadas as questões materiais pertinentes a ocorrência da infração.

No fim do recurso interposto, requereu a declaração de nulidade pôr o Auto de Infração não ter sido lavrado no estabelecimento autuado. Observo que conforme fundamentado na decisão recorrida 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*", motivo pelo qual não procede a nulidade suscitada que fica rejeitada.

No mérito, a infração 1, "Não foi contestada".

Quanto a infração 2, observo que o recorrente reconheceu as penalidades do período 06 a 12/2017.

Quanto ao período de 02/2015 a 05/2017, alegou que os arquivos foram apresentados no prazo e retificados, ressaltando que os meses 02/2016, 05/2016, 06/2016, 07/2016, 01/2017 e 04/2017 NÃO TIVERAM REGISTROS DE MOVIMENTOS DE ENTRADAS E SAÍDAS e foram efetivamente zerados.

Com relação ao período que os arquivos foram apresentados no prazo e zerados, não seria cabível a aplicação da multa pela falta de entrega no prazo regulamentar, visto que o art. 250, §2º do RICMS/BA estabelece que 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*”.

Entretanto, caso o contribuinte entregue o arquivo EFD sem conter todos os dados relativos aos documentos fiscais, o art. 247, §4º do RICMS/BA, estabelece:

Art. 247. A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas... (Conv. ICMS 143/06).

§ 2º Consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

...
§ 4º O contribuinte terá 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.

Na situação presente, o contribuinte foi intimado para fazer correção dos arquivos magnéticos entregues zerados e fez a entrega no período de 23 a 26 de março de 2018 (fls. 9 a 29) sem o nível de detalhe exigido pela legislação. Neste caso, a multa aplicada prevista no art. 42, XIII-A, “I” da Lei nº 7.014/96 deve ser reenquadrada para a alínea “j” do mesmo artigo e inciso, que prevê:

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) 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, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido 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 e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;

Portanto, é cabível a aplicação da multa para cada mês que o sujeito passivo entregou o arquivo magnético zerado ou que efetuou a correção mas não atendeu o nível exigido na legislação, nos termos do art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, tendo em vista que o arquivo magnético entregue não cumpre a finalidade da norma, que é fazer com que o contribuinte entregue a EFD no prazo previsto na legislação e caso faça a entrega de arquivos com inconsistências deve ser intimado para corrigi-los de modo que possa ser desencadeado os roteiros de auditorias fiscais.

Por tudo que foi exposto, fica mantida a multa aplicada, com o reenquadramento.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução das multas aplicadas, observo que os parágrafos 7º e 8º que dispõem sobre redução ou cancelamento de multas foram revogados pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, com efeitos a partir de 13/12/19 e Lei nº 12.605, de 14/12/12, com efeitos a partir de 15/12/12, motivo pelo qual não podem ser aplicados.

Com relação a alegação de que que ocorreu *bis in idem*, por aplicar multas nas infrações 1 e 2 em decorrência dos mesmos fatos geradores, observo que conforme fundamentado na Decisão ora recorrida, a infração 1 aplica multa pela declaração de dados incorretos na DMA (fl. 33) prevista no art. 42, XVIII, “c” da Lei nº 7.014/96 e a infração 2, aplica multa relativa a falta de entrega da EFD prevista no 42, XIII-A, “I” da mesma Lei, o que caracteriza descumprimento de obrigações acessórias distintas, não ocorrendo duplicidade de multa como alegado.

No que tange ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que a multa aplicada é prevista no art. 42, XIII-A, “I” da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. E quanto a constitucionalidade, O artigo 167, I do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), prevê que não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de constitucionalidade da legislação tributária.

Por fim, com relação ao item V (fl. 118) “*Na forma do Artigo 73 e seguintes, do RPAF/BA, desde já vem pleitear o resarcimento/restituição de quantias recolhidas indevidamente a maior*”, fica prejudicada a sua apreciação por não haver coerência com os elementos contidos na autuação.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, com o reenquadramento da multa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281231.0003/18-6, lavrado contra **MINAS AÇO SISTEMA CONSTRUTIVO INDUSTRIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$44.300,00** previstas no art. 42, incisos XIII-A, “j” e XVIII, “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, 12 de março de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS