

PROCESSO	- A. I. Nº 210319.0003/18-0
RECORRENTE	- TOZZO E CIA LTDA
RECORRIDO	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0005-04/19
ORIGEM	- INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 08.09.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0141-11/20-VD

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. FALTA DE ENTREGA. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Contribuinte deixou de atender a intimação para entrega de arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital – EFD. Não comprovada nos autos a entrega dos arquivos eletrônicos exigidos mediante intimação. Valores mensais da penalidade lançados com base nas informações constantes das DMA'S fornecidas pelo sujeito passivo. Não acolhida à arguição de decadência da infração relacionada à obrigação de fazer. Entretanto, nos termos do item “5” da OTE-DPF-3005 o Auto de Infração somente poderia ser lavrado em 03/07/2018. Lançamento prematuro e, portanto, nulo. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO. DE OFÍCIO** se reconhece a **NULIDADE** do Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão proferida pela 4ª JJF em 12/02/2019 que julgou, por unanimidade, PROCEDENTE o Auto de Infração em epígrafe, lavrado com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 57.866,73, em decorrência do cometimento de uma infração.

Infração 01. – *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. (RV).*

Data da Ocorrência: 31/05/2013 e 30/06/2013. **Valor:** R\$ 57.866,73.

Após concluída a instrução, os autos foram remetidos para apreciação pela 4ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, PROCEDENTE o auto de infração em epígrafe, determinando que o Autuado fosse intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 57.866,73, prevista no art. 42, XIII-A, “I” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, o que fez nos seguintes termos:

“O Auto de Infração em lide, totalizou o valor principal de R\$57.866,73, (cinquenta e sete mil, oitocentos e sessenta e seis reais e setenta e três centavos) e é composto de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Após análise dos elementos que compõem o presente PAF, inicialmente verifico que: (i) a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível; (ii) foram determinados, com segurança, as infrações e o infrator; (iii) foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e (iv) não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Portanto, o mesmo está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos

elencados nos incisos I a IV, do Art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Na sequência, verifico que quanto ao mérito, a defesa argui apenas questões relacionadas à suposta decadência dos fatos geradores, objeto da autuação. Passo então ao exame de tal arguição defensiva, segundo os argumentos a seguir consignados:

O Código Tributário Nacional (CTN) estabelece em seu artigo 150, §4º, que “o lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa, e se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”. Estabelece também no seu Art. 173, I que: “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”.

Em face dos mencionados dispositivos, durante muito tempo subsistiu importante discussão acerca de qual seria o entendimento para reconhecimento ou não da existência da decadência. Discutia-se se deveria ser aplicado o comando do art. 173, I, ou aquele contido no Art. 150, §4º, ambos do CTN.

Atualmente, esta matéria se encontra pacificada através do Incidente de Uniformização nº 2016.194710, exarado pela Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), por intermédio do qual se firmou o entendimento de que o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, na hipótese em que o Contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações e/ou prestações declaradas.

Quanto à regra do art. 173, I, o mencionado Incidente de Uniformização registra que: (i) “Nota 1: Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I do CTN, quando: a) o Contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o Contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o Contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação”; e (ii) “Nota 2: ... para identificação do marco temporal concernente à data em que “o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, I, CTN), é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação”.

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. Logo, o débito lançado para a infração acessória não foi atingido pela decadência, pois o fisco dispunha de prazo até 31/12/2018, para formalizar o lançamento de ofício.

Ultrapassada a arguição de decadência suscitada na peça impugnatória, verifico que no tocante à infração 01, relacionada à penalidade de 1% pela falta de entrega dos arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, exigidos mediante intimação, com as informações das operações e prestações, dos períodos mensais de Maio e Junho, de 2013 o contribuinte, à luz do art. 250, §2º do RICMS/BA (Decreto nº 13.780/12), estava, como está, obrigado a entregar o arquivo de EFD, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período. Que foi intimado a apresentar estes arquivos, conforme atestam as intimações e demais documentos, acostados aos autos às fl. 07 a 12. Que foi concedido prazo de 30 (dias) para o fornecimento daquelas informações em meio magnético. Que os valores que serviram de base para a aplicação da penalidade relativa a esta infração foram extraídos das DMAs (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) apresentadas pelo sujeito passivo à SEFAZ/BA, atinentes às entradas processadas pela empresa naqueles meses. E que a defesa não se desincumbiu do ônus processual de provar que procedeu à entrega dos arquivos requisitados via intimação regular, admitindo, ao contrário, a conduta aqui caracterizada como infração. Concluo pela manutenção da acusação fiscal.

“RICMS/BA - Decreto nº 13.780/12

(...)

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.

(...)”

Pelas razões acima expostas, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls. 58/64)**, com juntada de documentos em mídia digital, com base nas seguintes alegações:

- a) Afirma que a recorrente entregou os arquivos magnéticos solicitados, qual seja: Escrituração Fiscal Digital – EFD, contudo para sobre o processo administrativo a entrega em data posterior ao determinado pelo órgão fiscalizador;
- b) Alega que a intimação para entrega da EFD somente ocorreu em 09/08/2018, de modo que os débitos objeto do Auto de Infração estariam fulminados pela decadência;
- c) Subsidiariamente, requer o cancelamento da multa aplicada, sob o argumento de que já entregou todos os arquivos magnéticos solicitados pelo órgão fiscalizador, razão pela qual torna-se extremamente desproporcional a e desnecessária a aplicação da multa.

Este é o relatório.

VOTO

Mediante o presente Auto de Infração, imputa-se ao sujeito passivo o cometimento de uma infração, tipificada como “*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*”.

Em síntese alega o contribuinte que o débito exigido, referente à multa por descumprimento de obrigação acessória estaria fulminado pela decadência, sob a alegação de que somente teria sido intimado para apresentar os documentos em agosto de 2018, enquanto os fatos geradores se referem aos períodos de maio e junho de 2016.

Adentrando na análise das razões do contribuinte, cumpre indicar que não corresponde à realidade a afirmação de que somente teria sido intimado a apresentar as EFD’S em agosto de 2018, tendo em vista que o presente Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2018 e que a fiscalização teve início em 16/04/2018. Destaco ainda que não há comprovação nos autos de que a EFD foi efetivamente entregue.

É cediço que o STJ já pacificou o entendimento de que nos casos de pagamento parcial do tributo, o prazo decadencial estará sujeito ao prazo do §4º do art. 150 do CTN, conforme bem destacado no seguinte excerto, extraído do julgamento do AgRg no REsp 1.277.854:

“deve ser aplicado o entendimento consagrado pela Primeira Seção, em recurso especial representativo da controvérsia, para a contagem do prazo decadencial de tributo sujeito a lançamento por homologação. O referido precedente considera apenas a existência, ou não, de pagamento antecipado, pois é esse o ato que está sujeito à homologação pela Fazenda Pública, nos termos do art. 150 e parágrafos do CTN. Assim, havendo pagamento, ainda que não seja integral, estará ele sujeito à homologação, daí porque deve ser aplicado para o lançamento suplementar o prazo previsto no §4º desse artigo (de cinco anos a contar do fato gerador). Todavia, não havendo pagamento algum, não há o que homologar, motivo porque deverá ser adotado o prazo previsto no art. 173, I do CTN” (g.n.).

No tocante às infrações em que se exige multa por descumprimento de obrigação acessória, como é o caso, o referido precedente não se aplica, pois, conforme se depreende da redação do § 4º do art. 150 do CTN e do próprio precedente, a pedra de toque para a aplicação daquela regra decadencial é a existência de algum pagamento passível de homologação – obrigação de dar –, o que não ocorre no caso das multas por descumprimento de obrigação acessória – obrigação de fazer. Aplica-se, pois, o prazo decadencial do art. 173, I, do CTN.

Afastada assim a alegação de decadência.

Com relação ao cancelamento da multa, destaco que não restou comprovado que o descumprimento da obrigação acessória não tenha resultado em falta do recolhimento do imposto, conforme exigido pelo §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, vigente à época do pedido, bem como não há prova de que as EFD’S foram entregues à Fiscalização, de modo que indefiro o pedido de cancelamento da multa.

Entretanto, observo, de ofício, que há um equívoco na data de ocorrência da infração. É que, de fato, a data de ocorrência não é aquela fixada, originalmente, para o cumprimento da obrigação, mas o momento em que se caracterizou o não atendimento da intimação, nos termos do item “5” da OTE-DPF-3005, abaixo reproduzida, *in verbis*:

“5. caso o contribuinte não entregue o arquivo solicitado ou o apresente ainda com inconsistências, deve ser lavrado Auto de Infração em razão de não atendimento à intimação, conforme referido no item 2 desta orientação gerencial, hipótese em que deverá ser anexada ao Auto de Infração a intimação não atendida.

5.1 – Na lavratura de auto de infração por falta de apresentação ou irregularidade do arquivo magnético, os campos data de ocorrência e data de vencimento do auto de infração deverão ser preenchidos com indicação da data correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado na intimação para apresentação do arquivo ainda não apresentado ou do arquivo com a correção dos erros indicados.” (grifos nosso)

Assim, considerando que o trigésimo dia do prazo da intimação, ocorrida em 30/05/2018 (fl. 07), deu-se em 29/06/2018 (sexta-feira), o primeiro dia útil subsequente deu-se em 03/07/2018, data em que passou o sujeito passivo a se sujeitar à penalidade aplicável e que deve ser considerada como data de ocorrência dos fatos geradores.

Logo, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 29/06/2018, ou seja, em período anterior ao qual o Recorrente passou a se sujeitar à multa ora aplicada, percebe-se que o lançamento foi realizado prematuramente e, assim, padece de nulidade.

Ante todo o exposto, voto pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, bem como, de ofício voto pela Nulidade do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, reconhecer, **DE OFÍCIO**, a **NULIDADE** do Auto de Infração nº **210319.0003/18-0**, lavrado contra **TOZZO E CIA LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de junho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LEONEL ARAÚJO SOUZA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS