

A.I. Nº - 206881.0017/22-9
AUTUADO - ESQUINA MARES COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.
AUTUANTES - EUGÊNIA MARIA BRITO REIS NABUCO, DILSON MILTON DA SILVEIRA FILHO
- e ANTÔNIO CÉSAR COSTA SOUZA
ORIGEM - DAT METRO/INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 05/07/2023

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0094-01/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. A obrigatoriedade de apresentação da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) pelo Contribuinte tem previsão no artigo art. 248 do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12. Autuado estava obrigado a apresentar e não apresentou. Infração subsistente. **2.** ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD. FALTA DE ENTREGA DO ARQUIVO ELETRÔNICO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. MULTA. O autuado não transmitiu os arquivos da EFD no período objeto da autuação – janeiro a dezembro de 2020 – sendo, desse modo, correta a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória apontada na autuação. Infração caracterizada. **3.** ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD. FALTA DE ATENDIMENTO DE INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DO ARQUIVO ELETRÔNICO NA FORMA REGULAMENTAR. MULTA. Apesar de ter sido oportunizado ao autuado realizar a entrega do arquivo da EFD que não fora entregue este não atendeu a intimação. Infração subsistente. Não acolhida a nulidade arguida. Auto de infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2022, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$ 42.205,20, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

Infração 01 - 016.005.004 – Falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) nos meses de maio a dezembro de 2020, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$ 3.680,00;

Infração 02 - 016.014.002 – Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos meses de maio a dezembro de 2020, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$ 11.040,00;

Infração 03 - 016.014.003 – 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 maio a dezembro de 2020, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$ 27.485,20.

O autuado apresentou Impugnação (fls. 45 a 58). Afirma que o presente Auto de Infração não deve subsistir, pois existem nulidades que afetam toda a exigência fiscal.

Alega vícios insanáveis existentes nos lançamentos. Invoca a Constituição Federal, precisamente os seus artigos 1º, III, 2º, I, 5º, II, XXXIV, LIV, 37, para sustentar que a conclusão que se chega é que os atos administrativos devem ser transparentes, claros e precisos, de forma a que o administrado possa entender o que está ocorrendo, ou seja, possa saber se o seu direito está sendo violado.

Invoca e reproduz o art. 142 do CTN, bem como ensinamentos doutrinários de Paulo de Barros Carvalho sobre o lançamento; de Hely Lopes Meireles sobre a motivação dos atos administrativos; para afirmar que cabe ao Administrador Público, ao constituir o crédito tributário, fazê-lo de modo que fiquem demonstrados os fatos que ensejaram o ato administrativo, o que, no caso de lançamento de tributo é a ocorrência do fato gerador, fato este que sustenta não ocorreu, haja vista que não demonstrou de maneira satisfatória a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, ou seja, no caso concreto, o apontamento específico de quais operações base legal para a necessidade de entrega da correspondente DMA.

Diz que não tendo o agente público respeitado essa regra, não terá acabado a sua obra, invalidando o seu ato.

Salienta que deveria a Fiscalização ter demonstrado cabalmente todas as circunstâncias fáticas e documentos comprobatórios que justificassem a lavratura do presente Auto de Infração, o que não ocorreu.

Conclusivamente, sustenta que os lançamentos devem ser anulados.

Reporta-se sobre as multas impostas, aduzindo o caráter confiscatório. Invoca a doutrina de Sacha Calmon Navarro, Noberto Bobbio, para afirmar que as multas aplicadas ao caso em comento são um castigo ao contribuinte, que lhe obrigam ao maior sacrifício, no entanto estas multas devem obedecer a parâmetros, limites, ou seja, as multas devem estar revestidas por certos contornos que atinjam a função social a que vieram.

Observa que o artigo 150, inciso IV, da CF/88 dispõe: *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios utilizar tributo com efeito de confisco*. Afirma que apesar de trazer a palavra “tributo”, cabe fazer uma interpretação extensiva e sistemática para aplicar-se a referida vedação às multas. Neste sentido, invoca e reproduz decisão do Supremo Tribunal Federal – STF.

Conclusivamente, diz que as multas devem ser anuladas, haja vista que contrárias aos limites constitucionais e legais.

Reporta-se sobre o limite máximo fixado por norma federal (Taxa SELIC) – Inconstitucionalidade formal da legislação estadual.

Observa que no Recurso Extraordinário nº 183.907-4/SP, o STF declarou a inconstitucionalidade dos índices de correção monetária de tributos fixados por Estados e Municípios em patamares superiores àqueles aplicados pela União Federal.

Afirma que diante disso, os Estados e Municípios ficam sujeitos ao limite fixado em lei federal, o que decorre da literalidade dos §§ 1º e 4º do art. 24 da Carta Magna.

Assinala que nos últimos anos a taxa SELIC mensal tem sido sempre inferior a 1%, sendo, desse modo, a taxa de juros fixado pela Resolução SF nº 2010, patentemente, inconstitucional, haja vista que extrapola o valor da SELIC, ao alcançar patamares mensais superiores a 3%.

Conclusivamente, diz que diante disso, resta evidente que as normas que compõem a SELIC devem ser banidas do ordenamento jurídico.

Reporta-se sobre o direito ao crédito fiscal – princípio da não cumulatividade.

Pontua que nos termos do art. 155, § 2º, da Constituição Federal, o ICMS é um imposto não cumulativo.

Afirma que a legitimidade dos créditos apurados pela empresa é evidente e encontra guarida na

legislação.

Conclusivamente, diz que no momento que a Fiscalização considerou como indevidos os créditos da empresa, desconsiderou completamente o que determina o princípio da não cumulatividade, se revelando aquele ato inconstitucional e ilegal, por ofensa ao art. 155, II, § 2º, I, da CF e art. 19 da LC 87/96, o que não se pode admitir.

Finaliza a peça impugnatória requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, caso não seja este o entendimento, o que cogita apenas para fins de argumentação, o reconhecimento de que as multas são nulas conforme demonstrado.

A autuante Eugênia Maria Brito Reis Nabuco prestou Informação Fiscal (fls. 64 a 69). Esclarece que o autuado foi excluído do Simples Nacional, pois um sócio participava com mais de 10% do capital de outra empresa não amparada pela Lei Complementar n. 123/2006, cujas receitas brutas globais dos exercícios de 2018 e 2019 ultrapassaram o limite estabelecido no inciso II do art. 3º, conforme Termo de Exclusão do Simples Nacional, acostado às fls. 39/40 dos autos.

Diz que a partir de 2020 o autuado passou a ser obrigado a realizar a apuração do imposto pelo Regime de Conta Corrente Fiscal, razão pela qual o intimou para apresentar a Escrituração Fiscal Digital – EFD e demais obrigações previstas na legislação tributária.

Salienta que todos os demonstrativos constantes do presente processo foram elaborados com base nos documentos fiscais do autuado, conforme se comprova mediante as cópias dos Termos de Intimação e de Ciência no DTE, acostadas às fls. 06 a 13 dos autos.

Assinala que todos os demonstrativos foram entregues ao autuado, portanto, tendo total condição de se defender.

Contesta as preliminares de nulidades arguidas pelo autuado, afirmando que estão presentes todos os pressupostos de validação do presente processo, tendo sido observadas as exigências regulamentares, notadamente o RPAF em seu art. 18, incisos II a IV.

No tocante a arguição defensiva atinente ao caráter confiscatório das multas, observa que estas se encontram previstas no art. 42 da Lei n. 7.014/96, além do que o art. 167. I, do RPAF, estabelece que não se incluem na competência do órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária, não procedendo o pedido de redução ou cancelamento da multa, pois corretamente aplicada.

Quanto à atualização da multa, diz que tem previsão no art. 102, § 3º, da Lei n. 3.956/81 (COTEB) e no art. 39 do RPAF.

No tocante ao princípio da não cumulatividade, afirma que não procede a alegação defensiva, haja vista que no presente Auto de Infração está sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória, no caso falta de entrega da DMA e da EFD nos prazos regulamentares e pela falta de atendimento de intimação para apresentação da EFD.

Ressalta que o autuado nada traz na Defesa que descaracterize o mérito da autuação, pois falta a prova material.

Finaliza a peça informativa mantendo na íntegra o Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, cabe consignar que não vislumbro no lançamento de ofício em exame, qualquer vício ou falha que o inquine de nulidade, conforme arguido pelo impugnante.

Na realidade, constato que o lançamento de ofício em questão foi realizado em conformidade com a legislação do ICMS, especialmente, no tocante ao aspecto formal, foram observadas as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº.7.629/99, notadamente o seu artigo 39.

Verifica-se, claramente, em que consistem as três infrações, sendo possível identificar-se o fato

gerador, o período de ocorrência, o sujeito passivo, a base de cálculo, o montante do débito e as multas impostas. Presentes o motivo e a motivação do lançamento.

Os elementos elaborados pelos autuantes – planilhas/demonstrativos, peça acusatória inicial -, foram fornecidos ao autuado, conforme comprovante acostado aos autos.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida pelo impugnante, haja vista a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/BA/99, capaz de invalidar o lançamento de ofício em questão, assim como qualquer ofensa ao art. 142 do CTN.

No mérito, constato que o impugnante silenciou no tocante aos dados e informações constantes nas planilhas/demonstrativos elaborados pelos autuantes, nas três infrações.

Na realidade, apenas no tocante à infração 01 - que cuida da falta de apresentação da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) -, o autuado aduziu na peça defensiva que não houve o *apontamento específico de quais operações base legal para a necessidade de entrega da correspondente DMA*.

A obrigatoriedade de apresentação da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) pelo Contribuinte é clara na legislação do ICMS, precisamente no art. 248 do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12, conforme se vê na transcrição abaixo do referido dispositivo regulamentar:

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.

O art. 255, § 1º, inciso I, do mesmo diploma regulamentar determina que o Contribuinte que apure o ICMS pelo regime de conta corrente fiscal – como é o caso do autuado – deve apresentar mensalmente a DMA:

Art. 255. A Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) deverá ser apresentada mensalmente pelos contribuintes que apurem o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal.

§ 1º Para cumprimento do disposto neste artigo, observar-se-á o seguinte:

I - na DMA serão informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior, especificando as operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como os serviços utilizados ou prestados, por unidade da Federação, e outros elementos exigidos no modelo do referido documento, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS;

Verifica-se da simples leitura do dispositivo regulamentar acima reproduzido que o legislador determinou claramente o que deve ser informado na DMA, cabendo ao Contribuinte prestar as informações e dados exigidos.

Diante disso, considerando que na condição de Contribuinte que apura o imposto pelo regime de conta corrente fiscal, o autuado estava obrigado a apresentar a DMA mensalmente no período objeto da autuação, a infração 01 é subsistente.

Quanto à infração 02 – que versa sobre a falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD nos prazos determinados pela legislação tributária, o art. 250, §§ 1º e 2º, do RICMS/BA/12, Decreto n. 13.780/12, determina o seguinte:

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).

§ 1º O arquivo deverá ser assinado pelo contribuinte ou por seu representante legal, por meio de certificado digital, do tipo A1 ou A3, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

§ 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.

Indubitavelmente, o Contribuinte obrigado a Escrituração Fiscal Digital – EFD – como é o caso do autuado – deve transmitir o arquivo da EFD, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.

No presente caso, o autuado não transmitiu os arquivos da EFD no período objeto da autuação – janeiro a dezembro de 2020 – sendo, desse modo, correta a aplicação de multa por

descumprimento de obrigação acessória, a teor do art. 42, inciso XIII-A, alínea “L”, da Lei n. 7.014/96:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

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 dado:

[...]

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

Diante disso, a infração 02 é procedente.

No que concerne à infração 03 – que diz respeito à falta de atendimento a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na legislação tributária – verifico que apesar de ter sido oportunizado ao autuado realizar a entrega do arquivo da EFD que não fora entregue este não atendeu a intimação.

Diante disso, a infração é procedente.

Cabível o registro de que o dispositivo legal acima reportado, no caso art. 42, inciso XIII-A, alínea “L”, da Lei n. 7.014/96, utilizado pelos autuantes no enquadramento das multas, dispõe que deve ser aplicada a multa de R\$ 1.380,00 por período e, cumulativamente, deve ser aplicada a multa de 1%, 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. No presente caso, a autuação impõe a multa de R\$ 1.380,00 por período totalizando R\$ 11.040,00 (infração 02) e aplica multa de 1% no total de R\$ 27.485,20 (infração 03).

O autuado reporta-se na peça impugnatória sobre o direito ao crédito fiscal e o princípio da não cumulatividade do imposto. Por certo que por se tratar a autuação em exame sobre descumprimento de obrigação acessória descabe falar-se em direito a crédito fiscal ou ofensa ao princípio da não cumulatividade.

Quanto às alegações defensivas atinentes a anulação e inconstitucionalidade das multas aplicadas, assim como sobre a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), certamente que este órgão julgador administrativo não tem competência para apreciar pedido de cancelamento de multas e, quanto ao seu caráter confiscatório, existe vedação expressa à sua apreciação consoante o art. 167, inciso I, do RPAF. No que tange à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) consigno que esta tem sua aplicação prevista na Lei nº. 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206881.0017/22-9**, lavrado contra **ESQUINA MARES COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 42.205,20**, previstas no art. 42, incisos XIII-A, alínea L, XV, alínea h, da Lei nº. 7.014/96, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2023.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR

