

PROCESSO - A. I. Nº 206905.0010/13-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GERAIS ELETROMÓVEIS LTDA.
RECORRIDOS - GERAIS ELETROMÓVEIS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0121-03/14
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 29/12/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0392-11/14

EMENTA: ICMS. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD.

a) FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD A QUE ESTAVA OBRIGADO. Constatado que à data do descumprimento da obrigação acessória de atendimento à Intimação Fiscal, dezembro/2013, existia previsão legal para aplicação da multa percentual de 1% sobre o total das operações de entradas, ou de saídas, ocorridas no período mensal, nos termos do art. 42, inciso XIII-A, alínea “I”, da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 12.917/13. Modificada a Decisão recorrida para restaurar a multa indicada no Auto de Infração. Infração caracterizada. **b)** ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS. Constatado que pela data da ocorrência dos fatos geradores seria aplicável a multa de R\$5.000,00 prevista em redação então vigente no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “I” da Lei nº 7.014/96, por cada período mensal em que o arquivo de Escrituração Fiscal Digital foi enviado “zerado” a esta SEFAZ/BA, equivalendo o envio de arquivo sem quaisquer dados de escrituração digital à ausência de envio, conforme §6º do artigo 708-A do RICMS/BA/97 então vigente. Porém foi aplicada em primeiro grau a multa relativa a apenas um período mensal com decorrente redução do valor total da penalidade objeto da imputação, e tal redução de valor de multa não foi submetida a reexame por Recurso de Ofício, sendo a infração 2 alvo apenas do Recurso Voluntário, pelo que essa desoneração resta mantida. Afastadas as preliminares suscitadas. Recurso de Ofício **PROVIDO**. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto por iniciativa do Sr. Presidente deste CONSEF, nos termos do §2º do artigo 169 do RPAF/99, contra decisão que, em Primeira Instância, julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe, e de Recurso Voluntário nos termos do artigo 169, I, “b”, do mesmo Regulamento, em relação à parte julgada procedente da autuação.

É objeto do Recurso de Ofício a imputação 1, e do Recurso Voluntário as imputações 1 e 2.

O Auto de Infração foi lavrado em 26/12/2013 para aplicar multas no valor histórico total de R\$33.723,52 em razão de duas irregularidades:

Infração 1. Falta de atendimento a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, tendo sido aplicada multa de 1% sobre valores das entradas ou das saídas mensais, a depender do mês. Demonstrativo fiscal à fl. 19. Meses de março a dezembro de 2012. Multa no valor histórico total de R\$19.923,52.

Consta, no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, que os arquivos EFD foram entregues sem as informações referentes a entradas de saídas de mercadorias, e nem da apuração do ICMS, e que para os cálculos foram utilizadas as informações constantes nas declarações DMA do contribuinte.

Consta, no campo “Multa Aplicada”, que foi aplicada a multa prevista no artigo 42, XIII-A, “I”, Lei 7014/96 c/c Lei 12.917/13 [altera a Lei 7.014/96, inclusive a redação da alínea “I”, XIII-A, do seu artigo 42] e artigo 112 do CTN.

Infração 2. Deixou de entregar o arquivo eletrônico da EFD, ou entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de março a dezembro de 2012, sendo aplicada a multa fixa de R\$1.380,00 por cada mês, totalizando R\$13.800,00.

Consta, no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, que a data de entrega de cada arquivo EFD é o dia 24 de cada mês, e por isto as datas de ocorrência da infração 2 estão no dia 25 de cada mês.

Consta também que a multa de R\$1.380,00 por período mensal (Infração 2) foi aplicada cumulativamente com a multa de 1% dos valores de entradas ou de saídas (Infração 1) de acordo com o artigo 42, XIII-A, alínea “I”, da Lei nº 7.014/96. O Fisco transcreve a redação deste dispositivo com sua redação em vigor a partir de 01/11/2013.

Consta, no campo “Multa Aplicada”, que foi aplicada a multa prevista no artigo 42, XIII-A, “I”, Lei 7014/96 c/c Lei 12.917/13 [altera a Lei 7.014/96, inclusive a redação da alínea “I”, XIII-A, do seu artigo 42] e artigo 112 do CTN.

O Fisco acosta documentos às fls. 06 a 56, dentre os quais nove Termos de Intimação (fls. 06 a 17), dos quais o quarto e o oitavo Termos de Intimação (respectivamente fl. 12, e fls. 16/17), ambos concedendo ao contribuinte o prazo de cinco dias para atendimento, refere-se à entrega de arquivo digital da escrituração fiscal do período em que o contribuinte encontrava-se obrigado à Escrituração Fiscal Digital – EFD. Os nove Termos de intimação referem-se também a outras filiais da empresa autuada.

No Termo de Intimação de fl. 16/17 o Fisco acrescenta a informação ao contribuinte ora autuado no sentido de que os arquivos devem conter os lançamentos de documentos fiscais de entradas, saídas, e de apuração do ICMS.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 62 a 77, acostando documentos às fls. 78 a 105.

Os autuantes prestaram informação fiscal fls. 107 a 110 contestando as alegações defensivas e mantendo a autuação.

O contribuinte novamente pronunciou-se às fls. 116 a 118, reafirmando a impugnação ao lançamento de ofício e acostando, às fls. 119 a 124/verso, cópias de recibos de entrega de EFDs referentes aos meses de janeiro a dezembro/2012, sendo o recibo da EFD de janeiro/2012 (fl. 119) referente ao envio desta EFD zerada, na data de 06/08/2012.

Os demais arquivos de fevereiro a dezembro/2012 trazem como data de envio 05/05/2014. Nos arquivos EFDs referentes aos meses de maio, julho, setembro, outubro e dezembro, há dados referentes a entradas, saídas, e à apuração do ICMS, e nos demais meses não há os dados da apuração do imposto, contendo dados relativos apenas a entradas e a saídas.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve parcialmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0121-03/14, às fls. 127 a 136. Em seu voto assim se expressa a digna Relator:

VOTO

O presente lançamento refere-se a exigência de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias, pela falta de atendimento a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, infração 01 e pela omissão na entrega de arquivo eletrônico da EFD ou entrega sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação, infração 02.

Da análise dos elementos que instruem o PAF, vejo que não existem lacunas, contradições ou obscuridades que ensejem a necessidade de esclarecimento técnico. Não acolho o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito, visto que o sujeito passivo recebeu cópias dos demonstrativos que fundamentaram a autuação, em decorrência deste fato trouxe aos autos elementos cujas análises puderam ser apreciadas na constância da instrução do processo.

Por outro lado, existem nos autos os elementos necessários ao meu convencimento para decisão a respeito da lide. Indefiro, portanto, o pedido de diligência e perícia, com fulcro no art. 147, I e II, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

No mérito, as multas foram aplicadas porque o contribuinte deixou de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na legislação tributária e pela omissão na entrega de arquivo eletrônico da EFD ou entrega sem as informações exigidas na legislação.

Os autuantes constataram que os arquivos referentes aos recibos de entrega de EFD apresentados pelo autuado às folhas 85 a 95, encontravam-se “zerados”, apesar de constatarem que operações comerciais foram feitas por este contribuinte, visto que apresentou DMA com valores de entrada e saída de mercadorias de seu estabelecimento comercial, portanto, houve movimentação de emissão e recebimento de notas fiscais.

O autuado confessou ter enviado os arquivos de EFD zerados à SEFAZ/BA. Disse que por questões operacionais não conseguiu alimentar as informações necessárias no arquivo da EFD, e como existia a possibilidade de alteração posterior do total dessas informações, optou por cumprir tal obrigação acessória enviando os arquivos da EFD zerados para posteriormente, mediante autorização da INFAZ, proceder a retificação total de tais informações.

O defendente reconheceu que a partir de janeiro de 2012 estava obrigada a entregar a Escrituração Fiscal Digital (EFD), conforme lhe impõe o art. 897-B, inciso II, do RICMS/1997, vigente até 31/03/2012 e art. 248, inciso II, do atual RICMS/2012. Disse que os arquivos foram entregues, porém zerados, entendendo que a obrigação de entregar foi cumprida, o que afastaria a infração que lhe fora imputada.

Nas razões defensivas, o impugnante alegou que até a promulgação da Lei nº 12.917, de 31/10/13, inexistia qualquer imposição ou penalidade pela entrega da EFD zerada, nos termos do art. 42, inciso XIII-A, alínea “I”, da Lei 7.014/1996, acrescentado pela Lei nº 11.899, de 30/03/10. Disse que somente com a promulgação da Lei nº 12.917/13 alterou-se a redação da alínea “I” do inciso XIII-A do art. 42, passando-se a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas, nos termos aplicados pelos autuantes neste auto de infração.

A Lei nº 11.899, de 30/03/10 acrescentou a alínea “I” ao art. 42, XIII-A, da Lei 7.014/96, conforme transcrevo abaixo:

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 dados:

[...]

“I) R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD.”

Somente com a 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:

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.

Nota 2: A redação atual da alínea “I” do inciso XIII-A do caput do art. 42 foi dada pela Lei nº 12.917, efeitos a partir de 01/11/13.

Da análise dos dispositivos acima reproduzidos, vejo que, de fato, assiste razão ao autuado. A previsão da multa nos termos específicos aplicados neste auto de infração, decorre da Lei nº 12.917 de 31/10/2013 (DOE de 01/11/13) que alterou o art. 42, XIII-A, Lei 7.014/96.

Portanto, até 31/10/13 não havia qualquer multa pela entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD sem as informações exigidas na legislação, não sendo devida a multa, na forma como exigida pelos Autuantes em relação ao exercício de 2012.

Entendo que a imputação de irregularidade feita ao contribuinte teve como fundamento, artigo de lei que não era o vigente à época dos fatos geradores. As penalidades imputadas ao defendente referem-se a infrações à legislação tributária ocorridas no ano de 2012, mais precisamente nos meses de março a dezembro, sendo que a Lei que introduziu multa específica pela falta de entrega ou entrega sem as informações exigidas na legislação de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD passou a ter vigência em 01.11.2013, ou seja, após a ocorrência dos fatos geradores que resultaram na autuação.

A redação originária do art. 42 do RICMS/97, vigente à época dos fatos, não determinava de forma expressa, como o fez, após o advento da Lei nº 12.917 de 31/10/2013, que a penalidade específica para o envio de EFD zerada ensejaria multa a ser aplicada sobre o valor de saídas ou entradas de mercadorias do contribuinte.

Através de uma simples leitura dos dispositivos acima citados, pode-se inferir que a aplicação da multa como feita neste auto de infração, passou a ser válida, a partir das alterações advindas com a Lei nº 12.917 de 31/10/2013.

No direito tributário a aplicação da lei nova a fatos já ocorridos, apenas é cabível quando a lei nova é mais benéfica ao contribuinte. Ocorre que, no presente caso, a da Lei nº 12.917 de 31/10/2013, lei nova, apenas prejudicaria o sujeito passivo, uma vez que anteriormente não havia previsão da aplicação da referida multa sobre as operações comerciais do autuado.

Para se chegar à conclusão de que a multa a ser aplicada no caso em análise só é válida a partir da vigência da Lei que a instituiu, não é necessária maior digressão. Caso a aplicação da multa fosse a posta nesta autuação, antes do Lei nº 12.917 de 31/10/2013 que a instituiu, certamente o legislador Estadual não alteraria um dispositivo de Lei para inserir o comando de forma expressa, como o fez, com a introdução da alínea “I” do art. 42 do RICMS/2012.

Ora, se antes de 31.10.2013, não havia previsão de que a multa deveria incidir sobre as operações de entradas e saídas de mercadorias do contribuinte, não há como interpretarmos de forma contrária, sob pena de infringirmos um dos princípios basilares do Estado democrático de direito, que é a irretroatividade da lei.

Vale ressaltar que rege no direito tributário o princípio da tipificação cerrada, ou seja, é vedado ao aplicador da Lei ampliar a interpretação do texto de Lei a fim de dar-lhe uma aplicação mais abrangente.

Vale, mais uma vez, ressaltar que tendo em vista que o legislador apenas declarou que a aplicação de multa pela falta de apresentação a arquivos da EFD a ser aplicada sobre as operações comerciais do contribuinte só passou a ser exigida após 31.10.2013, ou seja, após a ocorrência dos fatos geradores aqui apontados, e se não tinha tal dispositivo anteriormente, não há como se interpretar contrariamente, sob pena de dar uma interpretação extensiva a lei, que é totalmente vedada pelo nosso ordenamento jurídico.

No presente caso, constato que a norma aplicada em questão, trata-se de penalidade e, portanto, existe uma gritante impossibilidade jurídica de dar efeito retroativo à norma que aplica sanção ao autuado, à luz do que dispõe o art. 106, inc. I, do CTN, “in verbis”:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados.

Os autuantes na informação fiscal, afirmaram que a multa a ser aplicada, vigente em 2012, pela falta de escrituração fiscal, inclusive a EFD, era a prevista no artigo 42, incisos IX e XI, do RICMS/97, (10% sobre as mercadorias tributáveis e 1% sobre as não-tributáveis), concluindo que a multa de 1% aplicada sobre as saídas declaradas na DMA pelo autuado, conforme consta da presente autuação, teria sido mais benéfica ao contribuinte, sendo, portanto, nos termos do art. 106, II, “c” do CTN, condição permissiva para a subsistência da autuação.

No entanto, tal argumento não pode prosperar, sob pena de se inovar ou alterar os fatos que motivaram o lançamento do crédito tributário. A acusação originária estava pautada na falta de atendimento a intimação para entrega de arquivo eletrônico da escrituração fiscal digital (EFD) a que estava obrigado e entrega de arquivo eletrônico da escrituração fiscal digital (EFD) sem as informações exigidas. Ao passar a acusação fiscal, a atribuir ao sujeito passivo a falta de registro de notas fiscais no livro Registro de Entradas, haveria

mudança do fulcro da autuação, quanto ao aspecto material, o que incorreria em nulidade apontada no art. 18, inc. II, do RPAF. Ante ao exposto, não acolho este entendimento.

Considerando que a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que, nos termos do art.142 do Código Tributário Nacional, o autuante, autoridade administrativa que constitui o crédito tributário pelo lançamento, apenas propõe a aplicação da penalidade cabível, cabendo ao órgão julgador, na apreciação do lançamento de ofício impugnado, aplicar a penalidade correta diante do fato imputado, no caso sob análise, considerando que os autuantes realizaram duas intimações, a primeira, dia 02.12.2013 fl.12 e a segunda, dia 05.12.2013 fls.16/17, solicitando os arquivos da escrituração fiscal digital - EFD e não foi atendido pelo autuado, aplico de ofício, a multa prevista nas alíneas “a” e “b” do inciso XX do art. 42 da Lei 7.014/96, que transcrevo:

XX - àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado:

a) R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), pelo não atendimento do primeiro pedido;

b) R\$ 920,00 (novecentos e vinte reais), pelo não atendimento da intimação que lhe for feita posteriormente.

Ante as considerações acima traçadas, julgo parcialmente subsistente este item do auto de infração no valor de R\$1.380,00.

Relativamente à infração 02, vale as considerações traçadas para a infração 01, e como a acusação fiscal é pela falta de entrega do arquivo eletrônico da EFD ou entrega sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, considerando que a multa vigente a partir de 30.03.2010 é aquela prevista no art. 42, XIII-A, inciso “I” vigente até 31/10/2013, é a que deve ser aplicada, conforme transcrita abaixo:

“ multa de R\$5.000,00 (cinco mil reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD”

Logo, a infração 02, subsiste parcialmente no valor de R\$5.000,00.

Quanto ao pedido formulado pelo autuado, para ser exonerado da multa exigida, entendo que não se aplica ao caso em exame, por não ficar comprovado nos autos que a infração apurada não implicou falta de recolhimento do imposto, conforme previsto no § 7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, tendo em vista que a falta de entrega dos arquivos de EFD impossibilitou a fiscalização de efetuar outros roteiros de fiscalização, a exemplo do levantamento quantitativo de estoques. Também não a considero confiscatória porque se encontra regularmente tipificada na Lei Estadual do ICMS desse Estado.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Em razão de se tratar de valor de débito tributário em inferior ao limite previsto na alínea “a” do inciso I do artigo 169 do RPAF/99, a JJF não interpôs Recurso de Ofício.

À fl. 144 o digno Assistente de Conselho, no uso de suas atribuições, submete a decisão de primeiro grau à consideração do preclaro Presidente deste CONSEF, opinando no sentido de que o julgamento de base configuraria decisão manifestamente contrária à legislação em vigor, com a sugestão de que o PAF fosse submetido a nova análise pela segunda instância deste Conselho, via Recurso de Ofício, nos termos do artigo 169, §2º, do RPAF/99.

Neste Despacho, após a descrição da imputação 1, está relatado que a 3ª JJF decidiu pela procedência parcial dessa imputação por considerar que a não apresentação do arquivo digital da EFD na forma prevista na legislação, apesar de estar o contribuinte intimado neste sentido (Termos de Intimação de fl. 12, datado de 02/12/2013; e de fls. 16 e 17, datado de 05/12/2013), configurara apenas falta de atendimento das intimações expedidas, embora houvesse entendido a Junta que a multa aplicada pelos autuantes só teria validade a partir das alterações advindas com a Lei nº 12.917, de 31/10/2013, pelo que a JJF aplicara as penalidades previstas no inciso XX, “a” (R\$46,00) e “b” (R\$920,00), do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, totalizando a multa no montante histórico de R\$920,00.

O digno Assistente do Conselho prossegue expondo que entretanto, apesar de o período fiscalizado abranger os meses de março a dezembro de 2012, todas as intimações juntadas aos autos, e em especial a 8ª intimação (fls. 16/17), foram entregues ao contribuinte no decorrer do

mês de dezembro/2013, quando já em vigor a Lei nº 12.917, de 31/10/2013. Que, portanto, o não atendimento da intimação ocorreu após ultrapassado o prazo estabelecido para a entrega da EFD na forma regulamentar, e estando já a Lei 12.917/2013 em vigor.

À mesma fl. 144 a sugestão de reexame é acolhida pelo ilustre Presidente do CONSEF.

Às fls. 150 a 163 o contribuinte insurge-se contra o Recurso de Ofício, e às fls. 168 a 181 interpõe Recurso Voluntário.

Em relação ao recurso de Ofício, o contribuinte aduz que não estaria presente o requisito de admissibilidade previsto no art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, o que entende que impediria o seu conhecimento.

Em seguida afirma que, caso recebido o Recurso, seria forçoso reconhecer que a 3ª JJF teria observado a correta interpretação da legislação tributária, não merecendo, nesse aspecto, ser reformado o acórdão JJF nº 0121-03/14, alegando que a infração imputada seria o descumprimento da obrigação acessória de entrega mensal dos arquivos da EFD, inexistindo até a promulgação da Lei nº 12.917, de 31/10/13 (DOE de 01/11/13), imposição ou penalidade pela entrega da EFD zerada, como se depreende da análise do art. 42, inciso XIII-A, alínea “I”, da Lei nº 7.014/1996, acrescentado pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10 a 31/10/13, dispositivo que reproduz em seu texto.

O contribuinte afirma que no presente caso os fatos geradores ocorreram nos exercícios de 2011 e 2012, sendo aplicada, ilegalmente, conforme reconheceu a 3ª JJF, a multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “I” da Lei nº 7.014/1996, instituída com a Lei nº 12.917, de 31/10/13, com efeitos a partir da publicação que ocorreu no DOE de 01/11/2013, pelo que entende que seria inaplicável aos fatos geradores pretéritos a esta data a multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração, por violação ao art. 106, inciso I, do CTN, por inovação do ordenamento jurídico com a criação de nova sanção que não poderia ser utilizada retroativamente.

Relata ser acusado de não entregar o arquivo eletrônico da escrituração Fiscal Digital – EFD, ou entregá-la sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos nos artigos 247, 248, 249 e 250 do RICMS/BA/12.

O contribuinte transcreve os artigos 897-A a 897-G, do Capítulo VII – Da Escrituração Fiscal Digital – EFD, do RICMS/BA/97, e aduz que esta legislação era vigente até 31/03/2012. Afirma que o art. 897-B, inciso I, do RICMS/1997, é claro ao dispor que a Escrituração Fiscal Digital - EFD é de uso obrigatório a partir de 01/01/2011, para os contribuintes do ICMS cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais).

Reconhece que a partir de janeiro de 2012 estava obrigada a entregar a Escrituração Fiscal Digital - EFD naquele exercício, conforme lhe impõe o art. 897-B, inciso II, do RICMS/1997, vigente até 31/03/2012 e art. 248, inciso II, do atual RIMS/2012 e assim procedeu mas, por questões operacionais da empresa, a Escrituração Fiscal Digital - EFD referente a janeiro/2012 a dezembro/2012 foi entregue zerada. Que, todavia, a obrigação de entregar teria sido cumprida, o que afirma que afastaria a infração imputada.

Salienta que tanto o art. 897-E, do RICMS/BA/97, vigente até 31/03/2012, quanto o art. 251 do RICMS/BA/12 asseguravam ao contribuinte o direito de alterar totalmente as informações constantes no arquivo da EFD, mediante autorização da INFAZ. Que a 3ª JJF reconheceu que à época dos fatos geradores não haveria multa pela entrega de arquivo eletrônico da EFD sem as informações exigidas na legislação.

Que, seguindo sua linha de raciocínio, até às intimações ocorridas no curso da fiscalização, ele, Recorrido, não haveria incorrido em qualquer penalidade.

Que como as EFDs já haviam sido apresentadas tempestivamente no exercício de 2011, 2012 e 2013, a única conclusão a que se poderia chegar seria a de que as intimações ocorridas em

meados de dezembro de 2013, no curso da fiscalização, foram para apresentar as EFDs já retificadas, como lhe autoriza o art. 897-E, do RICMS/1997, vigente até 31/03/2012, quanto o art. 251 do RICMS/BA/12.

Que, apesar de intimado pelo Fisco, ele, Recorrido só poderia retificar as informações constantes nos arquivos das EFDs mediante autorização da INFAZ, o que aduz que só veio a ocorrer após a apresentação da defesa dele, Recorrido, em meados de fevereiro/março de 2014, conforme documentos que anexou [fls. 119 a 124/verso].

Que assim a INFAZ teria impedido que ele, Recorrido, cumprisse as intimações fiscais, só vindo a autorizar a retificação das EFDs e envio/entrega após transcorrido o prazo de defesa, o que diz que afastaria qualquer alegação de descumprimento voluntário de qualquer obrigação acessória.

Discorre acerca da irretroatividade da Lei transcrevendo o art. 150, inciso III, alínea “a”, da Constituição da República e art. 106, inciso I, do CTN.

O contribuinte repete os mesmos argumentos já expostos acerca da inaplicabilidade da multa indicada no Auto de Infração e conclui pedindo que seja negado provimento ao Recurso de Ofício e, alternativamente, pelo seu improvimento.

Às fls. 168 a 181, no texto do Recurso Voluntário o contribuinte inicialmente aduz que, em que pesem os fundamentos do Acórdão recorrido, a decisão não observou a correta interpretação da legislação tributária, merecendo ser reformada para se considerar insubsistentes as multas impostas, julgando-se improcedente o Auto de Infração.

Em seguida descreve as duas imputações da autuação e afirma que, de forma acertada, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal refutou a tese dos Autuantes e acolheu grande parte dos argumentos defensivos, afastando a infração imputada à Recorrente porque a obrigação acessória imposta *“era de entrega mensal dos arquivos da EFD, inexistindo até a promulgação da Lei nº 12.917, de 31/10/13 (DOE de 01/11/13), qualquer imposição ou penalidade pela entrega da EFD zerada, como se depreende da análise do art. 42, inciso XIII-A, alínea “L”, da Lei 7.014/1996, acrescentado pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10 a 31/10/13, conforme ementa do acórdão nº JJF Nº 0121-03/14: (...) ”*

O contribuinte repete os argumentos do texto de sua insurgência contra o recurso de Ofício a respeito.

Em seguida aduz que apesar de, no seu entender, ter agido acertadamente a JJF ao acolher a tese defensiva, a 3ª JJF achou por bem impor ele, autuado, de ofício, três multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$6.380,00 previstas no art. 42, incisos XIII-A, alínea “I” e XX, “a” e “b” da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 8.534/02, dispositivos que transcreve, por suposto descumprimento de intimações que solicitaram a entrega da escrituração fiscal digital, no curso da fiscalização, sendo a primeira em 02/12/2013 e a segunda em 05/12/2013, e falta de entrega da EFD no prazo legal.

Que, em que pese este entendimento, ele, Recorrente, não teria descumprido qualquer obrigação acessória.

Que a 3ª JJF aplicou, de ofício, três multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$6.380,00, previstas no art. 42, incisos XIII-A, alínea “I” e XX, “a” e “b” da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 8.534/02, por suposto descumprimento de intimações que solicitaram a entrega da escrituração fiscal digital, no curso da fiscalização, sendo a primeira em 02/12/2013 e a segunda em 05/12/2013 e falta de entrega da EFD no prazo legal.

O contribuinte reafirma que entregou as EFDs zeradas. Que a 3ª JJF reconheceu que à época dos fatos geradores não havia multa pela entrega de arquivo eletrônico da EFD sem as informações exigidas na legislação. Que, seguindo tal linha de raciocínio, até às intimações ocorridas no curso da fiscalização, ele, Recorrente, não haveria incorrido em qualquer penalidade.

Que como as EFDs já haviam sido apresentadas tempestivamente no exercício de 2011, 2012 e 2013, a única conclusão a que se poderia chegar seria a de que as intimações ocorridas em meados de dezembro de 2013, no curso da fiscalização, foram para apresentar as EFDs já retificadas, como lhe autoriza o art. 897-E, do RICMS/1997, vigente até 31/03/2012, quanto o art. 251 do RICMS/2012.

O contribuinte reprisa a alegação acerca de a INFAZ lhe ter impedido de enviar a EFD retificada, após o início da ação fiscal, antes da autuação, até meados de fevereiro/março de 2014, quando já transcorrido o prazo de defesa.

Em seguida afirma que ter-se-ia equivocado a 3ª JJF ao aplicar as sanções previstas no art. 42, inciso XX, alíneas “a” e “b”, pois o próprio inciso XX veda a aplicação de tais sanções quando se tratar de não entrega dos arquivos previstos no inciso XIII-A do mesmo artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Transcreve textos dos dois incisos.

Afirma que por estes seus argumentos cairiam por terra as multas aplicadas pela 3ª JJF com fundamento no art. 42, inciso XX, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.014/1996, o que evidenciaria a necessidade de reforma do acórdão nesse aspecto.

Em seguida o contribuinte argui que, seguindo sua linha de raciocínio, em tese, restaria, tão somente, a multa imposta pela 3ª JJF com fundamento no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “I”, vigente à época, dispositivo que copia.

Afirma que a própria 3ª JJF reconheceu que não houve descumprimento da obrigação acessória objeto da mencionada alínea “I”, pois os arquivos da EFD foram entregues, embora zerados.

Que, do mesmo modo, a 3ª JJF adotou entendimento de que à época dos fatos geradores não havia multa pela entrega de arquivo eletrônico da EFD sem as informações exigidas na legislação, conforme se extrai de trechos do acórdão recorrido. Que, portanto, não teria havido descumprimento de tal obrigação acessória pois os arquivos da EFD foram devidamente entregues, o que entende evidenciaria, do mesmo modo, a insubsistência da multa imposta pela 3ª JJF com fundamento no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “I”, vigente à época.

O contribuinte salienta que a obrigação acessória imposta era de entrega mensal dos arquivos da EFD, inexistindo até a promulgação da Lei nº 12.917, de 31/10/13 (DOE de 01/11/13), imposição ou penalidade pela entrega da EFD zerada, como se depreenderia da análise do art. 42, inciso XIII-A, alínea “I”, da Lei nº 7.014/1996, acrescentado pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10 a 31/10/13.

Que somente com a 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 artigo 42 e passou-se a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas

Que portanto, para os fatos geradores ocorridos até 31/10/13, não haveria multa pela entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD sem as informações exigidas na legislação, não sendo devida, portanto, a multa imposta pela 3ªJJF com fundamento no art.42, inciso XIII-A, alínea “I”, vigente à época.

Em seguida o contribuinte passa a argumentar no sentido da ausência de relevância da conduta ensejadora das multas aplicadas, alegando a presença dos requisitos autorizadores para o seu cancelamento, ou redução.

Afirma ter cumprido a obrigação principal, e que a Escrituração Fiscal Digital - EFD foi entregue, porém, por razões operacionais, zeradas, o que entende que evidenciaria que se houve alguma infração, esta não representaria descumprimento de obrigação principal.

Aduz ser empresa de reputação ilibada, cumprindo os seus deveres fiscais.

Salienta que *“a suposta infração imputada decorre de uma interpretação plausível dos RICMS/BA/97 e RICMS/BA/12, bem como do artigo 42, inciso XIII-A, alínea “I”, vigente até 31/10/2013*

que não repercutiu em redução do pagamento do imposto, inexistindo, portanto, qualquer prejuízo para o Estado da Bahia.”

Alega ter agido com boa-fé, sem dolo, fraude ou simulação. Afirma que as multas impostas referem-se tão somente a descumprimento de obrigação acessória que diz ser “irrelevante”, porque as informações constantes nas DMAs entregues seriam suficientes para que a SEFAZ/BA procedesse a qualquer análise da escrita fiscal e efetuasse o lançamento de eventual tributo devido, não acarretando prejuízo para o Fisco. Cita textos de juristas acerca de penalidades. Discorre a respeito citando os artigos 108, 172 e 136 do CTN; artigo 46 do COTETB, artigo 42, §§7º e 8º, da Lei nº 7014/96, acerca de redução e cancelamento de multas por descumprimento de obrigação tributária acessória. Fala sobre equidade citando textos de juristas e decisões da esfera judicial em outras lides. Cita número de Acórdãos deste Conselho de Fazenda acerca de redução de multas.

Conclui requerendo que seja provido o Recurso Voluntário para reformar o acórdão recorrido e considerar improcedente/insubsistente as multas imputadas pela 3ª JF, julgando, por consequência, improcedente o Auto de Infração. Alternativamente, caso mantidas as multas impostas, requer o seu cancelamento ou redução, nos termos dos parágrafos 7º e 8º do artigo 42 da Lei nº 7.14/96.

Não houve emissão de Parecer técnico-jurídico da PGE/PROFIS em razão de não ter sido atingido o limite estabelecido no item 3 da alínea “b” do inciso III do artigo 136 do RPAF/99.

VOTO

Consoante já exposto no relatório que antecede este voto, trata-se de Recurso de Ofício interposto por iniciativa do Sr. Presidente deste CONSEF, nos termos do §2º do artigo 169 do RPAF/99, contra decisão que, em Primeira Instância, julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe, e de Recurso Voluntário nos termos do artigo 169, I, “b”, do mesmo Regulamento, em relação à parte julgada procedente da autuação.

De plano esclareço que inexistente previsão normativa no sentido de insurgência de sujeito passivo de obrigação tributária contra o reexame administrativo via Recurso de Ofício neste Conselho mas, uma vez que a matéria será necessariamente abordada neste voto, tal intervenção do contribuinte no processo não impacta de forma negativa na análise da lide.

Destaco, ainda, que o Recurso de Ofício objeto de análise não é aquele previsto na alínea “a” do inciso I do artigo 169 do RPAF/99, e sim o Recurso previsto no §2º do mesmo artigo 169 do citado Regulamento, conforme, inclusive, consta no texto de fl. 144 dos autos. Por conseguinte, diante dos dados do processo, o Recurso de Ofício é conhecido e está sendo apreciado.

É objeto do Recurso de Ofício a imputação 1, e do Recurso Voluntário as imputações 1 e 2.

A Infração 01 é objeto de ambos os recursos, pelo que a sua análise reporta-se, necessariamente, ao Recurso de Ofício e também ao Recurso Voluntário, e refere-se a falta de atendimento a intimação para entrega de arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, tendo sido aplicada multa de 1% sobre os valores das entradas ou sobre os valores das saídas mensais, a depender do mês. Demonstrativo fiscal à fl. 19. Meses de março a dezembro de 2012. Multa no valor histórico total de R\$19.923,52.

Esclareço, por oportuno, que conforme disposto no Convênio ICMS 143/2006, e no RICMS/BA/97, artigo 897-A, a Escrituração Fiscal Digital – EFD constitui-se em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos Fiscos das Unidades Federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. A EFD substitui a escrituração e impressão dos livros Registro de Entradas, de Saídas, de Inventário, de Apuração do ICMS, e do documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP. Consideram-se escriturados os livros

e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

Portanto, tal é a importância da EFD para efeito de controle, pelo ente tributante, das operações tributáveis praticadas pelo sujeito passivo.

Compulsando os autos constato que, *data maxima venia*, merece reparo a decisão recorrida.

Assiste razão ao contribuinte quando assinala que é inaplicável a multa prevista no inciso XX do artigo 42 à imputação 1, capitulada no Auto de Infração, porque a Escrituração Fiscal Digital – EFD é um dos arquivos eletrônicos previstos no inciso XIII-A do mesmo artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e o inciso XX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 exclui, de forma literal, a aplicação das multas que prevê àquelas obrigações tributárias relacionadas aos mencionados arquivos eletrônicos, cujas previsões de penalidades são do inciso XIII-A.

A obrigação acessória objeto da imputação 1, tal como está escrito à fl. 01 do Auto de Infração, é a falta de atendimento a intimação fiscal para entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD na forma e nos prazos previstos na legislação tributária. As Intimações de fl. 12 e de fls. 16/17 lastreiam a imputação.

O contribuinte não nega a falta de entrega do arquivo eletrônico ao Fisco quando intimado, apenas alega que a imputação 1 seria falta de entrega da EFD a cada período mensal - o que esclareço que colide frontalmente com o texto do Auto de Infração, que indica penalidade por falta de atendimento a intimação para entrega do arquivo eletrônico da EFD.

O recorrente também argui que sabia-se obrigado ao envio da EFD a partir de janeiro/2012, nos termos do artigo 897-B do RICMS/BA/97 mas, por questões ditas operacionais da empresa, ele, contribuinte, enviara mensalmente, em suas palavras, “zerado”, cada arquivo EFD referente a todos os meses de janeiro a dezembro de 2012, ou seja, enviara arquivos sem qualquer informação sobre a escrituração fiscal das operações de entradas, de saídas, ou da apuração do imposto.

Para comprovar esta sua assertiva, que é exatamente a mesma assertiva do Fisco a respeito, o contribuinte colaciona cópias das EFDs “zeradas” às fls. 85 a 95 dos autos, quando de sua impugnação originária ao lançamento de ofício.

Portanto, é dado confessado e incontroverso que o contribuinte enviou, mensalmente, para todo o exercício de 2012, arquivos eletrônicos que corresponderiam a uma Escrituração Fiscal Digital – EFD mas tais arquivos não continham qualquer dado de escrituração fiscal de entradas, de saídas, e nem da apuração do imposto, ou seja, tratava-se sempre de envios mensais de arquivos vazios de dados fiscais, e por conseguinte sem qualquer serventia para o efeito de controle do ente tributante sobre as atividades comerciais do sujeito passivo.

O contribuinte alega que, uma vez que enviara aos arquivos eletrônicos EFD “zerados” referentes aos meses de janeiro a dezembro/2012 tempestivamente, e então em dezembro de 2013 - ou seja, mais de um ano depois das datas em que deveria ter mensalmente enviado os arquivos eletrônicos com os dados de sua escrita fiscal - foi intimado pelo Fisco a apresentar os mesmos arquivos eletrônicos EFD, quando foi intimado teria ele, contribuinte, desenvolvido o raciocínio no sentido de que o Fisco estaria exigindo os arquivos retificados, e assim teria tentado corrigir tais arquivos mas, uma vez que a legislação fiscal baiana exige que a Inspetoria fazendária autorize a retificação de dados da EFD, então ele, impugnante, apesar de intimado, não pôde corrigir os arquivos eletrônicos EFD para entregá-los retificados ao Fisco, e só pôde retificar tais arquivos EFD quando já extinto o prazo de impugnação ao lançamento.

Assim o contribuinte alega, sem disto trazer prova aos autos, que esta SEFAZ/BA teria impedido que ele, contribuinte, corrigisse os dados de seus arquivos eletrônicos, e só teria permitido tal correção, segundo o contribuinte afirma à fl. 173 dos autos deste processo, “(...) em meados de fevereiro/março de 2014.”

Observe que o contribuinte, embora alegue que em meados de fevereiro e/ou de março teria sido

“autorizado” a corrigir seu arquivo EFD, apesar de sua assertiva só comprova ter realizado inserção de dados de entradas e de saídas, e em alguns meses também dados referentes a apuração de imposto, não em fevereiro ou em março de 2014, e sim já em 05 de maio/2014, quando mesmo assim insere dados de escrituração fiscal digital de forma parcial nos arquivos eletrônicos, e apenas relativamente aos meses de fevereiro a dezembro/2014, conforme documentos de fls. 119 a 124/verso, posto que não anexa, sequer, o arquivo eletrônico que alega que teria retificado referente a janeiro/2012.

Pontuo que a Escrituração Fiscal Digital, EFD, é de tal importância – e não uma obrigação tributária acessória “irrelevante”, como a qualifica o contribuinte em seus textos às fls. 79 e 176 dos autos - que para que o contribuinte possa modificar os dados fiscais informados ao Fisco, de fato, é necessária a autorização da INFAZ. Trata-se da escrita fiscal do contribuinte, instrumento primordial de controle fiscal.

Porém a intimação objeto da imputação 1 do Auto de Infração objeto dessa lide não foi para que o contribuinte retificasse seus dados nos arquivos que enviara, e sim para que o contribuinte apresentasse ao Fisco, naquele prazo concedido, os arquivos EFD conforme determina legislação.

Portanto, não houve qualquer impedimento da INFAZ a que o contribuinte enviasse os arquivos de forma correta quando devido, e nem a que o contribuinte, durante todos os meses de janeiro/2012 a 24/09/2013, antes do início da ação fiscal com a intimação fiscal de fl. 07 dos autos, enviasse os dados de sua escrita fiscal digital a esta SEFAZ/BA.

O contribuinte, pelas alegadas “*questões operacionais*” não identificadas e nem provadas nos autos, que entende o justificariam, não enviou, em verdade, a sua escrita fiscal digital a esta SEFAZ, posto que, seguidamente confessa, enviou arquivos sem quaisquer dados, ou seja, arquivos vazios de dados fiscais.

Em verdade, o contribuinte tem a obrigação tributária acessória de envio dos arquivos eletrônicos da EFD desde janeiro/2012, conforme repetidamente confessa, e para cumprir esta sua obrigação tributária deveria ter enviado os arquivos eletrônicos contendo a sua escrituração fiscal digital, e não o fez. Além disto, também não corrigiu os arquivos, inserindo os dados da EFD, antes de iniciada a ação fiscal.

Inexiste prova nos autos sobre qualquer tentativa do contribuinte no sentido de enviar os dados de sua EFD a esta SEFAZ antes de iniciada a ação fiscal, e o próprio contribuinte sequer afirma que teria tentado cumprir esta sua obrigação acessória ao longo dos exercícios de 2012 e de 2013. Apenas alega boa-fé, a realização de pagamentos de ICMS, e a apresentação de outros elementos de controle fiscal, a exemplo de Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA.

Assinalo, outrossim, que de fato o controle informatizado realizado pelo Fisco sobre as operações que sofrem incidência de ICMS resta dificultado se o contribuinte não cumpre todas as suas obrigações acessórias relativas à prestação de informações via meio informatizado, e neste sentido a Escrita Fiscal Digital - EFD possibilita maior vigilância por parte dos prepostos fiscais, em relação aos créditos tributários a serem recolhidos, pelo que há, em âmbito estadual e nacional, a crescente informatização dos roteiros de auditoria e o aumento da exigência do cumprimento de obrigações acessórias relativas à emissão informatizada de livros e documentos fiscais, dentro de tal filosofia encaixando-se a exigência de EFD.

A prática infracional compele à aplicação da multa prevista na legislação. A dispensa, ou redução, de imposição de penalidade que se encontra prevista no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, exige do sujeito passivo a comprovação de que as infrações teriam sido praticadas sem dolo, fraude, ou simulação, e que não houvessem implicado falta de recolhimento do ICMS.

O §8º do artigo 42, citado pelo contribuinte, foi revogado pela Lei nº 12.605, de 14/12/2012, DOE de 15 e 16/12/2012, com efeitos a partir de 15/12/2012. Por outro lado, este parágrafo atinha-se a dispensa de multa, por equidade, referente a descumprimento de obrigação de tributária principal. Assim, tanto por estar revogado, quando por não guardar relação com a situação em

foco, impossível o atendimento do pleito do autuado no sentido da aplicação da equidade com base em tal dispositivo. Ademais, não se encontram, no processo, os documentos e requisitos previstos no artigo 159 do RPAF/99, que inclusive seriam referentes a julgamento em instância diversa desta.

Observo também que nos termos do §2º do artigo 40 da mesma Lei está previsto que independe, tal sanção, da comprovação da ocorrência de dolo.

Contudo, para que ocorra a dispensa da aplicação de multa é que se faz necessária a comprovação da falta de dolo. Portanto, caberia ao contribuinte comprovar que não houvera dolo, e que o imposto teria sido regularmente recolhido ao erário, o que não resta provado.

O Fisco não exigiu qualquer retificação do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD no texto das duas intimações, a de fl. 12 e a de fls. 16/17.

Estas intimações foram apenas para a apresentação dos arquivos ao Fisco, nos moldes previstos na legislação. As demais intimações constantes dos autos referem-se a repetidas solicitações do Fisco para que contribuinte apresentasse-lhe outros livros e documentos fiscais.

Assim, tem-se que as Intimações de fl. 12 e de fls. 16/17 dos autos deste processo foram realizadas, respectivamente, nas datas de 07/11/2013 e de 03/12/2013, conforme concordam Fisco e autuado. Em novembro e dezembro/2013 era já vigente a redação atual da alínea “I” do artigo 42 da Lei 7014/96:

Lei 7014/96:

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 dados:

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.

Nota: A redação atual da alínea “I” do inciso XIII-A do caput do art. 42º foi dada pela Lei nº 12.917, de 31/10/13, DOE de 01/11/13, efeitos a partir de 01/11/13.

Redação originária dada a alínea "I" tendo sido acrescentada ao inciso XIII-A do caput do art. 42 pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10 a 31/10/13: “l) R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD.”

(grifos nossos)

Portanto, está correta a aplicação da multa indicada no Auto de Infração, no valor histórico total de R\$19.923,52.

Ocorre apenas a necessidade de retificação, de ofício, da data do cometimento da infração, posto que uma vez que a segunda Intimação, às fls. 16/17 dos autos, foi recebida na data de 03/12/2013, o termo final do prazo de cinco dias então concedido deu-se em 08/12/2013, domingo, pelo que prorrogado para segunda-feira, dia 09/12/2013, primeiro dia útil seguinte.

Pelo exposto, em relação à Infração 1 voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário modificando, de ofício, a data de ocorrência da Infração 1 para 09/12/2013.

Passo ao exame do Recurso Voluntário.

Em relação à imputação 1, o tema já foi abordado neste meu voto, no sentido do provimento do Recurso de Ofício e do não acolhimento das razões e pedidos do Recurso Voluntário, embora assista-lhe razão quando discorda da multa aplicada pela Junta de Julgamento Fiscal, tema este também relacionado ao Recurso de Ofício.

Em relação à Infração 2, esta trata de falta de entrega do arquivo eletrônico da EFD, ou entrega sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de março a dezembro de 2012, sendo aplicada a multa fixa de R\$1.380,00 por cada mês, totalizando R\$13.800,00.

O contribuinte alega que enviou os arquivos sem conteúdo da Escrituração Fiscal Digital, estando todos os arquivos enviados “zerados”, por “*questões operacionais*” da empresa, questões estas que levaram o contribuinte a permanecer, por mais de um exercício, sem enviar os dados de sua Escrita Fiscal Digital, ou seja, descumprindo esta obrigação tributária acessória.

De fato, os arquivos eletrônicos foram enviados, mas vazios, e embora intitulados de arquivos de Escrituração Fiscal Digital, nada continham.

O envio de tais arquivos sem conter a Escrituração Fiscal Digital configura a falta de envio do arquivo da Escrituração Fiscal Digital posto que a obrigatoria escrituração digital não fora então realizada.

Observo, também, que embora no demonstrativo fiscal de fl. 19 o autuante tenha feito constar o levantamento atinente a todos os meses de janeiro a dezembro/2012, ao realizar o lançamento de ofício, por meio do Auto de Infração, apenas indicou penalidade para os meses de março a dezembro/2012.

O contribuinte confessa o envio de arquivos eletrônicos “zerados” para todo o exercício de 2012, e comprova esta confissão às fls. 85 a 95 dos autos mas, uma vez que os meses de janeiro e fevereiro não foram objeto de lançamento na imputação 2, não se pode aplicar a multa em relação a estes dois meses, na autuação ora em lide.

Observo que previa e prevê a Lei 7014/96, em redações vigentes nos exercícios de 2012 e 2013 e até os dias atuais, em relação a envio de EFD:

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:

(...)

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.

Nota: A redação atual da alínea “I” do inciso XIII-A do caput do art. 42º foi dada pela Lei nº 12.917, de 31/10/13, DOE de 01/11/13, efeitos a partir de 01/11/13.

Redação originária dada a alínea “I” tendo sido acrescentada ao inciso XIII-A do caput do art. 42 pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10 a 31/10/13: “I) R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD.”

A redação originária da alínea “I” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7014/96 previa, até 30/11/2013, referente às operações realizadas no exercício de 2012, a aplicação a multa de R\$5.000,00 pela falta de envio do arquivo eletrônico. Portanto esta redação atingia o período em que o contribuinte deveria ter enviado a sua Escrituração Fiscal Digital – EFD mensalmente.

O contribuinte, em sua argumentação, quer fazer crer que quando a legislação prevê a obrigação e de enviar arquivo eletrônico, trata-se de arquivo eletrônico mesmo sem conteúdo de quaisquer dados fiscais, ainda que o contribuinte tenha realizado operações sob incidência do ICMS, e tratando-se exatamente de arquivo atinente à sua Escrita Fiscal Digital.

Foge à razoabilidade tal interpretação.

Ainda que o contribuinte tenha enviado os arquivos, os enviou não só em completa desarmonia com os preceitos normativos, mas os enviou desprovidos de conteúdo.

É inservível um arquivo eletrônico vazio. Não houve o envio da Escrita Fiscal Digital nesses

arquivos, ainda que este fosse o título adotado pelo sujeito passivo. Portanto, o envio via internet, e/ou a entrega ao Fisco quando para tanto intimado o sujeito passivo, de arquivo vazio de dados, equivale ao não envio, e à não entrega de arquivos eletrônicos.

Nesta esteira de entendimento o texto do §6º do artigo 708-A do RICMS/BA/97, que também trata da escrituração de livros fiscais por sistema eletrônico de processamento de dados:

RICMS/BA/97

CAPÍTULO I - DA EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E DA ESCRITURAÇÃO DE LIVROS FISCAIS POR SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS

Art. 708-B. O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.

§ 6º. A entrega de arquivo magnético em atendimento à intimação de que trata o caput deste artigo, fora das especificações e requisitos previstos no Convênio ICMS 57/95, configura não fornecimento, estando o contribuinte sujeito à penalidade prevista na alínea “j” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014, de 04/12/96.

CAPÍTULO VII

DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD

Art. 897-A. 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 e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).

§ 1º A EFD substitui a escrituração e impressão dos seguintes livros:

I - Registro de Entradas;

II - Registro de Saídas;

III - Registro de Inventário;

IV - Registro de Apuração do ICMS;

V - documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente - CIAP.

(...)

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

(...)

Art. 897-B. 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:

(...)

Art. 897-C. O contribuinte usuário de EFD deverá atender às especificações técnicas do leiaute previsto em Ato COTEPE.

A multa prevista na Lei 7.014/96 às datas em que o contribuinte deveria ter enviado mensalmente a sua escrituração fiscal digital a esta SEFAZ/BA era, contudo, mais severa do que a pena posteriormente prevista. Por este motivo, em obediência ao previsto na alínea “c” do inciso II do artigo 106 do CTN, entendo aplicável a multa prevista a partir 01/11/2013:

CTN:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Assinalo que multa prevista na alínea “I” do inciso XIII-A da Lei nº 7.014/96 é aplicável por arquivo eletrônico, e não apenas uma multa aplicável indistintamente pela falta de envio de um, ou de mais, arquivos eletrônicos, e por este motivo bem laborou o Fisco ao lançar a multa por períodos mensais.

Inexistiria razoabilidade em apenar-se de forma desproporcional o contribuinte que enviasse apenas um arquivo de forma irregular, ou “zerado”, e um contribuinte que enviasse dez, doze, ou mais arquivos fora das especificações, ou sem o conteúdo da Escrita Fiscal Digital – EFD.

Tratando-se de retificação de valor da multa por descumprimentos mensais de obrigação tributária acessória, em que houve equívoco, por parte da JJF, quando tendo constatado a caracterização da infração, entendeu por reduzir o montante originalmente lançado no Auto de Infração, se este ponto houvesse sido objeto de Recurso de Ofício, restar-me-ia votar no sentido da adequação da multa à infração constatada.

Por conseguinte, assinalo que em relação à Infração 2 observo que seria aplicável a multa de R\$5.000,00 prevista em redação vigente à época dos fatos geradores no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “I” da Lei nº 7.014/96, por cada período mensal em que o arquivo de Escrituração Fiscal Digital foi enviado “zerado” a esta SEFAZ/BA, equivalendo o envio de arquivo sem quaisquer dados de escrituração digital à ausência de envio, porém em face da retroatividade da pena mais benéfica conforme previsto no artigo 106, II, “c”, do CTN, deve ser reduzido o montante da multa aplicada ao valor originalmente lançado no Auto de Infração, de R\$1.380,00 por período mensal em que houve o descumprimento da obrigação acessória, totalizando R\$13.800,00.

Porém, uma vez que a JJF, embora equivocadamente, decidiu por aplicar a penalidade apenas no valor de R\$5.000,00, e diante da impossibilidade de retificação da decisão de primeiro grau quanto ao valor da multa aplicada para a imputação 2, inexistente possibilidade de majoração do “quantum” a ser cobrado do sujeito passivo por esta infração.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, restaurando o valor da multa aplicado no Auto de Infração para a imputação 1, e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para assim modificar a Decisão recorrida apenas quanto à mencionada acusação 1, julgando PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$24.923,52 previstas no inciso XIII-A, alínea “I”, da Lei nº 7014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206905.0010/13-0**, lavrado contra **GERAIS ELETROMÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$24.923,52**, previstas no art. 42, XIII-A, “I”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS