

A. I. N° - 269440.0010/13-2
AUTUADO - GERAIS ELETROMÓVEIS LTDA.
AUTUANTES - MARIA IRACI B. DE SÁ TELLES, WALTER KUHN e ALMIR DE SANATANA ASSIS
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET - 10/07/2014

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0145-03/14

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. **b)** ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS. Constatado que à época da ocorrência dos fatos geradores, inexistia previsão legal para aplicação da multa percentual de 1%, sobre o total das operações de saídas ocorridas no período, nos termos do art. 42, inciso XIII-A, alínea “I” da Lei nº 7.014/96. Aplicada de ofício multas vigentes à época dos fatos geradores previstas para o caso concreto. Infrações parcialmente caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 20/12/2013, exige crédito tributário no valor de R\$95.152,24, em razão das seguintes irregularidades:

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, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, sendo aplicada multa de 1% sobre valores de entradas ou saídas não informadas na EFD, totalizando R\$62.032,24. Consta da descrição dos fatos que “o contribuinte entregou a EFD zerada, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, período em que já se encontrava obrigado à referida entrega. Considerando que o contribuinte não dispunha de informações de notas fiscais de entrada e saída e ainda de apuração do ICMS na EFD, foram utilizadas as informações constantes em DMAs apresentadas pelo contribuinte e registradas no INC, considerando os resumos de entradas e saídas em cada mês, para calcular a multa formal por falta de entrega ou entrega sem as informações exigidas na legislação, de notas fiscais de entradas e saídas. Foi aplicada multa de 1% sobre o valor total das entradas ou saídas, constante da DMA, o que for maior”;

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 janeiro de 2011 a dezembro de 2012, sendo aplicada a multa fixa de R\$1.380,00 por cada mês de omissão, totalizando R\$33.120,00.

O autuado impugna o lançamento fls.55/71, por seus advogados constituídos nos termos da procuraçao fl.76. Registra a tempestividade da peça defensiva e repete as infrações que lhe foram imputadas.

Afirma que o Autuante acusa a Autuada 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 arts. 247, 248, 249 e 250 do RICMS/2012.

Diz ser oportuno esclarecer que até 31/03/2012 esteve vigente no Estado da Bahia o Regulamento do ICMS/97, somente a partir de 1º de abril de 2012 passou a viger o novo Regulamento de ICMS/12. Logo, em relação aos fatos geradores ocorridos antes dessa data, aplica-se o RICMS/1997. Aduz que a Agente Autuante não observou a correta aplicação da legislação, o que, através de uma simples análise, evidenciará a insubsistência da autuação.

Reproduz os arts. 897-A, 897-B, 897-C, 897-D e 897-E do RICMS/1997 vigente até 31/03/2012 que dispõe sobre a Escrituração Fiscal Digital- EFD.

Menciona que o art. 897-B, inciso I, do RICMS/1997, dispõe 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 e embora seu faturamento no exercício de 2010 não tenha atingido este limite, o autuante cobra no presente lançamento tal obrigação, referente de fevereiro/2011 a dezembro de 2012. Informa que somente a partir de janeiro de 2012, nos termos do art. 897-B, inciso I, do RICMS/1997, passou-se a exigir tal obrigação acessória da Autuada, já que o seu faturamento em 2011 ficou entre R\$15.000.000,00 e R\$36.000.000,00. Observa que o RICMS/2012, vigente a partir de 1º de abril de 2014 trouxe a mesma redação do RICMS/1997. Sobre a matéria reproduz o art. 248 do RICMS/12.

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 RICMS/2012 e assim procedeu, conforme comprovantes que anexa.

Argumenta que por questões operacionais a Escrituração Fiscal Digital (EFD) referente a janeiro/2011 a dezembro/2011 e janeiro/2012 a dezembro/2012 foram entregues zeradas, mas a obrigação de entregar foi devidamente cumprida, o que afasta a infração imputada. Para reforçar sua tese reproduz o art. 897-E, do RICMS/1997, vigente até 31/03/2012 e o art. 251 do RICMS/2012, que assegura ao contribuinte o direito de alterar totalmente as informações constantes no arquivo da EFD, mediante autorização da INFRAZ.

Reitera que por questões operacionais a Autuada não conseguiu alimentar as informações necessárias no arquivo da EFD. 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, como previsto no RICMS, mediante autorização da INFRAZ, fosse procedida a retificação total de tais informações, o que foi requerido à Inspetoria e estranhamente, até a presente data, omitido à Autuada.

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) qualquer imposição ou penalidade pela entrega da EFD zerada, como se depreende da análise do art. 42, inciso XIII-A, alínea “I”, 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 que reproduz.

Assevera 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 art. 42 e passou-se a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas.

Conclui que 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 devido, portanto, a multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo exigida pela Autuante em relação aos exercícios de 2011 e 2012. Afirma que este é mais um fundamento que evidencia a insubsistência da autuação. (Infração 02)

Invoca a Constituição Federal, art. 150, inciso III, alínea “a”, que consagra o princípio da irretroatividade da Lei. Diz que na mesma linha segue o Código Tributário Nacional, que no art. 106, inciso I, aplica a ressalva ao princípio da irretroatividade, com a impossibilidade de aplicação de penalidade a fatos geradores pretéritos. Diz que no presente caso, os fatos geradores ocorreram nos exercícios de 2011 e 2012, sendo aplicada a multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “I” da Lei 7.014/1996, que reproduz.

Constata que a multa aplicada somente foi instituída com a Lei nº 12.917, de 31/10/13, com efeitos a partir da publicação que ocorreu no DOE de 1º/11/2013. Portanto, inaplicável aos fatos geradores pretéritos a esta data.

Afirma que caso sejam mantidas as multas impostas nas infrações 01 e 02, o que não acredita, conforme fundamentos dos argumentos defensivos, apesar de insubstancial a autuação e violar o princípio da irretroatividade da norma tributária, o Auto de Infração merece ser reduzido/cancelado no tocante às multas impostas, considerando presentes os requisitos autorizadores da sua redução.

Frisa que a obrigação principal, qual seja, de pagamento do ICMS, só ocorre quando da realização do fato gerador do imposto, ou seja, quando da realização da hipótese de incidência (operação de saída) o que foi devidamente cumprido pela Autuada. Diz que a Escrituração Fiscal Digital - EFD foi devidamente entregue, no entanto, por razões operacionais, foi entregue zerada, o que evidencia, destarte, que se houve alguma infração, esta não representou descumprimento de qualquer obrigação principal.

Salienta que a suposta infração imputada decorre de uma interpretação plausível dos RICMS/1997 e RICMS/2012, bem como do art. 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. Logo, teria agido com boa-fé, efetivando os pagamentos dos tributos devidos. Observa que as infrações 01 e 02 imputadas se referem, tão somente, a descumprimento de obrigação acessória irrelevante, já que as informações constantes nas DMA's entregues são suficientes para que a SEFAZ/BA proceda qualquer análise da escrita fiscal e efetuasse o lançamento de eventual tributo devido, não acarretando, qualquer prejuízo para o fisco. Logo, a multa imposta lhe onera em absurdo e estratosférico valor de quase R\$100.000,00. Diz ficar evidente a ausência de dolo, fraude ou simulação.

Sobre a aplicação de multas, transcreve lições do professor Sacha Calmon Navarro. Afirma que muito embora o artigo 136 do Código Tributário Nacional contenha previsão no sentido de que a intenção do agente ou a efetividade do dano sejam irrelevantes para a responsabilidade por infrações, existem posições doutrinárias que consideram necessária a investigação do elemento subjetivo da conduta, para a cominação de penalidades. Sobre o tema reproduz doutrina de Luciano Amaro.

Lembra que vários dispositivos do Código Tributário Nacional contrariam o entendimento de que a responsabilidade por infrações tributárias é sempre e somente objetiva. Diz que o artigo 112 do CTN, por exemplo, prescreve a exclusão de aplicação de multa quando ocorrerem dúvidas referentes ao fato ocorrido, às circunstâncias envolvidas ou à culpabilidade *lato sensu* do agente, e que o artigo 137 do CTN exclui expressamente a responsabilidade de terceira pessoa, em nome e por conta da qual teria sido praticado o ato pelo agente, por infrações nos casos nele descritos, por ausência de dolo específico (incisos II e III). Invoca o princípio da equidade prevista nos artigos 108 e 172 do Código Tributário Nacional e o art. 46 do Código Tributário do Estado da Bahia, para pedir redução ou cancelamento das multas aplicadas.

Menciona que o órgão julgador pode dispensar/reduzir a multa acessória, conforme facultado pelo §§ 7º e 8º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois não houve dolo, fraude ou simulação, e não houve falta de recolhimento do imposto. Cita precedentes desse Conselho em que a multa pelo

descumprimento da obrigação acessória é reduzida, a exemplo dos Acórdãos nº 1009-12/06, 0542-12/06, 0383-12/06 e 0405-12/06. Nesse sentido cita jurisprudência.

Assevera que uma multa de quase cem mil reais em razão de simples entregas de EFD zeradas sem qualquer dolo, má-fé ou prejuízo para o Estado da Bahia é por demais desproporcional e abusiva, ainda mais, quando a autuada comprova que deixou de fazer embasada em fundamentos plausíveis, tendo recolhido o ICMS oriundo da operação quando da efetiva ocorrência do fato gerador.

Requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito e que seja julgada improcedente/insubstancial as infrações e multas imputadas na presente autuação.

Caso seja mantida a autuação, requer a redução ou cancelamento das multas impostas, nos termos dos parágrafos 7º e 8º, do artigo 42, da Lei 7.14/96.

Os autuantes prestaram informação fiscal fls.1962/1966 (volume VI). Sintetizam os argumentos articulados pela defesa.

Informam que efetivamente a EFD do contribuinte se encontra com valores zerados, conforme pode ser verificado nos recibos de entrada de EFD's apresentados pela defesa. Transcrevem os arts. 897-A e 897-B do RICMS/97 vigente até 31/03/2012 para demonstrar como era tratada Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Esclarecem que até 31/03/2012 esteve vigente no Estado da Bahia o Regulamento do ICMS/97, e somente a partir de 1º de abril de 2012 passou a vigorar o novo Regulamento de ICMS/2012. Logo, em relação aos fatos geradores ocorridos antes dessa data, aplica-se o RICMS/1997.

Afirmam que com relação à alegação do autuado de que para as infrações 01 e 02, que não era obrigada a Escrituração Fiscal Digital, pois os valores de faturamento em 2011 foram inferiores a R\$ 36.000.000,00, dizem que conforme documento a fl. 46 do PAF e informações de contribuinte obrigado a EFD, este contribuinte teve como data de início da obrigatoriedade 01/01/2011. Afirmam que o próprio contribuinte sabia que estava obrigado a EFD (Escrituração Fiscal Digital), uma vez que ele mesmo apresenta recibo de entrega de escrituração fiscal digital, de todos os meses de 2012, conforme cópia de documentos que se encontram anexados ao processo, folhas 79 a 89.

A respeito da alegação do autuado de que como podia entregar a EFD posteriormente, com as informações, opta por entregá-las com valores zerados, dizem que se a EFD substitui os livros fiscais de Entrada, Saída e Apuração do ICMS, a Auditoria não pode ser realizada porque não existem Livros Fiscais. A alegação da autuada de que se pode apurar o imposto apenas pela DMA demonstra um total desconhecimento do que seja a Auditoria Fiscal e como ela se efetua.

Sobre a alegação de que a respeito das infrações 01 e 02, a multa pela entrega de EFD zerada, ou seja, sem nenhuma escrituração de notas fiscais de entrada e saída, somente existiu a partir de 2013, com a alteração dada pela Lei 12.917 de 2013, portanto a aplicação da penalidade não poderia retroagir, informam que, se a EFD substitui a escrituração dos livros, Registro de Entrada de Mercadorias - REM, Registro de Saída de Mercadorias-RSM, Registro de Apuração do ICMS – RAICMS, temos que a falta de lançamento de documentos fiscais de entrada e saída em livros próprios enseja a aplicação de multa conforme estabelecia o RICMS vigente em 2012 e a Lei 7.014/96 que estabelecia multas para a falta de lançamento de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, 1% para mercadorias não tributáveis e 10% para as mercadorias tributáveis.

Dizem que a lei 12.917/13, retroagiu em sua aplicação para beneficiar o contribuinte, pois se não fosse esta retroação haveria que se aplicar multa conforme o prevista nos incisos IX e XI da Lei 7.014/96, correspondentes a entradas de mercadorias no estabelecimento sem o registro na escrita fiscal.

Reiteram que o que foi modificado, não foi a obrigatoriedade da escrita fiscal com o registro de documentos nos livros fiscais próprios, e sim, o instrumento que se utiliza para registrar entradas e saídas de mercadorias. Portanto, considerando a argumentação da defesa entendem que a lei retroagiu na aplicação da multa para beneficiar o contribuinte, pois se aplicadas multas de 1% e 10% sobre as entradas não escrituradas, para mercadorias não tributadas ou com fase de tributação encerrada e para mercadorias tributadas, respectivamente, a partir das informações da DMA, estes valores seriam maiores. Opinam pela procedência total do auto de infração.

O autuado volta a se manifestar fls.1969/1971. Disse que foi acusada 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 arts. 247, 248, 249 e 250 do RICMS/2012.

Reitera 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 e assim procedeu, mas por questões operacionais a Escrituração Fiscal Digital (EFD) foi entregue zerada.

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) qualquer imposição ou penalidade pela entrega da EFD zerada, como se depreende da análise do art. 42, inciso XIII-A, alínea “I”, 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, que transcreve.

Assevera 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 art. 42, passou-se a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas, conforme transcreve.

Frisa que 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 devido, portanto, a multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo, exigida pela Autuante em relação aos exercícios de 2011 e 2012.

Menciona não ser razoável o raciocínio de que a EFD substitui os livros fiscais de Entrada, Saída e Apuração do ICMS e com a entrega da Escrita Fiscal Digital zerada seria o mesmo que não escrutar tais livros, pois todos os livros estão e sempre estiveram à disposição do fisco. Somente as EFD foram entregues zeradas. Os livros não. Frisa que a infração que lhe foi imputada foi de entrega das EFD's zeradas e não de falta de escrituração dos livros de Entrada, Saída e Apuração do ICMS, cujas cópias seguem em arquivo digital, ora apresentados. Diz que somente com a intimação para apresentação de tais livros e sua não entrega pelo contribuinte se poderia imputar a infração ausência de escrituração contábil.

Aduz que se esse fosse o entendimento dos autuante, assim deveriam ter procedido quando da lavratura do auto, descrevendo corretamente o que entendiam como infração cometida e tipificando corretamente a irregularidade apontada.

Observa que a multa aplicada (art. 42, XIII-A, “I”) somente foi instituída com a Lei nº 12.917, de 31/10/13, com efeitos a partir da publicação que ocorreu no DOE de 1º/11/2013 e nada tem haver com as multas previstas no art. 42, IX e XI da Lei 7.014/96, que dizem respeito à falta de escrituração nos livros fiscais, conforme reproduz.

Assevera ser absurda a tese da Autuante sustentada nas informações fiscais, pois a redação do art. 42, XIII-A, “I” vigente até 31/10/2013 previa, tão somente, uma multa de R\$ 5.000,00 *pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD*, já a nova redação vigente a partir de 1º/11/2013 prevê uma multa cumulativa de R\$1.380,00 *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, com a multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo.

Conclui não ter havido alteração benéfica da legislação, o que evidencia sua inaplicabilidade aos fatos geradores pretéritos a esta data.

Diz que a multa aplicada à Autuada violou o art. 106, inciso I, do CTN, já que inovou o ordenamento jurídico com a criação de uma nova sanção e não poderia ser utilizada retroativamente.

Frisa que os fatos imputados à Autuada ocorreram antes da vigência da Lei 12.917, de 31/10/13, que instituiu a multa de 1% do valor das saídas ou das entradas e por observância ao princípio constitucional da irretroatividade da lei tributária reitera os argumentos defensivos para que sejam julgadas insubstinentes as multas impostas nas infrações 01 e 02.

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 INFRAZ, proceder a retificação total de tais informações.

O defendente reconheceu que a partir de janeiro de 2012 estava obrigado 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:

I) 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 inciso XIII-A, alínea "a" 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 aposta 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 “l” 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 tipicidade 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.

Importante, 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/BA. 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.16 e a segunda, dia 05.12.2013 fls.17, solicitando os arquivos da escrituração fiscal digital - EFD e não foi atendido pelo autuado, aplíco 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** do Auto de Infração nº 269440.0010/13-2, lavrado contra **GERAIS ELETROMÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$6.380,00** previstas nos incisos XIII-A, alínea “I” e XX, “a” e “b” do art. 42 da Lei 7014/96 alterada pela Lei 8.534/02 e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR