

PROCESSO - A. I. Nº 206905.0010/13-0
RECORRENTE - GERAIS ELETROMOVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 1ª CJF nº 0392-11/14
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
INTERNET - 18/08/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0208-12/15

EMENTA: ICMS. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. São dois os requisitos exigidos, cumulativamente, para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração: 1) a reforma no mérito, pela segunda instância, de Decisão proferida pela Primeira Instância e 2) a existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento. Não preenchimento do segundo requisito. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO CONHECIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração, nos termos do art. 169, I, “d” do RPAF/99, contra a Decisão da 1ª CJF, proferida através do Acórdão CJF nº 0392-11/14 que deu pelo Não Provimento do Recurso Voluntário e pelo Provimento do Recurso de Ofício, interpostos em relação ao Acórdão JJF nº 0121-03/14, modificando a Decisão da Primeira Instância, sendo que o Julgado ora atacado restabeleceu integralmente a infração 1 a seguir descrita julgada Procedente em Parte pela JJF, e objeto da Representação ora em apreciação:

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, nos meses de março a dezembro de 2012, sendo aplicada multa de 1% sobre valores de entradas ou saídas não informadas na EFD, totalizando R\$19.923,52. Consta da descrição dos fatos *que “o contribuinte entregou a EFD zerada, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, período em que já se encontrava obrigado a 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”;*

A 1ª Câmara de Julgamento ao apreciar o Recurso de Ofício interposto pelo Presidente deste Conselho de Fazenda Estadual referente à infração 1, discordou do entendimento da Junta de Julgamento Fiscal que julgou procedente em parte este item, e restabeleceu integralmente esta infração, sob o seguinte fundamento:

"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 Inspeção 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.

Ponto 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.

Observe 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: “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.”

(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."

Em 06/02/2015 o sujeito passivo interpõe Pedido de Reconsideração (fls.215/234), afirmando que tal pedido tem por fulcro as determinações contidas na alínea "d" do art. 169 do RPAF/BA, que transcreveu. Diz que, no caso em tela, o primeiro requisito de admissibilidade foi preenchido pois a 1ª CJF reformou o mérito da decisão de primeira instância, em sede de recurso de ofício.

No tocante ao segundo requisito entende que também está demonstrado, pois tanto questões fáticas como de direito, por ele arguídas, na impugnação não foram apreciadas nas fases anteriores ao julgamento.

Aduz que acusação versa sobre a falta de atendimento a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Digital – EFD - na forma e nos prazos previstos na legislação, nos meses de janeiro a dezembro de 2012, sendo aplicada a multa de 1% sobre valores de entrada ou saídas não informadas na EFD.

Diz que a empresa entregou a Escrituração Fiscal Digital zerada, conforme comprovantes que anexou, e diante dessa constatação, os autuantes no decorrer da ação fiscal, intimou a empresa, por duas vezes, no decorrer de dezembro de 2013, a apresentá-la, com os dados correspondentes ao seu movimento comercial. Foi concedido, em cada intimação, o prazo de 5 dias para a apresentação da EFD retificada.

Entende que 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 (Convênio ICMS 143/06) e substitui a escrituração e impressão dos livros fiscais.

Acrescenta que a Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, e o arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA).

No caso concreto, as informações constantes do arquivo da EFD traziam o movimento zerado, e em havendo necessidade de alteração parcial ou total das informações constantes do arquivo da EFD já transmitido, o contribuinte deveria retransmiti-lo com todas as informações, com a devida autorização da inspetoria fazendária da circunscrição fiscal do contribuinte.

Entende haver equívoco a decisão recorrida ao considerar que cabia ao contribuinte a prova negativa de que a INFAZ não havia autorizado a retificação de tais informações.

Ressalta que o dispositivo aplicado para a multa corresponde ao do art. 42, XIII-A, alínea "I", com redação vigente a partir de 01/11/2013, dispõe: 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.

Afirma que o fato concreto diz respeito a entrega da EFD com as informações zeradas, e que ao ser detectado pela fiscalização, no decorrer da ação fiscal, o autuante intimou a sociedade empresária a corrigir tais falhas, tendo concedido o prazo de cinco dias, na primeira intimação, e depois mais cinco dias, na segunda, com o interstício de pouco mais de 10 dias entre as intimações, e a data da lavratura do Auto de Infração.

Ressalta que Secretaria da Fazenda considerando a necessidade de orientação quanto à aplicação

de multas referentes a infrações relacionadas com arquivos magnéticos de que trata o Convênio ICMS 57/95, editou a Orientação Técnica – DPF 3005, a qual no seu item 5 dispõe que se verificada a impossibilidade de leitura ou a existência de divergência do arquivo magnético apresentado pelo contribuinte, em relação ao padrão previsto na legislação, como por exemplo, o contribuinte envia o arquivo com ausência do registro 54, é concedido o prazo de 30 dias para que possa regularizar as inconsistências. Conclui que o prazo previsto na OTE-DPF - 3005 de 2005, de 30 dias não foi observado, o que fulmina de nulidade a autuação.

Também equivocou-se o acórdão recorrido, ao considerar que a Recorrente deixou de apresentar as EFD's retificadas no curso da fiscalização, apesar de devidamente intimadas e mais, ao acolher a tese dos Autuantes trazida nas informações fiscais 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 escriturar tais livros.

Afirma que todos os livros estão e sempre estiveram à disposição do fisco, tanto que a infração 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. Entretanto, a tese trazida pela 1ª CJF para manter a autuação transmuta a infração imputada com fatos totalmente dissociados da realidade, pois somente com a intimação para apresentação de tais livros e sua não entrega pelo contribuinte se poderia imputar a infração ausência de escrituração contábil.

Prossegue afirmando que em nenhum momento o auto de infração imputa isso ao Autuado/Recorrente, muito pelo contrário., por isso, fere a lógica a interpretação dada pelo Acórdão recorrido de que o Autuado/Recorrente não fez nenhuma escrituração de notas fiscais de entrada, saída e apuração do ICMS devido pois se esse fosse o entendimento dos Autuantes, assim devia ter procedido quando da lavratura do auto, descrevendo corretamente o que entendia como infração cometida e tipificando corretamente a infração.

Assim, entende ter restado demonstrado que o acórdão proferido pela 1ª CJF deixou de considerar matéria de fato e de direito argüidas pelo sujeito passivo na impugnação, o que enseja, destarte, o conhecimento do presente pedido de reconsideração.

Reafirma que a infração imputada à Recorrente foi a 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 e houve uma análise superficial da tese de defesa por parte da 1ª Câmara de Julgamento fiscal isso porque a parti 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 juntados aos autos. Ocorre que por questões operacionais a Escrituração Fiscal Digital (EFD) foi entregue zerada, mas a obrigação de entregar foi devidamente cumprida, o que afasta a infração imputada.

Salienta que tanto o art. 897-E, do RICMS/1997, vigente até 31/03/2012, quanto ao art. 251 do RICMS/2012 asseguram o contribuinte o direito de alterar totalmente as informações constantes no arquivo da EFD, mediante autorização da INFAZ, o que foi requerido à inspetoria. Fisa que apesar de requerida a retificação das EFDs antes mesmo da autuação, somente após a apresentação da defesa, em maio de 2014 a INFAZ autorizou o contribuinte a retificar a EFD anteriormente enviada zerada, tendo sido encaminhada o arquivo substituto, como reconheceu a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal. Logo, não houve descumprimento de tal obrigação acessória pois os arquivos da EFD foram devidamente entregues, e posteriormente retificados, o que evidencia, do mesmo modo, a insubsistência da autuação (infrações 01 e 02) em sua totalidade.

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 "L", 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 transcreveu. 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. 42º e passou-se a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas.

Assim, afirma 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, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo, exigida pela Autuante em relação ao exercício de 2012. Salienta que 3ª JJ assim entendeu em outros dois autos de infração lavrados contra a própria empresa, decisão mantida pela 2ª Câmara de Julgamento fiscal, de acordo com acórdãos que transcreveu.

Aduz que além deste equívoco, o acórdão recorrido se equivoca ao considerar que a Recorrente deixou de apresentar as EFD's retificadas no curso da fiscalização, apesar de devidamente intimadas e mais, ao acolher a tese dos Autuantes trazida nas informações fiscais 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 escriturar tais livros.

Enfatiza que a tese trazida pela 1ª CJF para manter a atuação transmuta a infração imputada com fatos totalmente dissociados da realidade. Somente com a intimação para apresentação de tais livros e sua não entrega pelo contribuinte se poderia imputar a infração de ausência de escrituração contábil.

Diz que a redação do art. 42, XIII-A, "1" vigente até 31/10/2013 previa, tão somente, uma multa de R\$ 5.000,00 já a nova redação vigente a partir de 1º/11/2013 prevê uma multa cumulativa de R\$ 1.380,00, logo, não houve alteração benéfica da legislação o que evidencia sua inaplicabilidade aos fatos geradores pretéritos a esta data.

Entende que até as intimações ocorridas no curso da fiscalização, a Recorrente não havia incorrido em qualquer penalidade, pois as as EFD's já haviam sido apresentadas tempestivamente no exercício de 2012 e a única conclusão a que se pode chegar é que as intimações ocorridas no curso da fiscalização (05/12/2013), foram para apresentar as EFD's já retificadas, como lhe autoriza o art. 897-E, do RICMS/1997, vigente até 31/03/2012, quanto o art. 251 do RICMS/2012. Ocorre que apesar de intimada pelo FISCO, a Recorrente só poderia retificar as informações constantes nos arquivos das EFD's, mediante autorização da INFAZ, o que de fato só veio ocorrer após apresentação da defesa da Recorrente, ou seja, em meados em maio de 2014.

Ressalta que a Secretaria da Fazenda considerando a necessidade de orientação quanto à aplicação de multas referentes a infrações relacionadas com arquivos magnéticos de que trata o Convênio ICMS 57/95, editou a Orientação Técnica – DPF 3005, a qual no seu item 5 dispõe que se verificada a impossibilidade de leitura ou a existência de divergência do arquivo magnético apresentado pelo contribuinte, em relação ao padrão previsto na legislação, como por exemplo, o contribuinte envia o arquivo com ausência do registro 54, é concedido o prazo de 30 dias para que possa regularizar as inconsistências.

Recorda que por fazer uso da EFD encontrava-se dispensado da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Convênio ICMS 57/95 a partir de 1º de janeiro de 2012. Neste caso, o prazo concedido para as retificações nos arquivos magnéticos, consoante a OTE-DPF - 3005 de 2005, de 30 dias, deveria ter sido observado, mas não o foi, o que fulmina de nulidade a autuação.

Em sendo assim, conclui que a situação fática apresentada evidencia que a própria INFAZ impediu que a Recorrente cumprisse as intimações, só vindo a autorizar a retificação das EFD's e envio/entrega após transcorrido o prazo de defesa, o que afasta, portanto, qualquer alegação de descumprimento voluntário ensejador de punição.

Ressalta que multa aplicada e mantida pela 1ª CJF 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. Portanto, 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, 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.

Afirma que os fatos a ela imputados ocorreram antes da vigência da Lei nº 12.917, de 31/10/13, que instituiu 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, 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.

Por observância do princípio constitucional da irretroatividade da Lei Tributária, requer seja reformada a decisão recorrida para julgar insubsistente/improcedente a multas impostas nas infrações 1 e 2.

Finaliza requerendo o Provimento do Pedido de Reconsideração para reformar o acórdão recorrido e considerar improcedente/insubsistente as multas imputadas pela 1ª CJF, julgando, por consequência, improcedente o auto de infração.

Ao exarar o Parecer de fls. 239/240, o representante da PGE/PROFIS após relatar os fatos no processo ocorridos, afirma que da análise das razões expedidas no Pedido de Reconsideração, considerava ausentes os requisitos de sua admissibilidade capazes de provocar o seu conhecimento, em obediência às determinações do art. 169, I, "d", do RPAF/BA. Aponta neste Parecer que as matérias de fato e de direito foram apreciadas pela CJF, sendo inclusive ambas infrações objeto de recurso de ofício, oportunidade em que a Câmara de Julgamento decidiu pela restauração de alguns lindes do lançamento de ofício originário. Portanto entende que se trata de insurgência veiculada por meio impróprio, porquanto exaurido o contencioso administrativo. Ressalta que, corretamente ou não, toda matéria de fato e de direito foi exaustivamente apreciada.

VOTO

Inicialmente, observo que apesar do sujeito passivo se reportar as infrações 1 e 2 apenas a infração 1 foi objeto de reforma por parte da Câmara de Julgamento, razão pela qual me manifestarei em relação a infração 1.

Tratando o Pedido de Reconsideração de espécie recursal que exige o preenchimento de requisitos para sua admissibilidade, impende que em preliminar se faça a verificação se tais requisitos, previstos no art. 169, I "d", do RPAF/99, se encontram preenchidos.

Assim, reza o art. 169, I, "d", do RPAF/99, que caberá, com efeito, suspensivo, para as Câmaras de Julgamento do CONSEF, Pedido de Reconsideração da Decisão de Câmara que tenha reformado no mérito a de Primeira Instância em processo administrativo fiscal, desde que verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Já o inciso V do art. 173 do mesmo RPAF, preconiza que não se conhecerá o Recurso sem a demonstração de existência de matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo e não apreciados em decisões anteriores, com referência ao Pedido de Reconsideração previsto na alínea "d" do inciso I do art. 169.

Da leitura dos citados dispositivos, vê-se que existem dois requisitos ou pressupostos cumulativos para a admissibilidade do Pedido de Reconsideração:

1. que a Decisão de Câmara de Julgamento Fiscal tenha reformado no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal;
2. que o Pedido de Reconsideração verse sobre matéria de fato ou fundamento de direito arguidos pelo sujeito passivo na impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

No presente caso, o Acórdão recorrido reformou a Decisão de Primeira Instância, dando Provimento ao Recurso de Ofício, interposto pelo Presidente deste Conselho de Fazenda Estadual, restabelecendo integralmente a exigência fiscal descrita no item 01 da autuação, estando, assim, preenchido o primeiro desses requisitos.

Quanto ao segundo requisito, entendo que o mesmo não restou preenchido, pois o recorrente não logrou comprovar que seu Recurso verse sobre matéria de fato ou de direito por ele arguidos na Impugnação e não apreciados nas fases anteriores de julgamento.

Inicialmente, da análise da Defesa apresentada – fls. 62 a 77 – verifico que o sujeito passivo alegou quanto à infração descrita no item 1 que a mesma seria improcedente pois a fiscalização não teria observado a correta aplicação da legislação, já que os arquivos da EFD referente a janeiro/2012 a dezembro de 2012 foram devidamente zerados, mas a obrigação de entregar foi devidamente cumprida. Menciona que a obrigação acessória imposta era de entrega de entrega mensal dos arquivos da EFD, inexistindo até a promulgação da Lei nº 12.917 de 31/10/13, 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, efeitos a partir de 31/03/10 a 31/10/13.

Afirma que somente com a promulgação da Lei nº 12.917, de 31/10/13 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. Alega 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, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo exigida pela Autuante em relação ao exercício 2012.

Entende 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 nº 7.014/1996, portanto, 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, 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.

Por sua vez, no julgamento proferido pela JJF, o Relator da JJF entendeu que a previsão da multa nos termos aplicado no 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. Entendeu 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.

Ainda ressaltou que por se tratar de penalidade, 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

Assim, rejeitou o opinativo do autuante de 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.

De ofício, aplicou a multa de R\$1.380,00, prevista nas alíneas “a” e “b” do inciso XX do art. 42 da Lei 7.014/96

Por sua vez, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, restaurou totalmente a infração 01, e se manifestou contrariamente ao pleito do contribuinte conforme se extrai de trechos do voto a seguir transcritos:

"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.

..... 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 “l” do artigo 42 da Lei 7014/96.”

Assim, o segundo requisito de admissibilidade do Pedido de Reconsideração não restou preenchido, o que me leva a acompanhar o opinativo da PGE/PROFIS e votar pelo NÃO CONHECIMENTO do Pedido de Reconsideração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO CONHECER** o Pedido de Reconsideração apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **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, “l”, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2015.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA - REPR. DA PGE/PROFIS