

A. I. N° - 206905.0009/13-1
AUTUADO - GERAIS ELETROMÓVEIS LTDA. (DANTAS)
AUTUANTES - MARIA IRACI BARROS DE SÁ TELLES, WALTER KUHN e ALMIR DE SANTANA ASSIS
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET - 23/04/2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0053-02/15

EMENTA: ICMS. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACCESSÓRIA. **a)** FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITUAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) A QUE ESTAVA OBRIGADO. MULTA DE 1% SOBRE AS OPERAÇÕES DE SAÍDAS. Restou comprovado que o contribuinte foi intimado para apresentá-los, não o fez no prazo legal concedido, o que caracteriza descumprimento de obrigação tributária acessória. Infração subsistente. **b)** FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITUAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). MULTA FIXA POR PERÍODO DE APURAÇÃO. O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), no prazo estabelecido na legislação tributária, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações no período de apuração. Restou comprovado que o estabelecimento não transmitiu no prazo regulamentar os arquivos magnéticos no exercício de 2011. Em relação ao exercício de 2012, restou comprovada nos autos a entrega dos arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital, apesar de a EFD apresentada não conter as informações exigidas. A legislação tributária vigente à época dos fatos não previa multa para a entrega dos arquivos eletrônicos da EFD sem as informações exigidas. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. Indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/12/2013, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$104.738,03, em razão de:

INFFRAÇÃO 1 – 16.14.03 – Deixou o contribuinte de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD – na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de fevereiro de 2011 a dezembro de 2012, sendo aplicada multa de 1% sobre valores de entradas ou saídas não informadas na EFD, totalizando o valor histórico R\$72.998,03.

INFFRAÇÃO 2 – 16.14.04 – Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD – ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de fevereiro de 2011 a dezembro de 2012, sendo aplicada a multa fixa de R\$1.380,00 por cada mês de omissão, totalizando o valor histórico R\$31.740,00.

O autuado, folhas 140 a 156, impugna o lançamento tributário esclarecendo que o art. 897-B, I, do RICMS/97, vigente até 31/03/2012, dispunha que no exercício de 2011, somente contribuintes com faturamento em 2010 superior a R\$36.000.000,00 eram obrigados a enviar a Escrituração Fiscal Digital (EFD), e que o art. 248 do RICMS/2012, vigente a partir de 1º de abril de 2012, trouxe a mesma

redação, do que salienta que em 2010 não possuía tal faturamento, o que afasta a obrigação de entregar a Escrituração Fiscal Digital (EFD) mensal a partir de 01/01/2011. Diz que, somente a partir de janeiro/2012 passou a ter tal obrigação acessória, conforme procedeu, consoante comprovantes acostados aos autos, já que o seu faturamento em 2011 ficou entre R\$15.000.000,00 e R\$36.000.000,00. Registra que, por questões operacionais, a 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, quanto o art. 251 do RICMS/2012, asseguram ao contribuinte o direito de alterar totalmente as informações constantes no arquivo da EFD, mediante autorização da INFRAZ, o que foi requerido e estranhamente, até a data da impugnação, omitido à autuada.

Assim, defende que não houve descumprimento de tal obrigação acessória, pois os arquivos da EFD foram devidamente entregues, o que evidencia a insubsistência das infrações 1 e 2, do que 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 qualquer 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, efeitos a partir de 31/03/10 a 31/10/13.

Cita legislação sobre a irretroatividade da lei, pois, no presente caso, os fatos geradores ocorreram nos exercícios de 2011 e 2012, sendo aplicada a multa prevista no art. 42, XIII-A, I, da Lei nº 7.014/96, a qual somente foi instituída com a Lei nº 12.917, de 31/10/2013, logo inaplicável a fatos pretéritos.

Destaca o defendente que, caso mantidas as multas impostas nas infrações 1 e 2, apesar de entender insubstancial a autuação e violar o princípio da irretroatividade da norma tributária, as multas impostas merecem ser reduzidas/canceladas, em razão da presença dos requisitos autorizadores da sua redução, visto que, no presente caso, quando da efetiva ocorrência da hipótese de incidência, o ICMS foi devidamente recolhido; o autuado é uma empresa que sempre cumpriu os seus deveres fiscais na mais estrita e rigorosa observância da legislação fiscal vigente, logo, agiu com boa-fé, efetivando os devidos pagamentos dos tributos devidos, evidenciando-se a ausência de dolo, fraude ou simulação.

Ressalta que tais infrações se referem, em tão somente, descumprimento de obrigação acessória irrelevante, já que as informações constantes nas DMA's entregues são suficientes para que a SEFAZ procedesse qualquer análise da escrita fiscal e efetuasse o lançamento de eventual tributo devido, não acarretando, destarte, qualquer prejuízo para o fisco. Logo, a multa imposta lhe onera em absurdo e estratosférico valor de mais de R\$100.000,00. Cita doutrina e legislação sobre o tema.

Ao final, requer diligência e julgamento improcedente das infrações e multas do Auto de Infração, caso seja mantida a autuação, requer a redução ou cancelamento das multas impostas, nos termos dos §§7º e 8º, do artigo 42, da Lei nº 7.14/96.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 185 a 187, diz que o contribuinte está sendo atendido pois fez as análises solicitadas.

Quanto à infração 1, transcreve a alínea "T" do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela LEI N° 12.917 DE 31 DE OUTUBRO DE 2013.

Alude que:

Podemos afirmar, efetivamente, as notas fiscais relacionadas no Auto de Infração, defendido pelo contribuinte, alegando que as mesmas foram registradas, transmitidas, assinadas digitalmente, ... Só as mesmas NF-e não foram encontradas nas suas EFD's, nos exercícios fiscalizados, (ver páginas 164 a 173, informações zeradas) conforme resultado da aplicação do programa "solf" que: identifica, analisa, critica a presença das NF-e nas EFD's e, demais obrigações acessórias; Considerando que foram comprovadas as operações comerciais, já que os fornecedores deste contribuinte foram localizados, e estão em funcionamento.

Quanto à infração 2, apenas transcreve, mais uma vez, a alínea "T" do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela LEI N° 12.917 DE 31 DE OUTUBRO DE 2013, sem prestar nenhuma informação.

Ao final, aduz que: *Portanto Sr.: Presidente, é nosso entendimento que o Auto de Infração em referência seja MANTIDO, assim como o seu julgamento como PROCEDENTE com as alterações e correções sugeridas e já efetuadas, por ser de consciência, de dever e de justiça.*

O PAF foi convertido em diligência, fl. 191, para que fosse produzida nova informação fiscal, observando o previsto no art. 127, § 6º, do RPAF/99. Devendo ser esclarecido quais foram “*as alterações e correções sugeridas e já efetuadas*” consignada à folha 187 dos autos.

Às folhas 194 a 196, em atendimento ao pedido de diligência, repisa a informação fiscal anterior.

Em relação a infração 1, acrescenta que pode afirmar que as notas fiscais relacionadas no Auto de Infração, ora defendido pelo contribuinte, alegando que as mesmas foram registradas, transmitidas, assinadas digitalmente. Só que as mesmas NF-e não foram encontradas nas suas EFD's, nos exercícios fiscalizados, folhas 164 a 173 dos autos, informações zeradas, conforme resultado da aplicação do nosso programa "solf" que: identifica, analisa, critica a presença das NF-e nas EFD's e, demais obrigações acessórias. Aduz que, considerando que foram comprovadas as operações comerciais, já que os fornecedores deste contribuinte foram localizados, e estão em funcionamento, podemos afirmar que tais notas fiscais são do conhecimento do contribuinte, que por sinal nada alegou, e sim dissera que os seus sistemas de informática não tinham condições de cumprir as obrigações acessórias que motivou essa infração.

Quanto a infração 2, diz que o disposto na alínea "I", do inciso XIII-A, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, com sua alteração e/ou atualização, deve-se ao fato de que no mesmo inciso XIII-A, existem duas multas distintas e específicas, sendo uma fixa no valor de R\$1.380,00 por cada período e, uma outra de 1% sobre o valor das saídas ou entradas, o que for maior em cada período. Por esse motivo, para esclarecer e prestar a clareza e a precisão explicitadas, conforme o artigo 127 do RPAF.

Salienta que nas folhas anteriores as 186 e 187 são da defesa e após a conclusão da fiscalização, não foram pelos autuantes sugeridas ou aceitas. Tal informação ou promessa de alteração deve ter sido feita pelo contribuinte, como pode constatar é que só foi feita alteração após o dia 05/05/2014 em diante. As alterações executadas na EFD do exercício de 2012 foram efetuadas em 05 e 08/05/2014, quanto a EFD do exercício de 2011 ainda não foi alterada (folhas extraídas "Print Screen" anexas).

Ao final, requer pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir multa decorrente de duas infrações.

Na infração 1, é imputado que ao autuado ter deixado de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD – na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária. Já na infração 02, é imputado que o autuado deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD – ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária. Ambas infrações referem-se aos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012.

Consta da descrição dos fatos que: “*1) O contribuinte entregou a EFD zerada, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, período em que já se encontrava obrigado a entregar a Escrituração Fiscal Digital. 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 DMA's 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, considerando os valores de entradas ou saídas, constante da DMA, o que for maior ...*”

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constantes do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Devo destacar que a redação originária dada à alínea "I", acrescentada ao inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 11.899/10, com efeitos a partir de 31/03/10 a 31/10/13, estabelecia a multa de R\$5.000,00 pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Por sua vez, a redação atual da alínea “I”, do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 12.917/13, com efeitos a partir de 01/11/13, estabelece a multa 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, cumulativamente, 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 pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo.

Portanto, existem hipóteses distintas de descumprimento da obrigação tributária acessória, sendo a primeira hipótese, com vigência de 31/03/10 a 31/10/13, é pela falta de entrega da EFD no prazo previsto na legislação, ou seja, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração (art. 897-D, § 2º, do RICMS/97 e art. 250, § 2º, do RICMS/12), cuja penalidade era de R\$5.000,00. Tal hipótese, a partir de 01/11/13, foi alterada para a falta de entrega da EFD no prazo previsto na legislação ou entrega sem as informações exigidas na legislação, cuja penalidade é de R\$1.380,00 por cada período de apuração.

Já na segunda hipótese, com vigência a partir de 01/11/13, é a de que o contribuinte que apresentar o respectivo arquivo ao fisco, quando intimado para tal, cuja penalidade pelo não atendimento é 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.

Cabe destacar que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada, em conformidade com o disposto no artigo 144 do CTN.

Da análise da primeira imputação do Auto Infração em lide, observa-se que corresponde à segunda hipótese, ou seja, penalidade de 1% sobre o valor das saídas ou das entradas por não ter o contribuinte atendido à intimação, à fl. 17 dos autos, datada de 09/12/2013, para que no prazo de cinco dias apresentasse o arquivo digital da Escrituração Fiscal Digital do estabelecimento autuado.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que não estava obrigado a enviar a EFD, pois a legislação vigente, citando o artigo 897-B, I, do RICMS/97, dispunha que, no exercício de 2011, somente contribuintes com faturamento em 2010 superior a R\$36.000.000,00 eram obrigados a enviar a EFD. Afirma que, somente a partir de janeiro/2012 passou a ter tal obrigação acessória, conforme procedeu, já que o seu faturamento em 2011 ficou entre R\$15.000.000,00 e R\$36.000.000,00. Entretanto, observo que o contribuinte autuado não comprova sua alegação que não estava obrigado a enviar a EFD, tendo os autuantes, à fl. 19 dos autos, provado que, efetivamente, o contribuinte se submetia à obrigação de enviar o arquivo eletrônico da EFD a partir de 01/01/2011.

Saliento que, nos termos da cláusula quinta do Convênio ICMS 143/06, o “contribuinte” deverá manter EFD distinta para cada estabelecimento. Assim, entende-se por contribuinte a sociedade empresarial compreendida da matriz e de todas as suas filiais. No caso concreto, o autuado possui no Estado da Bahia dezessete estabelecimentos inscritos, não tendo o contribuinte comprovado sua alegação de desoneração da aludida obrigação acessória.

Devo destacar que o contribuinte, em sua defesa, reconhece que enviou os arquivos da EFD, relativas aos períodos de janeiro a dezembro de 2012, “zeradas”, o que comprova que o sujeito passivo tinha plena consciência da obrigatoriedade de enviá-las.

Entretanto, por encontrarem-se “zeradas” as EFD enviadas de janeiro a dezembro de 2012, como também por não terem sido enviadas as EFD de janeiro a dezembro de 2011, o contribuinte, em 09/12/2013, foi intimado para, no prazo de cinco dias, apresentar os arquivos da Escrituração Fiscal Digital, relativo ao período em que se encontrava obrigado à EFD, conforme prova o documento à fl. 17 dos autos.

Assim, não atendendo à intimação no prazo estipulado, o sujeito passivo submeteu-se à multa específica de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo, conforme previsto, já à época da intimação, no art. 42, XIII-A, “I”, da Lei nº 7.014/96 e demonstrado às fls. 21 e 22 dos autos.

Porém, constatei que existe um erro material na presente autuação, que deve ser corrigido nesta oportunidade, referente à data da ocorrência e de vencimento dessa infração, pois, nos casos em que se atribuiu ao contribuinte a falta de cumprimento de determinada intimação, aplicando-lhe a respectiva multa, só se considera ocorrida à infração no primeiro dia útil subsequente ao termo final do prazo fixado pela autoridade fazendária competente, haja vista que, antes ou durante o prazo, por óbvias razões, não há descumprimento da intimação e, portanto, não há infração.

Nesse sentido, inclusive, dispõe a INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 55/14, item 3.4, a saber:

“3.4 – na hipótese de o contribuinte não entregar os arquivos corrigidos ou os apresentar com inconsistências, após a intimação, será efetuado o lançamento de ofício do valor da penalidade, sendo que:

3.4.1 – deverão ser anexados os seguintes documentos:

3.4.1.1 – a intimação expedida para correção das inconsistências verificadas;

3.4.1.2 – as listagens diagnóstico, anexas à intimação, comprovadamente entregues ao contribuinte, seu representante ou preposto;

3.4.1.3 – os demonstrativos das inconsistências apuradas, ao final do procedimento fiscal, comprovadamente entregues ao contribuinte, seu representante ou preposto;

3.4.2 – os campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” deverão ser preenchidos com o último dia do mês previsto na legislação para envio do respectivo arquivo, nos períodos em que foram constatadas as inconsistências mencionadas no item 3.2.”

Assim sendo, como o termo final da intimação para apresentação dos arquivos magnéticos só ocorreu em 09/12/2013, somente em **16/12/2013**, considera-se existente a infração.

Logo, a infração 1 é procedente, ficando alterada os campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” para 15 de dezembro de 2013, no valor total de R\$72.998,03.

No tocante à segunda infração, observo que corresponde à primeira hipótese legal (art. 42, XIII-A, “I”, Lei nº 7.014/96), ou seja, a penalidade de R\$1.380,00, por cada período de apuração, em decorrência de ter o contribuinte deixado de efetuar a entrega do arquivo da Escrituração Fiscal Digital ou por ter entregado sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação.

Conforme já visto, tal penalidade de R\$1.380,00 só passou a viger a partir de 01/11/13 para a hipótese da falta de entrega da EFD no prazo previsto na legislação ou entrega sem as informações exigidas na legislação. Antes, no período de 31/03/10 a 31/10/13, estabelecia a multa de R\$5.000,00 apenas pela falta de entrega no prazo previsto na legislação.

Contudo, há de se observar que, nos termos do art. 106, II, “c”, do CTN, a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Assim, no caso de *falta de entrega* da EFD, no exercício de 2011 na presente lide, por ser a penalidade de R\$1.380,00 a mais benéfica ao contribuinte, ou seja, menos severa de que a de R\$5.000,00, deve-se aplicá-la (R\$1.380,00). Já no caso de *entrega sem as informações exigidas na legislação*, no exercício 2012 na presente lide, inexiste previsão legal de penalidade, logo, não podendo se aplicar a retroatividade da lei.

Quanto às EFD de janeiro a dezembro de 2011, cujas entregas não foram comprovadas, deve-se aplicar a penalidade mais benéfica ao contribuinte, ou seja, a de R\$1.380,00 por cada período, conforme procederam os autuantes. Entretanto, o art. 897-D, § 3º, do RICMS/97, previa a época dos fatos que os contribuintes obrigados à EFD, a partir de janeiro de 2011, poderiam enviar os arquivos correspondentes aos meses de janeiro/2011 a março/2012 até o dia 25/04/2012. Sendo assim, as datas de Ocorrências para o período janeiro a dezembro de 2011 fica alterada para 25/04/2012.

Em relação às demais EFD, ou seja, relativas aos períodos de janeiro a dezembro de 2012, acolho o argumento defensivo, uma vez que foram entregues *sem as informações exigidas na legislação*, inexiste previsão legal de penalidade, logo, ficam excluídos da autuação.

Portanto, à infração 2 restou parcialmente caracterizada com alterações nas datas de ocorrência e vencimentos, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	DÉBITO	OCORRÊNCIA	VENCIMENTO	VAL. HISTÓRICO/JULGADO (R\$)
16.14.04	2	JAN-11	25/04/2012	1.380,00
16.14.04	2	FEV-11	25/04/2012	1.380,00
16.14.04	2	MAR-11	25/04/2012	1.380,00
16.14.04	2	ABR-11	25/04/2012	1.380,00
16.14.04	2	MAI-11	25/04/2012	1.380,00
16.14.04	2	JUN-11	25/04/2012	1.380,00
16.14.04	2	JUL-11	25/04/2012	1.380,00
16.14.04	2	AGO-11	25/04/2012	1.380,00
16.14.04	2	SET-11	25/04/2012	1.380,00
16.14.04	2	OUT-11	25/04/2012	1.380,00
16.14.04	2	NOV-11	25/04/2012	1.380,00
16.14.04	2	DEZ-11	25/04/2012	1.380,00
TOTAL				16.560,00

Quanto à pretensão do autuado para que as penalidades sejam reduzidas/canceladas, deixo de acolhê-la, pois não se comprovou que o ICMS foi devidamente recolhido no período fiscalizado, cujos arquivos eletrônicos são fundamentais para a verificação dos lançamentos na escrita fiscal do contribuinte pelo fisco e posterior homologação ou não do imposto recolhido pelo contribuinte.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INF.	JULGAMENTO	VAL. HISTÓRICO/JULGADO (R\$)
1	PROCEDENTE	72.998,03
2	PROCEDENTE EM PARTE	16.560,00
TOTAL		89.558,03

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206905.0009/13-1, lavrado contra **GERAIS ELETROMÓVEIS LTDA. (DANTAS)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$89.558,03**, prevista no art. 42, XIII-A, “l”, da Lei nº 7.014/96, c/c a Lei nº 12.917/13 e o art. 112, Lei nº 5.172/66 do CTN, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2015.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR