

A.I. N° - 233080.0303/16-6
AUTUADO - MANOEL MESSIAS DE OLIVEIRA
AUTUANTE - ROBERTO COUTO DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 19/12/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0257-03/16

EMENTA: ICMS. 1. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) FALTA DE ENVIO DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) COM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS. O sujeito passivo não elide a acusação fiscal. Infração subsistente. **b)** FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) A QUE ESTAVA OBRIGADO. Ausente a demonstração da base de cálculo, é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva a apuração da exigência fiscal. Infração Nula. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. Infrações reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/03/2016, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$52.914,59, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 16.04.04. Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou entrega sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014. Sugerida a multa fixa de R\$1.380,00 por período de apuração, perfazendo o total de R\$33.120,00;

Infração 02 - 16.14.03. 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 a julho e setembro a dezembro de 2013. Sugerida a multa de 1% sobre o valor das saídas resultando no valor de R\$18.938,61;

Infração 03 - 07.15.02. Recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de fevereiro e abril de 2013, março, abril e junho de 2014. Exigido o valor de R\$252,64, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - 07.01.02. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior, nos meses de janeiro, abril, julho e setembro de 2013 e abril de 2014. Exigido o valor de R\$603,34, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 63 a 69, articulando as razões de defesa enunciadas a seguir.

Inicialmente declara que não impugnará as infrações 03 e 04, restringindo-se a presente defesa às infrações 01 e 02, sobre as quais, em que pese o levantamento fiscal, merecem algumas observações e ressalvas a fim de que não seja penalizado indevidamente.

Destaca que o Auto de Infração versa, em síntese, sobre o descumprimento de obrigação acessória - falta de envio de arquivo eletrônico ou entrega sem as informações exigidas, para a qual está sendo aplicada a penalidade prevista na Lei 7.014/96 c/c Lei 12.917/13, multa fixa no valor de R\$1.380,00 por mês, cumulada com a cobrança de 1%, sobre o valor das saídas ou das entradas, o que for maior.

Esclarece que enviou os arquivos eletrônicos da EFD nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, conforme recibos anexos, fls. 72 a 93, de maneira que não há falar em falta de envio.

Diz ser verdade que, por questões operacionais não conseguiu incluir as informações em tais arquivos, transmitindo-os zerados para posterior retificação com a devida autorização da Infaz, como lhe garantia a Lei. No entanto, destaca que enviou as DMAS contendo as informações de entradas e saídas, o que demonstra sua boa-fé.

Ressalta que, à época dos fatos geradores, a Lei em vigor não previa aplicação de multa pelo envio do arquivo zerado, tal como foi aplicada no Auto de Infração.

Observa que a Lei nº 11.899 de 30/03/2010 que alterou o art. 42, inciso XIII-A, da Lei nº 7.014/96 incluindo a alínea "I", para prevê a aplicação de multa de R\$5.000,00 pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, nada mencionava a respeito da entrega do arquivo sem as informações.

Ressalta que tal exigência passou a ser prevista somente após a promulgação da Lei 12.917/2013 que alterou a redação da alínea "I" do inciso XIII-A, do caput do art. 42 e passou a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas a partir de novembro de 2013.

Assevera que a previsão de multa, nos termos aplicados no Auto de Infração decorre da Lei nº 12.917 de 31/10/2013, publicada em 01/11/2013, dispositivo que não era vigente à época dos fatos geradores ocorridos até novembro de 2013.

Sustenta ainda que a Lei então vigente também não previa a aplicação cumulada de multa de 1% sobre o valor das saídas ou das entradas tal como foi aplicada na Infração 02 para o não atendimento de intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária.

Revela que considerando as penalidades aplicadas nas Infrações 01 e 02, resta evidenciado que o Autuante fez retroagir lei nova a fatos já ocorridos em detrimento do contribuinte, contrariando o Princípio da Irretroatividade da Lei tributária, tal como previsto no art. 150, incisos I e III, alínea "a", da CF/88 e também no art. 106, inciso I, do Código Tributário Nacional - CTN, cujo teor transcreve.

Frisa que em relação aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e outubro de 2013, como visto, não há falar-se em aplicação de multa fixa visto que os arquivos eletrônicos foram enviados no prazo, como dito, zerados para posterior retificação, o que era permitido na Lei então vigente.

Aduz que pela mesma razão, também não há falar na aplicação da multa de 1% sobre as saídas ou entradas, visto que na época dos fatos geradores não havia esta disposição legal, nem qualquer outra disposição expressa sobre o envio dos arquivos EFD sem as informações, isto é zerado.

Com relação aos fatos geradores ocorridos entre 11/2013 e 12/2014 constantes da infração 01 e entre novembro e dezembro de 2013 constantes da infração 02, informa que os arquivos

também foram enviados no prazo, conforme recibos anexos, e zerados por razões operacionais que o impediram de incluir as informações.

Observa que não houve omissão/sonegação de informação, visto que fez constar todas as informações de entradas e saídas nas suas DMAs, razão pela qual afirma que não ter havido prejuízo para o Fisco, pois durante todos os meses fiscalizados o contribuinte cumpriu outras obrigações acessórias declarando suas operações.

Assim, diz restar demonstrado que não houve dolo, fraude, simulação nem prejuízo para o Fisco, sendo plausível a aplicação do §7º do art. 42, da Lei 7.014/96, cujo teor reproduz.

Colaciona aos autos, fls. 72 a 93, cópia dos comprovantes de envio dos arquivos eletrônicos e as DMAs do período fiscalizado.

Requer, em relação aos fatos geradores ocorridos entre novembro de 2013 e dezembro de 2014, a aplicação do §7º do art. 42, da Lei 7.014/96, ante a falta de dolo, fraude, simulação e de prejuízo para o Fisco.

Conclui pugnando pela improcedência da autuação no tocante aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e outubro de 2013, visto que, como demonstrado, a lei vigente na época não previa a aplicação de penalidade para os fatos imputados no levantamento fiscal.

O Autuante presta informação fiscal, fls. 97 e 98, depois de reproduzir as ponderações do defendente, observa ser clara sua intenção em não fornecer as informações, porquanto não apresentou os arquivos com os registros obrigatórios e, apesar de todo o tempo decorrido entre a entrega dos arquivos em desacordo com a Legislação Tributária e a intimação para atendimento a essa fiscalização, jamais solicitou autorização à SEFAZ para regularização de tal situação.

Assinala que o defendente com esse procedimento omissivo descumpriu o que preceitua os artigos 247, 248, 249, e 250 do RICMS-BA/12, com penalidade prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea I da Lei 7.014/96 e artigos 106 e 112 do CTN.

Conclui pugnando pela manutenção da autuação.

VOTO

O presente Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de quatro infrações à Legislação do ICMS, consoante descrição circunstanciada enunciada no preâmbulo do relatório.

Em relação às infrações 03 e 04, o sujeito passivo em sua peça de defesa declara expressamente seu reconhecimento. Assim, inexistindo lide em torno desses dois itens, resta mantida a autuação.

No mérito, a infração 01 cuida da falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD referente aos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014; a infração 02 da falta de atendimento a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, na forma e prazos previstos na legislação tributária, referente ao período de janeiro a julho e setembro a dezembro de 2013.

Estas duas infrações se configuram irregularidades atinentes à obrigação acessória de entrega de arquivos magnéticos que são disciplinadas pelos dispositivos legais e regulamentares a seguir reproduzidos:

“Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital - EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, exceto para o microempreendedor individual e para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional.”

“Art. 250. O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), instituído pelo Decreto Federal nº 6.022, de 22/01/2007, e administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, no endereço “<http://www.receita.fazenda.gov.br/sped/>”, e será considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA).

[...]

§ 2º O contribuinte deverá transmitir arquivo de EFD, por estabelecimento, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período.”

“Art. 42 ...

[...]

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, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada;”

Nas razões de defesa o autuado asseverou que enviou os arquivos da EFD nos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2014 e que por questões operacionais não conseguiu incluir as informações nos arquivos transmitindo-os zerados para posterior retificação. Sustentou que a alínea “I” do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei 7.014/96, instituída pela Lei nº 11.899/2010, vigente de 31/03/10 a 31/10/13, que previa a aplicação da multa de R\$5.000,00, pela falta de entrega no prazo previsto na legislação do arquivo eletrônico da EFD, nada mencionava a respeito da entrega do arquivo sem as informações.

Ao compulsar os elementos que compõem a infração 01, constato que, efetivamente, a expressão, “*ou entrega sem as informações exigidas na legislação*”, somente teve vigência na aludida alínea “I” do inciso XIII-A, enquanto vigorou a alteração promovida pela Lei nº 12.917, de 31/10/13, com efeitos de 01/11/13 a 10/12/15.

Entretanto, verifico que, conforme consta às fls. 72 a 93, as cópias dos Recibos de Entrega da EFD, acostadas aos autos pelo defendente, revelam claramente que em todos os períodos objeto da autuação os arquivos da EFD, além de zerados, foram entregues fora do prazo previstos na legislação, ou seja, “*até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações nesse período,*” consoante expressa determinação do §2º, do art. 250 do RICMS-BA/12.

Assim, considerando que no período anterior a 01/11/2013, na vigência da Lei nº 11.899/2010, vigente de 31/03/10 a 31/10/13, que previa a aplicação da multa de R\$5.000,00, pela falta de entrega do arquivo eletrônico da EFD no prazo previsto na legislação, portanto, sanção mais gravosa, do que a multa ora estatuída na alínea “I” de R\$1.380,00, entendo que deve ser aplicada a retroatividade benigna prevista na alínea “c”, do inciso II, do art. 106 e do inciso IV do art. 112 do CTN.

Logo, restando caracterizada a falta de entrega pelo autuado dos arquivos da EFD fora do prazo previstos na legislação no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, concluo pela subsistência da Infração 01.

No que diz respeito à Infração 02, conforme consta à fl. 59, o impugnante foi intimado a apresentar os arquivos magnéticos da EFD referente ao período de janeiro a dezembro de 2013, fl. 01-verso, sendo exigido o valor de R\$18.938,61, resultante da multa de 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias, com base na previsão da alínea “I” do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei 7.014/96.

Depois de examinar a imputação da sanção por descumprimento de obrigação acessória constato que a inserção da exigência cumulativa da multa de 1% sobre o valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo, somente foi introduzida com o advento da Lei 12.917, de 31/10/13, com efeitos de 01/11/13 a 10/12/15. Assim, no período anterior a novembro de 2013 seria indevida a exigência.

Entretanto, depois de examinar as peças compõem esse item da autuação, constato que não constam dos autos a origem dos valores que serviram de base para a aplicação da multa de 1% e

nem o demonstrativo de apuração na forma preconizada na alínea “I”, do inciso XIII-A, do art. 42, da Lei 7.014/96, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, ou seja, evidenciando o valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias em cada período de apuração.

Assim, ausente nos autos o demonstrativo de apuração da base de cálculo, de acordo com o art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF-BA/99, é nulo o lançamento de ofício “que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator”.

Logo, concluo pela nulidade da infração 02.

Quanto à solicitação para aplicação do §7º, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, ante a ausência de dolo, fraude ou simulação e da inexistência de prejuízo pelo Erário, entendo que o autuado não pode ser enquadrado na norma que afasta ou mitiga a incidência da penalidade, exatamente por estar omissa de recolhimento de tributo, apurado no decorrer da ação fiscal, nas Infrações 03 e 04, além de não ter apresentado razões plausíveis que justificassem a não escrituração dos documentos fiscais, na EFD, limitando-se a informar que seriam retificados posteriormente e não procedendo às retificações, mesmo depois de intimado para esse fim.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL 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** o Auto de Infração nº **233080.0303/16-6**, lavrado contra **MANOEL MESSIAS DE OLIVEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$855,98**, acrescido da multa de 60%, no inciso II, alínea “d”, do art. 42, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$33.120,00**, previstas no art. 42, incisos XIII-A, alínea “I”, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2016

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA