

PROCESSO - A. I. N° 233080.0303/16-6
RECORRENTE - MANOEL MESSIAS DE OLIVEIRA (BICÃO SUPERMERCADO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF n° 0257-03/16
ORIGEM - INFAS JACOBINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/08/2017

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0239-12/17

EMENTA: ICMS. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE ENVIO DO ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) COM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS OU SUA ENTREGA FORA DO PRAZO REGULAMENTAR. Há de se reconhecer a existência de vícios que inquinam de nulidade a infração 1, na medida em que não foi obedecida, pela Fiscalização, a determinação contida no § 4º do artigo 247 do RICMS/12 (acrescentado pelo Decreto n° 16.434/15, com efeitos a partir de 27/11/15), que prevê a concessão do prazo de 30 dias “*para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências*”. Recurso NÃO PROVIDO. Decretação, de ofício, da nulidade da infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3^a Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência em Parte do presente Auto de Infração, lavrado em 28/03/16 para imputar ao contribuinte o cometimento de quatro infrações, sendo objeto do Recurso apenas a primeira imputação, a seguir descrita:

Infração 1 – 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. Multa fixa de R\$1.380,00 por período de apuração, perfazendo o total de R\$33.120,00.

Consta, ainda, o seguinte: “*Conforme relatórios anexos do registro fiscal da apuração do ICMS – Operações Próprias, gerados a partir do PVA – EFD, com informações obtidas através dos arquivos magnéticos, assinados digitalmente pelo contribuinte e transmitidos a SEFAZ, referente aos períodos de apuração 01/2013 a 01/2014 e relatório resumo de arquivos EFD/OIE, fornecido pela SEFAZ/BA, onde consta a falta de entrega no prazo regulamentar dos arquivos da EFD referentes ao período de 02/2014 a 12/2014*”. (sic)

A Junta de Julgamento decidiu a lide com os seguintes fundamentos:

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 configuraram 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 “l” 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 “l” 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 defendant, 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 “l” 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, concluir pela subsistência da Infração 01.

(...)

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 omisso 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.

O sujeito passivo, inconformado com a Decisão de Primeira Instância, interpôs Recurso Voluntário quanto à infração 1, alegando inicialmente que a presente autuação “foi fruto de um programa piloto desenvolvido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, intitulado Malha Fiscal Censitária, que foi executado inicialmente entre os meses de julho a setembro de 2015”, programa que representa “um avanço muito positivo da Secretaria da Fazenda, visto que através dele a fiscalização poderá atuar com maior agilidade e eficiência na verificação de irregularidades cometidas pelos contribuintes”.

Aduz, entretanto, que “conquanto a utilização deste Programa de Fiscalização mais robusto e eficaz traga mais “poder de ação” para o Fisco em busca de eventuais sonegadores, não pode ele servir para aplicar multas de caráter manifestamente confiscatório contra o contribuinte de boa-fé”.

Informa, “como dito na impugnação, que o Recorrente transmitiu os arquivos zerados em razão da impossibilidade de constar as informações de suas operações de entradas e saídas nos referidos arquivos, entretanto, jamais deixou de fornecer ao Fisco as informações de sua movimentação, o que fez através de outras obrigações acessórias (DMA), demonstrando por assim dizer que nunca foi seu de seu intuito omitir informação, muito menos deixar de pagar o tributo”.

Observa que “a falta de inserção dessas informações se deve mais a uma dificuldade do empresário (que acreditamos ser geral e não exclusivo do Recorrente) de atender as exigências fiscais e tributárias que a cada dia ganham novos “capítulos” se tornando mais complexas”, e que “nem sempre a empresa dispõe de condições financeiras para realizar os ditos investimentos no momento de implantação da obrigação fiscal, visto que para o microempresário, como é o caso presente, as necessidades mais básicas – folha de pessoal, compra de material para revenda – terminam tomando boa parte do faturamento, de maneira que para estas empresas é mais difícil o processo de adequar-se às exigências fiscais”.

Ressalta que não está a justificar o descumprimento da lei, mas tenta “demonstrar que não há dolo, fraude, simulação nem má-fé de parte do Recorrente” e “não houve omissão/sonegação de informação, visto que o contribuinte constou todas as informações de entradas e saídas nas suas DMAs, e que não houve prejuízo para o Fisco, pois durante todos os meses fiscalizados o contribuinte cumpriu outras obrigações acessórias declarando suas operações”.

Por tais razões, requer que seja “aplicado o entendimento do §7º do art. 42 da Lei 7.014/96”, tendo em vista que a pesada multa imposta atinge 2% de seu faturamento à época, “funcionando mais como uma pena confiscatória em detrimento do contribuinte”.

VOTO

Na infração 1 foi lançada multa mensal no valor de R\$1.380,00, no período de janeiro de 2013 a dezembro de 2014, totalizando o montante de R\$33.120,00, sob a acusação de que o contribuinte deixou de entregar os arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) nos prazos previstos na legislação ou os entregou sem as informações exigidas na legislação.

O autuado, em sua peça impugnatória, no relato constante na Decisão recorrida, “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”, argumentando, ainda, “que a alínea “l” 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”.

O RICMS/12 disciplina a Escrituração Fiscal Digital, nos artigos 247 a 253, estabelecendo o seguinte, dentre outras obrigações:

Art. 247. A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Conv. ICMS 143/06).

(...)

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

(...)

§ 4º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD

não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências.

Nota: O § 4º foi acrescentado ao art. 247 pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos a partir de 27/11/15.

(...)

Art. 249. O contribuinte obrigado à EFD deve observar o Ajuste SINIEF 02/09 e as especificações técnicas do leiaute do arquivo digital previsto no Ato COTEPE/ICMS nº 09/08 e no Guia Prático da EFD-ICMS/IPI.

§ 1º Todos os registros são obrigatórios e devem ser apresentados sempre que existir a informação, exceto os registros C116, C130, C197, C350, C370, C390, C410, C460, C470, C800, C850, C860, C890, D197, D360, E115, 1700, 1710, 1900, 1910, 1920, 1921, 1922, 1923, 1925 e 1926.

§ 2º A EFD deve ser informada mesmo que no período não tenha ocorrido movimentação no estabelecimento.

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).

§ 1º O arquivo deverá ser assinado pelo contribuinte ou por seu representante legal, por meio de certificado digital, do tipo A1 ou A3, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

§ 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. 251. A retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009.

Art. 252. O contribuinte deverá manter o arquivo da EFD pelo prazo decadencial, observados os requisitos de autenticidade e segurança.

Art. 253. O uso da EFD dispensará o contribuinte da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Conv. ICMS 57/95 a partir de 1º de janeiro de 2012. (grifos não originais)

Do exame dos autos, observo que o recorrente realmente transmitiu os arquivos eletrônicos de sua Escrituração Fiscal Digital, sempre “zerados” e, além disso, em data posterior àquela prevista no § 2º do artigo 250 do RICMS/BA, isto é, até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração.

Consequentemente, ao descumprir essa obrigação acessória, o autuado se sujeitou à cominação estabelecida na alínea “l” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrita, com as diferentes redações em vigor no período:

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:

(...)

Redação originária dada a alínea "l" tendo sido acrescentada ao inciso XIII-A do caput do art. 42 pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10 a 31/10/13:

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

Redação anterior dada à alínea "l" do inciso XIII-A do caput do art. 42 pela Lei nº 12.917, de 31/10/13, DOE de 01/11/13, efeitos de 01/11/13 a 10/12/15:

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.

Correta, portanto, em princípio, a Decisão recorrida, ao aplicar a penalidade de R\$1.380,00 por cada período de apuração do imposto, em vez de R\$5.000,00 como preconizava a redação original do dispositivo acima mencionado, tendo em vista que restou efetivamente comprovado que o

envio dos arquivos eletrônicos contendo a Escrituração Fiscal Digital foi feito pelo autuado sempre após a data limite consignada no § 2º do artigo 250 do RICMS/12, obrigação já prevista à época de todos os fatos geradores deste lançamento de ofício.

Além disso, em face do disposto no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, deve ser aplicada a lei mais benigna, aos contribuintes e responsáveis, tratando-se de ato não definitivamente julgado e quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo de sua prática, que é o caso dos autos.

Ocorre que os julgadores de Primeira Instância não atentaram para o fato de que o presente Auto de Infração foi lavrado em 28/03/16 e, no dia 27/11/15, foi acrescentado, pelo Decreto nº 16.434/15, o § 4º do artigo 247 do RICMS/12 que determina, à Fiscalização, o dever de conceder ao contribuinte, mediante intimação, o prazo de 30 dias “*para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências*”, o que não foi obedecido no caso concreto, como faz prova a Intimação expedida por meio do Domicílio Tributário Eletrônico e apensada à fl. 59 dos autos.

Na citada intimação, pode-se facilmente perceber que o autuante notificou o recorrente para que apresentasse, “*no prazo improrrogável de 05 dias*”, livros e documentos fiscais, incluindo os arquivos magnéticos da Escrituração Fiscal Digital (EFD), mas se descuidou de emitir nova intimação para que o contribuinte corrigisse as inconsistências apuradas na ação fiscal.

Pelo exposto, há de se reconhecer a existência de vícios que inquinam de nulidade a infração 1, por não ter sido obedecido o devido procedimento legal, incorrendo, ainda, no disposto na alínea “a” do inciso IV do artigo 18 do RPAF/99, a seguir transcrito:

Art. 18. São nulos:

(...)

IV - o lançamento de ofício:

- a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Pelas razões acima expendidas, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mas, de ofício, decreto a nulidade do débito relativo à infração 1. Represento à autoridade competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, para que determine a instauração de novo procedimento fiscal, caso entenda cabível, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 233080.0303/16-6, lavrado contra MANOEL MESSIAS DE OLIVEIRA (BICÃO SUPERMERCADO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$855,98, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Represento à autoridade competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, para que determine a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS