

A. I. Nº - 269198.0012/18-2
AUTUADO - OURO VERDE COMÉRCIO DE FERTILIZANTES E REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTES - FRANCISCO DE ASSIS RIBEIRO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28.12.2018

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0205-04/18

EMENTA: ICMS. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS. Constatado que em parte do período autuado inexistia previsão legal para aplicação da multa percentual de 1%, sobre o total das operações de saídas ocorridas no período, nos termos do art. 42, inciso XIII-A, alínea “I” da Lei nº 7.014/96. Comprovado em alguns meses a entrega de arquivos devidamente reificado antes do início da ação fiscal. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 14/06/2018, exige multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$210.940,32, em decorrência da falta de atendimento à intimação para entrega do arquivo eletrônico de Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, referente aos meses de janeiro de 2013, a dezembro de 2015.

Consta ainda a seguinte informação: “A empresa entregou EFD sem movimento, quando havia entradas e saídas, conforme demonstrado pelo movimento de notas fiscais de entradas e de saídas, bem como pelo registro de entradas e de saídas da EFD sem movimento.”

Nos arquivos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) dos exercícios de 2015 e 2016 não constam as informações

O autuado através de advogado legalmente habilitado apresenta impugnação (fls. 184/208), inicialmente falando sobre a tempestividade da apresentação da mesma. Após fazer uma síntese da acusação esclarece que também foi lavrado o Auto de Infração nº. 269198QQ11/18-6 referente ao mesmo fato e período, mas este para aplicação da multa fixa de R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) por cada mês, com valor total histórico de R\$49.680,00.

Diz que em que pesem as razões do levantamento, como demonstrará adiante, o auto de infração deve ser declarado nulo ante a inobservância dos procedimentos formais obrigatórios, ou na melhor das hipóteses deve ser julgado totalmente improcedente, haja vista que providenciou retificar os arquivos digitais antes mesmo da sua lavratura.

Preliminarmente observa que a empresa não foi previamente intimada para retificar os arquivos EFD's não entregues ou entregues com inconsistências no prazo de 30 (trinta) dias, como lhe assegura o § 4º do art. 247, do RICMS/2012, cujo teor transcreve.

Destaca que este entendimento, de que na falta de prévia intimação do contribuinte haverá nulidade do auto de infração, está já pacificado neste Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF conforme inúmeras decisões que cita. Transcreve diversas Ementas sobre o tema e solicita a nulidade do Auto de Infração.

Após diz que apesar de toda a fundamentação exposta não se verificar causa de nulidade do auto de infração, o que se cogita por cautela, passa a evidenciar as razões pelas quais deve o auto ser julgado totalmente improcedente.

Assevera que se trata de empresa atuante no comércio atacadista de fertilizantes, adubos e defensivos agrícolas com estabelecimento matriz no município de Utinga, e filial da cidade de Cafarnaum, esta a unidade autuada.

Acrescenta que na qualidade contribuinte do ICMS devidamente inscrita no Estado da Bahia, sabe-se obrigada a enviar a Escrituração Fiscal Digital a partir de 2013, nos termos do Convênio ICMS nº 143/2006 e do art. 247 do RICMS, como de fato fez nos prazos regulamentares inclusive no período mencionado no auto de infração, conforme se verifica na própria peça de lavratura. Todavia, no período em questão, primeiros anos de implantação da nova obrigação, uma pequena empresa localizada no interior da Bahia, enviar o arquivo digital nos padrões exigidos não foi algo simples de atender, principalmente no tocante à capacitação de sua equipe composta por pessoas da própria cidade de Cafarnaum, onde não há tantos cursos técnicos e específicos à disposição. Assim, neste período a enfrentou razoável dificuldade para treinar seu pessoal a fim de operar o sistema de informação e transmitir os arquivos digitais.

Lembra que todas as mudanças introduzidas pela implantação do SPED causaram uma verdadeira revolução e ruptura de paradigmas nas empresas, pois antes os controles eram manuais e não exigiam tantos conhecimentos de informática e de processamento de dados. Além disto, desde a implantação do Projeto Malha Fiscal Censitária, os contribuintes baianos, a despeito de suas dificuldades técnicas e operacionais, vem se esforçando para estar em dia com todas as obrigações fiscais, pois é de conhecimento público que o Fisco Estadual muniu-se de super computadores baseados em inteligência artificial e passou a operar de forma muito mais efetiva e mais próximo ao fato gerador, intensificando assim as autuações.

Pondera que as empresas baianas, principalmente as menores, como é o caso, (fato inclusive já constatado pelo CONSEF) enfrentaram, e ainda enfrentam, considerável dificuldade para cumprir as obrigações fiscais digitais com o rigor exigido. Entretanto, destaca que, apesar da dificuldade, transmitiu todos os seus arquivos digitais, e, ainda que o tenha feito por razões técnicas e operacionais além de sua vontade, fora dos padrões exigidos, o fez dentro do prazo regulamentar.

Acrescenta que o envio dos arquivos digitais “sem movimento”, mas dentro do prazo regulamentar, é muitas vezes a única alternativa (inclusive facultada em lei, pois se permite a posterior retificação - art. 251 do RICMS) de que dispõem as pequenas empresas para cumprir, ainda que minimamente, com suas obrigações enquanto ainda não dispõem dos recursos técnicos e humanos para perfeita adequação.

Diz que considerando a legislação em vigor à época, o fato de transmitir os arquivos dentro do prazo, mas sem movimento, não configura por si infração passível de aplicação da multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei 7.014/1996, ao menos não antes de novembro de 2013, quando este dispositivo passou a vigorar, por força da mudança introduzida pela Lei nº 12.917, de 31/10/13, DOE de 01/11/13, efeitos de 01/11/13 a 10/12/15. Assim, ao aplicar a multa de 1% (um por cento) sobre as entradas ou saídas, nos termos previstos no art. 42, inciso XII-A, alínea “L” da Lei 7.014/96 aos fatos ocorridos antes de novembro de 2013, o Auditor fez retroagir indevidamente a lei nova para alcançar fatos pretéritos, o que é terminantemente vedado pelo princípios da estrita Legalidade Tributária e da Irretroatividade da Lei Tributária, nos termos previstos nos artigos 105 e 106, inciso I, do Código Tributário Nacional, que transcreve.

Acrescenta ainda que a redação originária do art. 42 do RICMS/97, vigente à época dos fatos, não determinava de forma expressa, como o fez, após o advento da Lei nº 12.917 de 31/10/2013, que a penalidade específica para o envio de EFD sem movimento ensejaria multa a ser aplicada sobre o valor de saídas ou entradas de mercadorias. E nem se cogite da aplicação da multa de R\$5.000,00 (cinco mil reais), prevista no dispositivo vigente na época dos fatos, uma vez que não se vislumbra no caso falta de entrega do arquivo, mas de entrega do arquivo sem movimento, todavia dentro do prazo regulamentar.

Informa que algumas Juntas de Julgamento Fiscal já entenderam que a entrega de arquivo digital sem movimento equivaleria à não entrega, no entanto, com a devida vênia, discorda deste

entendimento em razão de não haver no caso omissão/lacuna na lei que comporte dilações interpretativas, muito menos a utilização de termos supostamente equivalentes.

Acrescenta que algumas Juntas de Julgamento Fiscal já entenderam que a entrega de arquivo digital sem movimento equivaleria à não entrega, no entanto, com a devida vênia, discorda deste entendimento em razão de não haver no caso omissão/lacuna na lei que comporte dilações interpretativas, muito menos a utilização de termos supostamente equivalentes.

Frisa que a legislação anterior é expressa e muito clara ao dispor o fato passível de aplicação de penalidade que é só, e somente só. “a falta de entrega, no prazo previsto na legislação”, o que *“in casu”* não se verifica, vez que a Impugnante entregou todos os arquivos dentro dos prazos previstos. Dessa forma, como há disposição expressa, não há espaço no caso sob análise, para adoção de outros entendimentos, ainda que se digam equivalentes, mediante a aplicação de fontes interpretativas previstas no art. 108 do CTN,

A falta de entrega também não acarretaria os custos envolvidos na transmissão do arquivo digital, como sistema operacional, equipe, certificado digital entre outros; custos que, como se pode supor, existem mesmo quando a empresa transmite um arquivo digital sem movimento, pois ainda neste caso ela deve observar o leiaute específico dos arquivos, constar as informações mínimas, assinar digitalmente e ter um contador habilitado.

Conclui não ser razoável afirmar que a entrega de um arquivo sem movimento seria o mesmo que a não entrega, o simples fato de a primeira hipótese não ter custo algum para o contribuinte já deixa claro que não se trata de coisas equivalentes. Além disto, a não entrega poderia evidenciar para o Fisco uma inatividade da empresa, fato que não se supõe com a entrega dos arquivos mensais nos prazos legais, ainda que sem movimento. Assim, com base nas alegações acima, deve o auto de infração ser julgado improcedente, vez que a multa aplicada originou-se da indevida retroação da Lei para alcançar fatos pretéritos.

No tocante ao período posterior a novembro de 2013 a dezembro de 2015, já sob a vigência da nova lei, deve-se observar que a Impugnante, antes da lavratura do auto de infração, providenciou retificar seus arquivos, transmitindo ao Fisco a totalidade de suas operações de entrada e saída, conforme lhe permite o art. 251, §2º do RICMS/2012.

Informa que os arquivos estão anexados em CD à presente defesa, como prova das afirmações aqui escritas, devidamente acompanhados de todos os recibos de entrega. Desse modo, considerando que houve a retificação das obrigações antes da lavratura (em maio), mostra-se desarrazoada mais uma vez a aplicação da multa prevista no art. 42, Inciso XII-A, alínea “L” da Lei 7.014/96, mais uma razão que impõe a improcedência do lançamento.

Fala sobre o excesso das penalidades aplicadas e requer o cancelamento, ou no mínimo o seu abrandamento, tendo em vista que, de boa-fé, procurou cumprir suas obrigações fiscais no prazo regulamentar, ainda que sem o rigor exigido, ante as dificuldades já mencionadas, e que também já providenciou a retificação dos arquivos digitais como comprovado nos anexos.

Observa que toda e qualquer penalidade, sobretudo as de caráter tributário, tem finalidade precípua de educar, de corrigir o erro cometido, de evitar novos equívocos, e não, necessariamente, de inviabilizar o exercício da atividade empresarial, como está a fazer as altíssimas multas aplicadas cumulativamente nos dois autos de infração lavrados contra a impugnante.

Requer, com base no permissivo contido no §7º do art. 42 da Lei nº. 7.014/96 e no Princípio da Equidade, o cancelamento ou, pelo menos, a redução das multas aplicadas de forma cumulativa.

Finaliza solicitando a nulidade do Auto de infração ante a falta de observância dos preceitos formais legais exigidos, e em caso de entendimento diverso, para julgar improcedente o auto de infração, ante a aplicação indevida das multas cumulativas e a retificação dos arquivos efetuada antes da lavratura do auto de infração.

Pede, no caso de procedência total ou parcial, o cancelamento ou, no mínimo, a redução das penalidades aplicadas, sob pena de, se permanecerem nos patamares aplicados, inviabilizarem a continuidade da empresa.

Por fim protesta provar o alegado por todos os meios de provas em Direito admitidas, requerendo desde logo a juntada dos documentos anexos e de outros que se façam necessários, bem como a realização de prova pericial e/ou de diligências fiscais que se fizerem necessárias durante o curso do processo fiscal para comprovar as alegações de defesa.

O autuante ao prestar a Informação Fiscal, fl. 258, após transcrever o teor da acusação diz que a empresa entregou todas as EFDs sem movimento, conforme comprovantes anexos (fls. 117 a 189), quando haviam entradas e saída de mercadorias (fls. 09 a 116), caracterizando omissão de entrega de Escrituração Fiscal Digital.

Assevera que a própria empresa, em suas razões de defesa (fls. 201), confessa o fato e que os demais argumentos proferidos por ela fogem da instância em que se encontra o processo, portanto inócuos, fazendo acreditar que foram para postergar o pagamento do crédito tributário devido.

VOTO

O presente lançamento refere-se à exigência de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias, pela falta de atendimento à intimação para entrega do arquivo eletrônico de Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, referente aos meses de janeiro de 2013 a dezembro de 2015.

Consta ainda a seguinte informação: “*A empresa entregou EFD, sem movimento, quando havia entradas e saídas, conforme demonstrado pelo movimento de notas fiscais de entradas e de saídas, bem como pelo registro de entradas e de saídas da EFD sem movimento.*”

O impugnante, em sede de preliminar, suscitou nulidade da autuação pelo fato de que não foi previamente intimada para retificar os arquivos EFDs não entregues ou entregues com inconsistências, no prazo de 30 dias como assegura o § 4º, do art. 247 do RICMS/2012.

Ao compulsar os elementos que constituem e lastreiam a acusação fiscal, verifico que o contribuinte autuado estava obrigado a enviar a Escrituração Fiscal Digital - EFD, cujos arquivos foram transmitidos ao Sistema Público de Escrituração Digital - SPED, porém, os mesmos encontravam-se zerados, apesar de constatar que operações comerciais foram feitas pelo mesmo, caracterizando falta de entrega dos respectivos arquivos, no prazo estabelecido na legislação.

Conforme disposto no art. 247 do RAICMS/12, a Escrituração 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. A EFD substitui a escrituração e impressão dos livros fiscais, inclusive o Registro de Entradas e Registro de Saídas de Mercadorias.

O autuado confessou ter enviado os arquivos de EFD zerados à SEFAZ/BA. Disse que por questões técnicas e operacionais não consegui alimentar as informações necessárias no arquivo da EFD, e como existia a possibilidade de alteração posterior do total dessas informações, optou por cumprir tal obrigação acessória enviando os arquivos da EFD zerados, para posteriormente, mediante autorização da INFRAZ, proceder à retificação total de tais informações.

O RICMS-BA/12, estabelece que em caso de falta de entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, no prazo regulamentar, ou entrega sem as informações exigidas na legislação, o contribuinte tem o prazo de trinta dias para o envio da mesma, conforme o disposto no §4º do art. 247 do RICMS/12 *in verbis*:

“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).

(...)

§ 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.”

Portanto, no caso em tela, o sujeito passivo foi intimado para fazer a apresentação dos arquivos, e lhe foi concedido o prazo de 30 dias, conforme se verifica no documento de fl. 06, assinado pelo preposto da empresa, conforme estabelecido no §4º, do art. 261 do RICMS-BA12, acima reproduzido, ficando rejeitada a nulidade arguída.

No mérito, o defendente alega que antes de novembro de 2013 não havia previsão legal para configuração de infração, a entrega de arquivos dentro do prazo, mas sem movimento, baseada no art. 42, inciso XII-A, alínea “L” da Lei 7.014/96. Disse que somente a partir de 01/11/2013 a 10/12/2014 alterou-se a redação da alínea “I”, do inciso XIII-A do art. 42, passando-se a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas, nos termos aplicados pelos autuantes neste auto de infração.

A Lei nº 11.899, de 30/03/10, acrescentou a alínea “I” ao art. 42, XIII-A da Lei 7.014/96, conforme transcrevo abaixo:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

[...]

XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

[...]

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

Somente com a promulgação da Lei nº 12.917 de 31/10/13 (DOE de 01/11/13), alterou-se a redação da alínea “I”, do inciso XIII-A, do caput do art. 42, e passou-se a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas:

redação da alínea “I” do inciso XIII-A, do art. 42 vigente até 10/12/2015:

I) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entrega sem as informações exigidas na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo.

Nota 2: A redação atual da alínea “I”, do inciso XIII-A do *caput* do art. 42, foi dada pela Lei nº 12.917, efeitos a partir de 01/11/13.

Da análise dos dispositivos acima reproduzidos, vejo que de fato assiste razão ao autuado. A previsão da multa nos termos específicos aplicados neste auto de infração, decorre da Lei nº 12.917, de 31/10/2013 (DOE de 01/11/13), que alterou o art. 42, XIII-A Lei 7.014/96.

Portanto, até 31/10/13, não havia qualquer multa pela entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD sem as informações exigidas na legislação, não sendo devida a multa, na forma como exigida pelos Autuantes em relação ao período compreendido entre janeiro a outubro de 2013.

A redação originária do art. 42 do RICMS/97, vigente até 31/10/2013, não determinava de forma expressa, como o fez, após o advento da Lei nº 12.917, de 31/10/2013, que a penalidade específica

para o envio de EFD zerada, ensejaria multa a ser aplicada sobre o valor de saídas ou entradas de mercadorias do contribuinte.

No que diz respeito ao período posterior a novembro de 2013, a impugnante assevera que antes da lavratura do auto de infração, providenciou a retificação dos arquivos, transmitindo ao Fisco a totalidade de suas operações de entradas e saídas e anexa às fls. 219 a 255 cópias de Recibos de Entrega de Escrituração Fiscal Digital

Da análise dos referidos documentos, constato que somente os recibos referentes aos meses de setembro a dezembro de 2015, constam informações acerca das operações de entradas e saídas conforme se verifica às fls. 251 a 254. Os meses anteriores continuam “zerados”.

Ante as considerações acima traçadas, concluo que devem ser excluídas as exigências relativas aos meses de janeiro a outubro de 2013, e setembro a dezembro de 2015, totalizando o valor de R\$89.991,39, reduzindo a infração de R\$210.940,32 para R\$120.948,92.

Verifico ainda que no caso em lide, o autuante incorreu em equívoco no que se refere às datas de ocorrência, tendo em vista que como a imputação diz respeito à falta de atendimento a intimação para apresentação dos arquivos entregues anteriormente, sem as informações exigidas na legislação, correspondente ao primeiro dia útil subsequente ao término do prazo consignado na intimação. A título de esclarecimento, consigno que este entendimento encontra-se em conformidade com a Instrução Normativa nº 55/14, no item 2.2.

Como o contribuinte foi intimado em 05/04/2018, assinalando-lhe para tanto o prazo de trinta dias, o primeiro dia útil subsequente ao término do prazo ocorreu em 07 de maio de 2018. Deste modo, a infração resta parcialmente caracterizada, porém, a data de ocorrência fica modificada para 07/05/2018.

Quanto ao pedido de dispensa ou de redução da multa, considerando que a irregularidade ficou devidamente caracterizada e por não ter ficado evidenciado que o cometimento da infração não implicou na falta de recolhimento do imposto, não acolho o pleito, tendo em vista o disposto no § 7º, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269198.001218-2**, lavrado contra **OURO VERDE COMÉRCIO DE FERTILIZANTES E REPRESENTAÇÕES LTDA**. devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$R\$120.948,92**, prevista no incisos XIII-A, alínea “I” da Lei 7014/96, alterada pela Lei 12.917/13 e dos acréscimos moratórios.

Sala de Sessão do CONSEF, 13 de novembro de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR