

PROCESSO - A. I. Nº 269198.0011/18-6
RECORRENTE - OURO VERDE COMÉRCIO DE FERTILIZANTES E REPRESENTAÇÕES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0208-04/18.
ORIGEM - INFAZ IRECÊ (CHAMPADA DIAMANTINA)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/09/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0143-12/20-VD

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS ELETRÔNICOS. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). FALTA DE ENTREGA NO PRAZO REGULAMENTAR. As alegações defensivas não desconstituem a acusação fiscal uma vez comprovado que a escrituração dos anos de 2013, 2014, 2015 e 2016 somente foi transmitida em maio de 2018. Infração confessadamente cometida. Não acolhida a preliminar. Negado o pedido de redução ou cancelamento da multa. Mantida Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão da 4ª JJF Nº 0208-04/18 que julgou o Auto de Infração lavrado em 14 de junho de 2018 como Procedente para exigir multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$49.680,00, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01. 16.14.02. Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD) nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014 e janeiro a dezembro de 2015. Consta a seguinte informação do autuante: “A empresa entregou todas as EFD sem movimento, quando haviam entradas e saídas de mercadorias, caracterizando omissão de entrega da Escrituração Fiscal Digital”.

A 4ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da empresa autuada, o qual atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade.

Observe que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

Em relação aos argumentos relativos à nulidade aventados pela defesa, especialmente quanto a falta de observância dos procedimentos formais obrigatórios, uma vez ter providenciado retificar os arquivos digitais antes mesmo da sua lavratura do Auto de Infração, é preciso, antes de mais esclarecer equívoco cometido pela autuada, na diferenciação entre a falta de entrega, e a entrega e posterior retificação.

Vejo que a acusação é de falta de entrega de arquivo EFD fora do prazo regulamentar, o que significa dizer que os arquivos foram apresentados, ainda que de forma intempestiva, o que não descaracteriza a acusação, e, portanto, sendo um procedimento amparado na norma, jamais há de ser considerado como motivador para nulidade do lançamento.

Tal fato será abordado na análise de mérito, em momento posterior do presente voto.

Quanto ao fato de não ter sido previamente intimada para retificar os arquivos EFD's não entregues ou entregues com inconsistências no prazo de trinta dias, como lhe assegura o § 4º do artigo 247, do RICMS/2012, reitero não ser este o procedimento relativo à acusação formulada, que é a falta de entrega tempestiva da Escrituração Fiscal Digital (EFD), e não o fato de deixar de retificar os arquivos, após ser intimado, infração diversa daquela presente na autuação, inclusive com outra codificação, o que ensejaria intimação específica, motivo pelo qual não se aplica o teor do artigo regulamentar mencionado, uma vez que não se trata de caso para retificação, e sim, de falta de entrega, reitero mais uma vez, sendo caracterizador da infração o fato de

terem sido os arquivos transmitidos a destempo, o que, da mesma forma não vem a ser motivo para nulidade.

E aqui, tendo em vista a indicação do autuante de ter aplicado a multa prevista na Lei 7.014/96, artigo 42, inciso XIII-A, alínea “I”, em verdade a penalidade cabível de ser aplicada é a do inciso “j”, o que, de ofício, retifico neste momento.

Igualmente, não podem ser consideradas as decisões acostadas pela defesa, como base para a sua sustentação defensiva, pelos já expostos motivos acima mencionados.

Desta maneira, não se há de falar em qualquer motivo ensejador ou desencadeador de nulidade processual, quer sob o aspecto formal, quer sob o aspecto material, em atenção e respeito ao teor do artigo 39 do RPAF/99, motivo para não acolher tal argumento.

Quanto ao mérito da autuação, a acusação versa sobre a falta de entrega dos arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014 e janeiro a dezembro de 2015.

Acaso a acusação fosse aquela sustentada pela autuada, seria a de “não atendimento a intimação para retificação dos arquivos”, a qual seria precedida de intimação específica para tal, e não apenas a aquela para apresentação de livros e documentos fiscais, inclusive a EFD constante à fl. 06 dos autos.

Da análise dos elementos constantes dos autos, verifico ter sido a mesma intimada a apresentar livros e documentos fiscais para fins de fiscalização em 05 de abril de 2018, na forma do recibo assinado por Viviane Costa Brotas (fl. 06), tendo sido acostada relação de notas fiscais de entradas de mercadorias às fls. 10 a 116, o que denota estar a empresa em pleno funcionamento.

Em atendimento a tais solicitações, foram transmitidas as EFD sem movimento, de acordo com as fls. 118 a 188 acostadas pelo autuante, o que a princípio, contrariando a enorme quantidade de notas fiscais recebidas e emitidas, registradas nos sistemas da SEFAZ, indicaria a falta de movimentação comercial.

Isso diante do fato da defesa apresentar recibos de entrega da EFD relativas aos anos de 2013, 2014, 2015 e 2016, sendo que as de fls. 218 a 250 se apresentam sem movimento, tendo sido transmitidas em 03 de maio de 2018, ou seja, após o início da ação fiscal ocorrida em 05 de abril de 2018, conforme já observado linhas acima.

Ainda da análise daquelas transmitidas, somente as EFDs posteriores a 01 de outubro de 2015 possuem movimentação de mercadorias entradas/saídas como se observa às fls. 251 a 254, tendo sido transmitidas em 03 de maio de 2018, conforme firmado anteriormente.

Feitas tais observações, entendo necessário tecer algumas considerações que considero importantes para o deslinde da matéria em questão, em relação à Escrituração Fiscal Digital.

Seu regramento geral se encontra no Ajuste SINIEF 02/2009, o qual instituiu a “Escrituração Fiscal Digital - EFD, para uso pelos contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS e/ou do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI”, sendo a mesma composta “da totalidade das informações, em meio digital, necessárias à apuração dos impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, bem como outras de interesse das administrações tributárias das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB”.

A parte referente aos prazos para a sua entrega via transmissão se encontram na sua Cláusula décima segunda, a qual dispõe que “O arquivo digital da EFD deverá ser enviado até o quinto dia do mês subsequente ao encerramento do mês da apuração”, sendo complementada pelo Parágrafo único, que faculta a doção de prazo diverso, ao determinar que “A administração tributária da unidade federada poderá alterar o prazo previsto no caput”.

A legislação do Estado da Bahia estabeleceu como prazo de envio da EFD o dia 25 do mês subsequente ao mês de referência, ou seja, para não se caracterizar, pois, a ocorrência de janeiro de 2013, a EFD deveria ser transmitida até o dia 25 de fevereiro do mesmo ano, e não o fazendo, já seria possível a imposição da multa.

Neste ponto, gostaria de esclarecer que a defesa confunde a imposição da multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, com a da alínea “I”, ambas da Lei 7.014/96. Na primeira, a previsão é de “R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido 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 e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo”, ao passo que a alínea “I”, a multa é “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”.

Ou seja: estamos diante de duas situações totalmente distintas: na primeira, caso dos autos (alínea “j”), a pura falta de entrega dos arquivos da EFD, já se configura como suficiente para aplicação da penalidade, ao passo que a alínea segunda (alínea “l”), numa inovação da legislação baiana, uma vez que o Ajuste SINIEF 02/2009 sequer fala em arquivo eletrônico com inconsistência, se aplicaria nos casos em que intimada para apresentação dos arquivos EFD estes se apresentassem com “inconsistências”, ensejando a realização de nova intimação para a apresentação dos arquivos corrigidos, diga-se, aí sim, com concessão de prazo de trinta dias, o que, seguramente, não é a hipótese dos autos, uma vez que a intimação feita para a empresa foi para apresentação dos arquivos, com fins de fiscalização, e não de retificação, uma vez que sequer os arquivos foram transmitidos, só ocorrendo após o início da ação fiscal.

Da mesma maneira, não se há de falar em aplicação retroativa da norma, como pretende a autuada, em violação ao artigo 106 do CTN, tendo em vista que, reitero, há de ser aplicada alínea “j” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei 7014/96, ao invés da alínea “l” como entende a autuada.

Fato é que a autuada se encontrava em mora, quanto à entrega dos arquivos da EFD, somente os transmitindo após intimação para apresentação ao fisco, para fins de auditoria, o que o fez no mês de maio, embora sob ação fiscal desde abril de 2018, em branco, ou seja, sem movimento, e nesta condição, somente os poderia retificar na hipótese contida na Cláusula Décima Terceira do Ajuste SINIEF 02/2009 mediante autorização expressa da fiscalização, e com prazo de trinta dias, caso esta fosse a hipótese dos autos, o que não acontece, friso mais uma vez.

Quanto ao pedido para exclusão ou redução da multa, nos termos fixados no § 7º do artigo 42 da Lei 7.014/96, nego o mesmo em primeiro lugar pelo fato de não estarmos aqui, falando em um ou poucos meses de omissão de entrega da EFD fora do prazo, mas sim de forma seguida e continuada por mais de três anos, somente o fazendo, ainda que em branco, para atender à intimação do Fisco.

Em segundo lugar, diante da própria confissão da autuada de ter praticado a infração imputada pelo Fisco, o que torna frágil seu pleito, pela presença do elemento volitivo de transmissão dos arquivos em branco, agravado pelo fato de serem intempestivos, apenas para fins de atendimento da intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, o que concorre para a negativa de tal pedido, sendo irrelevantes os motivos apresentados (dificuldades tecnológicas, de pessoal, etc.), pois contribuintes na mesma situação atenderam ao cumprimento da obrigação tributária acessória, sem maiores problemas.

Neste ponto, ressalto a edição da Lei 14.016/2018, de 24 de outubro de 2018, pela qual foi o Estado autorizado a reduzir multas por infração, acréscimos moratórios e honorários, relativos ao ICMS, referentes a fatos geradores ocorridos até 31/12/2017, para débitos inscritos ou não na Dívida Ativa; desde que o pagamento seja efetuado em moeda corrente até 21 de dezembro de 2018, sendo que as multas decorrentes de descumprimento de obrigação acessória terão redução de 70% de seu valor, o que pode ser adotado pela empresa.

Em conclusão, estando perfeita a autuação, a qual deve ser mantida, diante da comprovada transmissão a destempo e intempestiva dos arquivos da EFD dos anos de 2013, 2014, 2015 e 2016, fora, pois, dos prazos regulamentares, motivo pelo qual julgo a mesma procedente.

A recorrente inconformada com a decisão de piso interpôs Recurso Voluntário tecendo as seguintes razões de defesa.

Preliminarmente suscita Nulidade do Auto de Infração por ofensa a ampla defesa e ao contraditório.

Contesta o Acórdão recorrido, esclarecendo que a multa fixa prevista na alínea “l”, do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 foi a penalidade inicialmente aplicada pelo fiscal autuante. Entende que a sua defesa foi apresentada tomando por base a capitulação legal originalmente estabelecida sendo naquela oportunidade arguido a irretroatividade da lei tributária, em razão da alínea “l” ter passado por duas alterações durante o período autuado.

Por esta razão demonstrou na impugnação que o autuante ao aplicar a referida penalidade fez retroagir indevidamente a lei nova em vigor para fatos passados.

Ressalta que a ciência do contribuinte foi dada para uma capitulação legal aplicada e que, após de ofício ter sido alterada, necessário seria a abertura de novo prazo para defesa.

Alega que o acórdão padece de vício insanável em razão de contrariar o teor dos incisos III e V, do art. 39 do RPAF, além do art. 2º do RPAF.

Aduz ainda que não foi intimada a tomar ciência da Informação Fiscal, nos termos do §7º, do art. 127 do RPAF.

Acrescenta que, não obstante os vícios acima noticiados, importante mencionar que a recorrente não foi previamente intimada para retificar os arquivos EFD's não entregues ou entregues com inconsistências no prazo de trinta dias, como lhe assegura o § 4º, do artigo 247 do RICMS/2012.

Ademais, a despeito de constar no acórdão recorrido que a contribuinte teria apresentado os arquivos sem movimento em maio de 2018, esclarece que os arquivos apresentados em maio são os arquivos substitutos, isto é, os retificadores, conforme recibos anexos ao PAF.

Se o Auto de Infração deveria ter aplicado a penalidade prevista na alínea "J", do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, como defende o acórdão recorrido, resta evidenciado que o lançamento padece de vícios insanáveis pois o autuante aplicou a penalidade prevista na alínea "I".

No mérito, caso toda a fundamentação exposta acima, não se verificar causa de nulidade do lançamento impugnado, afirma que a multa foi indevidamente aplicada aos fatos geradores ocorridos antes da sua entrada em vigor, havendo a indevida retroação da Lei Tributária, o que contraria o disposto nos arts. 105 e 106 do CTN.

Informa que se trata de contribuinte de pequeno porte situado em cidade do interior, sendo justificável que a adequação às exigências do fiscal não é tão simples.

Alega que a penalidade é excessiva e que este não foi o único lançamento fiscal lavrado contra o contribuinte, sendo também exigido em outro lançamento a penalidade cumulativa de 1% prevista no mesmo dispositivo legal.

Por último entende que o excesso de penalidade terminará por comprometer a própria atividade empresarial, dificultando a continuidade da empresa.

Este é o relatório.

VOTO

O presente Recurso Voluntário visa combater infração única que exige multa fixa de R\$1.380,00, por mês, da falta de entrega do arquivo EFD no prazo regulamentar.

Tratando das nulidades suscitadas pela recorrente, vejo que não há qualquer vício que imponha mácula ao lançamento, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração, conforme art. 39 do Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99.

Observo também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação.

Quanto às etapas processuais, percebo que todos os passos foram rigorosamente seguidos, sobretudo aqueles atinentes às intimações feitas ao recorrente, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Quanto ao fato de não ter sido intimada a tomar ciência da Informação Fiscal, nos termos do §7º, do art. 127 do RPAF, esclareço que não há na referida informação qualquer fato novo e, por esse motivo, não se faz necessária a intimação ao contribuinte.

De logo, importante sinalizar que, apesar da contestação da recorrente quanto a irretroatividade da lei tributária prevista no art. 105 e 106 do CTN, resta esclarecer que a penalidade aplicada no presente Auto Infração está presente em ambas as alíneas "j" e "l", do inciso XIII-A, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e que as alterações vinculadas à letra "l" da referida infração estão, tão somente,

vinculadas à aplicação da multa cumulativa de 1%, não sendo aqui aplicável.

Ressalto, pois, que o presente Lançamento Fiscal visa exigir multa fixa de R\$1.380,00, por mês, pela falta de entrega dos arquivos digitais, não sendo, portanto, pertinente as alegações recursais, ainda que seja do conhecimento desse julgador que a recorrente, de fato, também foi exigida da multa cumulativa em outro Lançamento Fiscal.

O fiscal autuante esclarece que a recorrente entregou todas as suas EFD's do período de 01/2013 a 12/2015 sem movimento, não obstante ter constatado a ocorrência de movimentação de entradas e saídas neste período fiscalizado.

Vejamos o que dispõe o art. XIII-A, "I" da Lei nº 7.014/1996, com base em sua redação vigente entre 01/11/2013 a 10/12/2015, e, portanto, à época do fato gerador.

Vejam que a multa originalmente aplicada, prevista no art. 42, inciso XIII-A, "I", assim dispunha:

"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 (grifo não original), 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."

Art.42, XIII-A, "j" efeitos de 01/11/13 a 10/12/15:

j) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, nos prazos previstos na legislação, de arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, das prestações de serviços efetuadas e tomadas, bem como dos estornos de débitos ocorridos em cada período, ou entrega sem o nível de detalhe exigido 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 e/ou do valor dos estornos de débitos em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação subsequente para apresentação do respectivo arquivo;

Quanto a capitulação legal das multas aplicadas no referido Auto de Infração, a Junta de Julgamento teceu o seguinte comentário: *"E aqui, tendo em vista a indicação do autuante de ter aplicado a multa prevista na Lei nº 7.014/96, artigo 42, inciso XIII-A, alínea "I", em verdade a penalidade cabível de ser aplicada é a do inciso "j", o que, de ofício, retifico neste momento."*

Considerando que a recorrente, em verdade, entregou os seus arquivos "em branco", comungo do entendimento externado pela decisão de piso que, de ofício, reenquadrou a infração na alínea "I", visto que melhor se adequa à infração ora cometida pela recorrente.

A seção XV do Decreto nº 13.780/2015 trata da Escrituração Fiscal Digital-EFD e no seu art. 247, §4º, garante ao contribuinte o prazo de 30 dias, contados da data da intimação fiscal, para envio da EFD não entregue no prazo ou entregue com inconsistências.

Observem que a EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos e, uma vez entregue e recepcionada pela Secretaria da Fazenda, teria este órgão acesso à todas informações do contribuinte.

Ocorre que, diferentemente do quanto alegado pela recorrente, o caminho escolhido pelo fiscal autuante foi o da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, não sendo, portanto, optado, naquela ocasião, pelo cumprimento do roteiro de fiscalização.

Se assim o fosse, e detectado inconsistências no referido arquivo, deveria, pois, a fiscalização conceder prazo de 30 dias, através de Intimação Fiscal, para devidas correções. Não sendo atendidas as exigências no prazo mencionado, lavraria o AUTO DE INFRAÇÃO, imputando-lhes as multas específicas do roteiro aplicado.

Assim sendo, se a fiscalização se ateve a autuar apenas o descumprimento de obrigação acessória, há de se concluir que a infração é subsistente.

Quanto aos argumentos recursais visando combater o valor da multa aplicada, sinalizo que se trata de penalidade expressamente prevista no nosso ordenamento legal e, infelizmente, nos foi

retirado a possibilidade prevista em RPAF quanto a redução da multa aplicada no descumprimento de obrigação acessória.

Isto posto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269198.0011/18-6** lavrado contra **OURO VERDE COMÉRCIO DE FERTILIZANTES E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$49.680,00**, prevista no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS SALAU – REPR. DA PGE/PROFIS