

PROCESSO - A. I. Nº 206905.0009/13-1
RECORRENTE - GERAIS ELETROMÓVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0053-02/15
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 12/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0298-11/17

EMENTA: ICMS. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) A QUE ESTAVA OBRIGADO. MULTA DE 1% SOBRE AS OPERAÇÕES DE SAÍDA. A legislação que regula o cometimento do ilícito (descumprimento da intimação) é aquela em vigor quando da sua ocorrência. Ou seja, a Lei nº 12.917/2013, com vigência entre 01/01/2013 e 10/12/2015, que estatui a multa de 1% sobre as saídas ou entradas, as de maior valor, em razão da falta de transmissão da EFD (escrituração fiscal digital) solicitada mediante intimação ou da transmissão sem as informações exigidas na legislação. O contribuinte não estava obrigado a entregar a EFD do exercício de 2011. **b)** FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). MULTA FIXA POR PERÍODO DE APURAÇÃO. Quanto a 2012, o órgão julgador de primeira instância já cuidou de excluir as respectivas quantias da autuação, uma vez que antes da Lei nº 12.917, de 31/10/2013, não havia lastro jurídico para a imposição da multa decorrente da entrega sem as informações exigidas na legislação. No período anterior à mencionada Lei, ter-se-ia por cumprida a obrigação com a simples transmissão dos arquivos, ainda que "zerados". Modificada a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE EM PARTE a infração 1 e IMPROCEDENTE a infração 2. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida por meio do Acórdão da 2ª JF nº 0053-02/15, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado no dia 26/12/2013 para exigir multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico total de R\$ 104.738,03, sob a acusação do cometimento das 02 (duas) irregularidades abaixo discriminadas.

INFRAÇÃO 1 – Descumprimento de intimação para entrega de arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital (EFD), na forma e nos prazos previstos na legislação, relativos aos meses de fevereiro de 2011 a dezembro de 2012. Aplicada a penalidade de 1% sobre valores das entradas ou saídas (a de maior expressão monetária) não informadas em cada período. Multa de R\$72.998,03, prevista no art. 42, XIII-A, "I" da Lei nº 7.014/1996.

INFRAÇÃO 2 – Falta de entrega dos arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) ou entrega sem as informações exigidas, na forma e nos prazos previstos na legislação, referentes aos meses de fevereiro de 2011 a dezembro de 2012 (R\$1.380,00 por cada mês de omissão). Multa de R\$31.740,00, prevista no art. 42, XIII-A, "I" da Lei nº 7.014/1996.

A Junta de Julgamento Fiscal apreciou a lide no dia 16/04/2015 (fls. 215 a 220) e decidiu pela Procedência Parcial de forma unânime, nos seguintes termos:

"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 constante 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 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 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, anexadas 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 vigor 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, inexistia 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, inexistia 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:

(...)

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 (...)"

Com respaldo no art. 169, I, "b" do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário às fls. 234 a 255, no qual inicia aduzindo a tempestividade da irresignação, sintetizando as acusações e assegurando que a Decisão recorrida é equivocada.

A JJF teria deixado de observar que somente com a Lei nº 12.917/2013, publicada no Diário Oficial do Estado do dia 01/11/2013, foi alterada a redação do art. 42, XIII-A, "I" da Lei do ICMS/BA, passando-se a punir o contribuinte pela entrega da EFD (escrituração fiscal digital) sem as informações exigidas.

Até 31/10/2013 não havia qualquer multa pela entrega dos arquivos "zerados". Uma vez que as ocorrências da autuação são de janeiro [fevereiro] de 2011 a dezembro de 2012, as penalidades pelo descumprimento das obrigações acessórias em tela, segundo alega, não procedem.

Em seguida, transcrevendo Decisões deste Conselho de Fazenda, assinala que o art. 897-B, I do RICMS-BA/1997 - com dispositivo correspondente no art. 248 do RICMS-BA/2012 -, tornou obrigatório o uso da EFD, a partir de 01/01/2011, para os contribuintes cujos faturamentos no ano imediatamente anterior (2010) foram superiores a R\$ 36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais). Em virtude de a sua receita ter ficado entre os R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) e os R\$ 36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais) em 2010, somente passou a ter tal obrigação em 2012.

Reconhece a obrigatoriedade no exercício de 2012 e informa que a respectiva EFD foi transmitida sem informações, em função de dificuldades operacionais, o que não caracteriza descumprimento de obrigação acessória.

A legislação, inclusive, permitia a total modificação dos arquivos, mediante autorização da Inspetoria (897-E RICMS-BA/1997 e art. 251 do RICMS-BA/2012), requerimento que afirma ter apresentado antes do início da investigação fiscal. Apesar de intimado pelo Fisco, somente poderia efetuar a retificação da EFD com a autorização da repartição fiscal, o que só veio a ocorrer após a apresentação da defesa. Tal fato demonstra que o próprio Estado o impediu de cumprir a intimação de fl. 14.

Nas suas palavras, "*todos os livros estão e sempre estiveram à disposição do fisco. Somente as EFD foram entregues zeradas. Os livros não*".

Reclama do prazo que lhe foi concedido na intimação para a entrega dos arquivos completos, que é significativamente menor do que aquele estabelecido no item 05 da Orientação Técnica OTE-DPF-3005, de 30 dias.

Não tem dúvidas de que não tinha obrigação de entregar a EFD relativa a 2011. Se assim o fez foi por mera liberalidade, não sendo possível a imputação de irregularidade.

Conclui pleiteando provimento.

Tendo em vista a juntada dos documentos de fls. 257 a 420, a PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 426 a 429, da lavra do Dr. Elder dos Santos Verçosa, opina no sentido da realização de diligência para

esclarecer o verdadeiro faturamento do contribuinte no ano de 2010.

No dia 27/09/2016 (fls. 431/432), a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência, com as seguintes observações:

Apesar de as supostas infrações dizerem respeito a fatos ocorridos entre 2011 e 2012, os auditores fiscais fizeram uso do texto do art. 42, XIII-A, "I" da Lei 7.014/1996 trazido pela Lei 12.917, de 31/10/2013:

Redação anterior dada à alínea "I" 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 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.

Redação originária dada a alínea "I" 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.

Ao interpor o Recurso Voluntário (fls. 234 a 255), além de se insurgir contra a situação acima exposta, que diz ser aplicação retroativa de legislação mais onerosa, questão que será devidamente julgada por esta Câmara, o sujeito passivo colacionou uma série de documentos relativos à Receita Federal do Brasil (fls. 257 a 420), com vistas a comprovar a sua alegação de que não estava obrigado a escriturar a EFD concernente ao exercício de 2011, pois o seu faturamento em 2010 foi inferior a R\$ 36.000.000,00.

Por isso, a PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 426 a 429, solicitou a realização de diligência.

O único documento juntado ao PAF para demonstrar que o contribuinte estava obrigado a escriturar a EFD em 2011 está à fl. 19.

Desse modo, a 1ª CJF (Câmara de Julgamento Fiscal) decide converter o feito em diligência à DARC/GEARC para que os seguintes questionamentos restem esclarecidos:

- O contribuinte, no exercício de 2011, estava obrigado a transmitir os arquivos eletrônicos da EFD para esta Secretaria da Fazenda?

- Em caso afirmativo, a transmissão foi efetuada, ainda que sem valores ou com valores "zerados", como ocorreu em 2012?

Fornecidas as respostas, solicita-se que os autos sejam encaminhados à PGE/PROFIS, para emissão de Parecer conclusivo e, por fim, para a Secretaria do Conselho, com vistas ao julgamento definitivo.

Às fls. 435/436, preposto da Gerência de Automação Fiscal (GEAFI) da Diretoria de Planejamento de Fiscalização (DPF) ressalta que os contribuintes, para estarem obrigados ao uso da EFD, deveriam faturar mais do que R\$ 36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais) no exercício anterior a 2011 e R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais) no exercício anterior a 2012.

O autuado, cuja Inscrição Estadual tem o nº 083.858.396, não estava obrigado à entrega da escrituração fiscal digital de 2011, apesar de a ter transmitido.

A Procuradoria do Estado, à fl. 438, no segundo Parecer, manifesta-se pelo TOTAL PROVIMENTO do Recurso, tendo em vista que o contribuinte, à época dos fatos objeto do lançamento, não estava obrigado a efetivar a transmissão dos arquivos da EFD.

Entretanto, a procuradora assistente, Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos, no despacho de fls. 439/440, assinala que a Fiscalização, constatando o envio incompleto ou a falta de envio dos arquivos da EFD, pode intimar o contribuinte para que os apresente, em prazo determinado.

Se tal intimação for atendida, remanescerá como devida apenas a multa de R\$ 1.380,00 de que trata o art. 42, XIII-A, "I" da Lei do ICMS/BA. Se não for, deverá ser exigido, cumulativamente, o percentual de 1%. Quer dizer, com isso, que a primeira parte do dispositivo legal tem o objetivo de punir a falta de entrega e a segunda a falta de entrega quando demandados (os contribuintes) pela Administração Fazendária mediante intimação.

A infração 01 decorre da recusa de atender à intimação para apresentação da EFD, após o Fisco

ter constatado que a transmissão original não continha as informações exigidas.

A JJF corrigiu o lançamento, tendo por ocorrido o fato gerador em 16/12/2013, dia em que se ultimou o prazo para a apresentação dos arquivos completos, de acordo com a intimação de fl. 17, e se caracterizou a conduta infracional. Por conseguinte, não deve prevalecer a tese de que a multa percentual é improcedente por ter sido estabelecida com a Lei nº 12.917, de 31/10/2013, pois tal data é anterior a 16/12/2013. O fato gerador do descumprimento da obrigação acessória ocorreu no dia 16/12/2013.

Ao compulsar os autos, a procuradora não encontrou qualquer requerimento do sujeito passivo à INFAZ (Inspetoria Fazendária) para retificar a EFD.

Não obstante o acima exposto, da multa percentual referente à primeira imputação devem ser excluídos os valores atinentes ao exercício de 2011, porque nesse ano o contribuinte não estava obrigado ao uso da EFD.

A segunda infração deriva da falta de entrega espontânea dos arquivos.

Em 2011, como dito, não havia obrigação.

Quanto a 2012, o órgão julgador de primeira instância já cuidou de excluir as respectivas quantias da autuação, uma vez que antes da Lei nº 12.917, de 31/10/2013, não havia lastro jurídico para a imposição da multa decorrente da entrega sem as informações exigidas na legislação. No período anterior à mencionada Lei, ter-se-ia por cumprida a obrigação com a simples transmissão dos arquivos, ainda que "zerados".

Assim, esta acusação deve ser julgada totalmente improcedente e a primeira parcialmente procedente.

Opina, portanto, pelo Provimento Parcial do apelo.

VOTO

O inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/1996 cuida das infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivos eletrônicos e com o uso de equipamentos de controle fiscal ou de sistemas eletrônicos de processamento de dados.

No texto atual da alínea "I", dado pela Lei nº 13.461/2015, publicada no Diário Oficial do Estado de 11/12/2015, data em que passou a surtir efeitos, é prevista a penalidade de 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, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada.

A redação anterior, dada pela Lei nº 12.917/2013, com vigência entre 01/01/2013 e 10/12/2015, estatui a mesma penalidade de R\$1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais), mas pela falta de entrega ou entrega sem o nível de detalhes previsto, além da multa de 1% sobre as saídas ou entradas, as de maior valor, em razão da falta de transmissão da EFD solicitada mediante intimação ou da transmissão sem as informações exigidas na legislação.

O comando original da alínea em comento ("I") foi acrescentado ao inciso XIII-A pela Lei nº 11.899, de 30/03/2010, publicada no Diário Oficial do Estado de 31/03/2010, com efeitos entre 31/03/2010 e 31/10/2013. Determinava apenas a multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Relativamente à infração 01, o contribuinte foi intimado no dia 05/12/2013 (fl. 17), com a concessão do prazo regulamentar de 05 (cinco) dias para que apresentasse a EFD retificada dos exercícios de 2011/2012, lapso temporal (05 (cinco) dias) que não tem relação com aquele de que trata a Orientação Técnica nº 3005/DPF, já que não se está a tratar dos arquivos magnéticos do SINTEGRA.

Como entendeu que o termo final da intimação ocorreu em 09/12/2013, a JJF considerou que somente em 16/12/2013 consubstanciou-se a infração:

"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".

Todavia, o prazo expirou no dia 10/12/2013, configurando-se a irregularidade no dia 11/12/2013, para o qual deve ser corrigido o presente lançamento.

A legislação que regula o cometimento do ilícito (descumprimento da intimação) é aquela em vigor quando da sua ocorrência. Ou seja, a Lei nº 12.917/2013, com vigência entre 01/01/2013 e 10/12/2013, que estatui a multa de 1% sobre as saídas ou entradas, as de maior valor, em razão da falta de transmissão da EFD solicitada mediante intimação ou da transmissão sem as informações exigidas na legislação.

Da multa percentual referente à primeira imputação devem ser excluídos os valores atinentes ao exercício de 2011, porque nesse ano o contribuinte não estava obrigado ao uso da EFD.

Julgo parcialmente procedente a infração 01, na cifra de R\$ 43.135,21 e na data de ocorrência de 11/12/2013.

Alinho-me com o posicionamento final da Procuradoria do Estado, pois:

"A segunda infração deriva da falta de entrega espontânea dos arquivos.

Em 2011 (...) não havia obrigação.

Quanto a 2012, o órgão julgador de primeira instância já cuidou de excluir as respectivas quantias da autuação, uma vez que antes da Lei nº 12.917, de 31/10/2013, não havia lastro jurídico para a imposição da multa decorrente da entrega sem as informações exigidas na legislação. No período anterior à mencionada Lei, ter-se-ia por cumprida a obrigação com a simples transmissão dos arquivos, ainda que "zerados".

Assim, esta acusação deve ser julgada totalmente improcedente e a primeira parcialmente procedente".

Portanto, a infração 02 não procede.

Modificada a Decisão recorrida.

Em face do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

VOTO DIVERGENTE

Com a devida vênia, divirjo do posicionamento adotado pelo i. Relator em relação à infração 01.

Acertadamente, o Relator excluiu os valores atinentes ao exercício de 2011 do Auto de Infração, uma vez que restou comprovado que a recorrente não era obrigada a utilizar a Escrituração Fiscal Digital – EFD, remanescendo os períodos de 2012.

Em relação ao período de 2012, a recorrente já estava obrigada a entregar a EFD, porém, estas foram entregues zeradas, conforme atestou-se em documentação acostada pelo contribuinte.

Saliento que a obrigação acessória imposta no período autuado era a de entrega mensal dos arquivos EFD, inexistindo até a promulgação da Lei nº 12.917/13 (DOE de 01/11/2013) qualquer imposição ou penalidade pela entrega de EFD zerada, como se depreende da análise do art. 42, XIII-A, "L" da Lei nº 7.014/96.

Somente a partir da promulgação da precitada Lei passou-se a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD.

Deste modo, só a partir de 11/2013 deve ser aplicada a norma em comento.

Tal entendimento foi acatado pelo i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior, que em Opinativo exarado anuiu todos os termos apresentados no Recurso Voluntário apresentado. Tal entendimento não foi acolhido em sua totalidade pela Procuradora Assistente.

Em processo semelhante, tratando inclusive dos mesmos períodos ora autuados, a i. Relatora Dra. Denise Mara Andrade Barbosa, Acórdão CJF nº 0006-12/15, proferiu, brilhantemente a seguinte conclusão:

Resta patente, assim, que, nos exercícios objeto deste Auto de Infração (janeiro de 2011 a dezembro de 2012), não havia suporte legal para a aplicação das penalidades de R\$1.380,00 e do percentual de 1%, como lançado nas infrações 2 e 1, respectivamente e, além disso, o descumprimento à intimação expedida pelo Fisco ocorreu porque o contribuinte não possuía autorização da repartição fazendária para a retificação dos arquivos, não podendo, assim, ser-lhe aplicada qualquer punição. Saliento que não se deve confundir as situações em análise com a previsão da alínea “a” do inciso II do artigo 106 do Código Tributário Nacional – trata-se, na verdade, do inverso, isto é, condutas para as quais antes não havia penalidade e agora há.

Deste modo, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para julgar Improcedente o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206905.0009/13-1, lavrado contra **GERAIS ELETROMÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$43.135,21**, prevista no art. 42, XIII-A, “I”, da Lei nº 7.014/1996, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei nº 9.837/2005.

VOTO VENCEDOR - Conselheiros: Paulo Danilo Reis Lopes, Ildemar José Landin e Rubens Bezerra Soares.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros(as): Laís de Carvalho Silva, Valnei Sousa Freire e Edvaldo Almeida dos Santos.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

LAÍS DE CARVALHO SILVA – VOTO DIVERGENTE

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS – REPR. DA PGE/PROFIS