

PROCESSO - A. I. Nº 269440.0008/13-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e GERAIS ELETROMÓVEIS LTDA. (DANTAS)
RECORRIDOS - GERAIS ELETROMÓVEIS LTDA. (DANTAS) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0011-02/15
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/08/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0229-12/18

EMENTA: ICMS. 1. 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 SAÍDAS. Tendo sido intimado para apresentar os arquivos da EFD, o Contribuinte não o fez no prazo concedido, o que caracteriza descumprimento de obrigação tributária acessória. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. **b)** FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). MULTA FIXA POR PERÍODO DE APURAÇÃO. O arquivo da EFD deverá ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), no prazo estabelecido na legislação tributária, ainda que não tenham sido realizadas operações ou prestações no período de apuração. Restou comprovado que o estabelecimento transmitiu parte dos arquivos magnéticos. Infração parcialmente elidida. Aplicação retroativa da multa de R\$1.380,00, por cada ocorrência. Modificada a Decisão recorrida. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Item NULO, em razão de utilização de roteiro de fiscalização não condizente com a constatação fiscal, qual seja, manutenção no Passivo de obrigações pagas e não contabilizadas. Mantida a Decisão recorrida deste item. Não acolhida a preliminar de nulidade, nem o pedido para cancelamento ou diminuição das multas. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário apresentados em relação à Decisão da 2ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 20/12/2013, reclama ICMS e MULTA, no valor total de R\$381.455,83, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

01 – 16.14.03 - Deixou de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, referente ao período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, conforme documentos às fls.17 a 61. Multa: R\$123.425,11. RV

02 – 16.14.04 - 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, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, conforme demonstrado às fls. 17 a 61. Exigida multa no valor de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$33.120,00. RV

03 – 05.03.02 - *Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de Caixa, nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2008, sendo exigido o ICMS no valor de R\$224.910,72, conforme demonstrativos às fls.63 a 77. RO*

O sujeito passivo apresenta defesa, às fls. 83 a 100 dos autos, um dos autuantes, presta a informação fiscal, às fls. 373 a 378 dos autos, nas fls. 383 a 385 dos autos, o sujeito passivo, se manifesta novamente. O processo foi submetido a Pauta Suplementar do dia 27/06/2014, pelo então Relator, sendo decidido pela encaminhamento do mesmo à ASTEC/CONSEF, conforme despacho de fl.395, no sentido de que fosse efetuada a revisão do lançamento para que preposto fiscal estranho ao feito verificasse: *“Se os pagamentos ao fornecedor dos valores relativos às notas fiscais, arroladas às fls.65 a 70 dos autos foram lançadas no livro Diário na Conta Caixa, refazendo os demonstrativos de fl. 63 a 70 dos autos, caso necessário.”*

No Parecer da ASTEC nº 0087/2014, o Auditor Fiscal Edgar Ferreira Pessoa Pereira, fls.397 a 398, informou que foram verificados os lançamentos relativos às notas fiscais arroladas às fls.65 a 70 dos autos, constatando que as mesmas foram lançadas a crédito da Conta Fornecedores em 2008, conforme Livro Diário às fls.123/218 e xerox das notas fiscais constantes às fls. 220/360 dos autos. Conclui que examinando os livros Caixa do auditado nos exercícios de 2008 e 2009, não foi constatado qualquer pagamento referentes às notas fiscais arroladas às fls. 65 a 70 dos autos.

Conta nova manifestação do autuado em relação à diligência, às fls.929 a 937 e novamente os autuantes foram cientificados da revisão procedida por preposto fiscal da ASTEC/CONSEF e da manifestação do autuado, conforme documento à fl.413. Assim, a JJF decidiu o seguinte:

VOTO

Inicialmente, indefiro o pedido de diligência fiscal, formulado pelo sujeito passivo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por considerar suficientes para a formação da minha convicção os elementos constantes dos autos, cujo ônus de comprovar que não cometeu as infrações é do próprio autuado, ao exercer sua defesa. Ressalto que, de ofício, em relação ao item 03 da autuação, foi necessária a revisão fiscal, conforme será visto na análise do referido item.

O lançamento de ofício, ora em análise, foi formalizado através do auto de infração, o qual contempla três infrações, a saber:

Infração 01 – 16.14.03 – Multa de R\$ 123.425,11, correspondente a 1% do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração por ter o contribuinte deixado de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD), na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, conforme demonstrado às fls. 36 e 37 dos autos. Enquadramento legal nos artigos 247, 248, 249 e 250 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 13.780/12 e aplicada a multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “I”, da Lei 7014/96 c/c a Lei nº 12.917/13 e art. 106 e artigo 112 do CTN Lei 5.172/66.

Infração 02 – 16.14.04 - Multa de R\$ 33.120,00, correspondente a R\$ 1.380,00 por cada período que o contribuinte deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD) ou entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, conforme demonstrado às fls. 36 e 37 dos autos. Enquadramento legal nos artigos 247, 248, 249 e 250 do RICMS aprovado pelo Dec. nº 13.780/12 e aplicada a multa prevista no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “I”, da Lei 7014/96 c/c a Lei 12.917/13 e art. 106 e art. 112 do CTN Lei 5.172/66.

Infração 03 – 05.03.02 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, nos períodos de setembro, novembro e dezembro de 2008, com ICMS exigido de R\$224.910,72, conforme demonstrativos às fls. 63 a 77 dos autos. Enquadramento legal nos artigos 2º, §3º, I, 50, 60, I, 124, I e 218, do Decreto 6.284/97 e aplicou a multa prevista no artigo 42, inciso III, da Lei 7.014/96.

No que tange às duas primeiras infrações, a redação atual da alínea “I” do inciso XIII-A do caput do art. 42 da Lei nº 7.014/96, dada pela Lei nº 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.

Já a redação originária dada à alínea “I”, acrescentada ao inciso XIII-A do caput do art. 42 da Lei nº 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.

Da interpretação do citado dispositivo legal verificam-se duas hipóteses distintas de descumprimento da obrigação tributária acessória, a saber:

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.

E a 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.

Nos termos do art. 144 do CTN, 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.

Da análise da primeira infração, 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. 14 dos autos, datada de 05/12/13, para que no prazo de cinco dias apresentasse o arquivo digital da Escrituração Fiscal Digital do estabelecimento sob a inscrição estadual nº 77.214.417.

Alega o defendente que não estava obrigado a enviar a EFD, pois a legislação vigente (art. 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.

Contudo, o sujeito passivo não comprova sua alegação que não estava obrigado a enviar a EFD, tendo os autuantes, à fl. 372 dos autos, provado que, efetivamente, o contribuinte se submetia à obrigação de enviar o arquivo eletrônico da EFD a partir de 01/01/2011.

Vale ressaltar 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.

Ademais, às fls. 17 a 23 dos autos, existem provas de que o contribuinte enviou os arquivos da EFD, relativas aos períodos de maio a dezembro de 2011, em que pese entregues zeradas, conforme confessa o próprio defendente, o que demonstra, inequivocamente, que o sujeito passivo tinha plena consciência da obrigatoriedade de enviá-las.

Porém, como dito, por encontrarem-se “zeradas” as EFD enviadas de maio a dezembro, como também por não terem sido enviadas as EFD de janeiro a abril de 2011, o contribuinte, em 05/12/2013, 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. 14 dos autos.

Portanto, 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. 36 e 37 dos autos.

Contudo, verifico 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 11/12/2013, somente em **12/12/2013** considera-se existente a infração, devendo esta data constar dos campos “data de ocorrência” e “data de vencimento” de toda autuação relativa à primeira infração, cuja exação é subsistente.

Quanto à segunda infração observa-se 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, 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, nos exercícios de 2011 e 2012, inexistia previsão legal de penalidade, logo, não podendo se aplicar a retroatividade da lei.

No presente caso, da análise dos documentos fiscais às fls. 17 a 34, constata-se que o contribuinte apresentou as EFD de maio a novembro de 2011 em 05/12/11; a de dezembro de 2011 em 24/01/12; as de janeiro a junho de 2012 em 23/07/12, e as de julho a dezembro de 2012 nos meses subsequentes.

Quanto às EFD de janeiro a abril 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.

Em relação às EFD de maio a dezembro de 2011, 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 EFD de maio a dezembro de 2011 foram enviadas tempestivamente (fls. 17 a 23), ou seja, maio a novembro de 2011 em 05/12/11 e dezembro de 2011 em 24/01/12, inexistindo o alegado descumprimento de obrigação tributária acessória.

Inerente as EFD de janeiro a maio de 2012, enviadas à SEFAZ em 23/07/12, foram apresentadas fora do prazo legal, ou seja, até o dia 25/04/2012 para os meses de janeiro a março/2012, conforme art. 897-D, § 3º, do RICMS/97, ou até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração para abril e maio de 2012, conforme art. 250, § 2º, do RICMS/12. Assim, deve-se aplicar a penalidade mais benéfica ao contribuinte, ou seja, a de R\$1.380,00 por cada período, conforme fizeram os autuantes.

Em relação às demais EFD, ou seja, relativas aos períodos de junho a dezembro de 2012, foram apresentadas em tempo hábil, ou seja, nos meses subsequentes, inexistindo a infração.

Portanto, em relação à segunda infração, a multa incide sobre os meses de janeiro a abril de 2011 e de janeiro a maio de 2012, devendo-se aplicar a penalidade mais benéfica por cada mês de R\$1.380,00, o que perfaz o valor de R\$12.420,00, conforme a seguir:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO				
D. Ocorr	Data vencido	Base Cálculo	Alíq.	Multa Fixa
31/01/2011	25/04/2012	0,00	0%	1.380,00
28/02/2011	25/04/2012	0,00	0%	1.380,00
31/03/2011	25/04/2012	0,00	0%	1.380,00
30/04/2011	25/04/2012	0,00	0%	1.380,00
31/01/2012	25/04/2012	0,00	0%	1.380,00
28/02/2012	25/04/2012	0,00	0%	1.380,00
31/03/2012	25/04/2012	0,00	0%	1.380,00
30/04/2012	25/05/2012	0,00	0%	1.380,00
31/05/2012	25/06/2012	0,00	0%	1.380,00

Total Geral		12.420,00
--------------------	--	------------------

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.

No tocante à terceira infração, o débito no valor de R\$224.910,72 lançado no auto de infração foi apurado através da constatação de saldos credores de Caixa, nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2008, caracterizando presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, prevista no § 4º do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, que reza in verbis:

“Art. 4º. (...)”.

(...)

“§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, ou suprimientos a caixa de origem não comprovada ou manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

Verifico que o Levantamento da Conta Caixa encontra-se no Anexo II, às fls.63 a 64, e refere-se ao exercício de 2008 (meses de setembro, novembro e dezembro), no qual estão demonstrados como “Débitos” os valores do saldo inicial de Caixa igual a “zero” e das vendas existentes na conta Caixa; como “Créditos”, os valores de compras representadas pelas notas fiscais relacionadas às fls.65 a 70, sendo apurados os saldos credores nos valores de R\$549.120,12; R\$325.309,12; e R\$448.575,00, respectivamente, e exigido o imposto calculado sobre tais valores.

Na peça defensiva o autuado não discordou dos números consignados no referido Levantamento da Conta Caixa, inclusive acostou cópias do livro Diário, fls.123/218 e cópias das notas fiscais, fls.220/360 referentes às compras de mercadorias adquiridas da empresa OESTE BAHIA COMERCIO E ELETRODOMÉSTICOS LTDA pela filial com IE nº 077.832.909, as quais se encontram escrituradas no livro Diário.

Para elidir a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas decorrentes da apuração de saldos credores de Caixa, o autuado aduz haver um grande equívoco dos autuantes, pois exige-se ICMS do estabelecimento matriz, inscrição estadual nº 077.214.417, em razão de notas fiscais emitidas para o estabelecimento filial, inscrição estadual nº 077.832.909, pelo que defende que não há imposto a se exigir.

Os autuantes, por seu turno, sustentam que o Auto de Infração foi lavrado em nome do autuado (estabelecimento matriz), tendo em vista que a escrituração contábil é centralizada nele.

Diante da controvérsia entre a autuação e a defesa, foi solicitada a revisão do lançamento deste item à ASTEC/CONSEF, conforme despacho de fl. 395, no sentido de que fosse verificado:

“Se os pagamentos ao fornecedor dos valores relativos às notas fiscais, arroladas às fls.65 a 70 dos autos foram lançadas no livro Diário na Conta Caixa, refazendo os demonstrativos de fl. 63 a 70 dos autos, caso necessário.”

Conforme Parecer ASTEC nº 0087/2014, de lavra do Auditor Fiscal Edgar Ferreira Pessoa Pereira, fls.397 a 398, em sua conclusão informa que constatou que as notas fiscais arroladas às fls.65 a 70 dos autos foram lançadas a crédito da Conta Fornecedores em 2008, conforme livro Diário às fls. 128/218 e Xerox das notas fiscais constantes às fls. 220 / 360 dos autos. Além disso, que examinando os livros Caixa do auditado nos exercícios de 2008 e 2009, não foi constatado qualquer pagamento referente às notas fiscais arroladas às fls. 65 a 70 dos autos.

Da análise das peças processuais acima indicadas, levantamento do Caixa, defesa, informação fiscal e revisão fiscal, é possível extrair que na escrita contábil as notas fiscais arroladas neste item estão devidamente contabilizadas no livro Diário que contempla as operações da matriz e da filial.

Ocorre que as notas fiscais arroladas às fls. 65 a 70 dos autos remontam aos meses de setembro, novembro e dezembro de 2008, e o revisor fiscal não constatou a contabilização no livro Caixa dos anos de 2008 e 2009, de qualquer pagamento das referidas notas fiscais.

Desta forma, não havendo prova da data em que ocorreram os pagamentos das notas fiscais, não foi correto o procedimento da fiscalização em considerar que as mesmas foram pagas nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2008, e lançá-las no levantamento de Caixa objeto do procedimento fiscal.

Entendo que diante da constatação de manutenção, no passivo, de obrigações, representadas pelas notas fiscais em questão, já pagas, o mais indicado ao caso seria a adoção do roteiro de fiscalização da conta “Fornecedores”, até porque, o autuado em momento algum de peça defensiva trouxe aos autos a comprovação do motivo porque tais compras se encontram inadimplidas, conforme alegado.

Ressalto que não é razoável que a empresa tenha efetuado compras em 2008, e até a data da lavratura do auto de infração (2013), tais compras ainda se encontrem sem contabilização de suas quitações, fato que, por si só, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, prevista no § 4º do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, apurando o débito sobre o total das notas fiscais pagas e mantidas no passivo na conta “fornecedores”.

Poder-se-ia dizer que tanto o saldo credor de Caixa como Passivo Fictício, estariam contidos na presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, prevista no § 4º do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, e que os valores lançados no auto de infração objeto deste processo beneficiou o autuado, pois em valores menores do que se apurado através da conta “Fornecedores”.

Contudo, considerando que nos autos não há provas dos pagamentos da notas fiscais, não foi correto o lançamento de tais valores no Levantamento de Caixa às fls.63 e 64. Para aplicar, ao caso, o disposto no § 4º do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, ou seja, a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, o correto seria a adoção do roteiro de fiscalização da Conta Fornecedores, e permitir ao sujeito passivo apresentar a prova da improcedência da presunção.

Nestas circunstâncias, não há como manter o lançamento tributário deste item, impondo a sua nulidade com base no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Desta forma, restando caracterizado um vício formal no lançamento do item em questão, nos termos do artigo 21 do RPAF/99, fica representada a autoridade competente para que seja programada uma nova ação fiscal, haja vista a existência dos livros e documentos fiscais, a fim de se renovar a ação fiscal, a salvo de falhas.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$135.665,11.

A JJF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Nas razões recursais o recorrente apresentou Recurso Voluntário, nas fls. ____/____ e verifica que a 2ª JJF julgou nula a infração 3 e procedente as infrações 1 e 2. Reproduz a ementa da Decisão recorrida.

Afirma que a JJF deixou de observar 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. 42º e passou-se a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas. Saliencia que 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 devido, portanto, a 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 exigida pela Autuante em relação ao exercício de 2011 e seguintes.

Explica que os fatos geradores ocorreram nos exercícios de 2011 e 2012, sendo aplicada, ilegalmente, conforme mantido pela 2ª JJF, a multa prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “I” da Lei nº 7.014/1996, instituída com a Lei nº 12.917, de 31/10/13, com efeitos a partir da publicação que ocorreu no DOE de 1º/11/2013. Sustenta que é inaplicável aos fatos geradores pretéritos a esta data a 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, por expressa violação ao art. 106, inciso I, do CTN, já que inovou o ordenamento jurídico com a criação de uma nova sanção, e não poderia ser utilizada retroativamente.

Aponta que a decisão de piso manteve a autuação imposta ao recorrente, segundo a tese de que houve suposto descumprimento de intimações que solicitaram a entrega da escrituração fiscal digital, no curso da fiscalização (05/12/2013) e falta de entrega da EFD no prazo legal. Afirma que não descumpriu qualquer obrigação tributária.

Alega insubsistência das infrações 1 e 2, pede pela reforma da Decisão recorrida e diz que a Câmara de Julgamento já apreciou tal matéria (A-0006-12/15). Constata que houve uma análise superficial da tese de defensiva por parte da 2ª JJF. Transcreve o RICMS/1997 vigente até 31/03/2012 sobre a Escrituração Fiscal Digital- EFD.

Destaca que no exercício de 2011, somente contribuintes com faturamento em 2010 superior a R\$36.000.000,00 eram obrigados a enviar a Escrituração Fiscal Digital (EFD).

Refuta que o autuante cobra a obrigação de fevereiro/2011 a dezembro de 2012. Explica que, diferentemente do quanto consignado pelo acórdão recorrido, em 2010, não possuía faturamento superior a R\$36.000.000,00, o que afasta a obrigação de entregar a EFD mensal a partir de 01/01/2011. Sustenta que somente a partir de janeiro de 2012, nos termos do Art. 897-B, inciso I, do RICMS/1997, passou-se a exigir tal obrigação acessória do recorrente já que o seu faturamento em 2011 ficou entre R\$15.000.000,00 e R\$36.000.000,00. Salienta que o RICMS/2012, vide a partir de 1º de abril de 2014 trouxe a mesma redação do RICMS/1997.

Reitera que a tese de insubsistência da autuação em relação ao exercício de 2011, nos termos do art. 897-B, inciso I, do RICMS/1997, já que em 2010 o recorrente não possuía faturamento superior a R\$36.000.000,00, o que afasta a obrigação de entregar a EFD naquele exercício.

Noutro giro, reconhece que a partir de janeiro de 2012 estava obrigada a entregar a EFD naquele exercício, conforme lhe impõe o art. 897-B, inciso II, do RICMS/1997, vigente até 31/03/2012 e art. 248, II, do atual RICMS/2012 e assim procedeu, conforme comprovantes juntados aos autos.

Aduz que por questões operacionais a EFD foi entregue zerada, mas a obrigação de entregar foi devidamente cumprida, o que afasta a infração imputada. Salienta que tanto o art. 897-E, do RICMS/1997, vigente até 31/03/2012, quanto ao art. 251 do RICMS/2012 asseguram o contribuinte o direito de alterar totalmente as informações constantes no arquivo da EFD, mediante autorização da INFAZ.

Esclarece que por questões operacionais o recorrente não conseguiu alimentar as informações necessárias no arquivo da EFD. Como existia a possibilidade de alteração posterior do total dessas informações, optou-se cumprir tal obrigação acessória, enviando os arquivos da EFD zerados para posteriormente, como previsto no RICMS, mediante autorização da INFAZ, fosse procedida a retificação total de tais informações, o que foi requerido à inspetoria e estranhamente, omitido ao recorrente.

Frisa que apesar de requerida a retificação das EFD antes mesmo da autuação, somente após a apresentação da defesa, a INFAZ autorizou o contribuinte a retificar a EFD anteriormente enviada zerada, tendo sido encaminhada o arquivo substituto, como atesta o comprovante juntado aos autos antes do julgamento da 2ª JF.

Reafirma que não houve descumprimento de tal obrigação acessória pois os arquivos da EFD foram devidamente entregues, e posteriormente retificados, o que evidencia, do mesmo modo, a insubsistência da autuação (infração 1 e 2) em sua totalidade.

Salienta, ainda, que a obrigação acessória imposta era de entrega mensal dos arquivos da EFD, inexistindo até a promulgação da Lei nº 12.917, de 31/10/13 (DOE de 01/11/13) qualquer imposição ou penalidade pela entrega da EFD zerada, como se depreende da análise do art. 42, inciso XIII-A, alínea "L", da Lei nº 7.014/1996, acrescentado 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 (reproduz). Aponta que 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. 42º e passou-se a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas.

Chama atenção para redação atual da alínea "I" do inciso XIII-A do *caput* do art. 42 foi dada pela Lei nº 12.917, de 31/10/13, DOE de 01/11/13, efeitos a partir de 01/11/13. Nota 1: 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. 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 devido, portanto, a 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, exigida pela Autuante em relação aos exercícios de 2011 e 2012.

Junta julgados do CONSEF (A-0121-03/14; A-0006-12/15). Diz que a 2ª CJF também manteve o entendimento, considerando que até 31/10/13 não havia qualquer multa pela entrega da EFD sem as

informações exigidas na legislação, não sendo devido, portanto, a 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. Reconheceu, portanto, que 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, passando a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas, sendo que até 31/10/13 não havia qualquer multa pela entrega da EFD sem as informações exigidas na legislação, não sendo devido, portanto, a 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 exigida pelos autuantes em relação ao exercício de 2012.

Afirma que todos os livros estão e sempre estiveram à disposição do fisco, sendo que somente as EFD foram entregues zeradas. Pontua que a infração imputada foi de entrega das EFD's zeradas e não de falta de escrituração dos livros de Entrada, Saída e Apuração do ICMS, cujas cópias seguem em arquivo digital, ora apresentados.

Assevera que a tese trazida pelos autuantes e implicitamente acolhida pela 2ª JF para manter a autuação, transmuta a infração imputada com fatos totalmente dissociados da realidade, pois somente com a intimação para apresentação de tais livros e sua não entrega pelo contribuinte se poderia imputar a infração ausência de escrituração contábil.

Aponta que o Auto de Infração fere a lógica do razoável da interpretação dada pelo acórdão recorrido de que o recorrente não fez nenhuma escrituração de notas fiscais de entrada, saída e apuração do ICMS devido, pois se esse fosse o entendimento dos autuantes, assim devia ter procedido quando da lavratura do auto, descrevendo corretamente o que entendia como infração cometida e tipificando corretamente a infração.

Reproduz a tese de que houve uma alteração legislativa benéfica e que isso autorizaria a retroatividade dos efeitos da Lei nº 12.917/2013 chega a ser esdrúxula. Explica que a multa aplicada (art. 42, XIII-A, “I”) somente foi instituída com a Lei nº 12.917, de 31/10/13, com efeitos a partir da publicação que ocorreu no DOE de 1º/11/2013 e nada tem haver com as multas previstas no art. 42, IX e XI, que dizem respeito à falta de escrituração nos livros fiscais. Transcreve o art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Diz que chega a ser absurdo tal entendimento do acórdão recorrido sustentado nas informações fiscais, pois a redação do art. 42, XIII-A, “I” vigente até 31/10/2013 previa, tão somente, uma 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 – EFDI*, já a nova redação vigente a partir de 1º/11/2013 prevê uma multa cumulativa 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, com a 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, sustenta que não houve alteração benéfica da legislação o que evidencia sua inaplicabilidade aos fatos geradores pretéritos a esta data.

Frisa, ainda, que não foi notificada para apresentar seus livros que se encontram devidamente escriturados e à disposição do fisco estadual. Afirma que entregou a EFD zerada, conforme comprovantes anexados, e diante dessa constatação, os autuantes no decorrer da ação fiscal, intimou a empresa para apresentá-la, com os dados correspondentes ao seu movimento comercial. Verifica que a intimação se deu em 05/12/2013, fl. 14, sendo concedido o prazo de 5 dias para a apresentação da EFD retificada em cada.

Esclarece que a 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 (Convênio ICMS 143/06) e substitui a escrituração e impressão dos livros fiscais.

Reitera que a EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, observando-se os prazos estabelecidos no RICMS, de acordo com o montante referente às operações e prestações sujeitas ao ICMS no ano imediatamente anterior. Consoante o art. 250 do RICMS/2012, 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, 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).

Disse que as informações constantes do arquivo da EFD traziam o movimento zerado, e em havendo necessidade de alteração parcial ou total das informações constantes do arquivo da EFD já transmitido, o contribuinte deveria retransmiti-lo com todas as informações, com a devida autorização da inspetoria fazendária da circunscrição fiscal do contribuinte, sendo que se equivocou a decisão recorrida ao considerar que cabia ao contribuinte a prova negativa de que a INFAZ não havia autorizado a retificação de tais informações.

Assinala que o dispositivo aplicado para a multa corresponde ao do art. 42, XIII-A, alínea “I”, com redação vigente a partir de 01/11/2013, dispõe: 1) R\$1.380,00 pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da 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. Assim, diante de um fato concreto qual seja, a entrega da EFD com as informações zeradas, e que ao ser detectado pela fiscalização, no decorrer da ação fiscal, o autuante intimou a sociedade empresária a corrigir tais falhas, sendo que o prazo concedido foi de cinco dias.

Pontua que a SEFAZ considerou a necessidade de orientação quanto à aplicação de multas referentes as infrações relacionadas com arquivos magnéticos de que trata o Convênio ICMS 57/95, editou a Orientação Técnica – DPF 3005, a qual no seu item 5 dispõe que se verificada a impossibilidade de leitura ou a existência de divergência do arquivo magnético apresentado pelo contribuinte, em relação ao padrão previsto na legislação, como por exemplo, o contribuinte envia o arquivo com ausência do registro 54, é concedido o prazo de 30 dias para que possa regularizar as inconsistências.

Discorre que deve ser feito um paralelo entre a entrega dos arquivos magnéticos e a entrega da EFD, ao tempo em que recordo que o contribuinte por fazer uso da EFD encontrava-se dispensado da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Convênio ICMS 57/95 a partir de 1º de janeiro de 2012. Neste caso, disse que o prazo concedido para as retificações nos arquivos magnéticos, consoante a OTE-DPF - 3005 de 2005, de 30 dias, deveria ter sido observado, mas não o foi, o que fulmina de nulidade a autuação.

Em sendo assim, a situação fática apresentada evidencia que a própria INFAZ impediu que o recorrente cumprisse as intimações, só vindo a autorizar a retificação das EFD's e envio/entrega após transcorrido o prazo de defesa, o que afasta, portanto, qualquer alegação de descumprimento voluntário ensejador de punição.

Diz que impera no Direito Tributário o princípio da legalidade estrita. Não cabe ao agente autuante fazer ilações e desconsiderar a realidade dos fatos e a própria norma tributária.

Diz que dúvidas não pairam de que em 2011, o recorrente não tinha qualquer obrigação de entregar a EFD. Se assim o fez, foi por mera liberalidade não sendo possível imputar qualquer infração pela entrega das EFD's zeradas, salientando, ainda, que o RICMS autoriza a retificação dos dados a qualquer momento, o que foi impedido pelo Fisco Estadual, apesar de inúmeras solicitações do recorrente.

Volta a dizer que a redação do art. 42, XIII-A, “I” vigente até 31/10/2013 previa, tão somente, uma 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*, já a nova redação vigente a partir de 1º/11/2013 prevê uma multa cumulativa de R\$1.380,00 pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da EFD, ou entrega sem as informações exigidas na legislação, devendo ser aplicada, com a 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. Sustenta que não houve alteração benéfica da legislação o que evidencia sua inaplicabilidade aos fatos geradores pretéritos a esta data.

Incontroverso de que houve efetiva entrega das EFD’s, só que zeradas. Do mesmo modo, de clareza solar que à época dos fatos geradores não havia qualquer multa pela entrega de arquivo eletrônico da EFD sem as informações exigidas na legislação. Portanto, dúvidas não pairam de que o recorrente entregou as EFD’s à época, só que zeradas, sendo que não havia qualquer punição para isso.

Seguindo tal linha de raciocínio, até as intimações ocorridas no curso da fiscalização, o recorrente não havia incorrido em qualquer penalidade, pois como as EFD’s já haviam sido apresentadas tempestivamente no exercício de 2011, 2012 e 2013, a única conclusão a que pode chegar é que as intimações ocorridas no curso da fiscalização (05/12/2013), foram para apresentar as EFD’s já retificadas, como lhe autoriza o art. 897-E, do RICMS/1997, vigente até 31/03/2012, quanto o art. 251 do RICMS/2012.

Explica que apesar de intimada pelo FISCO, o recorrente só poderia retificar as informações constantes nos arquivos das EFD’s, mediante autorização da INFAZ, o que de fato só veio ocorrer após apresentação da defesa da Recorrente, mas antes do julgamento do PAF pela 2ª JF (fls. 386/391) ou seja, em meados de maio de 2014. Disse que apesar de requerida a retificação das EFD’s antes mesmo da autuação, somente após a apresentação da defesa a INFAZ autorizou o contribuinte a retificar a EFD anteriormente enviada zerada, tendo sido encaminhado o arquivo substituto, como atesta o comprovante acostado aos autos pela Recorrente antes do julgamento pela 2ª JF (05/05/2014).

Aponta, novamente, que a situação fática apresentada evidencia que a própria INFAZ impediu que o recorrente cumprisse à intimação de fl. 14, só vindo a autorizar a retificação das EFD’s e envio/entrega após transcorrido o prazo de defesa, o que afasta, portanto, qualquer alegação de descumprimento voluntário ensejador de punição.

Trás razões em relação à irretroatividade da lei, sendo inaplicável a multa do art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei nº 7.014/1996, com redação dada pela Lei nº 12.917/13. Consigna que a CF, em seu art. 150, III, “a”, consagra o princípio da irretroatividade da Lei (reproduz a norma). Transcreve também o art. 106, I do CTN que diz aplicar a ressalva ao princípio da irretroatividade, entretanto, esclarece a impossibilidade de aplicação de penalidade a fatos geradores pretéritos e consigna quanto aos fatos geradores ocorreram nos exercícios de 2011 e 2012, sendo aplicada a multa prevista no art. 42, XIII-A, “I” da Lei nº 7.014/1996.

Constata que a multa aplicada e mantida pela instância de piso somente foi instituída com a Lei nº 12.917, de 31/10/13, com efeitos a partir da publicação que ocorreu no DOE de 1º/11/2013. Sustenta ser inaplicável aos fatos geradores pretéritos a esta data. Afirma que resta demonstrado a 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, aplicada ao recorrente, violou o art. 106, I, do CTN, já que inovou o ordenamento jurídico com a criação de uma nova sanção, e não poderia ser utilizada retroativamente.

Assim, diante da demonstração de que os fatos imputados ao recorrente ocorreram antes da vigência da Lei nº 12.917, de 31/10/13, que instituiu a 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, pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da EFD, ou

entrega sem as informações exigidas na legislação, por observância do princípio constitucional da irretroatividade da Lei Tributária. Requer que seja reformada a decisão recorrida para julgar insubsistente/improcedente as multas impostas nas infrações 1 e 2.

Pede pelo Provimento do Recurso Voluntário no sentido de reformar o acórdão recorrido e considerar improcedente/insubsistente as multas imputadas (infrações 1 e 2), por consequência, improcedente o Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, fls. 490/496, opinou pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, por entender que as razões recursais são parcialmente suficientes para modificar o julgamento de piso.

Aduz que o recorrente se absteve de enviar os arquivos de EFD à SEFAZ, com as informações necessárias, sob a alegação de que a repartição fazendária não autorizou o contribuinte, em tempo hábil, retificam os arquivos eletrônicos, no qual não se encontra nenhuma prova sob tal alegação e, nem mesmo o sujeito passivo demonstrou a veracidade de seu argumento, como também não consta nos autos o requerimento de prorrogação de prazo para sanar tal procedimento.

Na infração 1, esclarece que opina pela procedência caso não houver nos autos prova do fato impeditivo ao atendimento tempestivo das intimações para entrega do EFD, caso contrário, diz ser improcedente, caso tenha prova do óbice ao atendimento da intimação, ou ainda, de que foi a intimação atendida pontualmente. Destaca a retificação do erro material quanto à data de ocorrência e vencimento quanto ao fato gerador, pois se considera consumado o primeiro dia útil subsequente ao termo final do prazo fixado pela autoridade fazendária competente para o atendimento da intimação.

Para a segunda infração, explica que, em primeiro momento, assiste razão a fiscalização, no qual foi ratificado pela JJF, no entanto a alegação do recorrente de que não seria obrigado a entregar o arquivo eletrônico da EFD, referente ao período de fev/2011 a dez/2012, porque no exercício de 2010 não possuía faturamento superior a R\$36.000.000,00, sendo que esta alegação recursal, no próprio acórdão de piso, acertadamente, proferiu voto dizendo o contribuinte não comprova tal assertiva e acrescenta a legislação alterou a redação da Lei respectiva, passando a exigir e punir o contribuinte pela entrega da EFD sem as informações exigidas, no qual teve efeito a partir de 31/03/2010 – art. 42, XIII-A, “I”, da Lei nº 11.899/2010. Todavia, verifica que o recorrente reproduz os arts. 897-A, 891-B e 897-D, sobre o assunto, sustentando que estava correto sobre sua alegação. No entanto, observou que a JJF não enfrentou tal dispositivo, assim, resta patente a validade e eficácia dos dispositivos do RICMS, pois os documentos de fls. 361/369, a princípio, demonstram que o faturamento de 2010, foi inferior aos R\$36.000.000,00.

Verifica que através da Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica – DIPJ, contém elementos suficientes para aferir, com segurança, o faturamento do recorrente, escapa ao conhecimento técnico-jurídico, sendo que tal valoração da prova deve ser feita pelo julgador. Assim, na hipótese de confirmação do faturamento ter sido menor do que o previsto, a procuradora opina pela improcedência da infração, em relação aos fatos geradores de 2011, caso contrário, o faturamento ser comprovado ser superior ao valor definido, deve ser julgada procedente. Consequentemente, para os fatos geradores de 2012, a recorrente reconhece a obrigação da entrega, todavia, alegou problema operacionais ao entregar a EFD “zerada”.

Ainda, na infração 2 – exercício de 2012 – esclarece que os argumentos do voto proferido pela recorrente não foram identificados nos autos provas das alegações de que a INFAZ não autorizou a devida retificação dos arquivos, contudo, reconhece-se que em advento à Lei nº 12.917/13, foi preenchida brechas na legislação que permitia, ao recorrente, este tipo de artifício para cumprir a lei, formalmente, embora não tenha feito materialmente, assim, destaca a procuradora o seu entendimento através do voto do Acórdão nº 0006-12/15, da 2ª CJF, no qual reproduziu e opinou pela improcedência do exercício de 2012, tendo em vista o princípio de que a dúvida deve favorecer ao contribuinte, em prestígio ao princípio da segurança jurídica.

Quanto à infração 3, refuta que foi nula na decisão piso e não objeto do Recurso Voluntário.

Nas fls. 497/501, a procuradora assistente, concorda com entendimento do parecer proferido em relação à infração 1, pois disse que a intimação foi efetuada em 04/12/2013, não tendo dúvida quanto ao descumprimento que ocorreu sob óbice da Lei nº 12.917/2013, no qual foi introduzida a redação para alínea “I”, XIII-A, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 (reproduziu). Quanto aos argumentos levantados pela empresa autuada: I) não teria obrigação de apresentar EFD em relação ao exercício de 2011, pois o faturamento do ano anterior foi inferior à R\$36.000.000,00; e II) impossibilidade de atender a intimação devido à Administração Fazendária não lhe autorizar, em tempo hábil, a retificação dos arquivos magnéticos já entregues, o que só veio a ocorrer após a lavratura do Auto de Infração.

No argumento da obrigação de apresentar a EFD, a procuradora assistente verificou que o nobre procurador em seu parecer acertou ao advertir que esta questão não fora enfrentada com a devida atenção pelo colegiado de primeira instância, se dando como satisfeito com o documento de fl. 372 dos autos, no qual não promoveu nenhuma análise quanto à declaração do imposto de renda acostada nos autos. Assim, o julgador de 2ª Instância deve adotar análise instrutórias por parte desses argumentos, no sentido de investigar se, de fato, superou ou não o faturamento descrito no exercício de 2010, ou ainda, se estava obrigada ou não a transmitir os arquivos referentes ao ano de 2011.

Na questão da impossibilidade de atender a intimação, no qual foi impossibilitada pela Administração fazendária não ter autorizado, em tempo hábil, a retificar os arquivos já entregues, que só foram feitos após a lavratura da autuação. Entendem que aplicação desta penalidade pode ser afastada devido ao retardo da SEFAZ em fornecer a autorização supostamente reclamada para a devida retificação de seus arquivos. Assim, não pode-se punir o contribuinte pela conduta, pois a mesma estava obstada pela inércia da própria repartição fazendária em praticar o ato administrativo já postulado. No entanto, a validação de tal escusa está precedente da apresentação de requerimento da retificação neste sentido, o que não se verifica nos autos tal comprovação, como bem pontuado no opinativo.

Lembrou que foram apresentados os arquivos “zerados” apenas a partir de maio/2011, com se verifica nos documentos dos autos. Assim, não havia nenhum impedimento para que o recorrente entregasse os arquivos relativo aos meses de jan/2011 a abr/2011, devendo portanto, remanescer a aplicação da multa para os respectivos meses não acobertados, desde que se observe a obrigação da empresa em apresenta-los na circunstância da investigação acerca do seu faturamento no ano de 2010. Pontua que a 2ª CJF, anteriormente, processou paradigma quanto à aplicação da referida multa em razão da entrega dos arquivos, pois o colegiado, na época, determinou que o contribuinte cumpriu a obrigação, mesmo entregando os arquivos incompletos. Destarte, quanto a esta questão, a procuradora assistente divergiu do opinativo do parecer de fls. 490/496, pois entende que é cabível a multa para os meses de abril/2011 a maio/2012 no valor de R\$1.380,00 para cada período. Acrescenta que esta conclusão pode sofrer alteração caso se confirme se a empresa autuada teve faturamento inferior a R\$36.000.000,00 em 2010, assim, a obrigação para a devida entrega, dos arquivos eletrônicos só no ano de 2012.

Para o exercício de 2012, verifica-se que não remanescerá nenhuma multa, tendo em vista que o contribuinte cumpriu todas as instruções de emissão dos arquivos magnéticos, conforme quadro de fls. 501, e de acordo com o art. 897-D, §4º, do RICMS/97 (repetido no art. 250, §4º, do RICMS/2012), tendo como obrigação a enviar os arquivos do primeiro semestre no dia 25 do mês subsequente e, do segundo semestre no mesmo sentido. Assim, opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

VOTO (Vencido quanto ao Recurso Voluntário)

O Recurso de Ofício foi apresentado em relação à infração 3, Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de Caixa, nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2008, sendo exigido o ICMS no valor de R\$224.910,72, conforme demonstrativos às fls.63 a 77. Em face do julgamento de Primeira Instância pela sua nulidade.

O Levantamento da Conta Caixa encontra-se no Anexo II, às fls.63 a 64, e refere-se ao exercício de 2008 (meses de setembro, novembro e dezembro).

As fls. 397/398, foi acostado Parecer ASTEC nº 0087/2014, de lavra do Auditor Fiscal Edgar Ferreira Pessoa Pereira, onde o ilustre auditor constatou que as notas fiscais arroladas às fls.65/70 dos autos foram lançadas a crédito da Conta Fornecedores em 2008, conforme livro Diário às fls. 128/218 e Xerox das notas fiscais constantes às fls. 220/360 dos autos. Além disso, que examinando os livros Caixa do auditado nos exercícios de 2008 e 2009, não foi constatado qualquer pagamento referente às notas fiscais arroladas às fls. 65/70 dos autos.

A Decisão de piso, ao analisar a situação, entendeu que: “(...) não havendo prova da data em que ocorreram os pagamentos das notas fiscais, não foi correto o procedimento da fiscalização em considerar que as mesmas foram pagas nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2008, e lançá-las no levantamento de Caixa objeto do procedimento fiscal.”

Assim “considerando que nos autos não há provas dos pagamentos das notas fiscais, não foi correto o lançamento de tais valores no Levantamento de Caixa às fls.63 e 64. Para aplicar, ao caso, o disposto no § 4º do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, ou seja, a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, o correto seria a adoção do roteiro de fiscalização da Conta Fornecedores, e permitir ao sujeito passivo apresentar a prova da improcedência da presunção.

Diante do exposto, entendo que nenhum reparo necessita a decisão a “Quo”, e julgo nula a infração com base no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Reforço à orientação da decisão de piso de que: “restando caracterizado um vício formal no lançamento do item em questão, nos termos do artigo 21 do RPAF/99, fica representada a autoridade competente para que seja programada uma nova ação fiscal, haja vista a existência dos livros e documentos fiscais, a fim de se renovar a ação fiscal, a salvo de falhas.”

Passo a análise do Recurso Voluntário.

O Recurso Voluntário foi apresentado em relação às infrações 1 e 2, em face do julgamento de Primeira Instância pela sua Procedência.

Peço vênica para transcrever voto da i. Conselheira DENISE MARA ANDRADE BARBOSA, 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL ACÓRDÃO CJF Nº 0006-12/15.

“A fim de permitir uma melhor compreensão sobre o objeto da presente autuação, considero que vale a pena transcrever algumas informações a respeito da Escrituração Fiscal Digital – EFD, apresentadas no Guia Prático–EFD ICMS/IPI, publicado no site da Receita Federal do Brasil (http://www1.receita.fazenda.gov.br/sistemas/spedfiscal/download/GUIA_PRATICO_EFD_ICMS_IPI_Versao2.0.14.pdf):

A Escrituração Fiscal Digital – EFD é parte integrante do projeto SPED [Sistema Público de Escrituração Digital], a que se refere o Decreto nº 6.022, de 22 de janeiro de 2007, busca promover a integração dos fiscos federal, estaduais, Distrito Federal e, futuramente, municipais, e dos Órgãos de Controle, mediante a padronização, racionalização e compartilhamento das informações fiscais digitais, bem como integrar todo o processo relativo à escrituração fiscal, com a substituição do atual documentário em meio físico (papel) por documento eletrônico com validade jurídica para todos os fins.

Para tanto, todos os documentos eletrônicos são assinados digitalmente com uso de Certificados Digitais, do tipo A1 ou A3, expedidos, em conformidade com as regras do ICP-Brasil, pelos representantes legais ou seus procuradores, tendo este arquivo validade jurídica para todos os fins, nos termos dispostos na MP-2200-2, de 24 de agosto de 2001.

No que tange à legislação regente, o Guia Prático apresenta as seguintes informações:

Dispõe o Convênio ICMS nº 143, de 15 de dezembro de 2006 e posteriormente o Ajuste Sinief 02, de 03 de abril de 2009, acerca da instituição da Escrituração Fiscal Digital – EFD-ICMS/IPI - em arquivo digital, de uso obrigatório para os 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 - e que se constitui de um conjunto de registros de apuração de impostos, referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte, bem como de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria

da Receita Federal do Brasil.

O contribuinte deve gerar e manter uma EFD-ICMS/IPI para cada estabelecimento, devendo esta conter todas as informações referentes aos períodos de apuração do(s) imposto(s).

Estabelecem ainda os referidos Convênio e Ajuste que o contribuinte deve manter todos os documentos fiscais que deram origem à escrituração, na forma e prazos estabelecidos para a guarda de documentos fiscais na legislação tributária, observados os requisitos de autenticidade e segurança nela previstos.

O Ato COTEPE/ICMS nº 09, de 18 de abril de 2008, e suas atualizações definiram os documentos fiscais, as especificações técnicas do leiaute do arquivo digital da EFD-ICMS/IPI, que contém informações fiscais e contábeis, bem como quaisquer outras informações que venham a repercutir na apuração, pagamento ou cobrança de tributos de competência dos entes conveniados.

A partir de 01 de janeiro de 2009, os contribuintes obrigados à Escrituração Fiscal Digital - EFD-ICMS/IPI - devem escriturá-la e transmiti-la, via Internet. A obrigatoriedade da EFD-ICMS/IPI encontra-se na legislação estadual.

O Protocolo ICMS 03, de 1º de abril de 2011, fixou o prazo máximo de 1º de janeiro de 2014 para a obrigatoriedade da EFD ICMS/IPI dos contribuintes ainda não obrigados, excetuando-se contribuintes do Simples Nacional, cujo prazo máximo para obrigatoriedade foi estabelecido para 1º de janeiro de 2016, podendo ser antecipado a critério de cada estado.

Quanto à apresentação do arquivo da EFD-ICMS/IPI e à periodicidade das informações, o multicitado guia traz as seguintes observações:

O arquivo digital deve ser submetido a um programa validador, fornecido pelo SPED – Sistema Público de Escrituração Digital - por meio de download, o qual verifica a consistência das informações prestadas no arquivo. Após essas verificações, o arquivo digital é assinado por meio de certificado digital, tipo A1 ou A3, emitido por autoridade certificadora credenciada pela Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil e transmitido.

As regras de negócio ou de validação, ora implementadas, podem ser alteradas a qualquer tempo, visto que têm por finalidade única e exclusivamente verificar as consistências das informações prestadas pelos contribuintes.

Ainda que determinados registros e/ou campos não contenham regras específicas de validação de conteúdo ou de obrigatoriedade, esta ausência não dispensa, em nenhuma hipótese, a não apresentação de dados existentes nos documentos e/ou de informação solicitada pelos fiscos.

Regra geral, se existir a informação, o contribuinte está obrigado a prestá-la. A omissão ou inexatidão de informações poderá acarretar penalidades e a obrigatoriedade de reapresentação do arquivo integral, de acordo com as regras estabelecidas pela Administração Tributária.

A EFD-ICMS/IPI representa a escrituração fiscal do contribuinte e deve ser apresentada em conformidade com as disposições previstas na legislação tributária.

Os arquivos da EFD-ICMS/IPI têm periodicidade mensal e devem apresentar informações relativas a um mês civil ou fração, ainda que as apurações dos impostos (ICMS e IPI) sejam efetuadas em períodos inferiores a um mês, segundo a legislação de cada imposto.

Portanto a data inicial constante do registro 0000 deve ser sempre o primeiro dia do mês ou outro, se for início das atividades, ou de qualquer outro evento que altere a forma e período de escrituração fiscal do estabelecimento. A data final constante do mesmo registro deve ser o último dia do mesmo mês informado na data inicial ou a data de encerramento das atividades ou de qualquer outro fato determinante para paralisação das atividades daquele estabelecimento.

Os prazos para a transmissão dos arquivos são definidos por legislação estadual. (grifos não originais)

O artigo 897-A do RICMS/97, vigente até 31/03/12, estabelecia que 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)” e “substitui a escrituração e impressão dos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário, Registro de Apuração do ICMS e do documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP”, considerando-se “escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega”.

O artigo 897-D previa que o arquivo da EFD deveria ser transmitido ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), até o dia 25 do mês subsequente e seria considerado válido após a confirmação de recebimento pelo Programa Validador e Assinador (PVA).

O artigo 897-E, e seu parágrafo único, do mencionado RICMS/97 dispunham que, havendo necessidade de alteração parcial ou total das informações constantes do arquivo da EFD já transmitido, o contribuinte

deveria retransmiti-lo com todas as informações, sendo que “A remessa de arquivo retificador da EFD, após o prazo de entrega, dependerá de autorização da inspetoria da circunscrição fiscal do contribuinte”.

Os artigos 897-F e 897-G determinavam que o contribuinte mantivesse o arquivo da EFD pelo prazo decadencial, observados os requisitos de autenticidade e segurança, dispensando-o da entrega dos arquivos estabelecidos pelo Convênio ICMS 57/95 a partir de 1º de janeiro de 2012.

Saliento que as normas acima citadas foram reproduzidas, quase que literalmente, nos artigos 247 a 253 do RICMS/12, em vigor a partir de 01/04/12.

Feito esse introyto, vejamos o que dispunha a Lei nº 7.014/96 até 31/10/13:

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.

Com a edição da Lei nº 12.917/13, a Lei nº 7.014/96 foi modificada, passando a ter a seguinte redação:

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\$ 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.

Pela análise da legislação vigente até 31/10/13 e a subsequente alteração legislativa, depreende-se claramente que somente havia previsão legal de aplicação de penalidade na hipótese de constatação da falta de entrega, no prazo previsto, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital. Consequentemente, a entrega do arquivo eletrônico da escrituração fiscal digital, ainda que “zerado”, isto é, sem conter as informações exigidas na legislação, não caracterizava descumprimento punível com a multa no valor de R\$5.000,00, estabelecida na alínea “I” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Essa interpretação se consolida quando se examina a nova redação da alínea “I” do inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 introduzida, em 01/11/13, com a edição da Lei nº 12.917/13, tendo em vista que, além de ter sido modificado o valor da penalidade, foram acrescentadas mais duas hipóteses de descumprimento de obrigação acessória apenáveis com multa, além da falta de entrega: i) a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD “sem as informações exigidas na legislação”, que passou a ser apenada com a multa de R\$1.380,00; ii) a falta de entrega, após intimação pelo Fisco, do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, procedimento que passou a ser apenado com a multa de 1% sobre o valor das entradas ou saídas de mercadorias do período (o maior).

Saliento que, conforme acima mencionado, também não havia, nos exercícios de 2011 e 2012, disposição legal prevendo a aplicação de multa para o caso de não entrega à fiscalização, mesmo após intimação, de arquivo eletrônico da escrituração fiscal digital. Ainda que se possa admitir que a penalidade de 1% já se encontrava prevista na Lei nº 7.014/96, após a alteração procedida pela Lei nº 12.917/13, à época das intimações expedidas (dezembro de 2013), entendo que também não pode ser aplicada tal multa (1%), no caso concreto, considerando que, para que o contribuinte cumprisse a exigência do Fisco, isto é, retificasse os arquivos eletrônicos enviados anteriormente “zerados”, seria necessário que obtivesse a “autorização da inspetoria fazendária da circunscrição fiscal”, nos termos do parágrafo único do artigo 251 do RICMS/12, abaixo transcrito, o que somente ocorreu após a lavratura do presente Auto de Infração:

Art. 251. *Havendo necessidade de alteração parcial ou total das informações constantes do arquivo da EFD já transmitido, o contribuinte deverá retransmiti-lo com todas as informações.*

Parágrafo único. *A remessa de arquivo retificador da EFD, após o prazo previsto no inciso II da cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/09, dependerá de autorização da inspetoria fazendária da circunscrição fiscal do contribuinte.” (Redação vigente de 01/02/13 a 30/11/14) (grifos não originais)*

Observa-se, portanto, que o impedimento para que o recorrente cumprisse a intimação emitida pelo preposto fiscal ocorreu por culpa exclusiva da repartição fazendária que não o autorizou a retificar os arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital a tempo de atender à intimação expedida pela fiscalização.

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.

Nesse sentido, correto o julgamento pela insubsistência dos débitos lançados, em obediência ao princípio da irretroatividade das leis, valendo ressaltar, ainda, que, consoante o que informou o impugnante (fato não contestado nos autos), somente a partir de janeiro de 2012 é que seu estabelecimento passou a ser obrigado a entregar a Escrituração Fiscal Digital (EFD), uma vez que, no exercício de 2010, o montante referente às operações e prestações sujeitas ao ICMS não foi superior a R\$36.000.000,00, consoante o preceito do artigo 897-B, inciso II, do RICMS/97, vigente até 31/03/12, e do artigo 248, inciso II, do RICMS/12, em vigor a partir de 01/04/12.

Ocorre que a Junta de Julgamento Fiscal, apesar de entender que não eram devidas as penalidades propostas pelas autoridades lançadoras, de ofício, deliberou da seguinte forma:

- 1. na infração 1, aplicou a multa de R\$1.380,00, com fulcro no artigo 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/96, considerando que foram expedidas duas intimações pela Fiscalização (em 02/12/13 e 05/12/13 – fls. 16 e 17), não atendidas pelo autuado;*
- 2. na infração 2, aplicou a penalidade de R\$5.000,00, com base no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “I”, da Lei nº 7.014/96 (redação vigente à época dos fatos relatados), sob o fundamento de que “a acusação fiscal é pela falta de entrega do arquivo eletrônico da EFD ou entrega sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária”.*

Quanto à primeira imputação, constato que o inciso XX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, com a redação modificada pela Lei nº 10.847/07, possui a seguinte dicção:

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

(...)

XX - *àquele que, dentro do prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exhibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado: (grifos não originais)*

a) R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), pelo não atendimento do primeiro pedido;

b) R\$ 920,00 (novecentos e vinte reais), pelo não atendimento da intimação que lhe for feita posteriormente;

c) R\$ 1.380,00 (mil e trezentos e oitenta reais), pelo não atendimento de cada uma das intimações subsequentes;

Ora, o dispositivo legal acima transcrito expressamente excepciona da aplicação da penalidade a falta de entrega, após a intimação, dos arquivos eletrônicos previstos no inciso XIII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, ou seja, exatamente aqueles que o recorrente entregou “zerados” à repartição fazendária e que foram objeto de proposição de penalidade neste lançamento de ofício (artigo 42, inciso XIII-A, alínea “I”, da Lei nº 7.014/96).

Em consequência, agiu com desacerto a Junta de Julgamento Fiscal, ao aplicar, de ofício, multa com suporte no inciso XX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, devendo, assim, ser alterada a Decisão recorrida para excluir o débito de R\$1.380,00 da infração 1 deste PAF.

No que concerne à infração 2, verifico que a acusação tributária foi consignada nos seguintes termos: “deixou o contribuinte 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”.

Apesar da dubiedade na descrição do ilícito tributário, restou comprovado neste lançamento de ofício que o contribuinte enviou, nas datas previstas mensalmente, os arquivos magnéticos da Escrituração Fiscal Digital – EFD “zerados”, isto é, sem as informações exigidas na legislação.

Como explanado anteriormente neste voto, à época dos fatos geradores (janeiro de 2011 a dezembro de 2012), a Lei nº 7.014/96 não previa a possibilidade de aplicação de penalidade pela entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD sem as informações exigidas na legislação.

Apenas a partir de 01/11/13 é que, com a modificação introduzida pela Lei nº 12.917/13, tal hipótese foi

contemplada na legislação. Estranhamente, a Junta de Julgamento Fiscal reconheceu esse fato, porém decidiu, ainda assim, aplicar a penalidade de R\$5.000,00, agindo, portanto, em desconformidade com as normas legais. Por conseguinte, deve ser alterada a Decisão recorrida, excluindo-se o débito de R\$5.000,00 da infração 2 deste lançamento de ofício.”

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar IMPROCEDENTE as infrações 1 e 2.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário)

Quero pedir vênia ao nobre relator para apresentar entendimento divergente, especificamente naquilo que se refere às alegadas improcedências das Infrações 1 e 2, nos termos em que segue.

A Infração 1 restou caracterizada, pois à data da autuação já se encontrava em vigor a legislação que previa a sanção pelo desatendimento da intimação para entrega das EFD's, tendo, a decisão de piso, alterado corretamente a data de ocorrência para o primeiro dia útil após o prazo para cumprimento da intimação. Nesse sentido, peço vênia ao nobre relator para negar provimento ao recurso neste ponto, mantendo a decisão de piso.

Quanto à Infração 2, a acusação fiscal foi assim descrita: “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, nos meses de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, conforme demonstrado às fls. 17 a 61. Exigida multa no valor de R\$1.380,00 em cada mês, totalizando R\$33.120,00. RV”.

O exame dos autos revela que foram emitidas nada menos do que seis intimações, pelo fiscal autuante, somente para entrega dos arquivos EFD's, datadas dos dias 16/10/13, 21/10/2013, 07/11/2013, 25/11/2013, 27/11/2013 e 05/12/2013. É possível notar, também, que cada uma delas concedeu um prazo de cinco dias, tendo, o Contribuinte, desfrutado de um prazo total de quase dois meses, muito superior ao prazo de trinta dias alegado pelo Sujeito Passivo.

Constato que, relativamente ao exercício de 2011, a empresa fez a entrega dos arquivos no prazo legal, tendo em vista a sua prorrogação até o mês de janeiro do exercício seguinte, conforme reconheceu a repartição fazendária, em resposta a consulta formulada em outro processo. Sendo assim, concordo com a decretação de improcedência no que concerne aos valores exigidos neste exercício.

Concordo, igualmente, com a decretação de improcedência dos valores relativos ao período de junho a dezembro de 2012, pois ficou provado que a empresa honrou a sua obrigação no prazo legal, conforme recibos de entrega acostados ao presente processo.

Discordo, contudo, da decretação de improcedência dos valores atinentes ao período de janeiro a maio de 2012, pois a despeito de o Sujeito Passivo ter feita a entrega dos arquivos EFD, fê-lo com atraso, caracterizando o ilícito previsto no art. 42, Inciso XIII-A, alínea “I” da Lei 7.014/96, cuja multa de R\$1.380,00 por ocorrência foi corretamente aplicada pela decisão recorrida.

Assim, entendo que a Infração 2 restou parcialmente caracterizada, no montante de R\$6.900,00, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

MÊS	MULTA
jan/11	0,00
fev/11	0,00
mar/11	0,00
abr/11	0,00
mai/11	0,00
jun/11	0,00
jul/11	0,00
ago/11	0,00
set/11	0,00
out/11	0,00
nov/11	0,00

dez/11	0,00
jan/12	1.380,00
fev/12	1.380,00
mar/12	1.380,00
abr/12	1.380,00
mai/12	1.380,00
jun/12	0,00
jul/12	0,00
ago/12	0,00
set/12	0,00
out/12	0,00
nov/12	0,00
dez/12	0,00
TOTAL	6.900,00

Assim, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, para reduzir o valor exigido em conformidade com o demonstrativo de débito abaixo.

INFRAÇÃO	VALOR
1	123.425,11
2	6.900,00
3	0,00
TOTAL	130.325,11

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, 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 269440.0008/13-8, lavrado contra **GERAIS ELETROMÓVEIS LTDA. (DANTAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$130.325,11**, prevista no art. 42, XIII-A, “I”, da Lei nº 7.014/96, c/c a Lei nº 12.917/13 e arts. 106 e 112 do CTN – Lei nº 5.172/66, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR (Recurso Voluntário) – Conselheiros: Luiz Alberto Amaral de Oliveira, Marcelo Mattedi e Silva e Maurício Souza Passos.

VOTO VENCIDO (Recurso Voluntário) – Conselheiro: Paulo Sérgio Sena Dantas, José Carlos Barros Rodeiro e Leila Barreto Nogueira Vilas Boas.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Recurso Voluntário)

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - VOTO VENCEDOR
(Recurso Voluntário)

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS