

A. I. N° - 206900.0097/15-0
AUTUADO - LOJAS LE BISCUIT S/A
AUTUANTES - JOSÉ VALDEMIR BRAGA SANTOS e CLEUDES CERQUEIRA DE FREITAS
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - 15.12.2016

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0228-04/16

EMENTA: ICMS. ARQUIVOS ELETRÔNICOS DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD. FALTA DE ENTREGA QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Restou comprovado que à época da ocorrência dos fatos o contribuinte estava desobrigado à efetuar a entrega da EFD. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi expedido em 28/12/2015 para aplicação de penalidade no valor de R\$89.835,53 em decorrência da seguinte acusação: “*Deixou o contribuinte de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD - na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária.*”

A título de complemento consta: “*a empresa formalmente intimada em 03/11/2015, deixou de apresentar os arquivos magnéticos de sua EFD-Escruturação Fiscal Digital referente aos meses de outubro e dezembro de 2011, referente ao exercício de 2012 somente apresentou o arquivo do mês de março, tudo de conformidade com o Relatório dos Arquivos EFD/OIE em anexo. A multa cumulativa prevista na alínea l, inciso XIII-A do artigo 42 da Lei 7014/96, foi aplicada com base do valor das entradas de mercadorias informadas nas DMA-Declaração e Apuração Mensal do ICMS conforme abaixo discriminado: outubro/2011 R\$621.030,92; dezembro/2011 R\$1.027.860,45; janeiro/2012 R\$866.654,65; fevereiro/2012 R\$550.424,83 abril/2012 R\$484.095,64; maio/2012 R\$546.551,67; junho/2012 R\$413.194,34; julho/2012 R\$545.597,83; agosto/2012 R\$606.715,66; setembro/2012 R\$ 772.196,40; outubro/2012 R\$720.589,85; novembro/2012 R\$745.789,98; dezembro/2012 R\$1.082.850,37. A empresa também não apresentou o livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência, cópia de procuração com o nome de representante legal com poderes de dar ciência nos autos de infração assim como entregar e receber livros e documentos fiscais, cópia dos Livros de Apuração do ICMS conforme solicitado na intimação em anexo*”.

O autuado, por intermédio de seus patronos, ingressou com impugnação ao lançamento, fls. 31 a 44, onde, inicialmente efetuaram uma breve síntese da autuação, ingressando em seguida ao seu mérito, na forma a seguir resumida.

Após mencionar o seu objeto social, destacou que estava sob processo de fiscalização, e em 03/11/2015 recebeu intimação para apresentar diversos documentos, quais sejam, livros Registro de Apuração do ICMS, Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência, bem como arquivo magnético e recibo de entrega da EFD, referente ao período de outubro e dezembro de 2011, e janeiro a dezembro de 2012, exceto o mês de março.

Diz que devido a quantidade de documentos solicitados, não conseguiu organizá-los dentro do prazo proposto para a sua apresentação, qual seja, 05 (cinco) dias e, ato contínuo, teve lavrado o presente Auto de Infração, visando a cobrança de multa, bem como a Notificação Fiscal nº 9206900005/15-8, visando a satisfação da multa aplicada no valor de R\$1.380,00.

Destacou, adiante, que houve equívoco dos autuantes tendo em vista que a multa aplicada não é devida, pois não existia, à época do fato gerador, a obrigatoriedade para a empresa enviar a Escrituração Fiscal Eletrônica, ao observar o disposto no artigo 248 do Decreto nº 13.780/2012, texto com vigência até 30/09/2014, entendendo não se enquadrar no rol de estabelecimentos obrigados à entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, cuja obrigatoriedade da entrega para os anos de 2011 e 2012, alcança apenas os contribuintes inscritos no Cadastro Estadual cujo faturamento do ano imediatamente anterior 2010 e 2011, tenha sido igual ou superior a R\$36.000.000,00 ou R\$15.000.000,00, respectivamente, transcrevendo o mencionado artigo regulamentar, acrescentando que conforme cópia das DMA's, referentes ao exercício de 2010, o seu faturamento foi bem abaixo do que o estipulado no dispositivo legal acima transcrito, ocorrendo a mesma situação em relação ao exercício de 2011.

Diz que mesmo não tendo a obrigatoriedade de entregar a EFD daquela época, buscou em seu Sistema Fiscal (MXM) os dados para geração das EFD, visando atendimento no prazo requisitado pela fiscalização, qual seja, de 5 (cinco) dias, e identificou inconsistências no Layout dos arquivos, o que a impediu de realizar a geração e transmissão dentro do prazo estipulado na intimação.

Reconhece que apesar de não ter atendido a solicitação em sua totalidade, dentro do prazo, continuou buscando solução para os erros de layout em seu sistema, objetivando atender, com maior brevidade possível, o quanto solicitado na intimação recepcionada, sendo que, demonstrando a boa fé que lhe é inerente, apresenta a lista abaixo, onde informa a data de entrega dos arquivos da EFD do período de 2011 e 2012, objeto da autuação, sendo 11 (onze) antes da lavratura do presente Auto de Infração, e 13 (treze) em 2016, a saber:

DATA DE ENTREGA DA EFD - APÓS PRAZO DA INTIMAÇÃO			
PERÍODO	DT. ENTREGA	PERÍODO	DT. ENTREGA
jan/11	03/12/2015	jan/12	26/01/2016
fev/11	01/12/2015	fev/12	27/01/2016
mar/11	30/11/2015	mar/12	02/12/2015
abr/11	30/11/2015	abr/12	27/01/2016
mai/11	30/11/2015	mai/12	27/01/2016
jun/11	30/11/2015	jun/12	27/01/2016
jul/11	30/11/2015	jul/12	27/01/2016
ago/11	01/12/2015	ago/12	27/01/2016
set/11	01/12/2015	set/12	27/01/2016
out/11	15/01/2016	out/12	27/01/2016
nov/11	01/12/2015	nov/12	27/01/2016
dez/11	15/01/2016	dez/12	27/01/2016

Registra que visando corroborar com a verdade material, juntou os Recibos de Entrega da Escrituração Fiscal Digital – EFD dos exercícios de 2011 e 2012, discriminados acima.

Em seguida passou a discorrer a respeito do enriquecimento do erário estadual caso persista a penalidade aplicada tendo em vista a não obrigatoriedade para apresentação das EFDs para o período objeto da autuação, consignando, ainda, pedido de redução da multa caso persista a autuação, transcrevendo alguns julgamentos deste CONSEF a este respeito.

Ao final requer lhe sejam deferidos todos os meios de provas admitidas em direito, pugnando pela juntada posterior dos documentos que se fizerem necessários, inclusive a realização de revisão fiscal efetuada por fiscal estranho ao feito, através da ASTEC – Assessoria Técnica do Conseg, sob pena de cerceamento ao direito de defesa nos termos do art. 5º da Constituição Federal, esperando por fim, que sejam comprovadas todas as razões apresentadas.

Conclui protestando pelo acatamento incólume da presente defesa e pede que o Auto de Infração nº 206973.0030/15-4 seja julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE, requerendo ainda que todas as

intimações referentes a este Processo Administrativo Fiscal sejam encaminhadas ao endereço dos Patronos da Autuada constante no rodapé das presentes páginas.

Os autuantes prestaram Informação Fiscal, fls. 171 e 172, onde mantiveram a autuação sob a seguinte argumentação:

“Do escopo de argumentos apresentados pela autuada, foge da competência destes agentes discutir prazos e valores de multas vez que estes, derivam-se da norma posta, entretanto, sobre a afirmativa de que não havia a obrigatoriedade da apresentar os arquivos magnéticos estes agentes desejam informar que de acordo com o Protocolo ICMS 77 de 18/09/08 e também na forma do § 1º do artigo 248 do RICMS o contribuinte estava obrigado a apresentar os arquivos magnéticos da EFD a partir de 01/01/2011 conforme comprova consulta no sítio da Receita Federal apensado na página 09 e também o Relatório dos Arquivos EFD/OIE do Contribuinte emitido pelo sítio da Sefaz em 23/12/2015, conforme cópia apensado na folha 10 do presente PAF.

Senhores conselheiros, comprovado a obrigatoriedade da apresentação dos arquivos magnéticos da EFD pelo contribuinte a partir de 01/01/2011, também confirmado pelo próprio contribuinte em sua informação fiscal que os arquivos somente foram transmitidos ao sítio da Sefaz após esgotados os prazos estabelecido na intimação fiscal, resolvem estes agentes propor a esta Douta Corte a manutenção integral da imputação fiscal conforme inicial do presente PAF.

São as considerações que temos a tecer referentes aos fatos que nos foram apresentados no presente processo e que colocamos a apreciação desta Douta Corte”.

VOTO

Considerando que não houve, por parte do autuado, qualquer questionamento quanto ao aspecto formal da autuação, apenas e tão somente um pedido de diligência ao qual indefiro por se encontrar presentes nos autos todos os elementos suficientes à formação do meu convencimento vejo que, fundamentalmente, dois são os argumentos defensivos em relação ao mérito da autuação. O primeiro se relaciona a não obrigatoriedade para a entrega da EFD por sua parte, em relação aos períodos autuados, e o segundo quanto ao prazo de 5 (cinco) dias indicado na intimação para apresentação dos arquivos da EFD.

Quanto a este último, vejo que a intimação foi entregue em 03/11/2015 e o Auto de Infração foi lavrado em 29/12/2015. Ocorre que, nesse interregno houve alteração na legislação relacionada ao Art. 247 do RICMS/BA-2012, sendo acrescentado o § 4º através do Dec. nº 16.434 de 26/11/15, com efeitos a partir de 27/11/15, nos seguintes termos:

“§ 4º O contribuinte terá o prazo de 30 dias, contados da data do recebimento da intimação, para envio da EFD não entregue no prazo regulamentar ou entregue com inconsistências”.

Diante deste fato temos que, à luz do quadro apresentado pelo autuado com a indicação das datas de entrega das EFD, tem-se que algumas delas se enquadram no novo prazo de 30 (trinta) acima transcrita, pois a obrigação foi satisfeita antes da lavratura do Auto de Infração e antes de completar trinta dias contado da data da intimação. Nesta ótica, as penalidades aplicadas pela falta de entrega das EFD relacionadas a estes períodos não deveriam prevalecer.

Por outro ângulo, vejo que, quanto ao argumento defensivo de que não estava obrigado a entregar a EFD em relação aos períodos que foram autuados, vejo que assiste razão ao autuado.

Os autuantes mantiveram a autuação ao entendimento de que de acordo com o Protocolo ICMS 77 de 18/09/08 e na forma do § 1º do art.248 do RICMS/2012, o autuado estava obrigado, a partir de 01/01/2011, a apresentar os arquivos magnéticos da EFD.

Analizando a legislação pertinente, vigente à época dos fatos, temos que o referido Protocolo dispõe sobre a obrigatoriedade da EFD nos termos das Cláusulas terceira e oitava-A do Convênio ICMS 143/06.

Assim é que, o Protocolo ICMS 77/08 em sua Cláusula primeira restringiu a obrigatoriedade da EFD para os contribuintes relacionados nos anexos que listou, sendo, para o Estado da Bahia, aqueles relacionados no Anexo V. Neste Anexo, consta a lista dos contribuintes deste Estado que estavam obrigados à entrega da EFD a partir do exercício de 2009, onde não consta o nome do autuado. Portanto, à luz do referido Protocolo não havia obrigatoriedade da entrega da EFD pelo autuado, conforme sustentaram os autuantes.

Analisando também o regramento contido no Art. 248 do RICMS/BA, este assim este se apresentava, em sua redação originária vigente até 30/09/14:

“Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital (EFD) é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, observando-se os prazos estabelecidos a seguir, de acordo com o montante referente às operações e prestações sujeitas ao ICMS no ano imediatamente anterior:

I - a partir de 01/01/2011, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), observado o disposto no § 3º do art. 250;

II - a partir de 01/01/2012, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido superior a R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais) até o limite de R\$36.000.000,00 (trinta e seis milhões de reais), observado o disposto no § 4º do art. 250;

III - a partir de 01/01/2013, aqueles cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido igual ou superior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) até o limite de R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais);

IV - a partir de 01/01/2014, os não optantes do Simples Nacional, cujo faturamento auferido no ano imediatamente anterior tenha sido inferior a R\$3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais);

V - a partir de 01/01/2016, os contribuintes optantes pelo Simples Nacional, exceto o Microempreendedor Individual - MEI.

Nota: O inciso V foi acrescentado ao caput do art. 248 pela Alteração nº 19 (Decreto nº 14.812, de 14/11/13, DOE de 15/11/13), efeitos a partir de 14/11/13 a 30/09/14.

§ 1º Excluem-se do disposto no caput os estabelecimentos dos contribuintes relacionados no anexo V do Protocolo ICMS 77/08 obrigados ao envio da EFD a partir de 01/01/2009.

§ 2º Na hipótese de fusão, incorporação ou cisão, a obrigatoriedade de que trata o caput deste artigo se estende à empresa incorporadora, cindida ou resultante da cisão ou fusão.

§ 3º O contribuinte não obrigado ao disposto no caput poderá, em caráter irretratável, optar pela EFD, mediante requerimento ao inspetor fazendário da sua circunscrição fiscal.

§ 4º O contribuinte obrigado ao uso da EFD:

I - permanecerá com a obrigação, mesmo que o faturamento em anos subsequentes seja inferior ao mínimo estabelecido, exceto na hipótese de opção pelo Simples Nacional, caso em que deverá solicitar de imediato o desenquadramento da EFD;

II - deverá apresentar a declaração com perfil “B”, com exceção das empresas de energia elétrica, comunicação e telecomunicação signatárias do Convênio ICMS 115/03, que deverão apresentar a declaração com perfil “A”.”

Parágrafo único. O contribuinte obrigado ao uso da EFD deverá apresentar a declaração com perfil “B”, com exceção das empresas de energia elétrica, comunicação e telecomunicação signatárias do Convênio ICMS 115/03, que deverão apresentar a declaração com perfil “A”.

Nota: O Parágrafo único foi acrescentado ao art. 248 pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, efeitos a partir de 27/11/15.

Assim, à luz do quanto acima disposto, temos que, em relação ao § 1º, no qual os autuantes sustentaram em sua informação fiscal que o autuado estava obrigado à entrega da EFD, vejo que este exclui da regra constante do *caput* deste artigo os contribuintes relacionados no Anexo V do Protocolo ICMS 77/08, situação esta, como já visto acima, não se aplica ao autuado que não está relacionado no referido anexo.

Por outro lado vejo que, só estavam obrigados a entrega da EFD a partir de 01/01/2011 os contribuintes que no ano imediatamente anterior tenham auferido faturamento superior a

R\$36.000.000,00 fato este não ocorrido conforme se observa no relatório da DMA consolidada do exercício de 2010, extraída no site da SEFAZ, onde consta que o total das saídas do autuado nesse exercício, aí incluído vendas, transferências, devoluções, etc., atingiram apenas o montante de R\$13.915.919,80. Da mesma forma, em relação ao exercício de 2012, tem-se que as operações de vendas (faturamento) no exercício de 2011 atingiram o montante de R\$14.469.334,13, portanto inferior ao limite de R\$15.000.000,00.

Em razão dos fatos acima, entendo que não prosperam as penalidades aplicadas ao autuado em relação aos exercícios de 2011 e 2012 pelo fato do mesmo, à época, de acordo com a norma regulamentar acima transcrita, se encontrava desobrigado à apresentação da EFD em relação à esses exercícios.

Quanto ao pedido do patrono do autuado para que as intimações referentes a este processo sejam encaminhadas para o endereço constante do rodapé da petição de impugnação, a Secretaria do CONSEF poderá atender, lembrando, entretanto, que as intimações relacionadas ao processo administrativo fiscal obedecem ao constante no Art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia.

Em conclusão, voto pela **improcedência** do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206900.0097/15-0** lavrado contra **LOJAS LE BISCUIT S/A**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2016

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR