

PROCESSO - A. I. Nº 206900.0097/15-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - LOJAS LE BISCUIT S/A.
RECURSO - RECURSOS DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JFJ nº 0228-04/16
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/06/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0182-12/17

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Improcedente e o Auto de Infração em epigrafe, lavrado 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.”*

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 4ª JFJ, decidiu, por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que a infração era totalmente Improcedente, como segue:

“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 transcrito, 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.

Analizando 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.”

A JJF de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “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.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela Junta de Julgamento Fiscal, no sentido de modificar a Decisão da 4ª JJF deste CONSEF, tendo em vista o reexame necessário em razão da desoneração do Contribuinte imposta pela decisão de primeiro grau.

O Auto de Infração traz a seguinte imputação fiscal: *“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.”*

Inicialmente, verifico que a decisão da Junta de Julgamento Fiscal foi pautada na constatação de que o Contribuinte não estava obrigado a entregar a EFD em relação aos períodos que foram autuados, após ter ultrapassado à questão levantada na Impugnação quanto ao prazo para entrega desses registros, dado pelo Autuante na intimação respectiva.

Eis que, analisando a legislação pertinente, vigente à época dos fatos, verificaram 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.

E, também, lastrearam o julgamento no disposto no Art. 248 do RICMS/BA, que conforme transcrito pelo julgador *a quo*, estabelecia que: *“só estavam obrigados à 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.”*

Assim, constatando que em relação aos exercícios de 2011 e 2012, objeto da autuação, o Contribuinte estava desobrigado da entrega da EFD, os Julgadores decidiram pela Improcedência do Auto de Infração em epigrafe.

E, por considerar correta essa Decisão, em sede de reexame necessário, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

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 homologar a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206900.0097/15-0**, lavrado contra **LOJAS LE BISCUIT S/A**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS