

A. I. N° - 233048.0001/17-2
AUTUADO - 3A BAR E RESTAURANTE LTDA. - ME
AUTUANTE - KARIME MANSUR MACHADO
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14. 09. 2017

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0147-01/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO JURIDICAMENTE EFICAZ (CTN, art. 196; COTEB, art. 127, § 1º, II; RPAF, art. 28, I, 108). CERCEAMENTO DE DEFESA. Acolhida a alegação de nulidade do procedimento. Por se tratar o lançamento de crédito tributário um ato vinculado, portanto, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, o lançamento de ofício em tela é nulo, haja vista que a Intimação lavrada pela Fiscalização não observou as regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. É nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 08/02/2017, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 45.461,85, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2015, janeiro a outubro de 2016. Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que: *Contribuinte, apesar de intimado, deixou de apresentar os arquivos EFD referentes aos exercícios de 2015 e 2016 e assim sofreu multa por falta de cumprimento de obrigação acessória, 1% das entradas ou saídas, o que for maior. Nesse caso, consideramos as saídas constantes no relatório das administradoras de cartões de crédito.*

O autuado por intermédio de advogado legalmente constituído apresentou defesa (fls. 17 a 26). Sustenta que a autuação não há que ser mantida.

Em caráter preliminar, argui a nulidade do Auto de Infração por existência de vícios insanáveis na intimação para apresentação dos arquivos da EFD.

Afirma o impugnante que a autuante olvidou-se de observar as disposições legais quando da tentativa de sua intimação para entrega dos arquivos da EFD.

Diz que tais irregularidades impossibilitaram a adequada notificação da empresa acerca do ato administrativo e o cumprimento da determinação, desaguando na nulidade absoluta do Auto de Infração por vícios inescusáveis.

Alega a existência de irregularidade quanto ao meio e ao destinatário. Observa que o art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, dispõe no seu *caput* que a notificação acerca de qualquer ato administrativo de cunho fiscal pode ser feita por via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

Aduz que, no entanto, se optando pelo meio eletrônico impõe-se a obediência a requisitos formais a fim de dar efetividade à notificação, garantindo-se que haja de fato ciência e

possibilidade de cumprimento da determinação. Acrescenta que neste sentido é que os §§ 2º e 3º do referido art. 108, cujo teor reproduz, disciplinam que o despacho/decisão a ser comunicado há de ser disponibilizado no banco de informações do contribuinte junto ao sistema informatizado da SEFAZ/BA, acessível mediante uso de senha própria, e com confirmação de acesso.

Afirma que, no presente caso, tais requisitos não foram atendidos.

Salienta que conforme se lê dos autos, e conforme Doc. 03, a tentativa de intimação do sujeito passivo para que apresentasse os arquivos de EFD foi feita unicamente através de *e-mail* e não por meio de disponibilização no banco de informações do sistema informatizado da SEFAZ.

Alega que a intimação via *e-mail* foi encaminhada para o endereço eletrônico do senhor Dante Sampaio (dante@jrcontabil.net), profissional de contabilidade que, além de não ter qualquer poder de representação em relação à empresa, sequer lhe prestava serviços no período fiscalizado.

Frisa que, conforme dados cadastrais que anexou (Doc. 04), o referido endereço de *e-mail* sequer está registrado no cadastro da empresa que consta no banco de informações da SEFAZ. Acrescenta que, efetivamente, nos referidos dados cadastrais consta o endereço de *e-mail* financeiro@piramidedoriorvermelho.com.br, diverso daquele para o qual foi enviada a comunicação.

Diz que, assim sendo, uma vez que a intimação, além de não disponibilizada/acessada no banco de informações do contribuinte junto ao sistema informatizado da SEFAZ/BA, como prevê o RPAF, foi enviada para *e-mail* diverso daquele cadastrado junto à SEFAZ/BA, impossibilitou-se a adequada ciência e o cumprimento da determinação fiscal por parte da empresa.

Conclusivamente, solicita a este CONSEF que declare a nulidade da autuação, por vício insanável, uma vez que não houve intimação válida para apresentação da EFD, ao contrário do quanto descrito no ato de lavratura.

Prosseguindo, reporta-se sobre a irregularidade quanto ao prazo concedido para cumprimento da obrigação acessória.

Consigna que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS/BA, em seu art. 247, § 4º, é categórico ao estabelecer que o contribuinte que não entregar a EFD no prazo regulamentar será intimado para fazê-lo no prazo de 30 (trinta) dias, contados, obviamente, do recebimento da intimação. Reproduz o referido dispositivo regulamentar.

Alega que, além de a intimação haver sido feita por meio descabido e direcionada a destinatário sem qualquer poder de representação em relação à empresa, também não foi atendido o requisito imposto pela legislação quanto ao prazo para cumprimento da determinação.

Assinala que conforme se lê dos *e-mails* constantes dos autos, o prazo dado na intimação original para envio dos arquivos foi de apenas 48 (quarenta e oito horas).

Observa que após o não atendimento da determinação, dado não apenas à insuficiência do prazo, mas à ausência de ciência, na forma já exposta, se seguiu a concessão de novos prazos igualmente exíguos e insuficientes para cumprimento do quanto determinado, nenhum deles de 30 (trinta) dias.

Sustenta que é evidente que tal modo de proceder novamente inquina todo o procedimento de insanável nulidade, pois o citado prazo não pode ser considerado uma mera formalidade a ser desconsiderada pela Fiscalização, sobretudo no caso dos presentes autos, cujo período fiscalizado é de dois anos.

Conclusivamente, diz que resta violado o princípio do devido processo legal no âmbito administrativo, devendo ser decretada a nulidade do Auto de Infração em lide.

No mérito, afirma que mesmo na remota hipótese de serem superadas as preliminares de

nulidade supra, o que não acredita, não há de ser mantido o presente Auto de Infração, haja vista que representa verdadeiro BIS IN IDEM, ou seja, uma nova punição por conduta já apenada previamente.

Alega o autuado que já fora apenado por meio da Notificação de Lançamento (NL) 9233048005/17-5 (Doc. 05), tendo lhe sido imposta multa na importância de R\$1.380,00 por mês, exatamente pela não apresentação dos arquivos de EFD no prazo previsto na legislação. Transcreve a descrição da conduta infracional constante na referida Notificação Fiscal.

Ressalta que não deve ser dito que as condutas seriam diversas por conta da segunda autuação ser posterior a uma intimação específica para apresentar a EFD, haja vista que existindo ou não intimação, está-se novamente a punir o contribuinte rigorosamente pelo mesmo ato omissivo infracional, qual seja a ausência de entrega da EFD.

Assevera que resta evidente, desse modo, que o fato descrito configura *bis in idem*, vedado no ordenamento jurídico brasileiro, e viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Conclusivamente, diz que uma vez que já fora apenada por meio da Notificação Fiscal nº 9233048005/17-5 com a imposição de multa por não apresentar arquivos de EFD, o Auto de Infração em lide há de ser desconstituído por consistir em nova penalidade à mesma conduta.

Ressalta que em função da conduta infracional a si imputada, não suprimiu nem tentou suprimir pagamento de tributo, tampouco visou obter qualquer benefício indevido e muito menos prejudicar o Fisco; deixou, assim, apenas de cumprir mera obrigação acessória. Alega que, dessa forma, faz jus ao cancelamento ou, subsidiariamente, à redução da multa imposta pelo descumprimento de obrigação acessória, com fundamento no §7º do art. 42 da Lei Estadual nº. 7.014/1996, cuja redação reproduz. Neste sentido, observa que a autuante, ao lavrar o Auto de Infração não fez qualquer menção à existência de dolo, fraude ou simulação por parte da empresa.

Conclusivamente, requer o cancelamento ou, subsidiariamente, a redução da multa imposta em função do descumprimento da obrigação acessória em pauta, mediante aplicação da regra do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96 ao presente caso.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- seja declarada a nulidade do Auto de Infração, em decorrência da invalidade da intimação para apresentação dos arquivos de EFD, que não atendeu à forma, ao destinatário e ao prazo previstos na legislação;
- caso não se entenda pela nulidade do Auto de Infração, a declaração de sua improcedência, por configurar verdadeira hipótese de *bis in idem*;
- subsidiariamente, o cancelamento ou a redução da multa aplicada por ausência de dolo, fraude, simulação e prejuízo ao erário, com base no art. 42, § 7º da Lei Estadual 7014/96.

Protesta, ainda, por todos os meios de prova admitidos, especialmente a juntada da EFD referente ao período autuado e a realização de diligência para confrontar com esta as respectivas DMAs, averiguando-se a exatidão das informações prestadas ao Fisco quanto ao ICMS, sem prejuízo da produção de outras provas que se entenda necessárias, bem como de diligências, juntada posterior de documentos, pareceres, decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contraprova e revisão do lançamento.

A autuante prestou Informação Fiscal (fl. 48). Consigna que o contribuinte foi autuado por não efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos pela legislação tributária no período de janeiro de 2015 a 31 de outubro de 2016, infringindo o artigo 250, § 2º, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12 e multa prevista no artigo 42, inciso XIII, alínea “I”, da Lei nº 7014/96.

Observa que a imposição da multa independe da ocorrência de dolo, fraude ou simulação

e que a ninguém é dado desconhecer a lei. Acrescenta que, assim sendo, no momento em que o autuado não enviou, mensalmente, à Fazenda Estadual, as informações a que estava obrigado legalmente ficou submetido aos rigores da lei.

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada, decorrente de falta de entrega de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

Adicionalmente, consta na descrição dos fatos que, *apesar de intimado*, o contribuinte deixou de apresentar os arquivos EFD referentes aos exercícios de 2015 e 2016.

O impugnante argui a nulidade do Auto de Infração, alegando, precisamente a existência de vícios insanáveis na intimação para apresentação dos arquivos da EFD. Afirma que a autuante olvidou-se de observar as disposições legais quanto da tentativa de sua intimação para entrega dos arquivos da EFD. Diz que tais irregularidades impossibilitaram a adequada notificação da empresa acerca do ato administrativo e o cumprimento da determinação, desaguando na nulidade absoluta do Auto de Infração por vícios inescusáveis.

Alega a existência de irregularidade quanto ao meio e ao destinatário. Observa que o art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, dispõe no seu *caput* que a notificação acerca de qualquer ato administrativo de cunho fiscal pode ser feita por via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

Aduz que, no entanto, se optando pelo meio eletrônico impõe-se a obediência a requisitos formais a fim de dar efetividade à notificação, garantindo-se que haja de fato ciência e possibilidade de cumprimento da determinação. Acrescenta que neste sentido é que os §§ 2º e 3º do referido art. 108 disciplinam que o despacho/decisão a ser comunicado há de ser disponibilizado no banco de informações do contribuinte junto ao sistema informatizado da SEFAZ/BA, acessível mediante uso de senha própria, e com confirmação de acesso.

Salienta que conforme se lê dos autos, e conforme Doc. 03, a tentativa de intimação para que apresentasse os arquivos de EFD foi feita unicamente através de *e-mail* e não por meio de disponibilização no banco de informações do sistema informatizado da SEFAZ.

Conclusivamente, diz que resta violado o princípio do devido processo legal no âmbito administrativo, devendo ser decretada a nulidade do Auto de Infração em lide.

De fato, merece acolhida a alegação de nulidade da autuação. Isso porque, por se tratar o lançamento de crédito tributário um ato vinculado, portanto, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, o lançamento de ofício em tela é nulo, haja vista que a Intimação lavrada pela Fiscalização não observou as regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito tributário.

Assim é que, conforme a Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, acostada à fl. 7 dos autos, foi exigida do autuado a apresentação apenas de Notas Fiscais de Entradas de Mercadorias e Documentos de Arrecadação Estadual (DAE), sendo-lhe concedido prazo de 48 horas para atendimento. Ou seja, na referida Intimação não foi solicitada a apresentação de arquivos magnéticos da EFD.

Na realidade, conforme inclusive aduzido pelo impugnante, houve a solicitação de apresentação apenas por *e-mail*, conforme se verifica no *e-mail* acostado à fl. 08 dos autos.

Certamente que inexiste na legislação qualquer regramento sob o aspecto formal autorizando que a intimação ao contribuinte possa ser efetivada por *e-mail*.

As formas de intimação ao contribuinte estão disciplinadas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, precisamente no seu art. 108.

Diante disso, o presente lançamento é nulo por sido efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa do contribuinte.

Nos termos do art. 21 do mesmo RPAF, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição do ato, a salvo de falhas.

Por derradeiro, cumpre observar que se tratando de falta de entrega de arquivos magnéticos EFD há que ser observada as disposições dos artigos 247 e 250, § 2º, inclusive com relação ao prazo de 30 (dias) para atendimento da intimação.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **233048.0001/17-2**, lavrado contra **3A BAR E RESTAURANTE LTDA. – ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR

A. I. N° - 233048.0001/17-2
AUTUADO - 3A BAR E RESTAURANTE LTDA. - ME
AUTUANTE - KARIME MANSUR MACHADO
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14. 09. 2017

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0147-01/17

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO JURIDICAMENTE EFICAZ (CTN, art. 196; COTEB, art. 127, § 1º, II; RPAF, art. 28, I, 108). CERCEAMENTO DE DEFESA. Acolhida a alegação de nulidade do procedimento. Por se tratar o lançamento de crédito tributário um ato vinculado, portanto, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, o lançamento de ofício em tela é nulo, haja vista que a Intimação lavrada pela Fiscalização não observou as regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito. É nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 08/02/2017, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 45.461,85, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Período de ocorrência: janeiro a dezembro de 2015, janeiro a outubro de 2016. Consta no campo “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração que: *Contribuinte, apesar de intimado, deixou de apresentar os arquivos EFD referentes aos exercícios de 2015 e 2016 e assim sofreu multa por falta de cumprimento de obrigação acessória, 1% das entradas ou saídas, o que for maior. Nesse caso, consideramos as saídas constantes no relatório das administradoras de cartões de crédito.*

O autuado por intermédio de advogado legalmente constituído apresentou defesa (fls. 17 a 26). Sustenta que a autuação não há que ser mantida.

Em caráter preliminar, argui a nulidade do Auto de Infração por existência de vícios insanáveis na intimação para apresentação dos arquivos da EFD.

Afirma o impugnante que a autuante olvidou-se de observar as disposições legais quando da tentativa de sua intimação para entrega dos arquivos da EFD.

Diz que tais irregularidades impossibilitaram a adequada notificação da empresa acerca do ato administrativo e o cumprimento da determinação, desaguando na nulidade absoluta do Auto de Infração por vícios inescusáveis.

Alega a existência de irregularidade quanto ao meio e ao destinatário. Observa que o art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, dispõe no seu *caput* que a notificação acerca de qualquer ato administrativo de cunho fiscal pode ser feita por via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

Aduz que, no entanto, se optando pelo meio eletrônico impõe-se a obediência a requisitos formais a fim de dar efetividade à notificação, garantindo-se que haja de fato ciência e

possibilidade de cumprimento da determinação. Acrescenta que neste sentido é que os §§ 2º e 3º do referido art. 108, cujo teor reproduz, disciplinam que o despacho/decisão a ser comunicado há de ser disponibilizado no banco de informações do contribuinte junto ao sistema informatizado da SEFAZ/BA, acessível mediante uso de senha própria, e com confirmação de acesso.

Afirma que, no presente caso, tais requisitos não foram atendidos.

Salienta que conforme se lê dos autos, e conforme Doc. 03, a tentativa de intimação do sujeito passivo para que apresentasse os arquivos de EFD foi feita unicamente através de *e-mail* e não por meio de disponibilização no banco de informações do sistema informatizado da SEFAZ.

Alega que a intimação via *e-mail* foi encaminhada para o endereço eletrônico do senhor Dante Sampaio (dante@jrcontabil.net), profissional de contabilidade que, além de não ter qualquer poder de representação em relação à empresa, sequer lhe prestava serviços no período fiscalizado.

Frisa que, conforme dados cadastrais que anexou (Doc. 04), o referido endereço de *e-mail* sequer está registrado no cadastro da empresa que consta no banco de informações da SEFAZ. Acrescenta que, efetivamente, nos referidos dados cadastrais consta o endereço de *e-mail* financeiro@piramidedoriorvermelho.com.br, diverso daquele para o qual foi enviada a comunicação.

Diz que, assim sendo, uma vez que a intimação, além de não disponibilizada/acessada no banco de informações do contribuinte junto ao sistema informatizado da SEFAZ/BA, como prevê o RPAF, foi enviada para *e-mail* diverso daquele cadastrado junto à SEFAZ/BA, impossibilitou-se a adequada ciência e o cumprimento da determinação fiscal por parte da empresa.

Conclusivamente, solicita a este CONSEF que declare a nulidade da autuação, por vício insanável, uma vez que não houve intimação válida para apresentação da EFD, ao contrário do quanto descrito no ato de lavratura.

Prosseguindo, reporta-se sobre a irregularidade quanto ao prazo concedido para cumprimento da obrigação acessória.

Consigna que o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia – RICMS/BA, em seu art. 247, § 4º, é categórico ao estabelecer que o contribuinte que não entregar a EFD no prazo regulamentar será intimado para fazê-lo no prazo de 30 (trinta) dias, contados, obviamente, do recebimento da intimação. Reproduz o referido dispositivo regulamentar.

Alega que, além de a intimação haver sido feita por meio descabido e direcionada a destinatário sem qualquer poder de representação em relação à empresa, também não foi atendido o requisito imposto pela legislação quanto ao prazo para cumprimento da determinação.

Assinala que conforme se lê dos *e-mails* constantes dos autos, o prazo dado na intimação original para envio dos arquivos foi de apenas 48 (quarenta e oito horas).

Observa que após o não atendimento da determinação, dado não apenas à insuficiência do prazo, mas à ausência de ciência, na forma já exposta, se seguiu a concessão de novos prazos igualmente exíguos e insuficientes para cumprimento do quanto determinado, nenhum deles de 30 (trinta) dias.

Sustenta que é evidente que tal modo de proceder novamente inquia todo o procedimento de insanável nulidade, pois o citado prazo não pode ser considerado uma mera formalidade a ser desconsiderada pela Fiscalização, sobretudo no caso dos presentes autos, cujo período fiscalizado é de dois anos.

Conclusivamente, diz que resta violado o princípio do devido processo legal no âmbito administrativo, devendo ser decretada a nulidade do Auto de Infração em lide.

No mérito, afirma que mesmo na remota hipótese de serem superadas as preliminares de

nulidade supra, o que não acredita, não há de ser mantido o presente Auto de Infração, haja vista que representa verdadeiro BIS IN IDEM, ou seja, uma nova punição por conduta já apenada previamente.

Alega o autuado que já fora apenado por meio da Notificação de Lançamento (NL) 9233048005/17-5 (Doc. 05), tendo lhe sido imposta multa na importância de R\$1.380,00 por mês, exatamente pela não apresentação dos arquivos de EFD no prazo previsto na legislação. Transcreve a descrição da conduta infracional constante na referida Notificação Fiscal.

Ressalta que não deve ser dito que as condutas seriam diversas por conta da segunda autuação ser posterior a uma intimação específica para apresentar a EFD, haja vista que existindo ou não intimação, está-se novamente a punir o contribuinte rigorosamente pelo mesmo ato omissivo infracional, qual seja a ausência de entrega da EFD.

Assevera que resta evidente, desse modo, que o fato descrito configura *bis in idem*, vedado no ordenamento jurídico brasileiro, e viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Conclusivamente, diz que uma vez que já fora apenada por meio da Notificação Fiscal nº 9233048005/17-5 com a imposição de multa por não apresentar arquivos de EFD, o Auto de Infração em lide há de ser desconstituído por consistir em nova penalidade à mesma conduta.

Ressalta que em função da conduta infracional a si imputada, não suprimiu nem tentou suprimir pagamento de tributo, tampouco visou obter qualquer benefício indevido e muito menos prejudicar o Fisco; deixou, assim, apenas de cumprir mera obrigação acessória. Alega que, dessa forma, faz jus ao cancelamento ou, subsidiariamente, à redução da multa imposta pelo descumprimento de obrigação acessória, com fundamento no §7º do art. 42 da Lei Estadual nº. 7.014/1996, cuja redação reproduz. Neste sentido, observa que a autuante, ao lavrar o Auto de Infração não fez qualquer menção à existência de dolo, fraude ou simulação por parte da empresa.

Conclusivamente, requer o cancelamento ou, subsidiariamente, a redução da multa imposta em função do descumprimento da obrigação acessória em pauta, mediante aplicação da regra do art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96 ao presente caso.

Finaliza a peça defensiva requerendo:

- seja declarada a nulidade do Auto de Infração, em decorrência da invalidade da intimação para apresentação dos arquivos de EFD, que não atendeu à forma, ao destinatário e ao prazo previstos na legislação;
- caso não se entenda pela nulidade do Auto de Infração, a declaração de sua improcedência, por configurar verdadeira hipótese de *bis in idem*;
- subsidiariamente, o cancelamento ou a redução da multa aplicada por ausência de dolo, fraude, simulação e prejuízo ao erário, com base no art. 42, § 7º da Lei Estadual 7014/96.

Protesta, ainda, por todos os meios de prova admitidos, especialmente a juntada da EFD referente ao período autuado e a realização de diligência para confrontar com esta as respectivas DMAs, averiguando-se a exatidão das informações prestadas ao Fisco quanto ao ICMS, sem prejuízo da produção de outras provas que se entenda necessárias, bem como de diligências, juntada posterior de documentos, pareceres, decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contraprova e revisão do lançamento.

A autuante prestou Informação Fiscal (fl. 48). Consigna que o contribuinte foi autuado por não efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos pela legislação tributária no período de janeiro de 2015 a 31 de outubro de 2016, infringindo o artigo 250, § 2º, do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12 e multa prevista no artigo 42, inciso XIII, alínea “I”, da Lei nº 7014/96.

Observa que a imposição da multa independe da ocorrência de dolo, fraude ou simulação

e que a ninguém é dado desconhecer a lei. Acrescenta que, assim sendo, no momento em que o autuado não enviou, mensalmente, à Fazenda Estadual, as informações a que estava obrigado legalmente ficou submetido aos rigores da lei.

VOTO

O Auto de Infração em exame versa sobre o cometimento de infração à legislação do ICMS imputada, decorrente de falta de entrega de arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

Adicionalmente, consta na descrição dos fatos que, *apesar de intimado*, o contribuinte deixou de apresentar os arquivos EFD referentes aos exercícios de 2015 e 2016.

O impugnante argui a nulidade do Auto de Infração, alegando, precisamente a existência de vícios insanáveis na intimação para apresentação dos arquivos da EFD. Afirma que a autuante olvidou-se de observar as disposições legais quanto da tentativa de sua intimação para entrega dos arquivos da EFD. Diz que tais irregularidades impossibilitaram a adequada notificação da empresa acerca do ato administrativo e o cumprimento da determinação, desaguando na nulidade absoluta do Auto de Infração por vícios inescusáveis.

Alega a existência de irregularidade quanto ao meio e ao destinatário. Observa que o art. 108 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, dispõe no seu *caput* que a notificação acerca de qualquer ato administrativo de cunho fiscal pode ser feita por via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

Aduz que, no entanto, se optando pelo meio eletrônico impõe-se a obediência a requisitos formais a fim de dar efetividade à notificação, garantindo-se que haja de fato ciência e possibilidade de cumprimento da determinação. Acrescenta que neste sentido é que os §§ 2º e 3º do referido art. 108 disciplinam que o despacho/decisão a ser comunicado há de ser disponibilizado no banco de informações do contribuinte junto ao sistema informatizado da SEFAZ/BA, acessível mediante uso de senha própria, e com confirmação de acesso.

Salienta que conforme se lê dos autos, e conforme Doc. 03, a tentativa de intimação para que apresentasse os arquivos de EFD foi feita unicamente através de *e-mail* e não por meio de disponibilização no banco de informações do sistema informatizado da SEFAZ.

Conclusivamente, diz que resta violado o princípio do devido processo legal no âmbito administrativo, devendo ser decretada a nulidade do Auto de Infração em lide.

De fato, merece acolhida a alegação de nulidade da autuação. Isso porque, por se tratar o lançamento de crédito tributário um ato vinculado, portanto, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, o lançamento de ofício em tela é nulo, haja vista que a Intimação lavrada pela Fiscalização não observou as regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito tributário.

Assim é que, conforme a Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, acostada à fl. 7 dos autos, foi exigida do autuado a apresentação apenas de Notas Fiscais de Entradas de Mercadorias e Documentos de Arrecadação Estadual (DAE), sendo-lhe concedido prazo de 48 horas para atendimento. Ou seja, na referida Intimação não foi solicitada a apresentação de arquivos magnéticos da EFD.

Na realidade, conforme inclusive aduzido pelo impugnante, houve a solicitação de apresentação apenas por *e-mail*, conforme se verifica no *e-mail* acostado à fl. 08 dos autos.

Certamente que inexiste na legislação qualquer regramento sob o aspecto formal autorizando que a intimação ao contribuinte possa ser efetivada por *e-mail*.

As formas de intimação ao contribuinte estão disciplinadas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, precisamente no seu art. 108.

Diante disso, o presente lançamento é nulo por sido efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa do contribuinte.

Nos termos do art. 21 do mesmo RPAF, recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição do ato, a salvo de falhas.

Por derradeiro, cumpre observar que se tratando de falta de entrega de arquivos magnéticos EFD há que ser observada as disposições dos artigos 247 e 250, § 2º, inclusive com relação ao prazo de 30 (dias) para atendimento da intimação.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **233048.0001/17-2**, lavrado contra **3A BAR E RESTAURANTE LTDA. – ME**.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de agosto de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR