

PROCESSO	- A. I. Nº 299130.0007/19-3
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- JS COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS HOSPITALAR EIRELI
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4ª JJF nº 0006-04/20
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 28/07/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0115-12/20-Vd

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO. RETORNO DOS AUTOS À 1ª INSTÂNCIA. Restou demonstrado que as EFD não foram entregues no prazo concedido. Retornam os autos à Primeira Instância para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decretar a *Nulidade* da Decisão de 1º grau. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/05/2019, em razão da seguinte irregularidade:

Infração 01 - 02.01.02 – Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, nos meses de setembro e outubro de 2015 e fevereiro a julho e novembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$228.170,26, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Consta que o Autuado deixou de recolher ICMS nas saídas de mercadorias devido à falta de lançamento das NF-e na escrituração fiscal.

A 4ª JJF decidiu pela Nulidade do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0006-04/20 (fls. 192 a 199), com base no voto do Relator a seguir transcrito:

“O Auto de Infração sob análise, foi expedido para exigir crédito tributário no montante de R\$228.170,26, em razão da falta de lançamento na escrita fiscal digital pelo autuado, de notas fiscais de vendas de mercadorias tributáveis, de acordo com os documentos de fls. 18 a 24, situação esta que resultou em apuração de falta de pagamento do imposto na quantia indicada.

Em sua defesa, o autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que o mesmo se encontra eivado de vício de nulidade insanável, na medida em que não foi identificada a natureza da infração fiscal, nem tampouco, os critérios quantitativos utilizados pelo autuante para a apuração do crédito reclamado, o que inviabiliza o seu direito de impugnação ou de defesa específica, diante da genérica imputação fiscal, caracterizando, ao seu entender, vício no ato do lançamento.

Não acolho o argumento defensivo, na medida em que não se apresenta qualquer vício no lançamento, o qual atende plenamente ao regramento previsto pelo Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA. A imputação está precisa, isto é, falta de registro na escrita fiscal digital pelo autuado de notas fiscais de vendas de mercadorias tributáveis, as quais estão indicadas individualmente nos autos, portanto apresenta a natureza da infração, o critério quantitativo, aqui entendido como valor ativo (base de cálculo), também está demonstrado, já que correspondem aos próprios valores constantes dos documentos fiscais emitidos pelo autuado, porém, não escriturados na EFD, estando presente, portanto, a motivação para o lançamento, o qual proporcionou ao autuado os mais amplos meios de defesa, não se aplicando neste caso, o entendimento esposado por este CONSEF, através do Acórdão nº 0172-05/08, que se refere à situação distinta da que ora se examina.

Afasto, portanto, esta nulidade arguida.

Pelo que consta dos autos, vejo que a fiscalização foi desenvolvida com base na Escrituração Fiscal Digital – EFD do autuado, a qual o mesmo se encontrava à época obrigado a cumpri-la.

Neste contexto, hão de ser analisadas as intimações juntadas aos autos e seus reflexos no tocante a conclusão da ação fiscal. Assim é que, consta à fl. 06, uma intimação ao autuado expedida em 04/07/2018, com ciência pelo mesmo em 09/07/2018, para apresentação de livros e documentos fiscais relativos ao período autuado.

Já à fl. 08, consta outra Intimação Fiscal a título de “Resultado da Ação Fiscal”, com data de postagem em

01/04/2019, e com ciência em 02/04/2019, informando ao autuado de que o mesmo se encontra sob ação fiscal, para o mesmo período de janeiro/15 a dezembro/17, o que contradiz com o título da intimação “Resultado da Ação Fiscal”.

À fl. 09, consta outra intimação ao autuado, recebida pelo seu contador em 03/04/2019, lhe informando que o mesmo se encontra sob ação fiscal e sendo concedido o prazo de 05 (cinco) dias, a partir do primeiro dia seguinte ao recebimento da mesma, para que fossem enviados os arquivos e as informações listadas. Na mesma data consta um recibo de entrega de CD de dados, oportunidade em que foi concedido ao autuado o prazo de 15 (quinze) dias para análise das operações realizadas pelo mesmo, e constantes no referido CD, sendo que às fls. 10 e 11 estão discriminados todos os arquivos que foram entregues ao autuado.

À fl. 13, consta outra intimação fiscal entregue ao autuado em 05/04/2019 concedendo-lhe o prazo máximo de 30 (trinta) dias para enviar “os arquivos e informações que seguem”, tendo sido juntada a mesma cópia da intimação expedida em 04/07/2018, onde foi solicitado o envio da sua EFD para o período de julho/2015 a dezembro/2017.

Pois bem, presentes na sessão de julgamento, os autuados sustentaram que atenderam à intimação do autuante e enviaram sua EFD referente ao período autuado, a qual foi recepcionada pela SEFAZ entre os dias 07/05/2019 a 13/05/2019, consoante se constata através dos recibos de fls. 128 a 163, as quais não foram consideradas pelo autuante, que expediu o auto de infração em 20/05/2019.

Após estas considerações, valho-me das informações trazidas pelo i. Julgador João Vicente Costa Neto, que apesar das EFD transmitidas se encontrarem no sistema SEFAZ com o status de “Sem Validade Jurídica”, pelo fato das mesmas não conterem a convalidação/anuênciam do autuante, sendo que, das verificações concedidas pelo mesmo, nas EFD retificadoras dos meses de julho/17 e novembro/17, efetuadas por amostragem, constatou que todas as notas fiscais consideradas não registradas pelo autuante em relação aos citados meses, se encontram registradas nas EFD retificadoras que foram transmitidas pelo autuado.

Isto posto, entendo que o autuante deveria ter procedido em consonância com o regramento estabelecido pelo Art. 251, § 2º do RICMS/BA, verbis:

Art. 251. A retificação da EFD fica sujeita ao que estabelece a cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/2009.

(...)

§ 2º Não terá validade jurídica a retificação da EFD relativa a períodos de apuração em que o contribuinte possua débito tributário em discussão administrativa ou judicial, bem como nos períodos em que esteja sob ação fiscal, salvo quando apresentada para atendimento de intimação do fisco. (grifo acrescido).

Em conclusão e em consonância com o pronunciamento do i. Julgador João Vicente Costa Neto, acima transscrito, com fundamento no Art. 18, inciso IV, alínea “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, voto pela decretação da nulidade do presente Auto de Infração, com a recomendação de que o procedimento fiscal seja renovado, com base nas EFD retransmitidas pelo autuado, por solicitação do autuante.

Por fim, quanto ao pedido do patrono do autuado para que todas as notificações sejam realizadas em seu nome, sob pena de nulidade procedural, esclareço que as intimações expedidas por este órgão julgador, atendem ao quanto previsto pelo Art. 108 do RPAF/BA, entretanto, nada obsta que o pleito do autuado seja atendido, sendo que, porventura, caso isto não ocorra, não é motivo para nulidade processual.”

A 4ª JJF recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a”, do RPAF/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em razão da falta de recolhimento do ICMS nas saídas de mercadorias, cujas NF-e não foram registradas na escrituração fiscal.

Constatou que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª Instância desonerou totalmente o presente Auto de Infração, no valor de R\$492.336,35, conforme extrato (fl. 201), montante superior a R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

A desoneração decorreu do entendimento de que não foram consideradas as EFD retransmitidas pelo Autuado, por solicitação do Autuante, por infração ao Art. 251, §2º do RICMS/12.

Observo que houve um equívoco na Decisão recorrida, já que não observou que a intimação

expedida em 01/04/2019, com ciência do Autuado em 05/04/2019, relativa à Ordem de Serviço de nº 501487/19, não solicitou o envio de todos os arquivos magnéticos, mas somente daqueles que possuíam os registros de inventário - Bloco H (fl. 13).

A intimação para o envio dos arquivos magnéticos do período de julho de 2015 a dezembro de 2017, foi expedida em 04/07/2018, com ciência do Autuado em 09/07/2018, decorrente de outra Ordem de Serviço de nº 503429/18, somente anexada para demonstrar que o Autuado não respeitava os ditames legais para envio de arquivos magnéticos há bastante tempo (fls. 14 e 15).

Além disso, mesmo que a intimação tivesse sido emitida para a entrega de todos os arquivos magnéticos, a exceção constante na parte final do Art. 251, §2º do RICMS/12, somente se aperfeiçoaria com a efetiva entrega no prazo, o que não ocorreu.

A remessa dos arquivos somente ocorreu a partir de 07/05/2019, quando o prazo concedido de 30 dias já havia expirado, no dia 06/05/2019, considerando que a ciência ocorreu em 05/04/2019.

Diante do exposto, não há nenhuma nulidade na atuação do Autuante, mas a Decisão de primo grau não avaliou as demais questões de mérito da infração, sem verificar se efetivamente ocorreu a falta de recolhimento do imposto.

Verifico que não há recolhimento do imposto normal nos meses objeto do lançamento, e que, mesmo nas EFD retransmitidas, não há indicação de valor devido no resumo da apuração, apenas no Registro de Saídas, e com valor reduzido em 41,18%.

Entretanto, para que o Autuado não seja PREJUDICADO pela supressão de instância, voto pela NULIDADE DA DECISÃO DE PISO, para que os autos sejam novamente remetidos à 1ª Instância, para que seja proferida nova decisão, ultrapassando a preliminar de nulidade e avaliando o mérito da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado para modificar e decretar **NULA** a Decisão recorrida, referente ao Auto de Infração nº 299130.0007/19-3, lavrado contra **JS COMÉRCIO, IMPORTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS HOSPITALAR EIRELI**, devendo o processo ser remetido, para que ocorra novo julgamento em 1ª Instância.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de maio de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS