

PROCESSO	- A. I. N° 207160.0024/20-2
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- TECHNICO COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS S.A.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0044-03/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 18/09/2023

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0277-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE APRECIAÇÃO DE ARGUMENTOS DEFENSIVOS. NOVA DECISÃO. É nula a Decisão de Primeira Instância que deixou de apreciar todos os argumentos suscitados na peça impugnativa. O processo deve retornar à JJF para proferir novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida que julgou Nulo o Auto de Infração lavrado em 16/12/20, que acusa o cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 16.14.03. Deixou de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração da Fiscal Digital (EFD), na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária (2017). Multa no valor de R\$ 548.524,99.

Na Decisão proferida (fls. 59/62) foi apreciado que:

Inicialmente, cabe consignar, de ofício, a constatação, nos presentes autos, de ofensa ao princípio do devido processo legal e ofensa ao princípio da ampla defesa.

Depois de analisar os elementos constitutivos do processo, constato que o Autuado foi intimado para corrigir e retificar as inconsistências verificadas pelo Autuante em sua EFD de 2016 e 2017, conforme “Termo de Intimação para Correção de Arquivo da EFD”, acostado às fls. 11 a 19, indicando as inconsistências verificadas atinente aos exercícios de 2016 e 2017.

Entretanto, observo que na referida intimação não consta o prazo de trinta para o atendimento.

O prazo exigido no § 4º, do art. 247, do RICMS-BA/12, in verbis:

“Art. 247.

[...]

§ 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.”

Ante a insegurança jurídica observada no que diz respeito às regras de direito processual que determinam como deve agir o preposto fiscal na constituição do crédito tributário, entendo que a forma como foi instaurado o procedimento fiscal cerceou o direito de defesa do autuado, que não pode ser sanada por meio de diligência, não sendo possível, deste modo, se aplicar a hipótese do § 1º, do art. 18, do RPAF-BA/99. Desse modo, a autuação não deve prosperar por inobservância do devido processo legal.

Assim, resta evidenciado vício formal insuperável referente ao lançamento do crédito tributário, visto que, o Auto de Infração foi lavrado sem que o autuado fosse previamente intimado na forma preconizada expressamente na legislação de regência. Por isso, concluo que a autuação não deve prosperar, tendo em vista o flagrante cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo.

Não sendo possível adentrar-se no mérito da lide, recomendo à autoridade competente a instauração de novo procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, visando cobrar o crédito tributário porventura devido, nos termos do art. 21, do RPAF-BA/99.

O patrono Autuado, solicita sob pena de nulidade que todas as intimações alusivas ao presente feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do Autuado na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração anexa. Saliento que, nada obsta que o pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, entretanto, o regramento para a realização das intimações afigura-se definido nos artigos 108 e 109, do RPAF-BA/99. Ademais, o representante

do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ, para receber as intimações do presente feito.

Do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

A 3^a JJF recorreu de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos da alínea “a”, do inciso I, do art. 169 do RPAF-BA.

VOTO

O Auto de Infração aplica multa prevista no art. 42, XIII-A, “l” da Lei nº 7.014/96, em razão de o contribuinte deixar de atender a intimação para entrega de arquivo eletrônico da EFD retificados, nos prazos previstos na legislação tributária.

Na defesa apresentada o sujeito passivo não questionou a forma, nem a apuração da base de cálculo da multa aplicada, tendo alegado que atendeu a intimação, retificou os arquivos magnéticos entregues com inconsistências nos exercícios de 2016 e 2017 e enviou no prazo concedido.

O autuante na informação fiscal, rebateu a alegação defensiva, afirmando que o contribuinte atendeu a intimação para retificar os arquivos magnéticos relativo ao exercício de 2016, mas não fez a entrega relativo ao exercício de 2017, sobre o qual foi aplicado a multa.

Na decisão proferida, observo que o sujeito passivo não apresentou alegação de NULIDADE, a 3^a JJF de ofício declarou a nulidade fundamentando que:

Depois de analisar os elementos constitutivos do processo, constato que o Autuado foi intimado para corrigir e retificar as inconsistências verificadas pelo Autuante em sua EFD de 2016 e 2017, conforme “Termo de Intimação para Correção de Arquivo da EFD”, acostado às fls. 11 a 19, indicando as inconsistências verificadas atinente aos exercícios de 2016 e 2017.

Entretanto, observo que na referida intimação não consta o prazo de trinta para o atendimento.

O prazo exigido no § 4º, do art. 247, do RICMS-BA/12, in verbis:

“Art. 247.

[...]

§ 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.”

Constatou que o citado § 4º, do art. 247 acrescentado pelo Decreto nº 16.434/2015 foi revogado em 2019: *Nota: O § 4º do art. 247 foi revogado pelo Decreto nº 19.274, de 04/10/19, DOE de 05/10/19, efeitos a partir de 01/11/19.*

Portanto, em se tratando de norma procedural, tendo sido intimado para retificar os arquivos magnéticos em 20/10/2020, conforme Termo de Intimação para correção de arquivos da EFD acostados às fls. 11 a 19, o citado dispositivo regulamentar revogado não se aplicava mais aos procedimentos fiscalizatórios.

Observo ainda que as intimações emitidas com descrição das inconsistências de fls. 11 a 19 indicam data de 20/10/2020 e os RECIBOS DE SOLICITAÇÃO DE RETIFICAÇÃO de fls. 20 e 21 indicam “Prazo para retificar a EFD: 30/11/2020”, tendo inclusive na fl. 21 indicado os dispositivos regulamentares a serem observados pelos contribuintes obrigado à EFD previstos no Ajuste SINIEF 02/2009, que no período fiscalizado (2017) indicava especificações técnicas do leiaute do arquivo digital previsto no Ato COTEPE 09/2008 e no Guia Prático da EFD-ICMS/IPI (art. 249 do RICMS/BA – Decreto nº 15.921/2015, com efeitos de 04/02/15 a 31/12/18).

No email juntado à fl. 24, a fiscalização indicou que enviou os arquivos identificados com inconsistências na EFD, totalizando 34 (trinta e quatro) Anexos conforme intimação enviada pelo DTe.

Na defesa apresentada o sujeito passivo juntou Anexos (01, 01-A, 01-B, 01-C, 02, 02-A, 02-B e 02-C) gravados na mídia de fl. 45, relativos ao exercício de 2016 e 2017.

Na informação fiscal (fls. 49 a 51) o autuante manifestou se sobre as retificações efetuadas pelo sujeito passivo e indicou o que foi atendido e não atendido, que resultou na aplicação da multa por não apresentação dos arquivos da EFD retificados.

Ou seja, os elementos contidos no processo indicam que o contribuinte foi intimado para retificar os arquivos da EFD, atendeu a intimação, que foi analisado pela fiscalização na informação fiscal, estando presentes todos os elementos constitutivos do lançamento a serem apreciados em julgamento.

Pelo acima exposto, entendo que a Decisão ora recorrida deva ser ANULADA, devendo o processo retornar a Primeira Instância, para nova apreciação, na qual devem ser analisados todos os argumentos utilizados pela defesa, em relação ao lançamento tributário. Voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto.

VOTO DISCORDANTE

Apesar de concordar com a nulidade da Decisão da JJF, peço *venia* para divergir do voto condutor apenas quanto ao retorno do PAF à Junta de Julgamento Fiscal para realizar novo julgamento.

Vislumbro que, no presente caso, a multa exigida de R\$ 548.524,99 decorreu do fato de o sujeito passivo ter deixado de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD) na forma e prazos previstos na Legislação Tributária, cuja intimação ocorreu em 2020, quando não mais vigia o prazo de 30 dias previsto no art. 247, § 4º do Decreto nº 13.780/12, eis que tal dispositivo legal foi revogado pelo Decreto nº 19.274 de 04/10/2019, com efeitos a partir de 01/11/2019, estando, assim, equivocada a Decisão recorrida em anular o Auto de Infração, ao concluir “... que a autuação não deve prosperar, tendo em vista o flagrante cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo”, objeto do Recurso de Ofício, razão para o voto condutor entender pelo retorno do PAF à Junta de Julgamento Fiscal para realizar novo julgamento.

Porém, em que pese me alinhar ao entendimento de que a Decisão recorrida está equivocada, pois inexiste “cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo”, já que não mais vigia o prazo de 30 dias, previsto no art. 247, § 4º do Decreto nº 13.780/12, para atender a intimação, discordo do envio dos autos para novo julgamento pela primeira instância, pois, com fundamento subsidiário nos termos previstos no art. 1.013, § 3º, IV do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16/03/2015, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada e, se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito *quando decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação*, logo, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

Ademais, por tratar de obrigação acessória de fazer, ou seja, entrega do arquivo eletrônico da EFD sem inconsistências, uma vez comprovado o equívoco da Decisão recorrida quanto ao alegado cerceamento do direito de defesa, inevitável a análise por esta Câmara de Julgamento Fiscal sem a necessidade do retorno do PAF para JJF efetivar novo julgamento, diante das provas processuais ínsitas nos autos, pois, quanto ao princípio do duplo grau de jurisdicção no processo administrativo, tanto a doutrina como a jurisprudência da Corte Suprema brasileira, convergem ao entendimento de que tal regra não encontra guarda em nível constitucional.

Assim, vislumbro que, no presente caso, este Colegiado, ao declarar NULA a Decisão recorrida, deveria avançar para julgar o mérito e examinar as demais questões postas e não analisadas pela JJF, em decorrência da declaração equivocada de nulidade do Auto de Infração, sem causar qualquer prejuízo ao contraditório ou direito de defesa do contribuinte, pois, ao recorrido, no caso específico, com efeito suspensivo, resta-lhe ainda o Pedido de Reconsideração da Decisão da Câmara que tenha, em julgamento de Recurso de Ofício, reformado a de primeira instância em processo administrativo fiscal, previsto no art. 169, “d” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Diante destas considerações, consigno minha concordância com o Voto condutor, no que tange à

nulidade da Decisão recorrida, em que pese **discordar** do envio dos autos para novo julgamento pela Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **207160.0024/20-2**, lavrado contra **TECHNICO COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS S.A.**, devendo os autos ser retornar à Primeira Instância para realização de novo julgamento.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana, Igor Lucas Gouveia Baptista, Henrique Silva de Oliveira, Gabriel Henrique Lino Mota e Maurício Souza Passos

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Fernando Antonio Brito de Araújo.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2023.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - VOTO DISCORDANTE

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS