

A. I. Nº - 1088803012/16-0
AUTUADO - TRANSBIRIBEIRA - MINERAÇÃO E TRANSPORTES LTDA - ME
AUTUANTE - MARIA CONSUELO GOMES SACRAMENTO
ORIGEM - INFRAZ INDÚSTRIA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 13.04.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0040-04/17

EMENTA: ICMS: OPERAÇÕES TRIBUTADAS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTADAS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Não restou caracterizada a ocorrência de operações tributadas efetuadas pelo autuado como não tributadas. Acusação desprovida de elementos que deem segurança a acusação, além de utilização de método de apuração também inseguro que enseja claro cerceamento da ampla defesa. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 04/08/2016, exige ICMS no valor de R\$827.878,96 pela constatação de que o contribuinte deixou de recolher o imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta na descrição da infração que a empresa emitiu as notas fiscais, porém não recolheu o imposto devido, “conforme detalhamento das notas fiscais em anexo”. Período: novembro de 2011 a novembro de 2013, março de 2014 a dezembro de 2015.

O autuado impugna o lançamento fiscal (fls. 112/117). Após transcrever a infração a si imputada e observar a tempestividade de sua defesa, apresenta as seguintes razões à nulidade da ação fiscal.

FALTA DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS. Afirma que o fisco deixou de executar este procedimento legal, o que acarreta a nulidade absoluta do lançamento fiscal, com base no art. 26, II, do RPAF/BA, conforme comenta. Ressalta de que antes desta autuação, teve contra si lavrado outro Auto de Infração pelo auditor fiscal, Sr. Agilberto Marvila (cadastro: 13.279757-9), com infração semelhante, referente aos exercícios de 2010 a 2011 (DOC 1), onde ele procedeu dentro dos preceitos legais acima referido, sendo que a empresa não contestou o lançamento fiscal, parcelando tal débito.

FULCRO DA AUTUAÇÃO EQUIVOCADO. Diz que em cotejo dos demonstrativos elaborados pela autuante e a descrição fática da infração, existe discrepância, pois se constata de que todas as notas fiscais (DANFEs) emitidas pela empresa se encontram com o destaque do imposto. Entende que este fato decorreu do fato da falta de intimação para apresentação dos livros e documentos fiscais. Ou seja, como textualmente afirma: “a descrição fática não está em conformidade com o procedimento adotado para apurar o ICMS na infração”. Afora que não foi chamado para apresentar seus livros fiscais (de Entradas/Saídas e de Apuração de ICMS), bem como eventuais notas fiscais com crédito de imposto.

Observa, em seguida, de que este Colegiado pacificou entendimento neste sentido, cita como exemplo o Acórdão JJF Nº 0397-05/09.

Passa a discorrer sobre os procedimentos que a fiscalização deve adotar para que o lançamento fiscal não contenha vícios formais que desaguem em nulidade da autuação.

Em assim sendo, requer a nulidade do lançamento fiscal ante “a inexistência nos autos de elementos suficientes para determinação com segurança do cometimento da infração, com repercussão no exercício da ampla defesa do sujeito passivo”, por violação ao quanto disposto no art. 18, II e IV, alínea “a”, do RPAF/BA.

No mérito, afirma que resta ele totalmente prejudicado em razão da inexistência do crédito tributário, pelas razões de nulidades acima.

Requer, por fim:

1 - *Que seja conhecido e processado regularmente a presente Defesa pela competente Câmara de Julgamento desse CONSEF, objetivando o provimento do seu pedido, no sentido de reconhecer a nulidade do Auto de Infração, com remessa deste PAF à PROFIS, para a devida ratificação.*

2 – *Que as correspondências possam ser também endereçadas ao endereço do contador na Rua Alceu Amoroso Lima, 314, Sala 308 Bairro Caminho das Arvores, CEP 41820-770 – Salvador – Ba, face o endereço da empresa ser em lugar de difícil acesso.*

A autuante presta sua informação fiscal (fls. 131/134). Após sintetizar as alegações de defesa, informa:

1. Ao contrário do que afirma o autuado, foi ele regularmente intimado em 08/07/2016, através do seu Domicílio Tributário Eletrônico – DTE, código de mensagem nº 2942, com ciência datada de 26/07/2016, conforme intimação que apensou aos autos.
2. De acordo com o art. 127-D da Lei nº 3956/81 (transcrito) a comunicação eletrônica é válida.
3. Que o levantamento fiscal foi realizado através das NF-es de entradas e saídas. No entanto, constatou de que a maioria das NF-es de entradas se tratava de mercadorias adquiridas para uso ou consumo e para o ativo imobilizado.

E conclui: *“Diante do exposto, e tendo em vista que o contribuinte alega não ter sido utilizado o critério de apuração de débito e crédito do ICMS, sugiro a apresentação dos documentos fiscais de entradas e os livros de Entradas, Saídas e Apuração do ICMS, a fim de apurar o imposto corretamente. Caso o contribuinte não apresente os livros e documentos fiscais solicitados, a autuação deverá ser mantida, pois os pressupostos legais exigidos foram atendidos”.*

Chamado para tomar conhecimento da informação fiscal, mais uma vez, o contribuinte se manifesta (fls. 142/143) com os seguintes argumentos:

1. *A Intimação eletrônica a qual não foi lida pela empresa, conforme o próprio documento, RATIFICA que não possui a data da leitura, ainda assim apresenta uma falha no trâmite da auditoria fiscal conforme Art. 127-D, IV, que diz:*

..... IV – no interesse da Administração Pública, a comunicação com o sujeito passivo credenciado poderá ser realizada mediante outras formas previstas na legislação.

2. *O contribuinte ratifica seu pedido e seus argumentos de nulidade descritos na sua defesa inicial pois o art. acima protege ainda o contribuinte na ausência da leitura da intimação eletrônica, e pela falta do fisco na falta de atender o preceito do art. 127,IV;*

Quanto a sugestão do fisco para apresentar os livros é intempestiva, sem qualquer efeito, uma vez que *“o CONSEF antes de adentrar ao mérito, é imprescindível a análise de preliminares capazes de anular o lançamento efetuado, uma vez que deve o julgador apreciar as preliminares suscitadas, obrigatoriamente, antes de decidir o mérito”.*

Ratifica seu pedido e seus argumentos de nulidade descritos na sua defesa inicial, *“pois o art. acima protege ainda o contribuinte na ausência da leitura da intimação eletrônica, e pela falta do fisco na falta de atender o preceito do art. 127, IV”.*

A autuante, pela segunda vez, se manifesta (fls. 153/155). Após sintetizar as alegações do autuado quando de sua última manifestação, informa:

1. Como informado pelo próprio contribuinte, o endereço da empresa é de difícil acesso e os números dos telefones informados à esta SEFAZ não atendem.
2. Conforme disposto no art. 3º do Decreto-Lei nº 4657/42 (Lei de Introdução do Direito Brasileiro) a *“ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.*
3. A empresa tinha conhecimento da alteração da legislação e fez o referido credenciamento em 23/12/2015 às 15:41:00, conforme relatório anexo.
4. De acordo com o art. 127-D (transcrito) da Lei nº 3956/81 a comunicação eletrônica é válida.

Diante do que expôs, mantém a autuação, uma vez que os pressupostos legais exigidos foram atendidos.

VOTO

A empresa em sua impugnação apresenta duas preliminares à nulidade da ação fiscal.

Na primeira, afirma de que não foi intimado a apresentar os seus livros e documentos fiscais em completa desobediência ao que dispõe o art. 26, II, do RPAF/BA.

Ao examinar as peças processuais resta provado de que o autuado foi intimado para apresentação de sua documentação fiscal, do período fiscalizado, em 26/07/2016, através do seu Domicílio Tributário Eletrônico – DTE.

O DTE é o sistema responsável pela comunicação eletrônica da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia – SEFAZ/BA com seus contribuintes. Através dele é estabelecida tal comunicação, que, dentre outras finalidades, encaminha avisos, intimações, notificações e cientifica o contribuinte de quaisquer tipos de atos administrativos. Adicionalmente, o DTE disponibilizará relatórios com informações fiscais de interesse da empresa, relatórios estes extraídos do banco de dados da SEFAZ, de forma a funcionar como um portal de serviços na internet.

O DTE foi instituído pela Lei nº 13.199/2014, que alterou o art. 127-D da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e o art. 108 do RPAF/BA.

A adesão dos contribuintes a este meio de comunicação foi obrigatória, sendo estabelecido cronograma desta obrigatoriedade de 01/01/2016 a 31/08/2016 (a depender do porte da empresa) para que todos os contribuintes se credenciassem, conforme regras estabelecidas na Portaria 253/2015.

Entre tais regras, o contribuinte aderiria (ou adere) ao DTE mediante utilização de Certificado Digital ou com a utilização de Usuário e senha de acesso fornecida pela SEFAZ. Afora que, quando do seu credenciamento, a empresa deve seguir os seguintes passos: 1. Credenciamento (Termo de Aceite); 2. Cadastro de e-mail; 3. Confirmação de e-mail (onde é tornado ativo o e-mail); 4. Vinculação e Gravação do e-mail (onde é tornado ativo a conta domicílio). E estes três últimos passos permitem que sempre que uma nova mensagem chegar à conta domicílio, o contribuinte receberá um e-mail de alerta nos endereços que foram vinculados para que ele acesse sua conta no DTE.

O autuado aderiu ao DTE em 23/12/2015. Em assim sendo, estava obrigado a consultar o seu domicílio eletrônico fiscal, inclusive, embora não constante das peças processuais, deve ter recebido e-mail para que assim o fizesse, já que este e-mail é obrigatório quando do credenciamento.

Após estas linhas gerais, o art. 127-D da Lei 3956/81 dispõe:

Art. 127-D. Fica instituída a comunicação eletrônica entre a Secretaria da Fazenda e o sujeito passivo de tributos estaduais por meio de portal de serviços na rede mundial de computadores, denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, sendo que:

I - a Secretaria da Fazenda utilizará a comunicação eletrônica para, dentre outras finalidades:

- a) cientificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos;*
- b) encaminhar notificações e intimações;*
- c) expedir avisos em geral;*

II - a comunicação eletrônica somente será implementada após credenciamento do sujeito passivo na forma prevista em regulamento;

III - ao sujeito passivo credenciado será atribuído registro e acesso ao DT-e com tecnologia que preserve o sigilo, a identificação, a autenticidade e a integridade das comunicações.

Parágrafo único. A comunicação eletrônica nos termos deste artigo será considerada pessoal para todos os efeitos legais, observando-se o seguinte:

I - considerar-se-á realizada no dia em que o sujeito passivo acessá-la;

II - nos casos em que o acesso se dê em dia não útil, será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte;

III - caso o acesso não seja realizado no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data de seu envio, será considerada realizada no dia útil seguinte ao término desse prazo;

IV - no interesse da Administração Pública, a comunicação com o sujeito passivo credenciado poderá ser realizada mediante outras formas previstas na legislação.

E o art. 108, do RPAF/BA determina.

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

§ 2º A comunicação por meio eletrônico somente será realizada para contribuinte credenciado pela SEFAZ para acessar o portal de serviços denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, no endereço eletrônico www.sefaz.ba.gov.br.

§ 3º A comunicação por meio do DT-e será considerada recebida numa das seguintes datas, a que ocorrer primeiro:

I - no dia em que a pessoa jurídica efetivar a consulta ao teor da comunicação no domicílio tributário eletrônico, na hipótese de a consulta ocorrer em dia útil;

II - no primeiro dia útil seguinte ao da efetivação da consulta, na hipótese de a consulta ocorrer em dia não útil;

III - no dia útil seguinte após o prazo de 15 (quinze) dias, contados da data de envio da comunicação, caso não ocorra o acesso nesse prazo.

§ 4º O prazo indicado no inciso III do § 3º:

I - será contínuo, excluindo-se, na sua contagem, o dia do envio da comunicação e incluindo-se o do vencimento;

II - fluirá a partir do primeiro dia útil após o envio da comunicação.

Diante da norma acima posta, a intimação feita através do DTE é considerada uma intimação pessoal para todos os efeitos legais (Parágrafo único do COTEB). E é considerada efetivada quando o contribuinte acessa seu domicílio eletrônico tributário (incisos I e II do Parágrafo único do art. 127-D da norma referida) ou no caso da falta deste acesso, “no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data de seu envio, será considerada realizada no dia útil seguinte ao término desse prazo” (inciso III).

No caso da presente lide, a intimação foi realizada em 08/07/2016. O contribuinte não acessou seu DTE ou não abriu a intimação realizada. Em 26/07/2016, diante das determinações do inciso III, do Parágrafo único do art. 127-D da Lei nº 3956/81 e §§ 3º e 4º do art. 108, do RPAF/BA, o autuado, legalmente, foi notificado do início da ação fiscal (art. 26, II e art. 28, I e II, ambos do RPAF/BA) sendo-lhe solicitados os livros e documentos fiscais referentes aos exercícios de 2011 a 2015 (fl. 135 dos autos).

O defendente em sua última manifestação alega que como não leu a intimação, fato provado pelo próprio documento apresentado pela autuante de fl. 135, não foi intimado para apresentar qualquer documento para dar início à ação fiscal.

Ora, este é argumento que não se pode dar qualquer guarida. Sabe perfeitamente o autuado de que o campo “Data de Leitura” é, de fato, o dia em que o contribuinte acessou a intimação (para o caso - leitura). Diante da legislação posta e já comentada, esta data seria a mesma do campo “Data de Ciência” se ele tivesse acessado a notificação. Como não o fez, as determinações do inciso III, do Parágrafo único do art. 127-D do COTEB e §§ 3º e 4º do art. 108, do RPAF/BA foram, automaticamente, implementadas. Em assim sendo, a “Data de Ciência” da Intimação se deu em 26/07/2016 e a “Data de Leitura” se encontra em branco. E o Auto de Infração foi lavrado em 04/08/2016.

O autuado ainda alega que como o inciso IV, do Parágrafo único do art. 127-D do COTEB o beneficia, deveria a fiscalização o ter acionado. Este é argumento sem qualquer razão para se dá guarida. Tais determinações podem ou não serem realizadas, a depender do interesse da Administração Pública. No caso presente, não se observa qualquer interesse ou justificativa da administração pública em utilizar outros meios de comunicação com um contribuinte de nem acessa as comunicações existentes no seu domicílio tributário eletrônico, como obrigado se encontra.

Por tudo exposto, é rejeitada a nulidade arguida, não havendo qualquer cerceamento de defesa, nem desobediência ao disposto no art. 18, do RPAF/BA.

A segunda nulidade aventada pelo contribuinte diz respeito ao fulcro da autuação.

A infração imputada foi: deixou de recolher o imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Ou seja, o contribuinte realizou operações comerciais com mercadorias tributadas, porém o fez como se elas assim não estivessem enquadradas.

As mercadorias foram: areia grossa, areia média, areia fina e areia limpa.

Na própria descrição da infração consta que “*a empresa emitiu as notas fiscais, porém não recolheu o imposto devido*”, o que poderia, a princípio, se supor que o contribuinte não recolheu o imposto tendo em vista que as considerou sob o manto da isenção.

No entanto, em sua impugnação, o contribuinte alega de que ao emitir todas as notas fiscais, o fez com tributação normal. Ao consultar, por amostragem, alguns documentos fiscais no site das NF-es (NF-es nºs 1 (fl. 12); 41 (fl. 13) e 1667 (fl. 47), de fato em todas elas o imposto encontra-se destacado no documento fiscal. Inclusive são os mesmos valores autuados.

Em síntese, as operações foram tributadas. Se, acaso, o contribuinte não recolheu o imposto, conforme destacado, esta situação não pode levar o fisco a inferir de que as operações foram declaradas como não tributadas, pois situação diversa, com auditoria diversa.

O fato da empresa se recusar a entregar seus livros e documentos fiscais não leva o fisco a aplicar, para apuração do imposto, auditoria não condizente com a situação posta. Inclusive a legislação tributária determina diversos procedimentos a serem executados pelo fisco, que pode chegar até a um regime especial de fiscalização (art. 46, da Lei nº 7014/96) e, quiçá, o mais penoso para o contribuinte.

Lembro que a atividade de fiscalização esta vinculada á lei (art. 142, do CTN), tendo, obrigatoriamente, que está baseada em provas do ilícito fiscal cometido, uma vez que o elemento material do fato gerador é constituído exatamente pela base de cálculo que, juntamente com a alíquota aplicável determinam o *quantum debeatur*. Assim, deve ser ela precisa, exata e aplicada a legislação correta para cada operação, para que haja segurança em sua determinação, sendo assegurada sua cobrança administrativa ou judicial com sucesso.

Em assim sendo, a imputação do autuante de que teria ocorrido “operações tributadas como não tributadas” não se fez acompanhar de provas na forma devida, indispensável à confecção dos atos administrativos, qual seja a sua motivação. Da análise do levantamento fiscal, a metodologia utilizada pela fiscal autuante foi apenas relacionar as operações de saídas dos diversos tipos de areia e exigir o imposto que havia sido destacado nos documentos fiscais. Ou seja, ao não ter em mãos os livros fiscais poderia ter detectado indício da constatação de alguma irregularidade a ser verificada, porém não buscou a verdade material dos fatos. Observo, inclusive, que não existe nos autos qualquer prova de que houve, ou não, algum recolhimento mensal feito pelo contribuinte do ICMS.

No mais, após ação fiscal, como bem pontuado pelo impugnante, a apresentação de livros e documentos fiscais para apuração do imposto, conforme sugeriu a autuante, para a realização de

fiscalização através de uma auditoria do conta corrente fiscal, por exemplo, além de intempestiva, muda completamente o fulcro da autuação.

Assim e no meu entendimento, a metodologia aplicada pela fiscalização foi irregular e se encontra desvinculada da legalidade para se apurar a base de cálculo, violando o direito de defesa do recorrente, conforme, e inclusive, foi afirmado pelo impugnante ao dizer não ter condições de elidir a acusação a ele imputada sem antes ser examinada esta questão.

Por fim, quanto ao pedido do representante legal da empresa de que cópias das notificações referentes a presente lide sejam encaminhadas ao seu contador, ressalto que no foro administrativo embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao contador ou mesmo ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, nada obsta de que seu pleito seja atendido. O órgão competente desta Secretaria de Fazenda poderá enviá-lo comunicações sobre o andamento do presente processo, embora não obrigatória e não ensejando, sua falta, motivo para alegação de cerceamento de defesa, nem tampouco determinara a nulidade do lançamento fiscal, uma vez que a presente lide ainda se encontra na esfera administrativa, a empresa autuada tem endereço e, igualmente, seus sócios, não havendo previsão legal no RPAF/BA para tal comportamento. E, para não restar qualquer dúvida, relembro ao nobre patrono da empresa que, conforme determinações legais, as sessões de julgamento deste Colegiado são publicadas no Diário Oficial do Estado (art. 49 do Regimento Interno deste CONSEF) e no site da Secretaria da Fazenda.

Por fim, caso o defendente esteja cadastrado no sistema deste foro administrativo, receberá todas as intimações e decisões emanadas por este órgão julgador a respeito da presente lide.

Por tudo exposto, julgo NULO o presente Auto de Infração com base no art. 18, incisos II, III e IV, “a” do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99). Recomendo ao órgão competente que examine se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento a salvo de falhas, obedecendo aos prazos decadências, objetivando a recuperação da Receita Pública. podendo o contribuinte, antes desta renovação, sanar alguma irregularidade porventura existente mediante denúncia espontânea.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº108880.3012/16-0, lavrado contra **TRANSBIRIBEIRA - MINERAÇÃO E TRANSPORTES LTDA – ME**.

Esta Junta de Julgamento recorre de Ofício desta decisão, para uma das Câmaras deste Conselho, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2017

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO / RELATORA

ÁLVARO BARRETO IEIRA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA