

A. I. N° - 298942.0004/20-3
AUTUADO - COMERCIAL BRANDÃO DE FESTAS E UTILIDADES LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAC COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26/05/2021

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0067-01/21-VD

EMENTA: ICMS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Devidamente comprovado, pelos demonstrativos elaborados pelo autuante, de que o sujeito passivo não tributou corretamente as saídas de mercadorias sujeitas à tributação, em operações com ECF. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/03/2020, refere-se à exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$153.992,10, mais multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 03.02.04: Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, referente aos meses de janeiro a dezembro de 2015; janeiro a março, julho a dezembro de 2016; e janeiro a maio de 2017.

"Compensamos débito do imposto apurado com recolhimento a maior de imposto, após a nossa reconstituição do RAICMS".

Enquadramento Legal: artigos 24 a 26, da Lei nº 7.014/96 C/C art. 305, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa prevista no art. 42, II, "a", da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 23/03/20 (DTE à fl. 39) e ingressou com defesa administrativa às fls. 41 a 48.

Em sua peça defensiva, a Impugnante inicia fazendo comentários sobre a tempestividade da impugnação. Na sequência, faz um breve resumo sobre a acusação fiscal, transcrevendo, ainda, a imputação que deu origem ao Auto de Infração.

Prossegue a defesa preliminarmente arguindo a ausência de Termo de Início de Fiscalização, e o fato do Auto de Infração não ter sido lavrado no estabelecimento do autuado.

Entende que tais ocorrências eivam de completa nulidade o ato administrativo, e acrescenta que os papéis, documentos e anexos gerados pelo sistema da Sefaz/BA não estão assinados e/ou vistados pela autoridade fiscal, conforme preconiza o §1º, do artigo 15, do Decreto nº 7.629/99.

Traz à colação ensinamentos do professor Bernardo Ribeiro de Moraes, bem como o art. 39, do RPAF/BA, visando amparar suas alegações.

Volta a reclamar que não constam, nos autos qualquer tipo de notificação ou intimação prévia que ensejaria a fiscalização. Cita o artigo 26, do RPAF/BA, dizendo que não se considera início de procedimento fiscal o envio, através do Domicílio Tributário Eletrônico - DTE, de comunicado dando conhecimento ao sujeito passivo de início de fiscalização e/ou inconsistência verificada.

Ainda em preliminar de nulidade, pontua que houve violação ao que dispõe o art. 28, §3º, VI, do Decreto Estadual 7.629/99.

Relata que a descrição da infração fiscal foi descriminada por mês e ano, contendo a base de cálculo, alíquota aplicada, o valor supostamente devido, e anexo com descrição dos acréscimos moratórios, tendo sido tudo recebido pelo contribuinte, juntamente com as planilhas de apuração do imposto.

No entanto, argumenta que no corpo do auto não consta de forma detalhada a razão do imposto cobrado, entendendo que pretende o fisco transferir para o autuado a obrigação de provar aquilo que o Auto não conseguiu.

Pontua que o processo inverte o ônus da prova, e aduz que a planilha de apuração do ICMS enviada pelo autuante se contrapõe com a descrição do A.I.

No mérito, afirma o autuado que revisou as planilhas acima mencionadas, comparando com os pagamentos, e constatou que não deve o imposto cobrado.

Frisa que o autuante cita pagamento a maior, e que talvez por equívoco, altera o cenário, para exigir imposto. Entende que as planilhas elaboradas demonstram que não há débito para ser exigido.

Diz que nas planilhas apresentados constam valores a menos de ICMS normal pagos, no seguinte meses: janeiro de 2016 (77,00); abril de 2017 (1.120,55) e julho de 2017 (5.721,66).

Afirma, porém, que ao levar em consideração o saldo de meses anteriores, decorrente de pagamento a maior em meses anteriores, estes débitos desaparecem.

Ratifica que pagou todos os impostos apurados mensalmente, conforme conta corrente fiscal, e que em muitos meses em valor superior ao apurado.

Reclama que em alguns meses não houve aproveitamento de crédito do ICMS parcial pago no mês anterior, na “reconstituição do LRAICMS” feita pelo autuante.

Traz a colação às fls. 46 e 47, planilhas, objetivando demonstrar sua alegação.

Afirma que realizou a apuração do imposto obedecendo aos artigos mencionados no enquadramento legal do Auto de Infração.

Ao final, requer:

1 – Que declare integralmente nulo o Auto de Infração por não ter sido lavrado no estabelecimento da Impugnante, bem como, pela completa ausência de intimação fiscalizatória ao contribuinte no prazo legal, inclusive ausência comprovada também, pela Termo de Início de Fiscalização ter sido feita via DT-e, descumprindo a legislação, e em total prejuízo ao contribuinte;

2 – Que Declare integralmente nulas as multas por infração à obrigação principal da Infração 01,

3 - Na forma do Artigo 73 e seguintes, do RPAF/BA, desde já vem pleitear o resarcimento/restituição de quantias recolhidas indevidamente a maior;

4 - Que declare integralmente improcedente a lavratura do Auto de Infração em questão, pelos motivos retro mencionados

5 - Protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito.

6 – E que mesmo com tudo que foi demonstrado e arguido, não se anule o auto, que se impugne o mesmo, seja totalmente ou parcialmente;

7 – E caso não seja atendido nenhum pleito, inclusive o do item anterior, que se determine diligência fiscal, e dê ao autuado prazo para retificação dos livros fiscais por meio da retificação do SPED FISCAL, conforme prevê o RPAF (Decreto 7.629 de 09-07-99), a fim de verificação de eventual erro de escrituração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 51/52, inicialmente dizendo que o contribuinte se utiliza do seu direito de defesa para protelar o pagamento do imposto devido.

Rebate as preliminares suscitadas, pontuando que o defendantee não observou que a fiscalização foi de estabelecimento, relativo a anos anteriores e não por fato sumário de momento, quando deve ser autuado no local da ocorrência.

Enfatiza que além da intimação por DTE, o contribuinte foi acionado por e-mail por diversas vezes, para o acompanhamento e questionamento dos trabalhos.

Acrescenta que o trabalho foi apresentado antes da lavratura do AUTO DE INFRAÇÃO para dar total transparência, descabendo as alegações defensivas de descrição sucinta da autuação ou de cerceamento de defesa.

Enfatiza que as demais alegações defensivas não são acompanhadas por qualquer prova.

Frisa que o procurador do autuado refere-se a CONTA CORRENTE FISCAL, o que não condiz com a autuação que se refere a erro na carga tributária de mercadorias vendidas no ECF, onde foi apurado o imposto em dissonância com a legislação tributária, conforme ITEM B e anexo.

Enfatiza que foi trocado mais de 15 e-mails, além de telefonemas explicando a ação fiscal.

Se mostra surpreendido com os termos da defesa, dizendo que agiu na maior transparência, beneficiando o contribuinte, por exemplo, ao compensar débitos recolhidos a maior.

Ao final, assinalando que não houve qualquer questionamento sobre a infração e muito menos qualquer prova apresentada contestando o trabalho, mantem o feito em sua totalidade.

VOTO

O autuado, em preliminar, suscitou a nulidade da autuação, por não ter sido lavrada no estabelecimento da Impugnante, bem como pela ausência de intimação ou Termo de Início de Fiscalização.

Incialmente, verifico que o presente lançamento foi efetuado de forma comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Observo ainda, que o autuado tomou conhecimento do teor da acusação, tendo em sua própria peça defensiva, informado que recebeu cópias dos demonstrativos e planilhas, que embasaram a autuação, e pode exercer de forma plena e absoluta o seu direito de defesa.

Em relação à alegação defensiva de falta de intimação prévia, embora em tempos remotos este Conselho tenha entendido, que a ausência de termos de início ou de intimação ensejavam a nulidade, é fato que tal jurisprudência há muito foi modificada, cito como exemplo a decisão contida no Acórdão CJF Nº 0332-12/20-VD. Trago abaixo, ainda, ementa da decisão deste Conselho de Fazenda CJF Nº 0117-11/18, em que deixa suficientemente claro que não se anula lançamento de ofício por erro formal, sem que se comprove prejuízo ao autuado, pelo princípio *pas de nullité sans grief*, adotado inclusive em decisões de tribunais superiores:

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. O próprio RPAF já admite que considera-se iniciado o procedimento com a emissão de Auto de Infração, conforme o inciso V, não havendo qualquer imposição ao termo de início ou intimação como condição formal para se validar a ação fiscal. Na própria ação fiscal de trânsito, inexiste quaisquer procedimentos preparatórios como intimação ou termo de início, pelas características deste tipo de ação fiscal, e hoje tal situação também se aplica à auditoria de estabelecimentos. Retorna-se os autos à Primeira Instância para novo julgamento. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PROVIDO. Decisão por maioria.

Dessa forma, ainda, considerando que o autuado tomou ciência da autuação via DTE (fl. 39), conforme prevê o art. 108, §3º do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, considero que foram observados todos os requisitos previstos no art. 39 do Regulamento acima citado, não havendo do que se cogitar qualquer hipótese de nulidade da autuação.

Em relação ao pedido de diligência formulado no final da peça defensiva, nego, por entender que os dados constantes no processo são suficientes para a sua apreciação, nos termos do artigo 147, I, “a” do RPAF/99.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que, em momento algum conseguiu figurar na defesa formulada.

Assim, não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, nem a necessidade de realização de diligência, passo à análise do mérito, como segue.

Versa o Auto de Infração em exame, sobre recolhimento a menor ICMS em razão de erro na apuração dos valores do imposto nos anos de 2015 a 2017, conforme demonstrativos e planilhas às

fls. 09 a 36 dos autos. Consta explicitamente nas planilhas de apuração, que se trata de registro de débito a menor, por erro na determinação da carga tributária nas operações com ECF.

Entretanto, na sua impugnação, o sujeito passivo limitou-se a negar a existência do débito apurado, fazendo alegações desconexas que efetivamente não elidem o lançamento fiscal.

O artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do supracitado regulamento.

Restou, portanto, devidamente comprovado pelos demonstrativos elaborados pelo autuante, que o sujeito passivo não tributou corretamente as saídas de mercadorias sujeitas à tributação, em operações com ECF.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298942.0004/20-3**, lavrado contra **COMERCIAL BRANDÃO DE FESTAS E UTILIDADES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$153.992,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de abril de 2021

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR