

A. I. Nº - 222468.0019/20-1
AUTUADO - OBJETIVO TRANSPORTES EIRELI
AUTUANTE - PAULO DE TARSO DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 07/10/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0147-03/21-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO. Contribuinte não apresenta elementos com o condão de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Indeferida a solicitação de diligência. Negado pedido de cancelamento ou redução de multa. Rejeitadas as preliminares de nulidades arguidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 27/06/2020, traz a exigência de crédito tributário, no valor histórico de R\$120.161,64, acrescido da multa de 60%, pela constatação da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 01.02.02 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a aquisição de materiais de uso e consumo do próprio estabelecimento, nos meses de fevereiro de 2018 a dezembro de 2019. Consta na descrição dos fatos, que devidamente intimado, o contribuinte apresentou argumentos contraditórios, que não comprovam a utilização correta da totalidade dos créditos informados no registro E -111 de sua EFD, para abatimento de débitos, lançados como Ajuste de Créditos do imposto “BA – 029999 - Outros Créditos do ICMS no Registro de – Operações Próprias” transmitidos e assinados digitalmente conforme cópias do relatório gerado pelo SPED. Para a atividade do contribuinte – Transporte Rodoviário de Cargas – o § 6º, do art. 309 do RICMS/12, admite apenas, o uso de créditos referentes a combustíveis, lubrificantes, óleos aditivos e fluidos. Inobstante esta regra, o Autuado utilizou créditos referentes a autopeças e pneus.

O autuado impugna o lançamento às fls.64/70. Contesta a autuação dizendo da tempestividade da sua defesa administrativa. Repete a irregularidade imputada.

Requer a anulação e/ou impugnação total ou parcial do processo administrativo fiscal em epígrafe, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

Afirma que a Secretaria da Fazenda iniciou procedimento de fiscalização foi feito completamente fora do estabelecimento da Impugnante, apenas sendo intimada por DT-e, e encerrado com a lavratura do Auto de Infração em 27- 06-2020, sendo que todo o processo, do início ao término decorreu no período em que o Estado e o Município decretaram estado de calamidade pública, e que a nível Estadual, perdura até hoje, e neste período as unidades de atendimento e posto de trabalho de SEFAZ esteve e estão fechadas, portanto, ação fiscalizatória contrário a legislação em vigor e até inibindo o contribuinte ao acesso a documentos que estão disponíveis (referente processo que resultou no auto), no que solicita impugnação integralmente.

Acrescenta que o lançamento de ofício tem uma única infração, e que apresenta sua contestação. Como consequência da fiscalização foi lavrado o Auto de Infração, com peça inicial com 3 (três folhas), complementado por anexos com 57 (cinquenta e sete) folhas.

Diante das irregularidades alegadas em sua narrativa, o referido Auto de Infração deve ser anulado integralmente, por motivos de fato e razões de direito, como será demonstrado, de forma simples e honesta.

Embora, cientificada via DT-e em 04/07/2020, com prazo de 60 (sessenta) dias, para apresentação de sua impugnação na forma do artigo 123 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/1999,

em face do Decreto Estadual nº 19.886, de 30/07/2020, DOE- 31/07/2020, o prazo foi suspenso até o dia 15-08-2020. Portanto, a nova data de contagem seria dia 16-08-20, mas por este ser um dia não útil (domingo), passou a contar a partir da segunda-feira, dia 17-08-20, conforme art. 22, § 1º do RPAF-BA, portanto, data da recontagem, se deu a partir do dia 17-08-2020.

Frisa que o Auto de infração tem inegável natureza jurídica de ato administrativo refrativo. Como tal, deve deter requisitos para que produza efeitos legais. O Auto de Infração contém vícios irreparáveis, os quais o eivam de nulidade formal absoluta. O procedimento administrativo fiscal (RPAF), tem os requisitos obrigatórios para aplicação no auto de infração.

Consta do Auto de Infração que o local da lavratura foi a Inspetoria do Cacau, e não o endereço do Autuado. A lavratura em lugar diverso do local onde se constatou a suposta infração, contamina de nulidade o auto de infração. Sobre o tema, cita ensinamentos do Prof. Bernardo Ribeiro de Moraes.

Sustenta que o Auto de Infração deve ser lavrado com precisão e clareza e relatar minuciosamente, o fato ou fatos erguidos, caracterizando e definindo o autuado. Uma das principais características do auto de infração é o fato do mesmo ser obrigatoriamente lavrado no local da verificação da infração e no momento de sua constatação.

Tal requisito é fundamental, uma vez que, lavrado em outro local ou mesmo na própria repartição, não haverá um auto de infração (peça instrumento de constatação), pois deixará de existir a constatação feita no momento indicado, como se fosse “flagrante”. O auto de infração, assim, deverá ser lavrado no local onde foi “verificada a ocorrência da infração” e no momento em que seja “constatado o descumprimento das obrigações previstas na legislação tributária”.

Ademais, este "equivoco" proposital e recorrente cometido pela autoridade autuante, eiva de completa nulidade o ato, porquanto ausente pressupostos de nulidade do ato administrativo, haja vista que todos os papéis e documentos e anexos gerados pelo sistema da SEFAZ/BA deveriam estar assinados e visados pela autoridade fiscal, conforme determinado pelo artigo 15, do Decreto nº 7.529/99, e que caracteriza de fato e de direito nulidade absoluta do presente auto, o que de pronto fica requerido a sua completa nulidade, não subsistindo a previsão do § 2º do aludido artigo.

Reitera que não constam nestes Autos, qualquer tipo de notificação, ou intimação prévia que ensejaria tal fiscalização e suas infrações, a afronta direta do direito de plena defesa da informação no momento próprio e não depois de autuado.

Comenta que não cabe Termo de Início Fiscalização, de acordo com o parágrafo único, do artigo 26, do RPAF/BA, não se considera início de procedimento fiscal o envio, através do Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, de comunicado dando conhecimento ao sujeito passivo de início de fiscalização e/ou inconsistência verificada em análise ou cruzamento de informações econômico-fiscais existentes no banco de dados da Secretaria da Fazenda, neste aspecto, o contribuinte não foi sequer notificado formalmente e legalmente, em momento algum, de nenhuma inconsistência com relação os arquivos magnéticos, ou mesmo Intimado pela SEFAZ-BA que seria fiscalizado, pela Repartição Fazendária. Assim, o Auto passa a ser nulo, pois o Termo de Início de Fiscalização foi enviado por meio não aceito pelo RPAF/99, o DT-e.

Pelo exposto, entende que há que se anular o Auto de Infração e a correspondente infração 01, também porque a ação fiscal se deu em período sem expediente nas unidades da SEFAZ. Diz que o estado da Bahia, decretou estado de calamidade pública em todo o Estado, e suspendeu atividade. Estabeleceu fechamento de unidades de trabalho e atendimento da SEFAZ, e suspendeu diversas atividades. Embora o decreto tenha excetuado os servidores da fiscalização da SEFAZ, não descreveu e/ou estabeleceu o desenvolvimento de trabalho fiscalizatório ativo, inclusive com poder de lavrar auto.

Afirma que não entrando no mérito do crédito ser indevido ou não, pois isto decorreria tempo para verificação *in loco* que vários documentos fiscais, que na situação atual com a pandemia ainda em foco, requer uma maneira de tanto o Fisco, como a empresa não ter prejuízo.

Este mecanismo que propõe e requer, é a reconstituição da escrita, que nota que os créditos podem ser excluídos da escrita fiscal. Aduz que numa reconstituição da escrita fiscal, devidamente autorizado pela autoridade tributária, e previsto no artigo 236 do RICMS-BA (Lei 13.780-2012), o contribuinte ao refazer a escrita, só irá considerar os créditos reconhecidos pelo auditor, e não incluirá os créditos que ele considerou como indevido.

Aduz que a reconstituição será feita com posterior envio de retificação do SPED FISCAL de cada mês, onde o contribuinte enviará os arquivos que a autoridade tributária estabelecer. A verificação do ajuste será bem simples, visto que o auditor já tem todos arquivos com os saldos mensais. Entende que a reconstituição é permitida, pois a empresa conta com crédito fiscal credor mensal suficiente, para absorver a retirada dos créditos considerados indevidos. Assim, diz ser perfeitamente factual a reconstituição, basta a autoridade tributária deferir.

Portanto, requer quanto ao Auto de Infração:

- (i) que se declare integralmente nulo, por não ter sido lavrado no estabelecimento da impugnante, bem como, pela completa ausência de intimação fiscalizatória ao contribuinte no prazo legal, inclusive por ter o Termo de Início de Fiscalização ter sido encaminhado via DT-e, descumprindo a legislação e em total prejuízo ao contribuinte;
- (ii) que se declare nula a multa e obrigação principal da Infração;
- (iii) na forma do artigo 73 e seguintes do RPAF/99, o ressarcimento/restituição de quantias recolhidas a maior;
- (iv) que se declare nulo, considerando que a Ação Fiscal foi realizada em período sem expediente nas unidades da SEFAZ;
- (v) protesta pela produção de todas as provas admitidas em direito;
- (vi) e que mesmo com tudo que foi demonstrado, caso não se anule o auto, que seja julgado parcialmente procedente;
- (vii) caso não seja atendido nenhum pleito aduzido, que a autoridade tributária determine diligência fiscal (conforme prevê o RPAF), e dê ao autuado, autorização e prazo para reconstituição da escrita fiscal, por meio de retificação dos livros fiscais, com o devido envio dos arquivos mensais de retificação do SPED FISCAL conforme artigo 236 do RICMS-BA (Lei 13.780- 2012), e assim, satisfaça as partes, tanto o Fisco, como a empresa.

O Autuante presta a informação fiscal fls.75/78. Repete as irregularidades apontadas no auto de infração. Sintetiza os argumentos da defesa. Diz que, vistos e analisados os argumentos de fato e de direito da defesa apresentada tempestivamente, adota na informação fiscal, a mesma itemização inserida na defesa.

Assevera que o auto de infração atende ao disposto no art. 142, do CTN, de modo que inexistente nulidade.

Afirma que a alegação de que os trabalhos foram executados, em período onde houve, o que chamou “*as autoridades decretaram estado de calamidade pública*”, isso é fato, foi sim. Inobstante, o Autuado exerceu o direito de defesa, tanto que esta informação fiscal foi executada. Aduz que a Administração Tributária continuou trabalhando.

Sobre a preliminar arguida de “*completa Ausência de Termo de início de Fiscalização*” não se sustenta, eis que nas fls. 08 a 10, está presente o Termo de Início de Fiscalização, com data de leitura em 13/04/2020. O dia e hora do local da autuação estão nas fls. 01 do PAF.

Da nulidade da infração e do não recebimento de notificação prévia, intimando o contribuinte para ser fiscalizado, informa que o PAF atende ao art. 142 do CTN e a cientificação prévia está nas fls. 08 a 10, bem como, fls. 12 a 15, tudo dado ciência através do DTE – Domicílio Tributário Eletrônico.

Diz que descabe o argumento apresentado de nulidade, visto que o termo de início está nas fls. 08 a 10 do PAF. Sobre o argumento de que não cabe Termo de Início de Fiscalização encaminhado através do DTE, esclarece que, o parágrafo único, do art. 26, faz referência ao comunicado, dando conhecimento ao sujeito passivo de inconsistência verificada em análise ou cruzamento de informações econômico-fiscais existentes no banco de dados da Secretaria da Fazenda.

Comenta que uma coisa é dar conhecimento ao contribuinte, outra coisa, é dar ciência de início de ação fiscal, e intimar para apresentar informações, conforme fls. 08/15. Ora, diz que a repartição continuou funcionando para o público interno. Foi disponibilizado ao contribuinte e aos demais, público externo, canais de atendimento virtual através da *internet*, onde a defesa foi enviada e protocolada, conforme consta na mídia, o recibo do protocolo da defesa, trazido ao PAF na fl. 63.

Sobre a apresentação de planilha requerendo que possa retificar as informações com a reconstituição da escrita, entende que poderia ser feito, antes de ser iniciada a ação fiscal. Com o início da ação fiscal cessa, a espontaneidade do contribuinte, conforme previsto na legislação pertinente. Nesta senda, esclarece que:

1. descabe o pedido de nulidade, porque o auto pode ser lavrado fora do estabelecimento;
2. a multa decorre de imposição legal;
3. descabe ressarcimento de imposto não recolhido em duplicidade, nem pago a maior;
4. mesmo sem expediente, a administração tributária continuou a funcionar, de modo que descabe nulidade por exercer o seu papel;
5. repetitivo, os motivos da defesa vão contra a lei e o regulamento;
6. o exercício do direito de defesa é assegurado pela lei e foi exercido;
7. tudo que foi demonstrado, máxima *vênia*, foi vã tentativa de procrastinação do feito;
8. menoscabe, nesse ínterim, autorização para reconstituição de escrita.

Refuta todos os requerimentos defensivos, pelos fundamentos apresentados. Desse modo, o autuante por cumprimento de sua atividade plenamente vinculada a Lei 7.014 e ao Dec. 13.780, e, por tudo quanto consta da defesa apresentada, requer a procedência do presente auto de infração.

Conclui ser o que tem a informar.

VOTO

Preliminarmente, o defendente arguiu a nulidade da autuação, sob a alegação de que a Secretaria da Fazenda iniciou procedimento de fiscalização completamente fora do seu estabelecimento, e que o auto de infração deveria ser lavrado no local onde foi “*verificada a ocorrência da infração*”, e no momento em que foi “*constatado o descumprimento das obrigações previstas na legislação tributária*”. Disse que todo o processo, do início ao término, ocorreu no período em que o Estado e o Município decretaram calamidade pública, fechando as repartições devido à pandemia do COVID 19, o que teria inibido o seu acesso a documentos que estariam lá disponíveis.

Sobre o local de lavratura do Auto de Infração, observo que nenhuma irregularidade se verifica no procedimento fiscal, considerando que o lançamento fiscal foi realizado na repartição fazendária, conforme constatou o próprio defendente. Assim dispõe, o § 1º, do art. 39 do RPAF/99, *in verbis*:

Art. 39. (. . .)

§ 1º. O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

A respeito da alegação de que o processo da fiscalização se deu no curso da pandemia da COVID 19, observo que este fato não trouxe qualquer prejuízo ao Autuado. Os canais de comunicação entre o Fisco e o contribuinte se mantiveram abertos por todo o período. Os procedimentos de validade processual foram todos respeitados no presente processo, visto que foi devidamente intimado previamente sobre o início da fiscalização, ao término recebeu o Auto de Infração com

os demonstrativos caracterizando a irregularidade apurada, teve o prazo regulamentar de 60 (sessenta) dias, para produzir sua impugnação e anexar as respectivas provas.

O defendente alegou invalidade do procedimento da fiscalização, de ter dado conhecimento ao sujeito passivo, de início de fiscalização, através do Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e. Acrescentou que estariam ausentes pressupostos de validade do ato administrativo, haja vista que todos os papéis e documentos e anexos gerados pelo sistema da SEFAZ/BA, deveriam estar assinados e visados pela autoridade fiscal.

Da análise dos elementos que compõem o presente PAF, não acato estes argumentos. Ao contrário do alegado, consta neste PAF, a intimação sobre o início da ação fiscal realizada via Domicílio Tributário Eletrônico – DTE, se encontra na fl.03, cuja ciência pelo Autuado, se deu em 05/02/2020. Por outro lado, durante a fiscalização, o procedimento fiscal é unilateral, não se exigindo a observância do contencioso e da ampla defesa, haja vista que durante a fiscalização o contribuinte ainda não está sendo acusado de nada, não se sabendo, se será apurada alguma irregularidade. Depois de concluída a fiscalização, tendo sido constatada alguma infração, é realizado o lançamento, passando a existir uma acusação. Neste caso, deve-se observar os critérios constitucionais atinentes ao contraditório e à ampla defesa, que foram devidamente atendidos neste processo.

Quanto à intimação realizada via Domicílio Tributário Eletrônico – DTE, observo está em absoluta conformidade com a legislação, conforme inciso II, art. 2º da Portaria 253/2015, que estabelece:

Art. 2º. Com a efetivação do credenciamento:

(. . .)

II - a comunicação da Secretaria da Fazenda com o contribuinte credenciado será efetuada por meio eletrônico, dispensando-se a publicação no Diário Oficial do Estado ou o encaminhamento via postal.

No que tange à alegação de que faltou a assinatura do Autuante, no Auto de Infração e demais papéis de trabalho, cabe salientar, que nos termos do § 1º, do art. 15 do RPAF/99, é dispensável esse procedimento, no que diz respeito ao Auto de Infração, conforme reproduzido a seguir:

Art. 15. Na lavratura dos atos e termos processuais e na prestação de informações de qualquer natureza, observar-se-á o seguinte:

§ 1º. Os papéis gerados ou preenchidos pelo sistema de processamento eletrônico de dados da repartição fiscal prescindem da assinatura da autoridade fiscal, para todos os efeitos legais.

Nesse sentido, afasto as nulidades suscitadas, considerando que no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do presente lançamento fiscal, encontrando-se definidos, o autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário reclamado, conforme demonstrativo fls.40/60, e comprovante de que os valores glosados foram lançados na escrita fiscal do autuado, cópia do livro de Apuração do ICMS da EFD, fls. 16/39. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18 do RPAF/BA, para se decretar a nulidade da autuação.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência ou revisão fiscal, a fim de se reconstituir sua escrituração fiscal, fica indeferido o pedido, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para análise do mérito da autuação e conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se constatou dúvida quanto aos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal e revisão formulado pelo autuado em sua impugnação, com base no art. 147, inciso I, “a” e “b” do RPAF-BA/99.

No mérito, a infração trata da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente à aquisição de materiais de uso e consumo do próprio estabelecimento. Consta na descrição dos fatos, que devidamente intimado, o contribuinte apresentou argumentos contraditórios, que não comprovam a utilização correta da totalidade dos créditos informados no registro E -111 de sua EFD, para abatimento de débitos, lançados como Ajuste de Créditos do imposto “BA-029999 - Outros Créditos do ICMS no Registro de – Operações Próprias”, transmitidos e assinados digitalmente, conforme cópias do relatório gerado pelo SPED. Para a atividade do contribuinte – Transporte Rodoviário de Cargas – o § 6º, do art. 309 do RICMS/12, admite apenas, o uso de créditos referentes a combustíveis, lubrificantes, óleos aditivos e fluidos. Inobstante esta regra, o Autuado utilizou créditos referentes a autopeças e pneus.

Em sua defesa, o Autuado não rebateu objetivamente a infração que lhe foi imputada. Não apontou qualquer equívoco nos valores dos créditos que foram considerados indevidos em sua escrituração fiscal. Sua contestação limitou-se às preliminares de nulidades já apreciadas neste voto, além de solicitar autorização para refazimento de sua escrita fiscal, sob a alegação de que, com este procedimento, poderia se constatar saldo credor, em algum período da autuação.

É importante registrar, que as operações referentes a aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo do estabelecimento, só darão direito a crédito, a partir de 1º de janeiro de 2033, conforme define a LC nº 197/19. Assim, independentemente de a empresa ter ou não saldo credor, ao se creditar do referido imposto, viola a legislação de regência, e por esse motivo, é que a empresa foi autuada.

Em sede de informação fiscal, o autuante esclareceu que a autuação teve por base a Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte.

A defendente insistiu, que os referidos créditos não teriam sido utilizados, reiterando a necessidade de uma autorização e prazo para reconstituição da escrita fiscal, por meio de retificação dos livros fiscais, com o devido envio dos arquivos mensais de retificação do SPED FISCAL, conforme artigo 236 do RICMS-BA.

Sobre a EFD, observo que o art. 247 do RICMS/12, assim estabelece:

Art. 247. “A Escrituração Fiscal Digital - EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte (Convênio ICMS 143/06).”

Por fim, § 2º, do art. 251 do aludido Decreto, determina que:

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.

Da leitura dos dispositivos retromencionados, resta evidente, que caberia ao autuado trazer aos autos a prova de que não utilizou os referidos créditos, o que não ocorreu até esta fase do presente PAF.

Registro, que 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 mesmo regulamento. Assim, entendo que a infração resta caracterizada.

O defendente requereu, que na hipótese desta JJF não deliberar pela improcedência do auto de infração, o cancelamento ou mesmo a redução da multa aplicada, nos termos estabelecidos no art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96.

No que concerne ao pedido de redução da multa, deixo de acatá-lo. É importante destacar, que o § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e o art. 158 do RPAF/99, foram revogados. Sendo assim, evidencia-se a impossibilidade legal, para atendimento a este pleito do defendente. De igual forma, observo que esta Junta de Julgamento Fiscal não possui competência para apreciar inconstitucionalidade de dispositivos da legislação estadual que rege a matéria, objeto da contenda (art. 167, I, RPAF/99).

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o auto de infração **nº 222468.0019/20-1**, lavrado contra a empresa **OBJETIVO TRANSPORTES EIRELI**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$120.161,64**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, incisos VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 14 de setembro de 2021.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR