

A. I. Nº - 298942.0022/21-0
AUTUADO - BAHIA COA COMÉRCIO ATACADISTA DE CACAU LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 15.03.2022

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0021-01/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) IMPOSTO DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL b) FALTA DE EXIBIÇÃO, AO FISCO, DOS DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DO CRÉDITO FISCAL. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. a) OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. b) BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Autuado conduziu as suas razões defensivas arguindo exclusivamente a nulidade do lançamento de ofício, pretensão esta que não foi acolhida. No mérito, não se reportou especificamente, expressamente, sobre nenhuma das cinco infrações. Na realidade, apenas solicitou a reconstituição da escrita fiscal atinente aos créditos fiscais indevidos de que cuidam as infrações 1 e 2, invocando, neste sentido, o artigo 236 do RICMS/BA/12, Decreto nº.13.780/12, dispositivo regulamentar este revogado pelo Decreto nº 20.136, de 07/12/20, DOE de 08/12/2020. Referido dispositivo regulamentar estabelecia entre outras condições para que a reconstituição da escrita fiscal pudesse ser efetivada, quando restasse evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de sanear-la por meio de lançamentos corretivos, além do que, não eximia o contribuinte do cumprimento da obrigação principal e das obrigações acessórias, mesmo em relação ao período em que estivesse sendo efetuada. Infrações 1, 2, 3, 4 e 5 subsistentes. Não acolhidas as nulidades arguidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/09/2021, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$79.415,60, em decorrência das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

- 1.Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal, no mês de outubro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$120,00, acrescido da multa de 60%;
- 2.Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, no mês de abril de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$21.488,71, acrescido da multa de 60%;
- 3.Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, março e abril de 2019, junho, julho e agosto de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$39.468,00, acrescido da multa de 60%;

4.Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de agosto de 2019 e dezembro de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.366,40, acrescido da multa de 60%;

5.Efetuiu o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro, fevereiro, maio e julho de 2019, julho e setembro de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$15.972,49, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou Defesa (fls. 32 a 38 dos autos). Reporta-se sobre a tempestividade da peça defensiva. Diz que foi intimado da lavratura do Auto de Infração em 27/09/2021 por meio do Domicílio Tributário Eletrônico, iniciando-se a contagem do prazo de defesa a partir de 28/09/2021, diante da ciência tácita no DTE-Fiscalização e encerrando-se em 26/11/2021, requerendo o seu recebimento e processamento com os efeitos de estilo. Discorre, em síntese, sobre os fatos que ensejaram a autuação.

Sustenta que o Auto de Infração está eivado de vícios e nulidades insanáveis que contaminam toda a autuação.

Alega ausência de Termo de Início de Fiscalização.

Diz que consta no referido Auto de Infração que o local da lavratura é a Inspetoria Costa do Cacau e não o endereço da empresa. Afirma que a lavratura em lugar diverso do local onde se constatou a suposta infração gera nulidade da autuação. Invoca e reproduz trechos de ensinamento de Bernardo Ribeiro de Moraes.

Assevera que é incabível o argumento de que o levantamento foi efetuado na repartição fiscal, pois se assim fosse, a peça básica do Processo Administrativo Fiscal de Instrução Contraditória seria a Notificação de Lançamento.

Salienta que o próprio Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, lança como pressuposto objetivo do Auto de Infração, em seu art. 39, V, a indicação dos dispositivos legais que serviram de base a autuação.

Sustenta que referido equívoco incorrido pelo autuante eiva de nulidade o ato porquanto ausentes pressupostos de sua validade, haja vista que todos os papéis e documentos anexos gerados pelo sistema da SEFAZ/BA deveriam estar assinados e/ou com vistos da autoridade fiscal, conforme preconiza o § 1º do art. 15 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o que caracteriza de fato e de direito nulidade absoluta do presente Auto de Infração, o que requer, não subsistindo a previsão do § 2º do aludido artigo.

Alega não recebimento de notificação prévia intimando-o para ser fiscalizado, o que afronta diretamente o seu direito de plena defesa na informação no momento próprio e não depois da autuação.

Diz que o art. 26, Parágrafo único do RPAF/BA/99, não considera início de procedimento fiscal o envio, por meio do 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 SEFAZ/BA, sendo que sequer foi notificado formalmente e legalmente, em momento algum de nenhuma inconsistência com relação aos arquivos magnéticos, ou mesmo intimado pela SEFAZ/BA que seria fiscalizado pela Repartição Fazendária.

Afirma que desse modo, o Auto de Infração passa a ser nulo em face ao Termo de Início de Fiscalização ter sido enviado por meio não aceito pelo RPAF, no caso o DT-e, mormente diante da indisponibilidade do sistema desde o dia final do mês de setembro do ano corrente.

Conclusivamente, afirma que há que se anular o Auto de Infração.

Prosseguindo, diz que não entrando no mérito do crédito ser indevido ou não, pois isto exigiria

tempo para verificação *in loco* de vários documentos fiscais, sugere uma reconstituição da escrita fiscal.

Aduz que numa reconstituição da escrita fiscal, devidamente autorizada pela autoridade fiscal, e prevista no art. 236 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, a empresa ao refazer a escrita, só irá considerar os créditos reconhecidos pelo autuante, e não incluirá os créditos que este considerou indevido.

Assinala que a reconstituição será feita com posterior envio de retificação do SPED FISCAL de cada mês, onde a empresa enviará os arquivos que o autuante estabelecer. Diz que a verificação da retificação será bem simples, haja vista que o autuante já tem todos os arquivos com os saldos mensais.

Conclusivamente, diz que a reconstituição é totalmente permissiva, haja vista que a empresa conta com crédito fiscal credor mensal suficiente para absorver a retirada dos créditos considerados indevidos.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração e, subsidiariamente, no tocante à utilização indevida de crédito fiscal, a reconstituição da escrita fiscal, permitindo a consideração apenas dos créditos reconhecidos pelo Auditor Fiscal.

O autuante prestou Informação Fiscal (fl.48 dos autos). Consigna que o autuado protocolizou Defesa em 30/11/2021 e diz na referida peça defensiva que o prazo venceria em 26/11/2021, sendo, desse modo, intempestiva a defesa.

Afirma que caso seja superada a intempestividade, a Defesa é ineficaz, haja vista que não apresenta nenhum dado do postulante previsto no art. 3º, c/c o art. 10, IV do RPAF/BA/99. Diz que faltam requisitos fundamentais em qualquer petição, ou seja, não existe qualquer dado da pessoa postulante e muito menos o seu vínculo com a empresa, sendo mencionado apenas o número do processo e coloca os dados da pessoa jurídica, nem mesmo assinatura existe no documento.

Salienta que mesmo se por acaso se entenda pela tempestividade e eficácia da Defesa passa ao mérito da autuação.

No tocante à alegação defensiva atinente ao local da autuação, diz que o RPAF é claro no seu art. 39, § 1º sobre os locais da lavratura do Auto de Infração.

Quanto à alegação de que os documentos fiscais deveriam ser assinados e visados pelo autuante, afirma que os documentos que constam no processo foram devidamente assinados e visados.

No que tange à alegação defensiva de que não houve notificação prévia de fiscalização, afirma que está claríssimo no processo a intimação via DT-e, sobre a intimação para fiscalização. Diz que diferente da intimação via DT-e de inconsistência de análise e cruzamento de informações econômicos-fiscais, apenas essas não caracterizam uma intimação para fiscalização.

No que concerne à alegação defensiva atinente à indisponibilidade do DT-e, diz que atualmente o DT-e está com problemas técnicos, no entanto, existe comprovação inequívoca que no período da fiscalização o autuado teve pleno acesso.

Quanto à reconstituição da escrita fiscal atinente aos créditos fiscais indevidos, diz que o pedido é totalmente indevido, após a ação fiscal.

Registra que anexou algumas cópias de *e-mail* e *whatsapps* trocados com contador da empresa.

Finaliza a peça informativa sustentando que não assiste qualquer razão ao autuado, a começar pela intempestividade e ineficácia da petição apresentada.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

Inicialmente, no tocante à arguição defensiva de nulidade do Auto de Infração por ausência do Termo de Início de Fiscalização, constato que não merece prosperar a pretensão defensiva, haja vista que consta nos autos o referido Termo de Início.

Na realidade, verifica-se que os seguintes documentos se encontram acostados aos autos comprovando que não procede a alegação defensiva:

- Termo de Intimação referente a O.S. 502577/21, fiscalização da empresa nos exercícios de 2019 e 2020; data de emissão de 06/07/2021, fl. 06 dos autos;
- Intimação para apresentação de livros e documentos, fl. 07;
- Termo de Ciência no Domicílio Tributário – DT-e (Tipo Documento Cientificado: TERMO DE INTIMAÇÃO – Data de emissão: 12/07/2021- ciência tácita, fl. 08 dos autos;
- Demonstrativos elaborados pelo autuante, todos devidamente assinados pelo preposto fiscal, fonte dos levantamentos: EFD do contribuinte, fls. 09 a 27 dos autos;
- Notificação sobre o Auto de Infração. Emissão 21/09/2021 – Mensagem DT-e, fls. 28/29 dos autos e Notificação sobre o Auto de Infração e os respectivos demonstrativos e planilhas constantes do processo.

Relevante observar que referidos documentos foram levados ao conhecimento do autuado, inclusive mediante cópia.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida por ausência do Termo de Início de Fiscalização.

Quanto à alegação do autuado de que a lavratura do Auto de Infração se deu em lugar diverso do local onde se constatou a suposta infração gerando a nulidade da autuação, por certo que também não há como prosperar a pretensão defensiva.

Na realidade, o artigo 39, § 1º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA/99), aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, determina que o Auto de Infração poderá ser lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração, inexistindo qualquer óbice para que seja lavrado em qualquer um destes locais.

Assim sendo, descabe falar-se em nulidade do Auto de Infração por ter sido lavrado na repartição fazendária.

No tocante à alegação atinente à indisponibilidade do DT-e, conforme muito bem consignado pelo autuante, “atualmente o DT-e está com problemas técnicos, no entanto, existe comprovação inequívoca que no período da fiscalização o autuado teve pleno acesso” o que, de fato, resta comprovado.

Diante do exposto, não acolho as nulidades arguidas, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, capaz de inquinar de nulidade o Auto de Infração.

Quanto à alegação do autuante de que a Defesa é intempestiva, observo que apesar de ter sido cadastrada no SIPRO em 30/11/2021, conforme consta à fl. 31 dos autos, a entrega da peça defensiva perante a Sefaz/BA foi efetivada no dia 26/11/2021, conforme consta no sistema da Sefaz/BA, sendo, desse modo, tempestiva.

No que tange à alegação do autuante de que a Defesa é ineficaz, também não assiste razão ao preposto fiscal, haja vista que na última folha da Defesa consta a assinatura digital do impugnante.

É certo que em face à pandemia do vírus Covid 19, e com a utilização dos recursos tecnológicos e digitais, o CONSEF tem acolhido que o Contribuinte ou seu representante legal apresente defesas e petições por meio eletrônico, de forma que a Defesa assinada, digitalizada e protocolada ou enviada eletronicamente no prazo estabelecido em Lei, deve ser acatada.

No mérito, constato que o autuado não se reportou especificamente, expressamente, sobre nenhuma das 5 infrações, na realidade, apenas solicitou a reconstituição da escrita fiscal atinente aos créditos fiscais indevidos que, no caso, diz respeito às infrações 1 e 2 que se referem à utilização indevida de crédito fiscal.

No tocante à reconstituição da escrita fiscal, cabe observar que o artigo 236 do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, aduzido pelo autuado para fundamentar o pedido, foi revogado pelo Decreto nº 20.136, de 07/12/20, DOE de 08/12/2020, e estabelecia entre outras condições para que pudesse ser efetivada quando restasse evidenciada a impossibilidade ou a inconveniência de sanear-la por meio de lançamentos corretivos, além do que, não eximia o contribuinte do cumprimento da obrigação principal e das obrigações acessórias, mesmo em relação ao período em que estivesse sendo efetuada.

Na realidade, o autuado apenas apresentou na peça defensiva um pedido de reconstituição sem qualquer fundamentação ou explicação sobre a necessidade da referida reconstituição.

Diante do exposto, as infrações 1, 2, 3, 4 e 5 são subsistentes.

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 **298942.0022/21-0**, lavrado contra **BAHIACOA COMÉRCIO ATACADISTA DE CACAU LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$79.415,60**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “d”, VII, “a” da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2022.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR