

A. I. Nº - 298942.0023/21-6
AUTUADO - BAHIACOA COMÉRCIO ATACADISTA DE CACAU LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - DAT SUL / INFAS COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 15.03.2022

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0022-01/22-VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Autuado arguiu a nulidade do lançamento de ofício que não foi acolhida, nada impugnado quanto ao mérito da autuação. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/09/2021, formaliza a exigência de ICMS no valor histórico total de R\$102.969,90, acrescido da multa de 100% , em decorrência da seguinte infração à legislação do ICMS imputada ao autuado: *Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, em exercício fechado.*

Período de ocorrência: 31/12/2019 e 31/12/2020.

O autuado apresentou Defesa (fls. 62 a 66 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.

Alega que referido equívoco incorrido pelo autuante eiva de nulidade o ato porquanto ausente 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.

Finaliza a peça defensiva requerendo a nulidade do Auto de Infração, mormente porque eivados de vícios insanáveis que contaminam toda a autuação, especialmente diante da indisponibilidade do sistema DT-e da Autoridade Fiscal desde meados de setembro de 2021.

Consta à fl. 69 dos autos *e-mail* do autuante destinado para: *Consef P.Processuais <consefprocessos@sefaz.ba.gov.br>*, no qual consigna que encaminhou anexada a Informação Fiscal e seus anexos referentes ao presente processo.

Em solicitação à secretaria desta 1ª Junta de Julgamento Fiscal constatou-se que, de fato, a referida Informação Fiscal consta na pasta *Consef P.Processuais <consefprocessos@sefaz.ba.gov.br>*, razão pela qual solicitou-se a secretaria que imprimisse a mencionada Informação Fiscal e anexasse aos autos.

Na Informação Fiscal o autuante 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.

Registra que anexou algumas cópias de *e-mail* e *whatsapp*s 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 infração à legislação do ICMS imputada ao autuado, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2019 e 2020.

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 fl. 04;
- Intimação para apresentação de livros e documentos fiscais, fl.05;
- Termo de Ciência no Domicílio Tributário Eletrônico -DT-e, referente ao TERMO DE INÍCIO de fiscalização da empresa, com data de 12/07/2021, fl. 06;
- Demonstrativos e planilhas elaborados pelo autuante referentes ao levantamento realizado, todos devidamente assinados, fls. 07 a 57;
- Notificação ao autuado do Auto de Infração, com os respectivos demonstrativos de débitos e planilhas constantes no processo, datada de 21/09/2021, fls. 58/59.

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) 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 defensiva 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, verifica-se 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 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, verifico que o impugnante não trouxe expressamente qualquer alegação.

Apesar disso, vale consignar que a infração diz respeito a levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no qual a Fiscalização constatou, nos exercícios de 2019 e 2020, a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com fundamento na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas, por se tratar de diferença de maior expressão monetária com relação à diferença de saídas, estando fundamentado no art. 4º, § 4º, IV da Lei nº. 7.014/96.

O referido dispositivo legal estabelece o seguinte:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

[...]

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

O art. 23-A, II da mesma Lei n. 7.014/96, que também fundamenta a autuação assim dispõe:

Art. 23-A. Nos casos de presunção de omissão de saídas ou de prestações, a base de cálculo do ICMS é:

[...]

II - na hipótese de omissão de entradas apurada pelo Fisco por meio de levantamento quantitativo de estoque:

a) o custo médio das compras no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria no período considerado;

b) inexistindo aquisição da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante do inventário final do período considerado;

c) inexistindo estoque final da mercadoria no período fiscalizado, o custo médio unitário constante do inventário inicial do período considerado;

d) inexistindo estoque inicial da mercadoria no período fiscalizado, o preço médio das saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado, deduzido da margem de valor adicionado constante no inciso I do § 1º do art. 22 desta Lei;

Observo que o levantamento levado a efeito pelo autuante está embasado em dados contidos em Notas Fiscais Eletrônicas emitidas e recebidas pelo autuado (entradas/saídas) e na Escrituração Fiscal Digital - EFD transmitida pelo autuado constante na base de dados da Sefaz/BA, que contém todos os registros fiscais, ou seja, registro de entradas de mercadorias, registro de saídas de mercadorias, registro de apuração do ICMS e registro de inventário.

Diante disso, a infração é procedente.

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 **298942.0023/21-6**, lavrado contra **BAHIACOA COMÉRCIO ATACADISTA DE CACAU LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$102.969,90**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III, alínea “g”, 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