

A. I. N º - 300449.0004/20-1
AUTUADO - MINAS AÇO SISTEMA CONSTRUTIVO INDUSTRIAL LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - DAT SUL / INFAC COSTA DO CACAU
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 13/07/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0138-04/22-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. TERMO DE OCORRÊNCIA FISCAL JURIDICAMENTE EFICAZ. AUSÊNCIA. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado (CTN, art. 196; RPAF, art. 28, I) devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito tributário. É nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa. Infrações nulas com a recomendação de que seja renovado o procedimento fiscal para exigência do valor porventura devido, a salvo dos vícios aqui apontados. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 26/03/2020, e refere-se à cobrança de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$ 184.946,32, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no valor de R\$ 5.834,53 acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 01.02.02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$ 30.997,94, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - 01.02.05 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor de R\$ 6.848,07, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - 03.01.01 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, no valor de R\$ 38.727,92, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 - 06.01.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre a alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas ao ativo Fixo do estabelecimento, no valor de R\$ 25.140,24, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 - 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre a alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento no valor de R\$ 45.909,71, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 – 16.01.01 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 984,61.

Infração 08 - 16.01.06 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal no valor de R\$ 3,30.

Infração 09 - 16.05.11 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas na DMA, sendo aplicada a multa fixa de R\$ 140,00 prevista no artigo 42, inciso XVIII, alínea “c” da Lei nº 7.014/96.

Infração 10 – 16.14.02 - Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos na Legislação Tributária. Multa fixa aplicada de R\$ 1.380,00 no total de R\$ 30.360,00 prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei nº 7.014/96 c/c a Lei nº 12.917/13 e Art. 112 do CTN.

O autuado ingressa com defesa, fls. 47 a 75, arguindo a nulidade do auto de infração, por completa ausência de Termo de Início de Fiscalização dizendo que o Auto de infração tem inegável natureza jurídica de ato administrativo regrativo. Como tal, deve deter requisitos para que produza efeitos legais. Entretanto, o Auto de Infração contém vícios irreparáveis, os quais o eivam de nulidade formal absoluto. O procedimento administrativo fiscal, regulado pelo Decreto nº 70.235/72, estabelece no art. 10º, bem como, do Artigo 26, Inciso III, do RPAF/BA os requisitos obrigatórios para aplicação de auto de infração.

Transcreve trecho da obra do mestre BERNARDO RIBEIRO DE MORAES sobre o tema e afirma que consta do Auto de Infração que o local da lavratura é a Inspetoria da Secretaria da Fazenda da Bahia em Itabuna (em data de 26/03/2020, e não o endereço do Autuado, sem sequer o contribuinte ser intimado que iria ser fiscalizado, em desobediência ao preciso do Artigo 26, III, do RPAF/BA. A lavratura em lugar diverso do local onde se constatou a suposta infração gera a nulidade do auto de infração, como inserido na obra já citada do Ilustre Prof. BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, conforme trechos que copiou.

Ademais, este "equívoco" proposital e recorrente cometido pela autoridade autuante eiva de completa nulidade o ato por quanto ausente pressuposto 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/ou vistados pela autoridade fiscal, conforme preconiza o § 1º, do Artigo 15, do Decreto nº 7.629, de 09/07/1999, o 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, bem como dos artigos 18 a 21 do mesmo diploma legal.

De acordo com o Parágrafo único, do Artigo 26, Inciso II e III, 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 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 em momento algum de nenhuma inconsistência com relação os arquivos magnéticos, ou mesmo intimado pela Sefaz - BA que seria fiscalizado, bem como, de que seria refiscalizada novamente o exercício de 2017 (Já tinha sido fiscalizada pelo Auditor Marco Antonio Porto Carmo).

Frisa que as infrações citadas de 01 a 10 tem por base o mesmo fato: entrega de arquivos com omissões ou divergência de informações fiscais referente aos exercícios de 2017 e 2018, bem como, a Ausência de Recolhimento de ICMS e Utilização Indevida de Créditos Fiscais pelo contribuinte autuado.

Primeiramente, é salutar informar que os arquivos foram encaminhados no prazo devido e posteriormente retificados. Em segundo plano, mas não menos importante, há que se registrar que a contribuinte não recebeu qualquer notificação ou INTIMAÇÃO FISCAL por qualquer meio (físico ou eletrônico) alertando para supostas omissões ou divergências até o momento do

recebimento do Auto de Infração. Não constam, nestes autos, qualquer tipo de notificação ou intimação prévia que ensejaria tal fiscalização e suas infrações, o que afronta diretamente o direito de plena defesa da informação no momento próprio e não depois de autuado (primeiro atira para matar, depois procura ver quem foi o morto), infringindo frontalmente o artigo 26,111 do RPAF/BA, e fiscalizada o exercício de 2018 pela Repartição Fazendária.

Questiona que não havendo notificação ou intimação prévia, não há que se falar em imposição de multas por descumprimento de obrigação principal e acessórias. Este é entendimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Sergipe, conforme ementas que transcreveu. Pede a nulidade das infrações 01 e 02.

Abre tópico denominado “Narração Sucinta da Infração (violação do art. 28, §3º, VI, do Decreto Estadual nº 7.629/99) aduzindo que a descrição da infração fiscal, em tese, cometida pelo contribuinte fora narrada em apenas duas linhas, para tentar descrever supostos atos referente a 02 (Dois) anos fiscais (2017 e 2018), relacionados à atividade deste contribuinte.

A narrativa sucinta e não individualizadora das condutas dificultam sobremaneira a defesa do contribuinte, porquanto parca e lacônica. Assim pretende o fisco transferir para o autuado a obrigação de provar aquilo que o Auto não conseguiu, invertendo o ônus da prova, que em Direito fiscal é sempre de quem acusa, por aplicação analógica do art. 333,1, c/c o art. 126, 2a parte, do CPC, do art. 40 da Lei de Introdução ao Código Civil e do art. 108,1, do CTN. O Art. 28, § 3º, VI, do Decreto Estadual nº 7.629/99 determina que o termo de encerramento deva conter a reprodução fiel do teor dos fatos verificados, com declaração expressa, quando for o caso, de que não foi apurada nenhuma irregularidade no tocante à legislação, ou, em caso contrário, com descrição detalhada dos fatos apurados (grifos nossos); ora não fora o caso, do presente auto. Pois como se pode aceitar que em duas linhas fora detalhada da alegatória das infrações citadas para fins de incidência de imposto e das multas fixas do ICMS, um dos impostos mais complexos, se limitando a fazer uma simples relação anexada ao auto.

Aliás, a descrição (ou não descrição, ou descrição parcial) se deve a um procedimento clandestino, apressado e impaciente. Tudo isso porque não houve estipulação do prazo de duração do procedimento fiscalizatório que sequer o contribuinte teve conhecimento previamente, sequer foi INTIMADO DA FISCALIZAÇÃO, que pode ser de 90 (noventa) dias prorrogado mediante comunicação escrita (art. 28, VII, §1º, do Decreto Estadual nº 7.629/99). Aliás, não se sabe quanto tempo durou a fiscalização, mas se fosse um tempo razoável, com certeza, não seria lavrado o presente auto de infração, qualificado como temerário, porquanto desprovido de substrato fático.

Afirma que a empresa atua diversas atividades e passa a contestar a infração 01 informando que ao escriturar algumas NF-e de compras para industrialização (para fabricação de estruturas metálicas), CFOP 1101 e 2101, erroneamente foi utilizado no EFD os CFOPs 1551 e 2551 (ativo permanente) de parte das mercadorias, assim, nessa infração, apenas 2 produtos são de fato do Ativo Permanente, que são: RODA 300L ENGRANAGEM e CORT.GR.2500W MC50E 220V, e os demais, são materiais para industrialização, a exemplo: PF H W200x46.1 A572GR50 12m FX4.43t, NF~e 899866 do Fornecedor de Aço, GERDAU AÇOMINAS, ou seja, a maioria da matéria prima da autuada.

No anexo 1, foi criada a coluna 9 que indica o CFOP que deve ser considerado, pois é o correto, considerando inclusive a novo EFD já transmitida, com os dados corretos e verdadeiros, assim a infração 01 deverá ficar no valor de R460,21, pois compras para a industrialização tem ao crédito de ICMS.

Na infração 02 ao escriturar algumas NF-e de compras para industrialização (para fabricação de estruturas metálicas), CFOP 1101 e 2101, erroneamente foi utilizado CFOP 1556 e 2556 (de uso e consumo) para algumas dessas mercadorias, nessa infração, diversos produtos são de fato do uso e consumo, as demais são materiais para a industrialização, exemplo PF H W200x46.1 A572GR50 12m FX4.43t, NF-e nº 2899866, do Fornecedor de Aço, GERDAU AÇOMINAS, que é grande maioria

da matéria prima da autuada. No anexo 2, foi criada a coluna 9 que indica o CFOP que deve ser considerado, pois é o correto, considerando inclusive o novo EFD já transmitido, com os dados corretos e verdadeiro, assim a infração 02 deverá ficar no valor de R\$ 1.022,84, pois compras para a industrialização pode se creditar do ICMS destacado.

A infração 03 é contestado parcialmente e informa que segue o anexo 3, que demonstra as mercadorias que foram usadas na industrialização de estruturas metálicas, nessa infração, em sua maioria são tintas, verniz,) 10 produtos contra ferrugem, usadas nas estruturas metálicas afim de preservar o produto industrializados pela a autuada, comprados na sua maioria da fornecedora de tintas reconhecida mundialmente Sherumin-William, portanto não ocorre infração, pois compra para industrialização não é passível de cobrança de substituição tributária e pode sim se creditar do ICMS destacada na compra, apenas 2 produtos são para o uso e consumo, que nesse caso procede a infração, com essa constatações a infração deverá ficar no valor de R\$ 28,02.

A infração 04 também é contestada parcialmente pois recolhe até o dia 09 de cada mês, uma Parcela Não Incentivada do ICMS no Código 0806 ao equivalente a 10% (dez por cento), do saldo devedor do ICMS no mês, e fez a Liquidação Antecipada da Parcela Diferida, com vencimento todo dia 20 de cada mês, no Código 2167, equivalente a 10% (Dez por cento) da parcela diferida, encerrando a fase de tributação nas competências 11/2017 e 12/2017,porem o Auditor não considerou os pagamento com o código 2167,que liquida o saldo das competências 11/2017 no valor R\$ 8.225,57 e 12/2017 no valor R\$ 3.776,07,todos pagos e sinalizados nos anexos 4, 8 e 9, com essa contestação a infração deverá ficar no valor de R\$ 26.736,28.

A infração 05 é contestado integralmente pois escriturar algumas NF-e de compras para industrialização (para fins de fabricação de estruturas metálicas), CFOP 1101 e 2101, erroneamente foi utilizado no EFD os CFOP 1551 e 2551 (ativo permanente) de parte das mercadorias, assim, nessa infração, apenas 1 produtos são de fato do Ativo Permanente, que são: RODA 300L ENGRANAGEM , e os demais, são matérias para industrialização, a exemplo: PF H W200x46.1 A572GR50 12m FX4.43t,NF-e 899866 do Fornecedor de Aço, GERDAU AÇOMINAS, ou seja, a maioria da matéria prima da autuada. No anexo 5, foi criada a coluna 9 que indica o CFOP que deve ser considerado, pois é o correto, considerando inclusive o novo EFD já transmitido, com os dados corretos e verdadeiro, assim a infração 05 deverá ficar no valor de R\$ 763,87, pois não cabe a cobrança de diferença de alíquota sobre as compras para a industrialização.

A infração 06 é contestada parcialmente asseverando que Ao escriturar algumas NF-e de compras para industrialização (para fins de fabricação de estruturas metálicas), CFOP 1101 e 2101, erroneamente foi utilizado CFOP 1556 e 2556 (de uso e consumo) para algumas dessas mercadorias, nessa infração, diversos produtos são de fato do uso e consumo ,as demais são materiais para a industrialização, exemplo PF H W200x46.1 A572GR50 12m FX4.43t,NF-e n9 899866, do Fornecedor de Aço, GERDAU AÇOMINAS, que é grande maioria da matéria prima da autuada. No anexo 6, foi criada a coluna 9 que indica o CFOP que deve ser considerado, pois é o correto, considerando inclusive o novo EFD já transmitido, com os dados corretos e verdadeiro, assim a infração 06 deverá ficar no valor de R\$ 375,34, visto que compras para a industrialização não cabe a cobrança de diferença de alíquota

Diz que as infrações 07, 08 e 09 não serão contestadas e se reporta à infração 10 asseverando que a cobrança é INDEVIDA porque o período compreendido entre o mês 01/2017 a 12/2017, foi autuado pelo Fisco conforme AI 281.231.0003/18-6 do qual se encontra com parcelamento ativo e em dia e o arquivo de Novembro/2018 foi entregue no dia 26/12/2018, visto que dia 25 é feriado de Natal, os arquivos foram apresentados espontaneamente sem uma intimação do FISCO e sem nenhum prejuízo para ao mesmo.

Assevera que de forma nenhuma está impugnando as referidas notificações com o intuito gratuito de procrastinar imputação de obrigação de fazer, porém, necessário torna-se que se traga à evidenciação os fatos conforme demonstrados acima, mas que não foi considerado na informação prestada pelo contribuinte notificado, o que é a mais pura verdade, não devendo ser

penalizado com multas de ordem confiscatória, como se tivesse o intuito simples de sonegar tributos, bem como deixar de cumprir obrigações acessórias, mas se for devido, e que seja demonstrado, provado por meio de elementos concretos, confiáveis e irrefutáveis.

No tópico “DA INAPLICABILIDADE DAS MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS: PROIBIÇÃO DO BIS IN IDEM (INFRAÇÕES 01 a 10) diz que as multas impostas pelo Auditor Fiscal encontram-se previstas no artigo 42 da Lei Estadual nº 7.014/96, inciso XIII-A, alíneas “i” e “l”, cuja redação transcreveu.

O primeiro ponto a atentar é que ambas infrações foram por "deixar o contribuinte de atender a intimação de entrega de arquivo eletrônico ou de corrigir eventuais informações divergentes". Contudo, não há notificações destinadas ao contribuinte. Logo, nulas por completo as duas infrações 01 a 10.

A seguir, em se tratando destas duas questões é que, quando da lavratura do Auto de Infração, o agente fiscal aplicou isoladamente o inciso XIII-A, “i” e “l” do Artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Entretanto, a interpretação das normas tributárias deve ser sistemática, considerando não somente a norma em si como o ordenamento jurídico em que está inserida.

Ao aplicar a sanção por descumprimento de obrigação acessória, o agente fiscal ignorou o inteiro teor da norma, em especial os parágrafos 7º e 8º da mesma. Tais parágrafos impõem ao agente a flexibilização ou a dispensa da aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória quando não constatada a ocorrência de fraude, dolo ou simulação, até porque, o que houve de fato, foi retificações de arquivos originais transmitidos nos prazos, com exceção dos meses de 01/2017 a 12/2018, porque o sistema de importação de dados do sistema que a empresa autuada utiliza não estava sendo recepcionado pelo arquivo do Sped - ICMS, dificultando o andamento dos serviços, mas o atraso, não implicou em momento nenhum, fraude, dolo, simulação e muito menos, redução indevida de ICMS a pagar, ou insuficiência de recolhimentos, haja vista que os livros ofertados para a fiscalização os Livros Contábeis - Diário e Razão analítico dos anos de 2017 e 2018), e o Auditor nada relatou em seu reduzido texto de encerramento da fiscalização ter encontrado erros de escrituração, bem como, qualquer tipo de falta de recolhimento de ICMS, o que demonstra, que as retificações dos arquivos magnéticos em nada prejudicou o fisco estadual, até porque já tinha sido fiscalizado e aplicados multas através do AI 281.231.0003/18-6, referente ao período 01/2017 a 12/2017, aplicando multas repetidas e indevidas, uma vez que já foram autuadas e encontra-se parcelamento ativo e em dias. Não há na conduta do contribuinte autuado qualquer indício de prática de fraude, dolo ou simulação. As supostas omissões são, no máximo, provenientes de erro humano que não trouxeram qualquer prejuízo ao Erário, é o que PRECONIZA O ARTIGO 158, DO RPAF/BA.

Transcreve o disposto no art. 108 e 112 do CTN e assevera que tanto o parágrafo 8º do artigo 42 quanto os anteriormente mencionados do CTN elegem a equidade como norma interpretativa das penalidades aplicáveis aos contribuintes. A norma estadual que estabelece a penalidade aplicada pelo agente, neste caso, também o vincula a interpretar a norma de maneira mais favorável ao autuado, conforme preceitua o artigo 112, IV do CTN.

Assim, no seu entender há que se aplicar o artigo 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, combinado com o art. 112, IV do CTN, aplicando a penalidade mais branda ao contribuinte neste caso, qual seja, a dispensa da referida multa.

Outro ponto a ser debatido é o bis in idem. O Auditor reputa que houve omissão de receita. Tal omissão de receita teria origem nos próprios registros contábeis cuja transmissão (via Sintegra e EFD) ora são objetos de multa isolada.

Neste caso, entremos, Senhores Julgadores, há previsão legal no próprio artigo 42, §5º para retificação de sua escrituração e nos recibos anexos de transmissões de EFD retificadoras. Devendo, portanto, ser aplicada para cada período de apuração a penalidade prevista no art. 42, inc. XIII - A, alínea “l”, da Lei nº 7.014/97;

Ademais, outra questão se impõe nesta discussão, especialmente em relação às infrações de 01 a 10. Como demonstra o Anexo ao Auto de Infração, os arquivos foram entregues nos prazos devidos e com as informações supostamente omitidas retificadas, mas sem prejuízo ao fisco. O relatório fornecido junto ao Auto de Infração pelo Auditor é ininteligível pois parece uma decodificação de arquivo recebido com problemas. Em relação a isso há duas considerações a fazer: 1) o contribuinte é responsável pelo envio, mas não pelo que é recebido pelos servidores da Secretaria da Fazenda; 2) o dispositivo legal que serviu de embasamento para a autuação da infração 10 fala em "falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD" (art. 42, XIII-A, 1 da Lei nº 7.014/96). Não havendo falta de entrega, mas apenas retificações de arquivos já entregues não há que se discutir sobre conteúdo (ainda que os documentos ora juntados comprovem que os arquivos foram com as informações apontadas como omitidas ou zeradas)

Fala longamente sobre o princípio da Moralidade Administrativa, Do Direito à Razoabilidade - Princípio do Direito à Propriedade Princípio do Não Confisco Princípio da Capacidade Contributiva do Contribuinte e finaliza formulando os seguintes pedidos:

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 Ausência de Intimação via DT-e em total prejuízo ao contribuinte, que sequer exerceu o seu direito de defesa durante ao período desta "fiscalização" que não tomou conhecimento; 2 - Que Declare integralmente nulas as multas por infração à obrigação principal e acessórias (Infrações de 01 a 10) ou que, com base no disposto nos §§ 7º e ss. do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, sejam canceladas ou reduzidas as multas;

3 - Que Declare integralmente nulas as multas por infração à obrigação principal e acessórias (Infrações de 01 a 10). Ou que, com base no disposto no § 1º, do Artigo 15, do RPAF/BA, as penalidades e o inteiro teor do A. I. 300.449.0004/20-1, sejam integralmente canceladas, se na impossibilidade desta medida, sejam baixadas diligências a fim de apurar o que efetivamente deve;

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

5 - Com base no Artigo. 158, do RPAF/BA, vem requerer de pronto que as multas pelo suposto descumprimento de obrigações principal e acessórias sejam integralmente canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, haja vista que encontra-se provado que as infrações alegadas pela autoridade fiscal não foram praticadas com dolo, fraude ou simulação e que não implicaram na falta de recolhimento de tributo, principalmente pela AUSÊNCIA DE INTIMAÇÕES ao Contribuinte, inclusive da comprovada ausência da comunicação(Intimação para fiscalização) a este Contribuinte via DT-E o que torna todos os procedimentos fiscalizatórios e apuratórios completamente NULOS DE PLENO DIREITO que inclusive não observou as condições do Decreto 8.205/2002 e demais atos relativos ao Programa Desenvolve;

6 - Que declare integralmente improcedente a lavratura do Auto de Infração em questão, pelos motivos retromencionados

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

O fiscal autuante ao prestar a Informação Fiscal, fls. 102 a105 diz que foi lavrado Termo de Início de Fiscalização em 01/01/2020, cuja cópia está nos autos. Também foi enviada Intimação para o e-mail cadastrado na Sefaz, para cujo e-mail foi enviado no dia 27/03/2020 todos os demonstrativos do PAF, de forma prévia, já que a ciência ocorreu meses após, pela via postal. Todos os documentos dos autos foram assinados pelo autuante.

Informa que embora conste no PAF que o início do período fiscalizado foi 01/01/2017, observe-se que foi respeitado o período fiscalizado anteriormente pelo Auditor Fiscal Marco Antonio Porto Carmo. O mês final desta fiscalização anterior foi 05/2017 e, para estes autos, o mês inicial das

infrações cobradas foi 06/2017. O presente PAF preenche todos os requisitos legais. Aliás, a descrição das infrações e respectivos fundamentos legais é feita de forma automática pelo sistema SLCT.

Em relação às infrações 01 e 02 diz que a fiscalização baseou-se nos CFOPs declarados pela própria autuada, em suas EFDs, e deve prevalecer. Ademais, a autuada precisaria comprovar que os referidos produtos foram utilizados na industrialização, o que não ocorreu.

Quanto à infração 03 a utilização do crédito relativo ao imposto pago por antecipação tributária é indevida.

A Infração 04 entende que não pode considerar DAE que contenha código diferente do legalmente estabelecido.

A infração 05 entende que A autuada realmente não recolheu o DIFAL nas compras para o ativo permanente, conforme compras declaradas nas EFDs, inclusive.

A infração 06 A autuada realmente não recolheu o DIFAL nas compras de material de consumo, conforme compras declaradas nas EFDs, inclusive.

As infrações 07, 08 e 09 não foram contestadas.

Na infração 10 a planilha acostada aos autos bem demonstra as datas exatas em que as EFDs deveriam ter sido entregues e a data de entrega. Portanto, a infração aqui está muito bem caracterizada. Atraso é atraso. Seja um dia, ou sejam meses ou anos, como ocorreu. A obrigação acessória impõe-se. Eventual retificação em nada descaracteriza a infração. Ao contrário, reforça-a, porque, se o que vale é a EFD retificadora, esta está mais atrasada ainda. E a lei é clara quando fala em entrega extemporânea; não fala em entrega extemporânea após o contribuinte ser intimado.

Quanto as multas informam que este CONSEF já solidificou o entendimento de que as muitas impostas pela Lei 7014 são completamente incontestáveis. Por fim, pugna-se pela procedência total do Auto de Infração.

Registro o comparecimento à sessão de julgamento virtual realizada nesta data do representante legal do autuado, Dr. João Antonio Dantas Silva, OAB/BA nº 39.126, para fim de efetuar sustentação oral dos argumentos defensivos.

VOTO

O presente Auto de infração lavrado em 26/03/2020 diz respeito a exigência de ICMS mais multa no valor total de R\$ 184.946,32, em face das seguintes acusações:

Infração 01 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas para integrar o ativo permanente do estabelecimento, no valor de 5.834,53 acrescido da multa de 60%, prevista no art.42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$ 30.997,94, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, no valor de R\$ 6.848,07, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, no valor de R\$ 38.727,92, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre a alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e

destinadas a o ativo Fixo do estabelecimento, no valor de R\$ 25.140,24, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre a alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento no valor de R\$ 45.909,71, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Infração 07 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitos à tributação sem o devido registro na escrita fiscal sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 984,61.

Infração 08 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal no valor de R\$ 3,30.

Infração 09 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas na DMA, sendo aplicada a multa fixa de R\$ 140,00 prevista no artigo 42, inciso XVIII, alínea “c” da Lei nº 7.014/96.

Infração 10 - Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, nos prazos previstos na Legislação Tributária. Multa fixa aplicada de R\$ 1.380,00 no total de R\$ 30.360,00 prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” da Lei nº 7.014/96 c/c a Lei nº 12.917/13 e Art. 112 do CTN.

Inicialmente o recorrente alegou que consta no Auto de Infração que o local da lavratura do mesmo ocorreu na Secretaria da Fazenda da Bahia em Itabuna, entretanto assevera que sequer foi intimado do início da fiscalização, em desobediência ao previsto no artigo 26, III, do RPAF/BA.

O autuante por sua vez ao prestar a Informação Fiscal assevera que foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização em 01/01/2020 e também foi enviada a intimação para o e-mail cadastrado na SEFAZ em 27/03/2020, oportunidade em que foram enviados todos os demonstrativos que deram respaldo ao presente lançamento.

A lavratura de Termo de Início de Fiscalização é um procedimento previsto no art. 196 do CTN:

“Art. 196.

A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.”

A Lei Estadual nº 7.753/00, que alterou o inciso III, “a”, do § 1º do art. 127 do COTEB Código Tributário deste Estado, passou a prever que, se fosse lavrado o Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, a emissão desse Termo de Intimação dispensaria a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

Tais determinações foram absorvidas pelo RPAF/BA que prevê em seu art. 28 com redação em vigor a partir de 01/01/01:

“Art. 28.

A autoridade administrativa que efetuar ou presidir tarefas de fiscalização para verificação do cumprimento de obrigação tributária lavrará, ou determinará que sejam lavrados, conforme o caso:

I - Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, com indicação do dia e hora da lavratura, devendo ser colhida a assinatura do intimado no instrumento ou em recibo, a menos que seja transscrito diretamente em livro do próprio contribuinte;

II - Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, para que o sujeito passivo, seu representante legal ou preposto preste esclarecimento ou exiba elementos solicitados pela fiscalização, sendo que a emissão deste termo dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.”

Da leitura dos dispositivos legais verifico ser necessária a lavratura do Termo de Início de Fiscalização, destinado a documentar o início do procedimento fiscal, podendo o mesmo ser dispensado, através da Intimação para apresentação de Livros e Documentos, exceto quando a irregularidade se referir a descumprimento de obrigação acessória.

Observe-se ainda que o §1º do art. 28 do RPAF/99, acima referido, determina que o “*procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos, sendo que, esgotado o prazo sem que haja prorrogação ou lançamento de ofício, o sujeito passivo poderá exercer o seu direito à denúncia espontânea, se for o caso. Ou seja, é indispensável que o contribuinte seja cientificado pela Fiscalização sobre o início do procedimento fiscal, haja vista a possibilidade de exercer o seu direito de denunciar espontaneamente a infração, hipótese na qual afastará a incidência de multa e acréscimos tributários, caso o trabalho fiscal não seja concluído no prazo determinado*

”.

No presente caso, constato que foi acostado aos autos à fl. 10 o documento denominado “Termo de Início de Fiscalização” em nome da empresa e endereço da autuada, o qual de acordo com “descrição dos fatos” está dito que: “*No dia e local acima indicados, inicieie os trabalhos de fiscalização da empresa supra qualificada, em cumprimento à Ordem de Serviço n 500.190/20, relativa aos exercícios incluídos no período fiscalizado, tendo intimado o contribuinte a apresentar os livros e documentos fiscais e contábeis necessários à sua execução*”.

Também observo que no mencionado “Termo” não consta a ciência da empresa autuada para validar este início, além do que consta que o mesmo se deu em 01/01/2020, data considerada como feriado internacional, denotando que o mesmo foi emitido como se o autuante estivesse presente no estabelecimento, o que não restou comprovado.

Tendo em vista os fatos acima delineados, entendo que dito documento se torna ineficaz a documentar o início da ação fiscal, por se enquadrar no disposto no art. 10, § 1º, IV do RPAF/BA conforme se verifica a seguir:

“Art. 10. A petição será indeferida de plano pela autoridade ou órgão a que se dirigir ou pelo órgão preparador, conforme o caso, se intempestiva, se assinada por pessoa sem legitimidade ou se inepta ou ineficaz, vedada a recusa de seu recebimento ou protocolização.

§ 1º A petição será considerada:

(...)

IV - ineficaz, quando insuscetível de surtir os efeitos legais pretendidos, por falta de requisitos fundamentais.

Também observo que o sujeito passivo não foi intimado para apresentação de livros e documentos, o que supriria a falta do Termo de Intimação, sendo que a intimação, que o autuante se reportou diz respeito a comunicação da lavratura do Auto de Infração, encaminhada via DT-e, conforme se observa no documento de fl. 40.

Nos termos do art. 196 do CTN e o art. 28 do RPAF/99 a fiscalização deve ser iniciada mediante lavratura de termo específico documentando o fato, exceto quando se tratar de descumprimento de obrigação acessória. É direito assegurado ao contribuinte ser cientificado de antemão sobre o que está sendo fiscalizado e verificações que serão realizadas. O lançamento de crédito tributário é um ato vinculado devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de direito material, que dizem respeito a ser ou não devido o imposto, existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito tributário. É nulo o lançamento realizado com inobservância dos ditames da lei, tanto de ordem material quanto de ordem formal.

No caso em exame, o procedimento adotado pela fiscalização não atende ao devido processo legal, sendo, desse modo, nulas as referidas infrações, consoante o art. 18, inciso II do RPAF/99. Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **300449.0004/20-1**, lavrado contra **MINAS AÇO SISTEMA CONSTRUTIVO INDUSTRIAL LTDA**. Recomenda-se à autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do RPAF/99.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR