

A. I. Nº - 284119.0023/21-9
AUTUADO - GM2 MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTES - JURACI LEITE NEVES JÚNIOR e HÉLIO RODRIGUES TORRES JÚNIOR
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CENTRO NORTE
PUBLICAÇÃO - ITERNET 25/05/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0071-02/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. DÉBITO A MENOS. Infração não contestada de forma direta quanto aos valores lançados. Mantida. **2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS.** Não foram trazidos argumentos objetivos quanto ao mérito, sobretudo frente a afirmativa do fisco de terem sido as operações de saídas realizadas pela empresa sem tributação, na forma da apuração do Simples Nacional, regime do qual a empresa havia sido excluída de ofício. Infração procedente. Negada a conversão da cobrança em multa percentual pela falta de comprovação de ter apurado imposto pelo regime normal. Não acolhidas as questões preliminares suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 21 de agosto de 2021 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$ 124.374,03, além de multa de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **003.002.004.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no total de R\$ 115.902,96, fato constatado nos meses de março e abril de 2018, abril a dezembro de 2019 e janeiro a dezembro de 2020.

Infração 02. **007.015.002.** Recolheu a menor antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de janeiro, abril a novembro de 2018, janeiro, junho, agosto e setembro de 2019, fevereiro, março, agosto e setembro de 2020.

Tempestivamente, o autuado, por seu advogado, constituído através do instrumento constante da mídia de fl. 82, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 59 a 80, onde, após breve resumo dos fatos, e pedido para que as intimações dos atos processuais pertinentes sejam feitas na pessoa do seu advogado, como preliminar de nulidade, suscita a ausência de visto saneador e da assinatura do autuante no Auto de Infração, frente ao estabelecido nos artigos 39, inciso IX e 131, inciso I, do RPAF/99 (reproduzidos), sustentando não haver dúvidas de que por tais razões, o Auto de Infração é nulo.

Aponta ter o autuante demonstrado desconhecimento da norma jurídica ao exigir de contribuinte que apura ICMS pelo regime normal supostos valores de antecipação parcial do imposto e sobre este aplicar cumulativamente a multa prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, desconhecendo o teor excludente do § 1º, não restando dúvida de ter cometido erro de Direito.

Argui que a norma define que em caso de não recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial, por empresas “normais”, será devida apenas a multa sobre o valor

supostamente devido, tendo o autuante se equivocado e exigido o imposto e sobre este valor, ainda exigiu a multa, numa completa afronta à Lei.

Copia o teor do mencionado artigo da Lei 7.014/96.

Fala que a atividade de lançar o crédito tributário compete privativamente à autoridade administrativa, cabendo neste procedimento a verificação da ocorrência do fato gerador, a determinação da matéria tributável e o cálculo do tributo devido, reproduzindo o artigo 145 e incisos do CTN.

No presente caso, sustenta não ser possível a correção do presente Auto de Infração por diligência, tendo em vista que não houve erro de fato, e sim, de Direito, sendo nula a presente autuação.

Destaca que nos casos previstos no artigo 149, inciso VIII do CTN (transcrito), somente seria possível a revisão ou efetivação de novo lançamento de ofício, do lançamento regularmente notificado caso existisse fato não conhecido do autuante por ocasião do lançamento, o que não é o caso, tendo em vista deter todas as informações necessárias para a apuração correta dos supostos valores devidos.

Passa, estribado na doutrina, representada por Paulo de Barros Carvalho, a distinguir o erro de fato e o erro de direito, invocando, inclusive, a Súmula 227 do TRF, que diz respeito a impossibilidade de revisão do lançamento, diante de mudança do critério jurídico adotado pelo fisco.

No mesmo sentido, reproduz Ementa do julgado do STJ no REsp 1.130.545/RJ relatado pelo Ministro Luiz Fux, na Primeira Seção, publicado no Diário da Justiça de 20/02/2011, bem como o REsp 1.250.218/ES, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. DJe. 09/03/2012, Acórdão transitado em julgado no dia 17/04/2012.

Frisa ser evidente o erro de direito na determinação do valor a ser exigido, ou seja, para alcançar o valor devido, não verificou o autuante a impossibilidade de exigência do ICMS por antecipação parcial de contribuinte que recolhe o imposto pelo regime normal.

Adentrando no mérito, aduz que de maneira equivocada, já que apura o ICMS pela sistemática normal, o autuante lhe exigiu o ICMS por antecipação parcial que supostamente deveria ser recolhido e, além disso, aplicou multa de 60% sobre o valor supostamente devido, não lhe assistindo razão, vez que nos termos do artigo 42, II, “d”, § 1º, no caso de não recolhimento do ICMS por antecipação parcial, pelo contribuinte sujeito ao regime normal de apuração, será devida apenas a multa de 60%, sobre o valor que deveria ser recolhido, conforme reprodução.

Reputa que de forma equivocada, demonstrando desconhecimento da norma jurídica (erro de direito), o autuante exigiu o ICMS que supostamente foi devido por antecipação parcial e ainda a multa de 60%.

Fala ser incontroverso que o ICMS destes produtos foi recolhido posteriormente em suas saídas. Logo caberia ao autuante, apenas a aplicação da multa. Ocorre que de maneira discricionária, desobedecendo ao que determina o artigo 142 do CTN, em flagrante erro de direito, de maneira contrária foi lavrado o presente Auto de Infração, o qual é nulo, ou no mérito completamente improcedente.

Argui a seguir a impossibilidade de se determinar com precisão o valor da infração, o que implicaria em cerceamento do direito de defesa diante da ausência de elementos essenciais na autuação.

Indica que, no presente caso, mesmo diante da imposição legal em relação às formalidades do Auto de Infração, tendo em vista ser o ônus da prova do fisco, o autuante se limitou a juntar a notificação de lançamento uma simples planilha, que sequer contém as informações necessárias para que exerça seu direito de defesa, uma vez que nas planilhas anexadas a notificação (em

especial a que trata da apuração dos débitos), não constam as seguintes informações: Chave da nota fiscal, NCM e situação do documento fiscal.

Reforça faltarem elementos essenciais para demonstração da suposta infração cometida pelo contribuinte, sendo que esses elementos, ausentes na apuração da suposta infração, dão a materialidade mínima necessária à apuração do tributo devido.

Por outro lado, sua ausência cerceia o seu direito de defesa, afinal como se defender de algo que com os elementos apresentados (planilhas) é impossível saber a origem dos valores exigidos, questiona.

Indaga, ainda, sobre quais notas (chave/cópia) está sendo cobrado o suposto ICMS, e como se chegou as alíquotas de ICMS exigido se não consta na planilha a NCM dos itens.

Se vale mais uma vez do artigo 39, incisos III, IV e V do RPAF/99 (transcritos), para sustentar a ausência do demonstrativo de débito tributário, apesar de sua imposição legal, acarreta o cerceamento do seu direito de defesa, por desconhecer seu fundamento e a forma de apuração dos valores exigidos.

Estribado, uma vez mais no artigo 142 do CTN, pontua que não pode o Fisco, na qualidade de aplicador da lei, presumir ocorrência de fato descrito como hipótese de incidência, vez que a atividade de lançamento é vinculada, e o seu descumprimento ir de encontro à norma enunciada.

Não obstante a determinação contida no referido dispositivo, diz ser certo que, no caso em tela, a Fiscalização pautou a suposta infração em mera planilha, que sequer contém os elementos necessários para materializar a notificação de lançamento, e ainda que não discuta o direito de se efetuar a lavratura do Auto de Infração, desde que seja verificado e comprovado ter cometido alguma infração à legislação tributária, o que não ocorreu no caso em tela, garante.

Menciona determinação contida no artigo 18, incisos II e IV do RPAF, que são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa e ainda serão nulos os lançamentos de ofício que não contiver em elementos suficientes para se determinar com segurança, a infração, na forma copiada, apontando que no presente caso, além de haver a flagrante preterição do seu direito de defesa, tendo em vista que o Auto de Infração não traz elementos que dão o mínimo de materialidade às supostas infrações (01 e 02), ou seja, o mesmo não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança as infrações cometidas, tendo em vista que as planilhas apresentadas para demonstrar o levantamento de valores das infrações, não demonstram de forma clara quais infrações foram cometidas e sobre quais Notas Fiscais (ausência de chave e de NCM dos itens) estão sendo cobradas e como chegou as alíquotas de ICMS, o autuante não junta as cópias das notas fiscais, sobre as quais está exigindo o ICMS, nem tampouco nas planilhas de apuração consta a NCM dos itens constantes.

Traz em sustento a tal tese, julgado representado pelo Acórdão JJF 0003-01/15, cujo voto condutor cópia em trechos.

Diante de todo o já exposto, requer a anulação do presente Auto de Infração, e que recebida e processada a presente impugnação, seja declarado nulo o lançamento consubstanciado na notificação de lançamento em exame ou então que no mérito seja reconhecido como totalmente improcedente.

Informação fiscal prestada por um dos autuantes às fls. 103 a 106, quanto a alegação de nulidade por motivo de que a cópia do Auto de Infração que lhe fora enviada carece de assinatura do autuante e também visto do saneador, salienta que a cópia do Auto de Infração foi enviada via Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) ao qual o acesso dar-se-á via certificação digital que é a assinatura eletrônica do usuário, suprimindo assinatura em papel.

Assim, o RPAF fala em “assinatura”, porém não determina a forma dela, em formato digital ou manuscrita.

Frisa que na Repartição Fiscal encontra-se depositado o Auto de Infração com todas as assinaturas ora questionadas, as quais, poderia o autuado, querendo, requerer cópia destas peças, sendo que, neste aspecto invoca o § 2º do artigo 7º do RPAF que copia, bem como o artigo 18, § 1º do mencionado diploma regulamentar.

Em relação ao argumento elencado de que teria demonstrado desconhecimento da norma jurídica ao exigir do contribuinte que apura ICMS pelo regime normal, supostos valores devido a título de antecipação parcial e sobre esse valor aplicar a multa, aponta que neste aspecto, a defesa não demonstrou que as saídas dos itens tributados foram efetuadas com destaque do ICMS devido, pois que, o autuado, no período fiscalizado, atuava de forma irregular apurando o imposto por SIMPLES NACIONAL, o qual, por si só, evidencia o não destaque do ICMS devido, e ademais tal diferença de imposto é objeto de lançamento neste Auto de Infração.

Assim sendo, a autuação deu-se de forma correta, pois que, o § 1º do artigo 42 a situação não se enquadra no parágrafo reproduzido, arremata, razão pela qual não acata a argumentação defensiva.

Por fim, diante do argumento de que *“a notificação de lançamento uma simples planilha, que sequer contém as informações necessárias para que o contribuinte exerça seu direito de defesa”*, esclarece que a nota fiscal eletrônica consiste em um arquivo formato XML e o DANFE impresso é apenas uma representação gráfica da mesma. Assim, o contribuinte, caso tenha interesse, pode e deve acessar o banco de dados da SEFAZ no endereço obtendo o rol de notas fiscais emitidas para seu estabelecimento.

Fala causar perplexidade que o autuado, em seu banco de dados não consiga identificar as notas fiscais objeto da autuação diante dos seguintes elementos listados abaixo, os quais constam em planilha editável em formato EXCELL (Planilha de Cálculos.xlsx) bem como em formato de leitura (PDF) anexo aos autos. Sejam: Num. Doc; CNPJ; Razão Social; UF; NCM do Item; nº do Item; Descr. Item; e CFOP.

Por tudo que fora exposto, no sentido de atender demandas do autuado, bem como as normas disciplinadas no RPAF, em especial o artigo 2º da citada norma onde determina que no processo administrativo deverá atender-se ao princípio da busca da verdade material como também o § 2º do artigo 7º c/c § 1º do artigo 18, todos do RPAF, e, por fim, no sentido de propiciar cumprimento integral do direito a ampla defesa e do contraditório previstos no texto constitucional, determina o reenvio ao autuado, via Aviso de Recebimento (AR) além das planilhas já enviadas pelo DTE, as abaixo relacionadas de forma impressa e em CD-ROM, no que couber:

Cópia do Auto de infração devidamente assinada e datada;

Todas as planilhas enviadas pelo DTE;

Pasta de arquivos de XML das notas fiscais recebidas;

Pasta de arquivos de notas fiscais recebidas com a visualização gráfica destas em formato de DANFE;

Planilha de Cálculos II.xlsx – com inserção na aba 05, campo com nº da chave de acesso.

Por fim, encaminha o feito à Coordenação Administrativa da Infaz Centro Norte, nos termos do parágrafo § 7º do artigo 127 com a indicação do prazo de sessenta dias para sobre eles se manifestar, querendo, pois que, no item acima há inserção do nº da chave de acesso a nota fiscal.

Cientificada da informação fiscal por meio de Aviso de Recebimento dos Correios, em 12/11/2021 (fls. 108 e 110), o contribuinte se manifesta às fls. 112 a 132, no sentido da nulidade do Auto de Infração frente a ausência de visto saneador e da assinatura do autuante e da impossibilidade de correção, entendendo não assistir qualquer razão ao autuante no argumento utilizado.

Fala ser o procedimento de lavratura do Auto de Infração definido no RPAF, não cabendo ao autuante que exerce atividade plenamente vinculada, desviar-se da norma de regência, sendo evidente caber ao mesmo entregar ao autuado, todos os documentos e relatórios que consubstanciam a autuação e é lógico que esses documentos devem obedecer ao quanto imposto no regulamento.

Diz não haver dúvidas que o Auto de Infração deve ser entregue ao contribuinte, no momento da notificação, devidamente assinado pelo autuante e por seu chefe imediato, reproduzindo o teor do artigo 39, inciso IX do RPAF/99.

Relata que conforme se fez prova pela cópia do lançamento anexado na impugnação, não consta no documento a assinatura do servidor que lavrou o Auto de Infração, e como se não bastasse esta ilegalidade, estabelece o artigo 131, I do mesmo Regulamento (transcrito), que deve haver o saneamento do procedimento fiscal, fato não observado pelo fiscal, pois não consta no auto de infração o visto saneador.

Assegura não haver dúvidas, quer seja pela ausência de assinatura do autuante, quer seja pela ausência de assinatura do supervisor (visto saneador), que o Auto de Infração é nulo.

Aborda, a seguir, que como será demonstrado abaixo (mérito), o autuante demonstrou e demonstra desconhecimento da norma jurídica ao exigir do contribuinte que apura ICMS pelo regime normal (já que assim, nesta sistemática, foi lavrado por ele próprio o Auto de Infração), suposto valores devido de ICMS antecipação parcial e sobre esse valor aplicar a multa do artigo 42, II, “d”, sem observar a excludente do parágrafo 1º, não resta dúvida, que cometeu erro de Direito.

Questiona o fato de que neste Auto de Infração se está exigindo o ICMS pela sistemática normal, perguntando como o ICMS está sendo apurado no período auditado, e como estão sendo consideradas as saídas desses produtos?

Aduz que ao determinar que em caso de não recolhimento ou recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial, por empresas normais, será devido apenas multa sobre o valor supostamente devido, a norma nada mais fez do que exigir um raciocínio lógico para a situação.

Raciocina no sentido de que se ao recolher a antecipação parcial, as empresas do regime normal se creditam do valor recolhido na apuração do ICMS normal, é lógico que exigir na autuação o valor do ICMS por antecipação parcial, não teria qualquer efeito, tendo em vista que o valor exigido seria lançado como crédito na apuração do ICMS normal. Por esse motivo a norma determina apenas a exigência da multa sobre o valor que deveria ser recolhido.

Aponta o cometimento de erro de direito por parte do autuante ao exigir o ICMS por antecipação parcial supostamente devido e sobre esse valor ainda exigir a multa, ou seja, uma completa afronta à lei, ao aplicar a multa do artigo 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96 reproduzida.

Nos termos do artigo 142 do CTN (copiado), a atividade de lançar o crédito tributário, compete privativamente à autoridade administrativa, cabendo nesse procedimento: a verificação da ocorrência do fato gerador, a determinação da matéria tributável e o cálculo do montante do tributo devido.

Considera não ser possível a modificação do lançamento tributário legalmente notificado em relação aos pontos acima destacados, pois fazem parte do núcleo essencial do lançamento, salvo nas hipóteses do artigo 145 do CTN, transcrito.

Garante que no presente caso, não é possível a correção do presente Auto de Infração pela via de diligência, tendo em vista que não houve erro de fato, mas sim erro de direito. Dessa forma, é nula a presente autuação.

Destaca que nos casos previsto no artigo 149, seria possível a revisão no caso em tela, apenas na situação descrita no inciso VIII, de acordo com cópia do mesmo, ou seja, somente seria possível a

revisão ou efetuação de novo lançamento de ofício, do lançamento regularmente notificado, caso existisse fato não conhecido do autuante no lançamento anterior, o que não é o caso, tendo em vista que, o mesmo detinha todas as informações necessárias para apuração correta dos supostos valores devidos.

Para que não restem dúvidas de que não houve erro de fato, mas sim erro de direito, passa a diferenciar esses dois conceitos jurídicos, ocorrendo o erro de fato quando há vício de ordem individual e de natureza concreta, está vinculado a situação real do contribuinte. na concepção de Paulo de Barros Carvalho, o erro de fato “é um problema intranormativo, um desajuste interno na estrutura do enunciado pelo uso indevido de construções de linguagem que fazem às vezes de prova”.

Já o erro de direito configura um problema que envolve os enunciados de normas jurídicas diferentes, de ordem geral ou abstrata e, dessa maneira, não pode ser objeto de revisão, isso porque não se autoriza a autoridade administrativa simplesmente desconhecer a diretriz jurídica apropriada para o evento.

Alega que se o contribuinte não pode recusar-se de cumprir a lei, alegando desconhecê-la, é evidente que não cabe erro na aplicação da lei, daqueles que são incumbidos de exigir o seu cumprimento e no presente caso, o autuante demonstrou desconhecimento de norma jurídica, a saber: a dispensa da exigência do valor de ICMS por antecipação parcial para as empresas normais (artigo 42, II, “d”, § 1º), sendo dessa forma impossível a revisão do lançamento tributário em decorrência de erro de direito.

Em sustento a tal tese, colaciona o teor da Súmula 227 do TFR, reproduzindo, ainda, ensinamento de Sacha Calmon Navarro Coelho, além de decisão do STJ no REsp 1130545/RJ, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 22/02/2011.

Aponta que nessa demanda, é evidente o erro de direito na determinação do suposto valor a ser exigido, ou seja, para alcançar o suposto valor devido, não verificou o autuante a impossibilidade de exigência do ICMS por antecipação parcial do contribuinte que recolhem o ICMS pelo regime normal e tamanho é o erro de direito que na informação fiscal prestada, sustenta o autuante seu equivocado entendimento.

Destaca, ainda, entendimento do STJ em trecho do julgamento do REsp 1.250.218/ES, Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. DJe 09/03/2012, Acórdão transitado em julgado no dia 17/04/2012, em trecho reproduzido.

No mérito, frente a alegação do autuante de que teria o contribuinte deixado de recolher o ICMS por antecipação parcial ou recolheu o ICMS por antecipação parcial a menor, exigindo o ICMS por antecipação parcial que supostamente deveria ser recolhido e, além disso, aplicou multa de 60% sobre o valor supostamente devido, vislumbra não lhe assistir razão.

Menciona que nos termos do artigo 42, II, “d”, § 1º (transcrito), no caso de não recolhimento do ICMS por antecipação parcial, pelo contribuinte sujeito ao regime normal de apuração, será devida apenas a multa de 60%, sobre o valor que deveria ser recolhido.

Entendendo ter o autuante demonstrando desconhecimento da norma jurídica (erro de Direito), ao exigir o ICMS que supostamente foi devido por antecipação parcial e ainda a multa de 60%.

Tem como incontroverso que o ICMS destes produtos foi recolhido posteriormente em suas saídas. Logo caberia ao autuante, apenas a aplicação da multa. Ocorre que de maneira discricionária, desobedecendo ao que determina o artigo 142 do CTN, em flagrante erro de Direito, de maneira contrária foi lavrado o presente Auto de Infração.

Aponta ser nulo o presente lançamento ou no mérito e completamente improcedente.

Conforme consignado na inicial, mesmo após a entrega de novo CD contendo as planilhas utilizadas na autuação, permanece a impossibilidade de se determinar com precisão o valor das infrações e consequentemente é impossível que se defenda das acusações.

Mesmo diante da imposição legal, em relação à formalidade do Auto de Infração, tendo em vista ser o ônus da prova do Fisco, limitou o autuante, a juntar a notificação de lançamento uma simples planilha, que sequer contém as informações necessárias para que o contribuinte exerça seu direito de defesa.

Indica que nas planilhas anexadas a notificação (em especial a que trata da apuração dos débitos), não constam as seguintes informações: Chave da nota fiscal, NCM e situação do documento fiscal.

Entende que faltam elementos essenciais para demonstração da suposta infração cometida pelo contribuinte, sendo que esses elementos, ausentes na apuração da suposta infração, dão a materialidade mínima necessária à apuração do tributo devido. Por outro lado, sua ausência cerceia o direito de defesa do contribuinte, afinal como se defender de algo que com os elementos apresentados (planilhas) é impossível saber a origem dos valores exigidos?

Indaga sobre quais notas (chave/cópia) está sendo cobradas o suposto ICMS? como se chegou as alíquotas de ICMS exigido se não consta na planilha a NCM dos itens?

Se mostra surpreso com a alegação do autuante de que *“a nota fiscal eletrônica consiste em um arquivo em formato XML e o DANFE impresso é apenas uma representação gráfica da mesma. Assim, o contribuinte, caso tenha interesse, pode e deve acessar o banco de dados da SEFAZ no endereço obtendo o rol de notas fiscais emitidas para seu estabelecimento”*.

Diz ser lógico que se o autuante fez o levantamento da suposta infração fiscal com base nestas notas fiscais, não há dúvidas que este detém todas as informações desses documentos, inclusive as chaves e a NCM dos produtos constantes nessas notas fiscais.

Também não há dúvidas que sem as chaves das notas fiscais (número único) não é possível o contribuinte relacionar o levantamento realizado pelo autuante com as notas fiscais emitidas para si, sendo do Fisco o ônus da prova e o dever de apresentar o demonstrativo do débito discriminando minuciosamente a relação da infração com cada fato gerador.

Tanto é verdade, que o artigo 39, do Decreto 7.629/1999, impõe que o Auto de Infração deverá conter a descrição dos fatos considerados infrações e ainda a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador, além do demonstrativo do débito tributário, na forma da transcrição realizada.

Ocorre que apesar da imposição legal da indicação do demonstrativo do débito tributário, discriminando a infração, em relação a cada fato, de forma que seja possível o contribuinte se defender, mesmo após a apresentação da impugnação apontando a irregularidade, autuante não apresentou no Auto de Infração os elementos necessário e essenciais, quais sejam a Chave da nota fiscal, a NCM e situação do documento fiscal, arremata.

Diante dos fatos, tem como flagrante o cerceamento do direito de defesa do contribuinte, questionando mais uma vez, como pode defender-se de uma infração, se desconhece seu fundamento e a forma de apuração dos valores exigidos.

Ressalta que o Fisco, na qualidade de aplicador da lei, não pode presumir a ocorrência de fato descrito como hipótese de incidência, uma vez que a atividade de lançamento é vinculada, correndo o risco de, se em assim proceder, violar as disposições do artigo 142 do CTN reproduzido.

Não obstante a determinação contida no referido dispositivo, é certo que, no caso em tela, a Fiscalização pautou a suposta infração em mera planilha, que ser quer contém os elementos necessários para materializar a notificação de lançamento.

Não discute o direito de a fiscalização efetuar a lavratura do Auto de Infração, desde que seja verificado e comprovado que o contribuinte cometeu alguma infração à legislação tributária, o que não ocorreu no caso em tela, assevera.

Invoca o artigo 18, incisos II e IV do RPAF, no sentido de que são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa e ainda serão nulos os lançamentos de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança, a infração.

Assegura que neste Auto de Infração, além de haver a flagrante preterição do direito de defesa do impugnante, tendo em vista que o mesmo não traz elementos que dão o mínimo de materialidade às supostas infrações, ou seja, não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração cometida tendo em vista que as planilhas apresentadas para demonstrar o levantamento de valores das infrações, não demonstram de forma clara quais infrações foram cometidas e sobre quais notas fiscais (ausência de chave e de NCM dos itens) estão sendo cobradas e como chegou as alíquotas de ICMS, o nobre autuante não junta as cópias das notas fiscais, sobre as quais está exigindo o ICMS, nem tampouco nas planilhas de apuração consta a NCM dos itens ali constantes.

Indaga que se o próprio autuante não conseguiu demonstrar os valores apurados, como pode o autuado defender-se?

Menciona ser este o entendimento deste CONSEF no julgamento do Auto de Infração nº 210929.0016/14-3, conforme Acórdão JF 0003-01/15 da Primeira Junta de Julgamento Fiscal, que declarou nulo o mesmo, do qual reproduz trechos do voto condutor.

Ante o exposto requer seja recebida e processada a presente impugnação, seja declarado nulo o lançamento consubstanciado na notificação de lançamento em exame ou então que no mérito seja reconhecido como totalmente improcedente.

Retornando para os autuantes, um deles, o mesmo responsável pela informação fiscal anterior, se manifesta (fls. 139 a 144), no sentido de que para atender demandas do autuado, bem como as normas disciplinadas no RPAF/99, em especial o artigo 2º onde determina que o processo administrativo deverá atender-se ao princípio da busca da verdade material como também o § 2º do artigo 7º c/c §1º do artigo 18, determinou o reenvio ao autuado, via aviso de recebimento (AR) as planilhas em CD-ROM e documentos impressos abaixo relacionadas:

Cópia do Auto de infração devidamente assinada e datada;

Todas as planilhas enviadas pelo DTE;

Pasta de arquivos de XML das notas fiscais recebidas;

Pasta de arquivos de notas fiscais recebidas com a visualização gráfica destas em formato de DANFE;

5- Planilha de Cálculos II.xlsx – com inserção na aba 05, campo com número da chave de acesso e NCM.

Cita que os documentos e arquivos acima, ora questionadas pela defesa, foram enviados por via postal AR nº BR414538498BR, cujo objeto entregue ao destinatário pela Agência dos Correios, Itiúba – BA em 22/11/2021 às 08:30 h, ao qual fora concedido oportunidade de ampla de manifestação com a indicação do prazo de sessenta dias para sobre eles, querendo, manifestar-se.

Mesmo tendo sido satisfeitas as demandas do autuado, este, em nova manifestação, objeto desta segunda informação, não apresenta novo argumento, repete diretrizes quando da primeira manifestação defensiva, as quais se pronunciará.

Frisa que em sua defesa, traz alegação de que a cópia do Auto de Infração que lhe fora enviada carece de assinatura do autuante e como também visto do saneador face ao artigo 39 do PRAF/99 transcrito.

Lembra ser o segundo ponto alegado o de que, na planilha anexa aos autos, na aba “Plan 05- Crédito” não constar campo com informação de chave da nota fiscal, código de NCM e de situação do documento fiscal, o qual, segundo a defesa, cerceia o direito de defesa do contribuinte.

Traz também um terceiro ponto onde afirma textualmente ter o autuante demonstrado desconhecimento da norma jurídica ao exigir do contribuinte que apura ICMS pelo regime normal, suposto valores devido de ICMS antecipação parcial e sobre esse valor aplicar a multa do artigo 42, II, “d”, sem observar a excludente do parágrafo 1º, e que teria cometido erro de Direito.

Quando ao primeiro ponto, ressalta que a cópia do Auto de Infração foi enviada via Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) o qual o acesso dar-se-á via certificação digital que é a assinatura eletrônica do usuário, suprimindo assinatura em papel, pois que o RPAF fala em “assinatura”, porém não determina a forma dela, seja em formato digital ou manuscrita.

Frisa que na Repartição Fiscal encontra-se depositado o Auto de Infração com todas as assinaturas ora questionadas, as quais, poderia o autuado, querendo, requerer cópia destas peças.

Neste aspecto tem o § 2º do artigo 7º do RPAF onde relata: que a autoridade fazendária poderá baixar o processo em diligência, mediante despacho nos próprios autos, para que sejam supridas eventuais falhas ou prestadas informações”.

Invoca o artigo 18 do mesmo RPAF, que trata de eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de dez dias para sobre eles se manifestar, querendo”.

Entende, por pertinência registrar, que na dicção do artigo 2º do RPAF/BA, a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidas, dentre outros princípios, da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Quanto ao princípio da oficialidade, diz versar o mesmo na atribuição de impulso oficial à Administração, cabendo a ela a função de conduzir o andamento do processo administrativo, adotando todas as medidas necessárias à sua adequada instrução, visando a uma decisão final justa.

Quanto ao princípio do informalismo procedimental, vê, em pesquisa na web que, sem quebra da legalidade, pode haver dispensa de algum requisito formal sempre que sua ausência não prejudicar terceiros nem comprometer o interesse público. Um direito não pode ser negado em razão da inobservância de alguma formalidade instituída para garanti-lo, desde que o interesse público almejado tenha sido atendido. Dispensam-se, destarte, ritos sacramentais e despídos de relevância, tudo em favor de uma decisão mais expedita e, pois, efetiva.

Conclui, face ao exposto, que a nulidade não poderá ser decretada haja vista que não existiu nenhuma hipótese elencada no artigo 18 do RPAF/99 sejam atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente; atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa; decisões não fundamentadas; como também lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator e em que se configure ilegitimidade passiva.

Por fim, ressalta que a lavratura do Auto de Infração obedeceu aos ditames do RPAF/99, eis que, contém os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, o demonstrativo detalhado do débito, além de um CD-ROM com as planilhas da auditoria, todos entregues ao autuado para a ampla defesa e o contraditório.

O segundo ponto alegado, de que “a notificação de lançamento uma simples planilha, que com o devido e costumeiro respeito, se quer contém as informações necessárias para que o contribuinte exerça seu direito de defesa” para o qual indica que a planilha ora questionada, (Planilha de Cálculos.xlsx) contém os campos de “Num. Doc; CNPJ; Razão Social; UF; NCM do Item; nº do Item; Descr. Item; e CFOP”, os quais individualizam a nota fiscal, podem ser objeto de consulta junto aos próprios livros fiscais do autuado.

Ademais, para que lhe seja conferido amplo direito a defesa e ao contraditório, como relatado no início, ao contribuinte foram reenviadas estas mesmas planilhas, com a inserção dos campos objeto do pleito, mesmo assim, a defesa em sua segunda manifestação na ausência de argumentos sólidos de combater a acusação fiscal, opta por repetir argumentos formais desconectados com a realidade dos autos.

Por fim, o terceiro ponto onde a defesa afirma que o autuante demonstrou desconhecimento da norma jurídica ao exigir do contribuinte que apura ICMS pelo regime normal, suposto valores devido de ICMS antecipação parcial e sobre esse valor aplicar a multa do artigo 42, II, “d”, sem observa a excludente do parágrafo 1º, tendo cometido erro de direito, que, neste aspecto, a defesa não demonstrou que as saídas dos itens tributados foram efetuadas com destaque do débito do ICMS devido, pois que, o autuado, no período fiscalizado, atuava de forma irregular apurando o imposto por SIMPLES NACIONAL, o qual, por si só, evidencia o não destaque do imposto, ademais tal diferença deste é objeto de lançamento neste Auto de Infração.

Assim sendo, a autuação deu-se de forma correta, motivo pelo qual não acata a argumentação defensiva.

Conclui que tendo em vista que a nulidade pleiteada, porém não fundamentada pela defesa não se sustenta, pois que os pontos apontados foram sanados pelo órgão preparador, com reabertura integral de prazo para nova manifestação, obedecendo dispositivo constitucional de propiciar ampla defesa e acesso ao contraditório bem como a improcedência também requerida, pois como visto, nas saídas não há destaque do ICMS e, por consequência, tributação nos moldes de débito do imposto.

Assim sendo, requer que se julgue procedente o presente Auto de Infração.

Foram os autos encaminhados para instrução e julgamento pelo órgão preparador em 04/03/2022, recebidos no CONSEF em 16/03/2022 (fl. 147), tendo sido encaminhado a este relator em 11/04/2022 (fl. 147-v).

Presente na sessão o advogado da empresa Dr. Emanuel Silva Antunes, OAB/PE 35.126, que em sede de sustentação oral apenas destaca dois pontos em relação aos fatos.

O primeiro deles é a falta de assinatura do Auto de Infração pelo autuante, o que reputa recorrente. Não discute a questão da assinatura digital, porém reafirma que o Auto de Infração recebido não contém qualquer assinatura, digital ou física.

Entende que, neste caso, o Auto de Infração é nulo.

O segundo ponto diz respeito a cobrança de antecipação parcial, defendendo a aplicação do § 1º do artigo 42, da Lei 7.014/96, esclarecendo ter sido desenhada retroativamente do Simples Nacional, o que resultou no presente lançamento, sustentando ter havido cobrança indevida e em duplicidade.

Reitera a posição quanto a nulidade do lançamento ou a sua improcedência.

VOTO

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, objeto de impugnação por parte do autuado.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da lavratura de Termo de Início de Fiscalização, encaminhado através do Domicílio Tributário Eletrônico em 05/08/2021, com ciência tácita em 11/08/2021 (fl. 13).

A memória de cálculo da autuação e os documentos que a suportam se encontram às fls. 17 a 55, impressa, bem como na mídia de fl. 16.

Os autuantes, quando do lançamento, descreveram com precisão as infrações tidas como cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte e entendidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam as mesmas, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da objetiva peça de impugnação, podendo, mais uma vez se manifestar em outro momento processual.

O sujeito passivo se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, exercendo como atividade principal a de “Comércio varejista de móveis”, CNAE 4754-7/01, estabelecido no município de Itiúba.

Necessário, antes de qualquer outra análise, se fazer uma pequena observação: quando da sua informação fiscal, o autuante, ao final, “determinou” que fossem entregues os demonstrativos que já haviam sido entregues ao sujeito passivo, na forma do documento comprobatório de fls. 56 e 57 cientificado o mesmo, com reabertura do prazo de defesa de sessenta dias.

Esclareço, por pertinência, que a ciência e manifestação do sujeito passivo, após a informação fiscal só está prevista para a hipótese de apresentação de novos demonstrativos, ou de fatos novos, de acordo com o que preceitua o § 7º, do artigo 127 do RPAF/99:

“se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18”.

Tal hipótese, frente a manutenção da autuação, não ocorreu no caso em comento.

E mais: ainda que o autuante em sede de informação fiscal viesse a apresentar alterações quanto ao levantamento realizado, nem sempre existe a necessidade de se dar conhecimento ao sujeito passivo, sequer abrir prazo para sua manifestação; é assim que regula o § 8º do mesmo dispositivo regulamentar:

“§ 8º É dispensada a ciência do sujeito passivo na hipótese de refazimento de demonstrativo ou levantamento efetuado em função de argumentos e provas apresentadas pela autuada”.

E mais: a condução do processo não cabe ao autuante, com a determinação dos atos processuais a serem praticados por quem quer que seja, não cabendo ao mesmo ou a qualquer outra pessoa. Ela é privativa do julgador, a quem cabe determinar a realização dos atos tidos e entendidos como necessários, seguindo a previsão da própria norma regulamentar.

Em verdade, tal procedimento inadvertidamente adotado pelo autuante, retardou o deslinde do processo, agindo em sentido contrário ao princípio da celeridade processual, eis que desnecessária a reabertura de prazo concedida, com a consequente postergação do deslinde da matéria,

Existem questões preliminares a serem apreciadas, motivo pelo qual adentro na análise das mesmas, as quais dominam quase que inteiramente a impugnação apresentada.

O primeiro motivo alegado para o pleito pela nulidade seria o fato de segundo a defesa, o Auto de Infração não se encontrar assinado, bem como faltar a assinatura do saneador e do Inspetor Fazendário.

Constam nos autos, ainda, a assinatura dos autuantes (fl. 03), bem como o visto do saneador, Supervisor de Estabelecimento e da Autoridade Fazendária, datados de 06/09/2021 (fl. 01), o que vem a se contrapor aos argumentos defensivos, diante do pleno atendimento do inciso IX do artigo 39 do RPAF/99, bem como do artigo 131 do mesmo diploma regulamentar, o que atesta a plena observância dos requisitos e elementos de validade plena do lançamento, motivo pelo qual foi o mesmo devidamente registrados no sistema da SEFAZ/BA, como atesta o ID 800.934 impresso nas fls. 01 a 06.

O que talvez justificasse a arguição defensiva é o fato de ter recebido apenas e tão somente cópia do mesmo, em outra via, para a qual tal formalidade não é exigida na norma regulamentar, diante da ausência de determinação expressa.

Fato concreto é que o Auto de Infração se encontra assinado e saneado pelas autoridades competentes para tal, o que me leva a refutar o argumento trazido.

Quanto ao argumento de nulidade, diante do entendimento do contribuinte de que o autuante não teria comprovado, sequer provado a ocorrência dos fatos geradores que dariam ensejo ao crédito tributário constituído pela autuação impugnada, não posso acolher. E justifico: as infrações se encontram estribadas em levantamentos e demonstrativos que as atestam, de forma analítica, constantes da mídia de fl. 32, bem como, consoante relatado anteriormente, de forma impressa às fls. 17 a 55, os quais indicam e precisam todos os elementos necessários para a perfeita indicação das mesmas, inclusive listam, documento a documento, aqueles que serviram de base para a autuação, bem como os resume de forma sintética, não havendo que se falar em imprecisão ou falta de prova frente às acusações postas.

Neste sentido, posso, contrariamente ao entendimento da defesa, mencionar o demonstrativo de fls. 21 a 55 onde constam os seguintes dados: ano, mês, CNPJ e razão social do emitente do documento fiscal, se o remetente é optante do Simples Nacional, unidade da Federação do emitente, NCM do produto arrolado, número do item do documento fiscal, sua descrição, CFOP, a sua descrição valor total, valor da base de cálculo, alíquota, valor do crédito fiscal, MVA (caso fosse aplicável), redução de base de cálculo (acaso cabível), alíquota aplicada e débito apurado.

Ou seja, todos os elementos arguidos como ausentes dos demonstrativos, reduzidos pela defesa a uma “simples planilha”, são mais do que suficientes para a total comprovação não somente da infração imputada, como, de igual modo, foram entregues em dois momentos distintos: quando da ciência da autuação encaminhada através do Domicílio Tributário Eletrônico e cientificada tacitamente em 30/08/2021 (fls. 56 e 57), e quando da devolução do prazo para apresentação de impugnação “determinado” pelo autuante, que se deu por via de entrega física dos elementos e documentos mencionados, através de Aviso de Recebimento dos Correios, no domicílio do contribuinte, de acordo com o documento de fls. 108 e 110.

Se é verdade que nos demonstrativos elaborados não constam as chaves de acesso das Notas Fiscais arroladas, tal fato não traz qualquer prejuízo à defesa, tendo em vista que o registro fiscal das mesmas é feito não pela chave de acesso e sim, pela sua numeração, dentre outros dados (CNPJ do fornecedor, data de emissão, valor, etc.), estando as mesmas devidamente registradas em sua escrituração fiscal, fato incontestável, em momento algum refutado pela impugnante.

Além disso, na segunda intimação, quando da reabertura do prazo de defesa foram indicadas em documento próprio, todas as chaves de acesso das notas fiscais autuadas, bem como todos os demais elementos reclamados pela defesa quando da apresentação da primeira impugnação.

Quanto a arguição de não ter o autuante juntado as cópias das notas fiscais arroladas no levantamento, esclareço ser tal procedimento desnecessário, vez que os todos os dados foram extraídos da escrituração fiscal do contribuinte, além do fato de que as notas fiscais possuem formato eletrônico, sendo impresso apenas e tão somente, quando necessário (o que não o caso dos presentes autos) o DANFE, valendo, também, a assertiva do parágrafo anterior.

Ante a hipótese de tais elementos não terem chegado ao conhecimento do ilustre advogado subscritor da peça de impugnação, único motivo para a equivocada e desarrazoada assertiva defensiva, a responsabilidade e culpa cabe unicamente à empresa autuada por não tê-los encaminhado.

Assim, as acusações, diferentemente do entendimento da defesa, foram sim, provadas, e se encontram devidamente embasadas em elementos da própria escrituração fiscal do contribuinte, não tendo sido verificada nenhuma das hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99, estando preenchidos todas os requisitos de validade e eficácia do lançamento, e a possibilidade de o mesmo atender aos requisitos previstos na legislação em vigor, mais um motivo para a rejeição do argumento trazido.

Por outro lado, os fatos geradores estão perfeitamente delineados, calcados na legislação, e como já dito, fartamente comprovados por documentos fiscais emitidos e recebidos pelo contribuinte, além de sua EFD, tanto é assim que a empresa alinhou fatos, eventos e carreou documentos a sua impugnação, o que conduz à conclusão de ter entendido perfeitamente as acusações postas, e dispor de elementos probantes capazes de elidir ou reduzir as acusações inseridas no corpo do Auto de Infração.

Inexiste, contrariamente ao argumento trazido pela defesa, pois, qualquer lançamento por presunção, eis que calcado e alicerçado em elementos de fato, extraídos da escrituração fiscal do contribuinte devidamente apresentada à Secretaria da Fazenda, onde fez constar, sob sua inteira responsabilidade quanto a integridade e veracidade, as operações realizadas pelo estabelecimento autuado, não estando as infrações ou a capitulação legal inseridas dentre as hipóteses legais de presunção, presentes na Lei 7.014/96, artigo 4º, § 4º, que trata especificamente das presunções tributárias do ICMS.

A hipótese de haver eventuais reparos ou ajustes a serem feitos no lançamento, o que somente ocorrerá quando e se for apreciado o mérito da autuação, não o conduzem, necessariamente a nulidade, vez que corrigíveis, mas sim, em nome da justiça fiscal, na redução ou mesmo exclusão, sendo o caso, em nada prejudicando o contribuinte autuado, ao contrário, podendo vir a reduzir os valores inicialmente lançados.

De igual maneira, a alegada carência de motivação e cerceamento de defesa, também não se apresentam presentes no lançamento, primeiro, como se verá quando da apreciação do mérito, caso suplantadas as demais questões preliminares aventadas, pelo fato da fiscalização ter encontrado a devida motivação em práticas do contribuinte que seriam contrárias à legislação tributária do ICMS do estado da Bahia.

Foi franqueada ao contribuinte a prática de todos os atos que entendesse necessários para o pleno exercício do contraditório, inclusive e sobretudo a apresentação de elementos de prova e argumentos, podendo participar de todos os atos processuais, e deles tendo pleno conhecimento.

Esclareço ser o direito de ampla defesa uma importante garantia individual, decorrente dos princípios jurídicos da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, significando que não serão imputadas obrigações, nem restringidos direitos de determinado indivíduo, sem que ao mesmo seja facultado se manifestar, previamente, de forma completa e sem qualquer tipo de restrição, estando tal preceito insculpido no corpo constitucional quando da apreciação e determinação dos direitos e garantias individuais e coletivos, inserido no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (in Direito Administrativo, 20ª edição, São Paulo, Atlas, 2007, p. 367), aponta que:

O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do “ processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

Exige:

- 1- notificação dos atos processuais à parte interessada;*
- 2- possibilidade de exame das provas constantes do processo;*
- 3- direito de assistir à inquirição de testemunhas;*
- 4- direito de apresentar defesa escrita”.*

E tanto tal direito foi garantido ao contribuinte, que este foi devidamente comunicado do lançamento, com todos os seus elementos, compareceu ao feito, apresentou as suas alegações defensivas sem qualquer restrição para todas as infrações lançadas, evidentemente após o exame dos elementos do feito, desfiou os argumentos a seu favor, pode contraditar a informação fiscal prestada, após a sua ciência, ou seja, exerceu tal direito sem qualquer limite ou restrição, o que sepulta o argumento posto.

Também foi obedecido o princípio do contraditório, até pela sua íntima relação de simbiose com o da ampla defesa, tendo Nelson Nery Costa assim entendido: “*O direito de ampla defesa exige a bilateralidade, determinando a existência do contraditório. Entende-se, com propriedade, que o contraditório está inserido dentro da ampla defesa, quase que com ela confundido integralmente, na medida em que uma defesa não pode ser senão contraditória, sendo esta a exteriorização daquela*”.

Logo, não há que se falar em falta de amparo legal para o lançamento efetuado, o que me leva a rejeição do argumento posto.

Analisando o argumento defensivo de ter havido erro de direito, esclareço, inicialmente, que se deve partir de algumas premissas contidas no próprio artigo 149 do CTN: a primeira é a de que o lançamento é ato pelo qual se constitui a obrigação tributária; a segunda é de que pode ser realizado pelo Fisco, pelo contribuinte ou de forma conjunta; e, em qualquer das hipóteses, poderá ser revisto pela autoridade administrativa competente para realizar o lançamento, seja para alterar o trabalho por ela realizado, seja para realizar um lançamento diante das informações equivocadas prestadas pelo sujeito passivo.

Digno de destaque é o fato de que o lançamento pode ser revisto pela autoridade administrativa desde que a mesma seja designada especificamente para realizar tal ato, entretanto, inexistente nos autos qualquer erro de direito, por estar o mesmo, conforme acima demonstrado, em total alinhamento com a norma legal, descabendo qualquer alegação frente a existência de fato de inexistir qualquer desobediência ao comando inserido na Lei, por parte do autuante, como se verá adiante, acaso superadas as questões preliminares.

Quanto ao julgamento representado pelo Acórdão JF 0003-01/15, não pode ser aplicado aos presentes fatos, vez que, conforme sobejamente provado, inexistiu qualquer cerceamento do direito de defesa, bem como foi inteiramente observado o devido processo legal, razão que naquele caso levaram a decretação da nulidade do lançamento.

No mérito, a infração 01 diz respeito a recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, enquanto a infração 02 se refere a recolhimento efetuado a menor do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização.

A defesa, ainda que diga se debruçar na análise do mérito da autuação, em verdade não o aborda, sequer indica qualquer equívoco nos dados e elementos constantes dos demonstrativos elaborados pelos autuantes, se cingindo apenas a invocar a necessidade de ser imputado ao autuado, na infração 02, unicamente a multa percentual sobre o imposto tido como devido pela Fiscalização, por entender desobedecido o teor do § 1º do artigo 42 da Lei 7.014/96, o qual, entretanto não pode ser aplicado, tendo em vista a colocação dos autuantes, devidamente comprovado nos demonstrativos elaborados em suporte a acusação, de que a empresa, apesar de estar obrigada a apurar o ICMS na condição de regime normal de apuração, o fazia na sistemática do Simples Nacional, de forma completamente indevida, desde quando excluída de ofício de tal regime, de acordo com o documento de fls. 08 e 09, cientificado pelo contribuinte tacitamente em 07/04/2021, e lida em 01/07/2021.

Logo, ainda que enquadrado no regime normal de apuração, ao não proceder a apuração do imposto na forma correta, e sim, de acordo com sistemática que não mais poderia adotar, fato não refutado pela defesa, a cominação unicamente da multa não pode ser aplicada ao caso presente.

No mais, a infração 01 se encontra amparada pelo demonstrativo analítico de fl. 17, no qual foram lançados os créditos, os débitos, com base na planilha 04, de cujo teor o autuado teve pleno conhecimento, além de apurado o ICMS pelo mecanismo de débito x crédito, sendo considerados os recolhimentos efetuados pelo sujeito passivo, ainda que na sistemática do Simples Nacional, bem como aqueles realizados a título de antecipação parcial do ICMS.

Na infração 02 foram apuradas as aquisições de mercadorias destinadas à comercialização, na forma do artigo 12-A da Lei 7.014/96, bem como todas as demais indicações de cada documento tidas como necessárias para a perfeita identificação de cada operação, conforme visto anteriormente, sendo apurado os valores devidos.

Não houve qualquer apontamento defensivo quanto a erros, equívocos ou mesmo fatos imponíveis a ambas as infrações, se debruçando apenas nas questões preliminares, já devidamente apreciadas.

Igualmente, não há que se aventar a sustentada arguição defensiva de duplicidade de cobrança entre as infrações, pelo fato de não haver similitude nem coincidência nas mesmas, a primeira referente a recolhimento a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, ao passo que a segunda se reporta a recolhimento a menor de ICMS por antecipação parcial.

Logo, diante da falta de elementos probantes em sentido contrário ao da acusação posta no Auto de Infração, vencidas as questões preliminares, e ausentes elementos ou fatos quanto ao mérito a serem apreciadas, tenho o lançamento como procedente.

Quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seu advogado, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado.

Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Com a instituição do Domicílio Tributário Eletrônico, instrumento inclusive utilizado para a ciência do início da ação fiscal, consoante relatado e encerramento dos trabalhos de auditoria, com ciência do lançamento ao autuado, a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua

instituição feita pela Lei 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127–D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato de o processo judicial eletrônico já ser corriqueiramente adotado por diversos órgãos, inclusive o Poder Judiciário.

Voto, pois, pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **284119.0023/21-9**, lavrado contra **GM2 MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 124.374,03**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, inciso II, alíneas “a” e “d” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões virtual do CONSEF, 25 de abril de 2022.

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – PRESIDENTE/ RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR