

A. I. Nº - 271351.0042/21-7
AUTUADO - ROCHELE BATISTA RODRIGUES DOURADO
AUTUANTE - LAUDIONOR BRASIL PEDRAL SAMPAIO
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 30/06/2022

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0091-04/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES TRIBUTADAS NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Trata-se de operações de fornecimento de refeições, realizadas por estabelecimento inscrito no CAD/ICMS-BA com “CNAE 5620101 *Fornecimento de Alimento preparados preponderantemente para empresas*”, sem o recolhimento do imposto (ICMS). Por consultas no Sistema INC efetuadas por este Relator Julgador, em sede instrução, trata-se de fornecimento de “*refeições/café da manhã*” para empresas com a informação de “*Não Inscrito no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ/BA*”. Afastadas as arguições de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 13/12/2021, constitui crédito tributário no valor de R\$ 543.266,24, conforme demonstrativos acostados às fls. 7 a 14 dos autos, constante do CD/Mídia à fl. 15, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 01 - 002.001.002: Deixou de recolher, no(s) prazo (s) regulamentar (es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios nos anos de 2020 e 2021. Consta das descrições dos fatos como informações complementares que a infração é referente a diversas operações de fornecimento de refeições realizadas por estabelecimento inscrito no CAD ICMS-BA como o CNAE 5620101. Fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas. Lançado ICMS no valor de R\$ 543.266,24, com enquadramento no art. 2º, inciso I; e art. 32, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. I, § 6º, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa aplicada de 100% na forma do art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 16/21 dos autos, apresenta defesa administrativa, pelas razões que a seguir passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob o n. 12.010.723/0001-50, estabelecida na Avenida Itabuna, 7890, São Francisco de Assis, Itapetinga, Bahia, CEP nº 45700-000, por sua representante legal, Rochele Batista Rodrigues Dourado, brasileira, casada, comerciante, portadora de cédula de identidade nº 13.032.817-08, inscrita no CPF sob o nº 021.953.125-05, vem, com suporte nos incisos LIV, LV e LVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, artigos 1º, 5º, inciso primeiro do parágrafo 2º do artigo 23, inciso II do artigo 25 e artigo 33 do Decreto nº 70.235/1972 c/c artigos 68 e 73 do Decreto nº 7.574/2011 e no Decreto nº 7.574/2011, apresentar a presente impugnação.

I. DA SINOIPSE FÁTICA

Registra que o preposto Fazendário encontrou irregularidades consubstanciadas na Infração 01, de código 002.001.002, apontando que teria deixado de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.

Diz que, no ensejo de conclusão do múnus fiscalizatório, pontuou que a infração decorre de

diversas operações de fornecimento de refeições, realizadas por estabelecimento inscrito no CAD-ICMS com CNAE 5620101 que se trata da atividade econômica de fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas, sem o recolhimento do ICMS, conforme demonstrativos apresentados.

Não obstante os fatos apresentados pela autoridade fazendária, buscando demonstrar a improcedência do Auto de Infração hostilizado, assevera, em suas razões, que há equívocos de forma e de mérito que merecem ser apontados implicando na extinção da pretensão fazendária.

II. DAS RAZÕES RECURSAIS

i. Do cerceamento do direito de defesa

Diz que, do exame dos autos, verifica-se que foi sonegado ao contribuinte o direito de produzir provas que seriam relevantes ao alcance da verdade material, notadamente ao que se refere à intimação da Impugnante do Termo de Início da Ação Fiscal, ocasião em que poderia expor e apresentar documentação econômica fidedigna que indicasse com precisão os eventos econômicos aptos a desencadear a incidência do ICMS.

Registra, pelo que se extrai dos documentos de fiscalização, o Termo de Início da Ação Fiscal, embora confeccionado, jamais foi objeto de intimação direcionada à Impugnante, o que contraria o expediente previsto no inciso III do artigo 127 c/c artigo 123 do COTEB.

Em outras palavras, diz que é direito do contribuinte ter prévio conhecimento de todos os atos de fiscalização que lhe são direcionadas, sob pena de cerceamento do direito de defesa, sobretudo porque a ampla defesa e o contraditório são direitos absolutos do contribuinte de modo que a sua ausência ensejará a nulidade do auto de infração, nos termos do inciso I do artigo 18 do RPAF/BA.

Portanto, diz revelar imperiosa e necessária a análise desta questão posta, a fim de que esta Junta de Julgamento Fiscal confirme a nulidade formal que culminou na ausência de cientificação da contribuinte da lavratura do termo de início da ação fiscal.

No caso vertente, diz verificar que em todo o procedimento, ou seja, na fase inicial da fiscalização, jamais teve conhecimento da fiscalização, situação esta que a manteve em total incongruência quanto os atos administrativos que estavam sendo praticados em total segredo que, inclusive, culminaram na suspensão de sua inscrição estadual.

Frisa que foram utilizadas informações sem a participação da Impugnante, o que reforça a ideia de que as informações coletadas pelo preposto fazendário foram produzidas em sigilo, em total desarmonia com a legislação tributária estadual.

Diz que, pela natureza de sua atividade, era dever do preposto fazendário congregar seus esforços com os da pessoa jurídica fiscalizada, a fim de que fosse possível cotejar as informações por ele coletadas com as informações a serem fornecidas pela Impugnante.

Conclui-se o item em testilha pela irresignação da Impugnante do teor do Auto de Infração em referência, tempo em que, pugna pelo reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, por cerceamento do direito de defesa.

ii. Razões de mérito decorrentes dos efeitos deletério que advem do cerceamento do direito de defesa.

Diz verificar que o crédito tributário foi constituído por meio frágil, com vício intransponível que implicou no cerceamento do direito de defesa da Impugnante.

Registra que é importante consignar que o direito à ampla defesa visa resguardar não só o contribuinte, mas a própria fiscalização tributária que fará uso de todas as informações apresentadas pelo contribuinte aptas a corroborar com a liquidez e certeza que deve revestir o Crédito Tributário a ser formalizado pelo presente expediente.

Nesse sentido, diz que a utilização de informações eletrônicas, através de procedimento administrativo prévio, não validaria a utilização de tais informações de per si, até porque faz-se

necessária a comunicação dos atos de fiscalização ao contribuinte para que, se for o caso, possa esclarecer eventuais pontos.

O ato de constituição do crédito tributário deve seguir a estrita legalidade, de modo que, não representa óbice à fiscalização trazer o contribuinte para a fase inicial de apuração do imposto supostamente inadimplido.

Pontua que o levantamento realizado pelo preposto fazendário não levou em consideração eventuais informações que poderiam ter sido apresentadas pela Impugnante, quando da fiscalização, o que já foi amplamente exposto em capítulo anterior, com o cerceamento do direito de defesa, o que autoriza o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração com arrimo no inciso I do artigo 18 do RPAF/BA.

No ensejo de conclusão do presente item, imperioso trazer à baila que há emprego de mecanismo de fiscalização tão somente com informações unilateralmente coletadas pela fiscalização.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese conclusiva, diz que é evidente, do exame dos elementos que compõe os autos, que há indício irrefutável de que teve o seu direito a ampla defesa cerceado, o que pode ser confirmada pela própria natureza da autuação que não contemplou a necessária participação da contribuinte no procedimento de fiscalização.

Por essas sumárias razões, pugna para que a presente peça Impugnatória seja conhecida e provida, no sentido de:

- a. admitir a sua tempestividade e demais requisitos, em juízo de admissibilidade;
- b. atribuir, nos termos da legislação supracitada, o seu efeito suspensivo, com a consequente suspensão da exigibilidade do Crédito Tributário, nos termos do inciso III do artigo 151 do CTN;
- c. reconhecer a Nulidade e/ou insubsistência do Auto de Infração.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fls. 45/46, que a seguir passo a descrever:

Após, resumidamente descrever os termos da defesa, diz que, quanto às alegações iniciais da recorrente, cabe o esclarecimento de que o Termo de Início de Fiscalização, às fls. 06 deste Processo Administrativo Fiscal, foi lavrado em virtude do contribuinte estar com sua inscrição inapta, e consequentemente com o Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e) indisponível para envio de mensagens ao contribuinte, no período compreendido entre 18/11/2021 a 21/01/2022, conforme comprova documento anexo às fls. 47 deste PAF.

No mérito, diz que a autuada afirma que o crédito tributário foi constituído por meio frágil, com vício intransponível que implicou no cerceamento do direito de defesa da impugnante. E prossegue afirmando que a utilização de informações eletrônicas, através de procedimento administrativo prévio, não validaria a utilização de tais informações porque se faria necessário a comunicação dos atos de fiscalização ao contribuinte para que este pudesse esclarecer eventuais pontos.

Neste contexto, como a impugnante em nenhum momento adentra ao mérito da autuação fiscal, repetindo as mesmas alegações já efetuadas na preliminar, afirma, o agente Autuante, que o presente Processo Administrativo Fiscal possui todos os elementos para determinar com segurança a infração cometida, sua base de cálculo, alíquota (carga tributária) e o ICMS devido por ter realizado diversas operações de fornecimento de refeições sem o recolhimento do ICMS, conforme demonstrativos e planilhas anexos.

Assim diz manter, na íntegra, os valores constantes na presente autuação fiscal, já que não cabe razão ao autuado, e diante do acima exposto, reque dos membros do CONSEF que o Auto de Infração em tela seja julgado totalmente procedente.

À fl. 48 verso, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o

presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Preliminarmente, o sujeito passivo argui nulidade do Auto de Infração em tela, sob o manto de que lhe foi ocultado o direito de produzir provas que seriam relevantes ao alcance da verdade material, notadamente no que se refere à intimação do Termo de Início da Ação Fiscal, ocasião em que poderia expor e apresentar documentação econômica fidedigna que indicasse com precisão os eventos econômicos aptos a desencadear a incidência do ICMS.

Sobre a ausência da comunicação do Termo de Início da Ação Fiscal ao sujeito passivo, como posto pelo agente Autuante na informação fiscal, decorreu do contribuinte estar com sua inscrição inapta, e conseqüentemente com o Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e) indisponível para envio de mensagens ao contribuinte, no período compreendido entre 18/11/2021 a 21/01/2022, conforme comprova documento anexo às fls. 47 deste PAF.

Por sua vez, nos termos do Art. 26 do RPAF, o ato da lavratura e envio do Termo de Início de Fiscalização ao Contribuinte Autuado, tem o condão tão somente de cessar a espontaneidade do crédito tributário no período em que a ação fiscal esteja sendo desenvolvida, o que, ao não ter sido cientificado do início da ação, como arguido, veio a beneficia-lo, pois poderia ter exercido o direito de efetuar o pagamento do imposto, o qual está sendo agora cobrado, o que não o fez.

Sobre a arguição do cerceamento de defesa propriamente dito, por não ter tido a oportunidade de conhecer os atos administrativos que estavam sendo praticados pelo agente Autuante, onde culminou com a presente imputação, dado que o preposto Fazendário não levou em considerações eventuais informações que poderiam ter sido apresentadas quando da fiscalização; vejo que não se sustenta tal arguição, pois caso tivesse informações que poderiam elidir total ou parcial a imputação fiscal, poderia ter apresentado, agora, em sede de defesa, o que não o fez.

Neste sentido, não vejo dos autos qualquer violação ao devido processo legal, nem tampouco qualquer preterição do direito de defesa do Contribuinte Autuado, que mesmo tendo a oportunidade de apresentar arguição de mérito, apenas diz que as utilizações de informações eletrônicas não são aptas a corroborar com a liquidez e certeza do crédito tributário ora constituído, cujo teor passo a analisar na integralidade.

No mérito, o Auto de Infração em tela, lavrado em 13/12/2021, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAZ SUDOESTE, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 503965/21, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS) em razão de o Contribuinte Autuado ter deixado de recolher nos prazos regulamentares, o imposto referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, relativo aos anos de 2020 e 2021, conforme demonstrativo de fls. 7/14 dos autos, que é parte integrante do CD/Mídia de fls. 15. Lançado ICMS no valor de R\$ 543.266,24, com enquadramento no art. 2º, inciso I; e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, § 6º do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa aplicada de 100% na forma do art. 42, inc. III da Lei nº 7.014/96.

Assim dispõe art. 2º, inciso I; e art. 32 da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos geradores:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

I - a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados; (Grifos acrescidos)

Como está posto na descrição dos fatos da autuação, trata-se de diversas operações de fornecimento de refeições, realizadas por estabelecimento inscrito no CAD/ICMS-BA com “CNAE 5620101 Fornecimento de Alimento preparados preponderantemente para empresas”, sem o recolhimento do imposto (ICMS) conforme demonstrativo de fls. 7/14 dos autos, que é parte integrante do CD/Mídia de fls. 15.

Em sede de defesa, o sujeito passivo não nega a realização das operações objeto da autuação, apenas arguiu cerceamento do direito de defesa, dado o preposto Fazendário não ter levado em consideração eventuais informações que poderiam ter sido apresentadas quando do desenvolvimento da ação fiscal, por falta da ciência da Fiscalização, o que também não o fez, em sede de defesa.

Nos termos do art. 140 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Há de se destacar, que esta operação poderia estar enquadrada no regime do deferimento (art. 286, inciso LXIII do RICMS/BA), o que não se tem qualquer argumento, na peça de defesa, nem tampouco o agente Autuante traça qualquer comentário nesse sentido.

Então, analisando as operações objeto do demonstrativo fiscal, vê-se que se trata de fornecimento de “*refeições/café da manhã*” para as empresas de CNPJ 07.758.028/0018-80, 08.419.359/0008-86, 07.758.028/0015-37 e 05.379.815/0011-19, todas, por consultas no Sistema INC efetuadas por este Relator Julgador em sede de instrução, com a informação de “*Não Inscrito no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ/BA*”, o que afasta de pronto o enquadramento dessas operações ao regime do Diferimento.

Pois bem! Como não houve destaque do imposto no documento fiscal, bem assim não houve o registro dessas operações no livro fiscal próprio do defendente, subentende-se que de fato o imposto incidente nessas operações de “*fornecimento de refeições*”, não fora oferecido ao Estado da Bahia, seja pelo fornecedor dos produtos (*ROCHELE BATISTA RODRIGUES DOURADO*), Contribuinte Autuado, ou seja, pelos adquirentes (*Empresas Não Inscritas no Cadastro de Contribuintes da SEFAZ/BA*).

Considerando, portanto, que os requisitos de constituição do lançamento estabelecidos através do art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estão corretamente preenchidos para caracterizar a atuação, vejo restar subsistente o Auto de Infração nº 271351.0042/21-7 em tela, onde o agente Fiscal Autuante agiu nos estritos termos da legislação.

Do quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **271351.0042/21-7**, lavrado contra **ROCHELE BATISTA RODRIGUES DOURADO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 543.266,24**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2022.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA