

A. I. Nº - 298921.0010/19-3
AUTUADO - SCM COMERCIO VAREJISTA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA.
AUTUANTE - ARI SILVA COSTA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21/10/2022

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0176-02/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Sem objetivo protesto quanto aos dados contidos no demonstrativo suporte da acusação fiscal, a Impugnação se limita a arguições de nulidade do lançamento tributário, as quais foram rejeitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência foi lavrado em 01/11/2019 para reclamar crédito tributário no montante de R\$833.274,44, em face da seguinte infração:

1 – 02.01.03 – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor: R\$833.274,44. Período: janeiro a abril 2019. Enquadramento legal: Arts. 2º, I e 32, da Lei 7014/96 c/c art. 332, I do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.

Intimado do lançamento, o autuado ingressou com Impugnação (fls. 111-114). Diz que o AI constitui lançamento de forma sucinta; que não teve ciência, nem foi intimado para apresentação de livros e documentos fiscais, ou informações, desconhecendo a autuação, verificando apenas através da senha de acesso, constarem dois lançamentos pelos AIs 298921.0010/19-3 e 210621.0013/19-9.

Entende não haver base jurídica para manutenção da exação, por ela ser inverídica e insustentável frente à ordem e ao direito, conforme diz passar a expor.

3. DO DIREITO

3.1 – PRELIMINAR DE NULIDADE

Fala que o lançamento fiscal é ato administrativo que necessita conter motivo, forma prescrita em lei, finalidade pública, sujeito competente e objeto, o que, diz, não existir neste caso.

Aduz ser ato vinculado nos termos do art. 142 do CTN e “sobre esta categoria de atos, a doutrina não vacila em afirmar que estes traduzem hipóteses nas quais já existe um tipo legal e específico anterior ao ato, que representa a única conduta possível da administração pública, diante de fatos igualmente previstos na legislação” e inexistindo fundamento fático ou legal comprovando a quebra dos requisitos para a aferição da base de cálculo, não se pode constituir crédito tributário.

Ademais, diz, em situações específicas, o motivo do ato não poderá ser dispositivo legal genérico e que ele, contribuinte, não obteve informações da ação fiscal, visto que suas atividades estão paralisadas e com a inscrição estadual INAPTA, e o fisco sequer apontou de quais documentos fiscais ou contábeis retirou as conclusões que expôs de modo sucinto no lançamento fiscal, o que prejudica a busca da verdade material, o contraditório e seu direito de defesa.

3.2 – DO MÉRITO

3.2.1. – NULIDADE

Fala que inobstante a incerteza jurídica contida no lançamento pela ausência de localização das

supostas discrepâncias encontradas, o AI é NULO porque ele não foi intimado nem deu ciência no AI, o que fere o art. 26 do RPAF e tampouco a SEFAZ não agiu coerentemente com o disposto no art. 39, X do RPAF, razões pelas quais a nulidade deve ser decretada conforme previsto no art. 18, I, II e III do RPAF, reproduzido.

Conclui pedindo a nulidade do AI.

A Autoridade Fiscal autuante presta Informação Fiscal às fls. 118-119, contra-arrazoando as razões da Defesa.

Informa que por estar INAPTO, o contribuinte foi intimado via AR por duas vezes para informá-lo da ação fiscal (fls. 04 e 05).

Sobre a preliminar de nulidade, diz não haver motivo para tanto, pois cumpriu todos os requisitos para a autuação.

Quanto ao mérito, diz que o contribuinte busca se esquivar com “argumento pífio” e que ele foi corretamente intimado do AI.

Sobre o lançamento, informa que no pacote de fiscalização que acompanhou a Ordem de Serviço, continha apenas 02 NFs de entrada e 1421 NFs de saídas e que o contribuinte nada recolheu de ICMS.

Ratifica o lançamento e pede que o AI seja julgado procedente.

À fl. 126 consta pedido de diligência à Infaz de origem, pois, quando submetido a julgamento na sessão de 13/08/2020, suscitou-se questão de ordem acerca da necessidade de diligência fiscal, pois, tendo em vista se tratar de NF-e, documento virtual cuja identificação se procede via chave de acesso que não constava aposta no demonstrativo suporte da exação (fls. 10-71). Então, por unanimidade dos julgadores foi deferida para as seguintes providências:

Autuante:

- a) Acostar os registros da escrituração fiscal que serviram de base para o lançamento, já que acusa a prática de operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas;
- b) Ajustar o demonstrativo suporte (fls. 10-78), indicando as chaves de acesso dos documentos fiscais que serviram de base para a autuação;
- c) Se no período compreendido pela autuação o contribuinte estava INAPTO, informar sobre a emissão das NFs objeto da autuação, inclusive quanto ao critério de autorização para contribuinte INAPTO.

Por consequência, às fls. 131-132, o autuante, atendendo ao pedido, informou que:

- a) Acostou os registros da Escrituração Fiscal Digital – EFD que serviram de base para o lançamento, anexando as saídas das EFDs do período 01/2019 a 03/2019. Informa ter havido omissão de EFD em abril 2019 e que o autuado se tornou INAPTO em 17/04/2019, conforme documentos de fls. 134-6;
- b) Ajustou o demonstrativo com as chaves e números das NF-es, conforme mídia CD de fl. 144;
- c) Repisando a omissão de entrega de EFD em abril/2019, informou que consultando a base de dados da SEFAZ não encontrou autorização sobre emissão de NF no período da inaptidão (17 a 30/04/2019).

Conclui mantendo a autuação.

Regularmente intimado para, querendo, manifestar-se a respeito da diligência, o sujeito passivo silenciou.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$ 833.274,44.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos de fls. 77, 81, 85 e 104, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram disponibilizadas ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 10-73 e CD fl. 144); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o Auto de Infração.

Tratando-se de contribuinte que na época dos fatos geradores era MICROEMPRESA não optante do Simples Nacional, mas com apuração de ICMS por conta corrente fiscal, a exação fiscal decorre de obrigação tributária liquidada por Autoridade Fiscal competente do Ente tributante (COTEB: art. 107, §3º), mediante regular procedimento administrativo, cujos elementos determinantes previstos no art. 142 do CTN (ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta) constam claramente identificados nos autos.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre do confronto dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias, único com validade jurídica a provar a favor e em contra o contribuinte (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

Tem suporte probatório nos demonstrativos e documentos autuados (fls. 10-76 e CD fl. 144), cujas planilhas identificam: Espécie do documento fiscal, série, número, data, código da mercadoria e sua descrição, unidade, quantidade, valor unitário, valor total, base de cálculo, NCM, CFOP, ICMS aplicado, ICMS debitado, alíquota, ICMS devido e ICMS a recolher, sobre o qual não consta objetivo protesto relacionado aos seus dados e cálculos da exação.

Impugnando o lançamento tributário, o sujeito passivo, representado pelo Sócio Administrador alega que não teve ciência da ação fiscal, nem foi intimado para apresentação de livros e documentos fiscais, ou informações, desconhecendo a autuação, verificando apenas através da senha de acesso, constarem dois lançamentos pelos AIs 298921.0010/19-3 e 210621.0013/19-9.

Entende não haver base jurídica para manutenção da exação, argumentando, em preliminar, que: **a)** o ato afronta o art. 142 do CTN; **b)** inexistência de fundamento fático ou legal comprovando a quebra dos requisitos para a aferição da base de cálculo a constituir crédito tributário; **c)** o motivo do ato não poderá ser dispositivo legal genérico e que ele, contribuinte, não obteve informações da ação fiscal, visto que suas atividades estavam paralisadas e com a inscrição estadual INAPTA; **d)** o fisco sequer apontou de quais documentos fiscais ou contábeis retirou as conclusões que expôs de modo sucinto no lançamento fiscal, o que prejudica a busca da verdade material, o contraditório e seu direito de defesa.

Ainda que demonstrando clara confusão entre os aspectos formais e meritórios do ato impugnado, no item “DO MÉRITO”, o Impugnante se limita a alegar a nulidade do AI porque ele não foi intimado nem deu ciência no AI, o que entende ferir o art. 26 do RPAF (trata do início do procedimento fiscal), bem como o art. 39 do mesmo regulamento (trata do que o AI deve conter), porque a SEFAZ não foi coerente com esses dispositivos legais.

Pois bem. Considerando os dados expostos no Auto de Infração e seus anexos, em especial, o demonstrativo suporte de fls. 10-71 e na mídia CD de fl.144, contendo cerca de 1.400 NF-es, ao que interessa e para melhor decidir sobre as questões suscitadas pelo Impugnante frente aos autos, não é demais reproduzir dispositivos legais, inclusive os citados pelo Impugnante:

CTN

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

RPAF

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

...

II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;

IV - emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal.

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

I - a identificação, o endereço e a qualificação fiscal do autuado;

II - o dia, a hora e o local da autuação;

*III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, **precisa e sucinta**;*

IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:

*a) a **data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento**, se diferente daquela;*

*b) a **base de cálculo** sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, dispensada essa indicação nos casos de imposto lançado, mas não recolhido, antecipação tributária e outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma base de cálculo específica, devendo, nesse caso, ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido;*

*c) a **alíquota** ou, quando for o caso, o percentual de cálculo do tributo;*

*d) o **percentual da multa** cabível ou a sua determinação em quantidade de Unidades Padrão Fiscal (UPF-BA);*

*e) o **valor** ou as parcelas **do tributo** ou dos acréscimos tributários decorrentes de pagamento intempestivo, por período, com indicação precisa do valor histórico e do valor atualizado até a data da autuação;*

f) o total do débito levantado;

V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação:

a) em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória;

b) tidos como infringidos;

c) em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente;

...

VII - a intimação para impugnação administrativa no prazo de 60 (sessenta) dias, com indicação das situações em que o débito poderá ser pago com multa reduzida;

VIII - a indicação da repartição fazendária onde o processo permanecerá aguardando o pagamento ou defesa;

IX - o nome, o cadastro e a assinatura do autuante;

Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

Pois bem, confrontando a normativa acima com os autos, constata-se:

- (i) No extrato cadastral do contribuinte autuado que, embora ele tenha se inscrito como MICROEMPRESA, o regime de apuração do ICMS é o de CONTA CORRENTE FISCAL, cuja fiscalização cabe a ocupante do cargo público de Auditor Fiscal, como feito (COTEB: Art. 107, § 2º);
- (ii) Tanto no demonstrativo suporte da autuação, quanto no corpo do Auto de Infração se vê que o procedimento fiscal se deu ao feitio estabelecido no art. 142 do CTN, ou seja, verificando a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente se determinou a matéria tributável a partir das NF-es de saídas registradas, mas sem o oportuno pagamento do imposto devido.

Estes aspectos esvaziam a alegação defensiva de que o procedimento fiscal afronta o art. 142 do CTN.

Consta no corpo do AI o seguinte enquadramento legal:

LEI 7014/96

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;

...

Art. 32. O imposto será recolhido junto à rede bancária autorizada, entidades públicas ou privadas conveniadas, ou ao agente arrecadador da rede própria, no local da ocorrência da operação ou prestação tributável, no prazo e formas estabelecidos pelo regulamento ou convênio firmado.

...

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

a) em razão de registro de operação ou prestação tributada como não tributada, em caso de erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente;

RICMS-BA

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

I - até o dia 9 do mês subsequente:

a) ao da ocorrência dos fatos geradores, tratando-se de contribuintes sujeitos ao regime de conta-corrente fiscal de apuração do imposto;

Considerando que: **a)** as operações arroladas nos demonstrativos suportes da autuação sofrem incidência de ICMS; **b)** o valor do imposto deve ser recolhido até o dia 09 do mês posterior ao da ocorrência do fato gerador; **c)** o contribuinte autuado nada recolheu do imposto devido e a multa para tanto é a prevista no art. 42, II, “a”, não há lugar para falar em “inexistência de fundamento fático ou legal comprovando a quebra dos requisitos para a aferição da base de cálculo a constituir crédito tributário”, tampouco que o motivo do ato de lançamento tributário se ampara em dispositivo legal genérico. Portanto, sem sentido lógico-jurídico, essa alegação defensiva.

Sobre a legação de que o contribuinte, não obteve informações da ação fiscal, visto que suas atividades estavam paralisadas e com a inscrição estadual INAPTA, é de se ter em conta que, por ser regido pelo princípio inquisitorial, o procedimento fiscal de investigação da atividade do contribuinte com repercussão tributária, prescinde da participação do contribuinte e, a depender das circunstâncias, a sua não participação é até necessária para o estabelecimento da verdade material dos fatos que se investiga. Tanto é assim que a própria emissão de Auto de Infração ou Notificação Fiscal pode, também, iniciar o procedimento fiscal no momento da sua emissão (COTEB: Art. 127, IV; RPAF: Art. 26, IV). Assim, também carece sentido jurídica a essa alegação do Impugnante.

O caso é de operações tributáveis acobertadas por NF-e de saídas emitidas pelo contribuinte autuado, sem que ele tenha recolhido o imposto devido pelas operações. Então, ao que interessa e com meus destaques, cabe reproduzir a seguinte normativa:

RICMS-BA

Art. 82. Nota Fiscal Eletrônica (NF-e) é o documento emitido e armazenado eletronicamente, de existência apenas digital, com o intuito de documentar operações, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela Secretaria da Fazenda, antes da ocorrência do fato gerador (Ajuste SINIEF 07/05).

Art. 83. A NF-e será emitida pelo contribuinte obrigado ao seu uso ou que tenha optado:

I – na saída ou no fornecimento de mercadoria;

...

§ 2º São obrigados à emissão de NF-e os sujeitos passivos inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS.

Art. 84. Para emissão da NF-e, o contribuinte deverá acessar o ambiente de produção disponibilizado pela SEFAZ, observados os procedimentos previstos em ato específico do Secretário da Fazenda.

Vista a disposição legal reproduzida é de constatar que a alegação defensiva de o fisco sequer ter apontado de quais documentos fiscais ou contábeis retirou as conclusões que expôs de modo sucinto no lançamento fiscal falece de sentido pelas seguintes razões:

A uma, porque, como já retro indicado, o demonstrativo suporte aponta de modo analítico as NF-es que acobertaram as operações tributáveis objeto da autuação.

A duas, porque, as autorizações para emissão das NF-es foram regularmente pedidas pelo contribuinte autuado e por ele, regularmente emitidas para acobertar suas operações de venda tributáveis, cujo imposto não recolheu e que é o objeto do Auto de Infração constituído neste PAF.

Portanto, pelo exposto, ao tempo em que se afastam as nulidades suscitadas se confirma o mérito da infração acusada.

Voto 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 **298921.0010/19-3**, lavrado contra **SCM COMERCIO VAREJISTA DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$833.274,44, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2022.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR