

A. I. Nº - 271351.0031/22-3
AUTUADO - ALBA ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LAUDIONOR BRASIL PEDRAL SAMPAIO
ORIGEM - DAT SUL / INFAZ SUDOESTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17.03.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0027-05/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. Restou comprovado que o valor exigido se refere a notas fiscais eletrônicas (NFe) emitidas e não escrituradas pelo estabelecimento autuado. Infração caracterizada. Rejeitada a nulidade suscitada. Indeferido o pedido de realização de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 05/09/2022 exige ICMS relativo a seguinte infração:

Infração 01 – 002.001.002. Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios (2022) R\$65.919,67. Multa de 100%.

Na defesa apresentada (fls. 20/26), a sócia administradora da sociedade empresarial discorre sobre o lançamento, ressalta a sua tempestividade e suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Suscita a nulidade do lançamento sob alegação de cerceamento do direito de defesa, por ter sido sonogado ao contribuinte o direito de produzir provas que seriam relevantes ao alcance da verdade material, notadamente de ser intimada para expor e apresentar documentação econômica fidedigna que indicasse com precisão os eventos econômicos aptos a desencadear a incidência do ICMS, contrariando o previsto no inciso III do artigo 127 c/c artigo 123 do COTEB.

Argumenta 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 ampla defesa e do contraditório, sob pena de ensejar a nulidade do auto de infração, nos termos do art. 18, I do RPAF/BA.

Discorre sobre o procedimento fiscalizatório e afirma que a autoridade fiscal apontou diversas operações, sem ter sido intimada para apresentar livros, documentos fiscais para esclarecer possíveis irregularidades, culminando em procedimento exclusivo por meio eletrônico, produzidas em sigilo, em desarmonia com a legislação tributária, sem possibilitar cotejar as informações por ele coletadas com as informações a serem fornecidas pela impugnante. Pugna pelo reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, por cerceamento do direito de defesa.

No mérito, argumenta que mesmo tendo sido cerceado o direito de defesa, o exame dos autos revela que o crédito tributário foi constituído por meio frágil, utilizando informações eletrônicas, sem exigir esclarecimento de eventuais pontos.

Alega que a constituição do crédito tributário não obedeceu a estrita legalidade, por não obter informações que poderiam ser apresentadas previamente, motivo pelo qual requer que os autos sejam baixados em diligência que possibilite a sua participação no processo de constituição do crédito tributário, apresentando livros e documentos que se mostrem necessários.

Conclui requerendo que o auto de infração seja declarado nulo, caso superado, seja realizada diligência fiscal para produzir prova documental, reconhecendo a insubsistência da autuação.

O autuante na informação fiscal (fls. 30/32) inicialmente discorre sobre a infração, alegações defensivas e esclarece que conforme Termo de Início de Fiscalização, à fl. 4, o mesmo foi

lavrado em virtude de o contribuinte estar com sua inscrição INAPTA, e consequentemente com o Domicílio Tributário Eletrônico (DT-e) indisponível para envio de mensagens ao contribuinte.

Afirma que o procedimento fiscal foi realizado apresentando os elementos com segurança para determinar a infração, indicando base de cálculo, alíquota (carga tributária) e o ICMS devido no fornecimento de refeições realizadas por estabelecimento inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS-BA com o CNAE 5620101 – Fornecimento de alimentos preparados preponderantemente para empresas, sem o recolhimento do ICMS, conforme demonstrativos e planilhas anexas.

Diz que não tendo o impugnante apresentado quaisquer elementos que descaracterize a infração cometida, mantém na íntegra, os valores exigidos na autuação fiscal. Requer que o auto de infração seja julgado totalmente procedente.

VOTO

O auto de infração exige ICMS relativo à falta de recolhimento do imposto decorrente de operações não escrituradas nos livros fiscais.

Quanto ao pedido de realização de diligência fiscal para que seja oportunizado participar dos atos constitutivos do lançamento, mediante a apresentação de livros e documentos fiscais, observo que de acordo com o art. 150, I do RPAF/BA, entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado.

Indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, “b” do mencionado diploma legal, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos de sua posse, cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não ocorreu.

Na defesa apresentada, o sujeito passivo suscitou a nulidade do auto de infração sob alegação de cerceamento do direito de defesa, argumentando que não foi intimado previamente para apresentar explicações sobre os fatos ocorridos que resultaram na infração apontada.

Pela análise dos elementos contidos no processo, constato que a fiscalização relacionou no demonstrativo analítico juntado às fls. 06 e 07, os números das NFe emitidas pelo estabelecimento autuado, no período de janeiro a maio de 2022, do nº 200 a 225, indicando o CNPJ dos destinatários, descrevendo a comercialização de CAFÉ DA MANHÃ ou REFEIÇÕES, totalizando por mês, apurando base de cálculo total do período fiscalizado de R\$ 1.647.991,80 e aplicou o percentual de 4% previsto no art. 267, VI do RICMS/BA, que estabelece:

Art. 267. É reduzida a base de cálculo do ICMS, em opção à utilização de quaisquer outros créditos fiscais:

...

VI - das operações realizadas por restaurantes, churrascarias, pizzarias, lanchonetes, bares, padarias, pastelarias, confeitarias, doçarias, bombonérias, sorveterias, casas de chá, lojas de “delicatessen”, serviços de “buffet”, hotéis, motéis, pousadas, fornecedores de salgados, refeições e outros serviços de alimentação, de forma que a carga tributária seja equivalente a 4% (quatro por cento), observado o disposto no § 1º ...

Pelo exposto, o levantamento fiscal foi elaborado pela fiscalização tomando como base as notas fiscais emitidas pelo estabelecimento autuado, relativo a operações realizadas por restaurantes e similares, aplicando o percentual de 4% previsto no art. 267, VI do RICMS/BA, que resultou em valor devido de R\$ 65.919,67, tudo em conformidade com a legislação do ICMS.

Ressalto que o impugnante, não apresentou razões de mérito, se restringindo ao pedido de nulidade que foi anteriormente apreciado e rejeitado, bem como, pedido para que fosse realizado diligência fiscal para que tomasse conhecimento dos fatos ocorridos que culminaram na infração apontada. Como a sócia da sociedade empresarial (Rochele Batista Rodrigues Dourado), indicada no contrato social de fls. 28 a 31, foi intimada para tomar conhecimento do auto de infração, por meio dos Correios, de acordo com a intimação de fl. 16, acompanhado de cópias dos demonstrativos que dão suporte ao lançamento, entendo que teve assegurado o direito de ampla defesa e do contraditório, porém não juntou com a impugnação qualquer prova capaz de desconstituir o lançamento.

Pelo exposto, aplico o disposto nos artigos 142 e 143 do RPAF/BA, ou seja, a recusa do sujeito passivo de comprovar fato controverso com elemento probatório de que dispõe importa em presunção de veracidade da afirmação da fiscalização e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Por fim, considerando que na situação em questão o descumprimento de obrigação tributária principal, não configurou a ocorrência de dolo, de ofício faço a retificação da multa de 100%, para 60% prevista no art. 42, II, “f” da Lei 7.014/1996.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º 271351.0031/22-3, lavrado contra **ALBA ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 65.919,67**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2023.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR