

A. I. Nº - 298628.0986/22-5
AUTUADO - OI S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
AUTUANTE - DJALMIR FREIRE DE SÁ
ORIGEM - DAT METRO / IFMT / POSTO FISCAL HONORATO VIANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02/10/2023

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0192-02/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DO REGIME DE DIFERIMENTO. MERCADORIAS DESACOMPANHADAS DE DAE OU CERTIFICADO DE CRÉDITO. ATIVO FIXO E/OU CONSUMO. Pagamento do prazo antes do encerramento do prazo para impugnação não se constitui em pagamento por denúncia espontânea, mas deve ser reduzido na forma determinada pelo art. 45 da Lei 7014/96. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/10/2022, exige o valor de R\$ 53.582,40, em decorrência da seguinte infração:

Infração 1 – 050.001.001: Falta de recolhimento do ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito. **Valor:** R\$ 53.582,40. **Período:** outubro de 2022. **Enquadramento legal:** Art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 332, inciso V do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa** de 60%: Artigo 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Os representantes da autuada apresentam a Impugnação de fls. 22/32. Após tratarem da tempestividade e relatarem os fatos, reproduzem o art. 332, V, do RICMS-BA, art. 18, IV do RPAF, citam o art. 5º, LV, da CF/88, art. 142 do CTN, bem como reproduzem ementa de decisão deste CONSEF (*Auto de Infração nº 110120.0104/07-1*), suscitam **preliminar de nulidade do Auto de Infração**, vez que “*notou que o Auditor Fiscal não indicou qual das (inúmeras) alíneas do inciso V, do art. 332, do RICMS/BA a pretensa infração estaria fundamentada, sendo esta informação extremamente necessária para análise da defesa da Impugnante*”, não lhe cabendo adivinhar acerca dos débitos que lhe são imputados.

IV – O MÉRITO

IV – “a” – O RECOLHIMENTO INTEGRAL DO TRIBUTO DE FORMA TEMPESTIVA

Caso ultrapassada a preliminar acima, fala que a autuação merece ser cancelada, já que a Autuada procedeu o recolhimento do imposto no mesmo dia em que foi cientificada do Auto de Infração, de modo que seria descabida a aplicação de qualquer penalidade pecuniária, o que, por consequência, denota a suficiência do pagamento realizado no valor de R\$ 53.582,40, conforme resta claro nos termos do art. 107-B, § 1º do COTEB e do art. 156, I do CTN, e firmado entendimento do CONSEF (ACORDÃO JJF Nº 0322-04/10), cuja ementa reproduzem.

IV – “b” – A EQUIVOCADA APLICAÇÃO DA MULTA

Reproduzindo o art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, dizem que acaso não acolhidos os anteriores argumentos, ao menos deverá ser afastada a multa fundamentada no artigo reproduzido porque tal penalidade deve ser aplicada aos casos em que ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas na Lei 7014/96 que culmine no descumprimento de obrigação tributária principal sem dolo do contribuinte, o que não ocorreu neste caso, tendo em vista a integral quitação da

obrigação tributária, conforme entendimento do CONSEF no ACÓRDÃO CS Nº 0010-21/09 (Ementa reproduzida).

Ademais, o reproduzindo, acrescentam que o art. 45, inciso I da Lei nº 7.014/96 prevê a redução de 70% do valor multa aplicada no presente auto se houver pagamento do crédito tributário antes do encerramento do prazo da impugnação, hipótese aplicável aos autos.

Assim, ainda que se admita a aplicação da multa fundamentada no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, a referida multa deve ser reduzida na proporção de 70%, nos termos do art. 45, inciso I da Lei nº 7.014/96.

Finaliza requerendo:

- (i) Preliminarmente, seja conhecida e julgada procedente a Impugnação, a fim de declarar a nulidade do lançamento, em razão da ausência de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, nos termos do art. 18, IV, “a” da Lei Estadual nº 7.629/99.
- (ii) No mérito, que o auto de infração seja integralmente cancelado, já que: **a)** a Impugnante procedeu o recolhimento do imposto no mesmo dia em que foi cientificada do lançamento fiscal, nos termos do art. 107-B, § 1º do COTEB e do art. 156, I do CTN; e **b)** a exigência de multa prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 é totalmente descabida.
- (iii) Subsidiariamente, que a multa prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, o que se argumenta apenas em razão do princípio da eventualidade, que a referida multa seja reduzida na proporção de 70%, nos termos do art. 45, I da Lei nº 7.014/96.

Prestada a informação fiscal, fls. 130-131. Nela, o Autuante resume a defesa administrativo e passa a contesta-la:

Quanto a Nulidade - Discorda da alegação de falha que possa macular a autuação, uma vez que o procedimento fiscal foi realizado em conformidade com o RPAF e executado com a utilização do Sistema denominado SLCT - Sistema de Lançamento de Crédito Tributário dessa SEFAZ. Nele estão devidamente caracterizados: a infração, o infrator e o montante devido. Registra que todas as informações foram entendidas pelo impugnante conforme se pode observar na impugnação apresentada.

Quanto ao mérito - Discorda da alegação de recolhimento integral do ICMS na data em que tomou ciência da autuação (28/10/2022), conforme DOC 05 (fls. 125-6), de modo que seria descabida a aplicação de qualquer penalidade pecuniária, em função de que, de acordo com o RPAF, Decreto Estadual nº 7629/1999, Art. 28, Inciso V (reproduzido), pois o DOC. 05 apresentado pelo impugnante informa que o pagamento foi realizado em 28/10/2022, porém, depois de iniciado o procedimento fiscal e lavratura do Termo De apreensão que originou o Auto de Infração 2174491159/22-7, lavrado em 27/10/2022, às 18h14min. Portanto, a partir desse momento fica encerrado a possibilidade de recolhimento espontâneo do tributo sem o pagamento da penalidade.

Aduz que o próprio Auto de Infração nº 2986280986/22-5 foi lavrado em 28/10/2022 às 14h59min, enquanto que o pagamento foi realizado em 28/10/2022 às 16h56min (DOC 5 da impugnação, fls.124 a 126).

Assim, afasta-se qualquer hipótese de pagamento sem inclusão da penalidade.

Presente na sessão de julgamento de 01/06/2023, Gabriela Rodrigues Nycz, OAB/RJ 245534, manifestou-se dizendo apenas acompanhar o julgamento do caso.

Deferida diligência para à Infaz de origem, nos seguintes termos:

Para o Autuado se beneficiar do pagamento já realizado e homologá-lo para abater do crédito constituído no Auto de Infração, faz-se necessário que o Contribuinte seja intimado para alterar os dados constantes nos campos 1 e 4 do DAE em questão no Sistema da SEFAZ.

Proposição de Diligência aprovada na Pauta da 2ª Junta de 01/06/2023.

DA DILIGÊNCIA

Deve o PAF ser enviado à repartição de origem do contribuinte (INFAZ CENTRO NORTE), para intimar o Notificado para:

- 1) Alterar no Sistema da SEFAZ as informações constantes no DAE nº 2122856938;*
- 2) No campo 1 alterar o código da receita de 0767 para 1755*
- 3) No campo 4 alterar a referência 10/2022 para 298628.0986/22-5.*

Tudo conforme orientações constantes da Carta de Serviço ao Cidadão, no site da SEFAZ.

O contribuinte foi intimado, apresentou o pedido indicado e o PAF retornou ao CONSEF com despacho administrativo de pleno atendimento da diligência (fl. 155).

Presente na sessão de julgamento, a representante legal do sujeito passivo Gabriela Rodrigues Nycz, OAB/RJ 245534, manifestou-se dizendo apenas acompanhar o julgamento do caso.

É o relatório.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz uma só infração à legislação tributária, tipificada pelo código fiscal 050.001.001 (falta de recolhimento de ICMS em operação com mercadorias enquadradas no regime de diferimento em situação onde não é possível a adoção do referido regime, desacompanhadas de DAE ou Certificado de Crédito).

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 autuados às fls. 05, 06 e 18, bem como do que se depreende das manifestações defensivas, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues 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, determinada com segurança, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma regulamentar e com os requisitos legais (fls. 03-10), bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

De logo observo tratar-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).

Os representantes do autuado impugnaram o Auto de Infração alegando: a) Preliminar de nulidade por entender se enquadrar na situação tipificada no art. 18, IV, “a”, do RPAF, vez que a autoridade fiscal autuante “*não indicou qual das (inúmeras) alíneas do inciso V, do art. 332, do RICMS/BA, a pretensa infração estaria fundamentada, sendo esta informação extremamente necessária para análise da defesa da Impugnante*”, não lhe cabendo adivinhar acerca dos débitos que lhe são imputados; b) Caso ultrapassada a preliminar, a autuação merece ser cancelada, caso

os anteriores argumentos não sejam acolhidos, ao menos deverá ser afastada a penalidade ou reduzida em 70% como previsto no art. 45, inciso I da Lei nº 7.014/96.

Compulsando os elementos autuados e argumentos de acusação e defesa, passo a analisar o caso.

Para dirimir a questão preliminar, com meus destaques, cabe a seguinte normativa:

Lei 7014/96

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.

REICMS-BA

Art. 332. O recolhimento do ICMS será feito:

...

V - antes da saída das mercadorias, nas seguintes operações, inclusive quando realizadas por contribuinte optante pelo Simples Nacional, observado o disposto no § 4º deste artigo:

...

n) com sucatas de metais, papel usado, aparas de papel, ossos, ferro-velho, garrafas vazias, cacos de vidro e fragmentos, retalhos ou resíduos de plásticos, de borracha, de tecidos e de outras mercadorias;

RPAF

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

...

Art. 31-E. A apreensão de mercadorias, bens, livros ou documentos constitui procedimento fiscal destinado a documentar a infração cometida, para efeito de constituição de prova material do fato.

Parágrafo único. - Tratando-se de apreensão de mercadorias, uma vez lavrado o Termo de Apreensão, este perderá a validade se, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, não for lavrado o Auto de Infração correspondente, devendo ser considerada encerrada a ação fiscal e podendo o sujeito passivo recolher o débito espontaneamente.

...

Art. 95. No caso de o contribuinte, antes do início de qualquer procedimento fiscal, procurar espontaneamente a repartição fazendária de sua circunscrição para comunicar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria, ...

Art. 96. O contribuinte que denunciar espontaneamente o seu débito terá o prazo de até 5 (cinco) dias úteis, contado da sua protocolização, para quitá-lo ...

Pois bem. Observando os elementos de prova autuados e confrontando as alegações defensivas com a normativa reproduzida, é de se constatar a ineficácia das alegações defensivas pelas seguintes razões:

A uma, porque a NF-e 35180 emitida em 27/10/2022 pela empresa autuada sob o protocolo de autorização de uso 129220348817426 e objeto da ação fiscal acoberta a circulação de “sucatas”.

A duas, porque a circulação da mercadoria (sucata) objeto da autuação exige o recolhimento do imposto devido antes da saída do estabelecimento emitente da NF-e (Lei 7014/96: Art. 32 c/c art. 332, V, “a”, do RICMS-BA.

A três, porque, além de não ser dado a ele desconhecer o Direito que envolve o caso, os fatos narrados pelos Impugnantes, especialmente o pagamento do valor principal da obrigação tributária, ainda que em data posterior à da lavratura do Termo de Apreensão que iniciou a ação fiscal (respectivamente 27 e 28/10/2022), contrariam a alegada promoção do exercício de adivinhação acerca dos débitos que lhe são imputados, pois, ademais de indicar o pleno entendimento sobre a infração acusada, comprovam o sofisma da alegação defensiva.

A quatro, porque, da clara descrição dos fatos se evidencia o certo enquadramento legal da exação fiscal nos dispositivos citados (art. 32 da Lei 7014/96 c/c art. 332, V, do RICMS-BA), de modo que simples ausência de citação da letra “n” do art. 332 do RICMS-BA em nada prejudica os direitos das partes na relação jurídica da qual resultou o lançamento tributário em apreço, nem maculou o pleno exercício ao direito de defesa do Impugnante, não sendo isto, motivo para decretação de nulidade do Auto de Infração, conforme art. 19 do RPAF:

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Afasto, pois, a preliminar de nulidade suscitada.

Quanto ao mérito do caso, igual com o visto na preliminar superada, as alegações defensivas apenas confirmam o acerto da autuação. Isto porque:

A uma, porque, ainda que feito em data posterior ao início da ação fiscal, além de desconstituir o conceito jurídico da “denúncia espontânea” e, por consequência, não se beneficiar das vantagens que lhe são próprias (RPAF: Art. 95), denotam pleno reconhecimento do cometimento da infração acusada e, por consequência, da exigência fiscal.

A duas, porque o próprio pedido subsidiário de redução do valor da multa em 70, apenas reforça o reconhecimento exposto no ponto anterior, tendo em vista o pagamento dentro do limite de prazo estipulado para tanto.

Portanto, infração subsistente.

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 **298628.0986/22-5**, lavrado contra **OI S.A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 53.582,40**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores eventualmente já recolhidos, observando-se a redução de direito, prevista no art. 45 da Lei 7014/96.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2023.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR