

A. I. N° - 206908.0009/23-7
AUTUADO - AL2 MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ANDRÉ LUIZ FACCHINETTI DIAS SAMPAIO ROCHA
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14/05/2025

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0055-01/25-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TOTAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS POR EPP NÃO OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I, da Lei nº 7014/96, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/06/2023, exige crédito tributário no valor histórico de R\$ 123.473,80, mais multa de 60%, em decorrência do cometimento da seguinte infração à legislação do ICMS:

Infração 01 – 007.024.001: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de outubro a dezembro de 2020; janeiro, fevereiro, abril, maio, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2021; e janeiro a maio, e julho a dezembro de 2022.

Enquadramento legal: art. 8º, § 4º e 23, § 6º, da Lei 7.014/96.

Multa Aplicada: art. 42, II, “d”, da mesma lei acima citada.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 19/06/2023 (DT-e à fl. 21) e ingressou com defesa administrativa em 18/08/2023, peça processual que se encontra anexada às fls. 25 a 30. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu representante legal.

O Impugnante inicia sua peça defensiva, abordando a tempestividade da mesma.

Na sequência faz breve comentário sobre os Princípios da Verdade Material e o da Inquisitorialidade.

Em relação ao primeiro, aduz que o mesmo está albergado na redação do art. 2º, do Regimento Interno deste CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99.

Comenta que este Conselho de Fazenda, tem tido o hábito de converter processos em diligência (ou perícia) fiscal, quando não há condições seguras de pronunciamento sobre o feito.

Diz que o ônus da prova deve ser atribuído ao Fisco, cabendo a ele provar a ocorrência do fato gerador ou da infração que se quer imputar ao sujeito passivo. Considera que somente deve haver inversão do ônus da prova, para transferi-lo ao contribuinte, na hipótese de haver disposição expressas de norma legal neste sentido.

No que diz respeito ao Princípio da Inquisitorialidade, ressalta que as autoridades devem, sempre, atentar para as normas que regulamentam o processo administrativo fiscal, no tocante a ir em busca de novas provas, determinando, a pedido do sujeito passivo ou de ofício, a realização de perícias ou diligências necessárias.

No mérito, o autuado assinala que ao avaliar o auto de infração, percebeu que houve equívoco do autuante na constituição do valor cobrado a título de antecipação do ICMS. Alega, ainda, que as mercadorias constantes do levantamento fiscal já haviam sido vendidas.

Argumenta, também, que não houve contagem física do estoque das mercadorias e que os débitos questionados já foram objeto de denúncia espontânea registrada no sistema SEFAZ-BA.

Entende que o preposto fiscal não atendeu ao que determina o art. 28, § 4º, II, do RPAF/99, e que tal fato impediu o sujeito passivo de exercer o contraditório e a ampla defesa.

Diante da argumentação supra, entende nula a autuação e menciona o que dispõe o art. 18, II, e IV, “a”, do mesmo diploma legal supracitado.

Por fim, reclama do percentual da multa aplicada, considerando-a abusiva. Pontua que tal percentual foge das margens de multas aplicadas no país, e que em um contexto de crise prejudica de forma considerada a continuidade dos trabalhos por parte dos comerciantes e empresários.

Destaca que a jurisprudência já tem se posicionado sobre o assunto, traz a colação parte da decisão do TRF-1 na AC: 68384 MG 2000.01.00.068384-1, e requer que a multa seja retirada de forma integral, por fugir ao percentual estabelecido pelos principais órgãos de fiscalização.

Ao final, requer a nulidade ou improcedência da autuação, como também o direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive por meio das diligências/perícias fiscais e de posterior juntadas de novos documentos.

O autuante em informação fiscal, às fls. 49 a 52, inicialmente comenta que em que pese o esforço do contribuinte para apresentar uma defesa técnica, esta é absolutamente ininteligível. Assinala que o contribuinte confunde conceitos técnicos, como: antecipação parcial, diferencial de alíquota, auditoria de estoque, obrigação tributária principal e obrigação tributária acessória, antecedente normativo e consequente normativo – dificultando a compreensão de sua defesa.

Menciona que fica até mesmo difícil defender a autuação, ao não se saber ao certo o que pretendeu dizer o contribuinte em sua defesa. Diante desses aspectos diz que se pode considerar sua petição inepta, por não possuir os requisitos mínimos para sua compreensão.

Observa que toda norma jurídica é composta de dois elementos: o antecedente (onde se estipula o cumprimento de algum dever obrigacional) e o consequente (onde se estipula a penalidade para hipótese de descumprimento do dever obrigacional).

Expõe que o que se cobra no Auto de Infração, ora em apreço, é exatamente o consequente da norma jurídico tributária: a multa por não ter o contribuinte recolhido o ICMS na antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa de pequeno porte não optante do SIMPLES NACIONAL.

Pontua que a obrigação tributária se encontra disciplinada no art. 8º e 23 do Regulamento do ICMS e o consequente normativo, disciplinada no art. 42, II, alínea “d” do referido regulamento, que traz à colação.

Dessa forma, diz que como o contribuinte não cumpriu o quanto disposto no antecedente normativo: recolher o ICMS antecipação ou substituição tributária nos prazos regulamentares, se faz imperiosa a aplicabilidade do consequente normativo que é a cobrança da multa pelo não cumprimento da obrigação.

Aduz que não lhe cabe escolher qual multa aplicar, mas apenas dar cumprimento à letra fria da lei, fazendo incidir no caso concreto a penalidade infracional uma vez constatada a infração

tributária.

Quanto a alegação do efeito confiscatório/abusividade da multa de 60% aplicada, assinala que se trata de um questionamento de caráter eminentemente jurídico, que escapa da apreciação da atividade Fiscalizatória.

Ao final, requer que a defesa seja considerada inepta, e no que diz respeito ao mérito, seja o auto de infração julgado totalmente procedente, considerando que o contribuinte não cumpriu o quanto disposto no antecedente normativo: recolher o ICMS antecipação ou substituição tributária nos prazos regulamentares.

Conclui que o Auto de Infração deve ser julgado totalmente procedente, com a aplicação da multa de 60% pelo não cumprimento da obrigação.

Considerando que os fatos geradores se referem aos exercícios de 2020 a 2022, e que a empresa varejista de material de construção menciona que os produtos questionados já foram vendidos e/ou foram objeto de denúncia espontânea; os membros desta JJF deliberaram pela conversão do processo em diligência à INFAZ VAREJO (fl. 56), para serem adotados os seguintes procedimentos:

- 1 – Inicialmente o autuante deve intimar o sujeito passivo para que apresente a denúncia espontânea, por ele alegada, com a memória de cálculo e indicação das respectivas notas fiscais;
- 2 – Em seguida o autuante deve excluir da autuação, se for o caso, as notas fiscais que porventura estejam constantes da denúncia espontânea e que o imposto foi calculado corretamente;
- 3 – Na sequência o autuante deve verificar se apesar do contribuinte ter deixado de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, efetuou o recolhimento do ICMS na operação ou operações de saída posteriores, uma vez que nessas circunstâncias, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, somente a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II do art. 42, da mesma lei acima citada, anexando aos autos, se for o caso, novo demonstrativo com indicação do valor da multa em coluna separada;
- 4 – Após o cumprimento do acima mencionado, o contribuinte deve ser cientificado, via DT-e, da informação fiscal prestada pelo autuante, bem como dos novos demonstrativos apresentados, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para que se manifeste a respeito, caso queira.

Em atendimento a diligência requerida, o autuante informou, às fls. 59/61, que respeitando as normas procedimentais contidas no RPAF (art. 108), intimou o Contribuinte, via DT-e, em 17.09.2024, para que apresentasse a alegada Denúncia Espontânea, com a memória de cálculo e indicação das respectivas notas fiscais.

Aduz que, em que pese tenha o DT-e registrado a Ciência da Intimação em 23.09.2024 e a respectiva leitura em 23.09.2024 – não houve qualquer manifestação do Contribuinte para atendimento à diligência proposta pelo CONSEF.

Acrescenta que, além de realizar a intimação via DT-e – por cautela e preciosismo formal – enviou e-mail para o Contribuinte, datado de 20.09.2024, solicitando as informações que foram objeto da diligência, mas que também não recebeu qualquer retorno do Contribuinte.

Ressalta que o Contribuinte foi intimado por dois meios distintos para apresentar os documentos comprobatórios de sua Defesa, porém quedou-se inerte, mesmo havendo ciência oportuna das referidas intimações.

Pontua que os fatos extintivos, modificativos e impeditivos alegados em defesa, devem ser comprovados documentalmente pelo Contribuinte, e faz a transcrição do art. 123, do RPAF/99.

Assinala que, considerando que a matéria arguida pelo Contribuinte fora trazida em matéria de defesa, caberia a ele – naquele momento processual – produzir a prova documental de suas alegações, e que assim não fazendo, precluso está o seu direito de produção de prova.

Diz que, ainda assim, contando com a benevolência da Colenda Junta, em respeito ao princípio da

verdade material, o processo foi convertido em diligência, permitindo e facultando novamente ao Contribuinte comprovar suas alegações, sendo que – mais uma vez – este ficou-se inerte, silenciando absolutamente acerca dessa comprovação.

Ao final, mantém integralmente a autuação.

O autuado tomou ciência, via DT-e (fl. 62), da intimação solicitada na diligência, porém se manteve silente.

VOTO

Preliminarmente constato que o Auto de Infração foi lavrado observando os ditames contidos no art. 39 do RPAF/99. A descrição dos fatos, considerados como infração das obrigações, foi apresentada de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apta a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Ressalto que descabe a alegação defensiva de que o autuante não atendeu ao que determina o art. 28, § 4º, II, do RPAF/99, uma vez que todos os demonstrativos (analíticos e sintéticos) que embasaram a autuação, constantes da mídia à fl. 15, e indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto, foram entregues ao contribuinte (DT-e à fl. 16), não havendo do que se falar de cerceamento ao direito da ampla defesa e exercício do contraditório.

Assim não havendo vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, que possam inquinar de nulidade o lançamento, passo à análise do mérito, como segue.

O Auto de Infração em lide exige ICMS mais multa, em decorrência da falta de recolhimento da antecipação ou substituição tributária do imposto, referente a aquisições de mercadorias para comercialização provenientes de fora do Estado, por EPP não optante do Simples Nacional.

O autuado, no que diz respeito ao mérito propriamente dito, limitou-se a argumentar que as mercadorias constantes do levantamento fiscal já haviam sido vendidas, e que os débitos questionados já foram objeto de denúncia espontânea.

Inicialmente, verifica-se que o autuado não atendeu ao que dispõe o artigo 145 do RPAF/99, que determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade, o que não se encontrou demonstrado na defesa formulada.

Mesmo assim, considerando que os fatos geradores se referem aos exercícios de 2020 a 2022, e visando a busca da verdade material, os membros desta JJF deliberaram pela conversão do processo em diligência à INFAZ VAREJO (fl. 56), para que o autuante adotasse os seguintes procedimentos:

- 1 – Intimasse o sujeito passivo para apresentar a denúncia espontânea, por ele alegada, com a memória de cálculo e indicação das respectivas notas fiscais;
- 2 – Em seguida excluísse da autuação, se fosse o caso, as notas fiscais que porventura estivessem constantes da denúncia espontânea e que o imposto teria sido calculado corretamente;
- 3 – Na sequência verificasse se apesar do contribuinte ter deixado de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, o mesmo teria efetuado o recolhimento do ICMS na operação ou operações de saída posteriores.

Entretanto, apesar de devidamente intimado e cientificado, via DT-e (fl. 62), o sujeito passivo não atendeu ao requerido, se mantendo silente.

Destarte, o autuado não comprovou que tributou as mercadorias normalmente nas saídas, nem apresentou nenhum elemento probatório relativo à denúncia espontânea mencionada, revestindo-se suas alegações em uma simples negativa de cometimento da infração e, nessa situação, corroborada pelas provas da autuação, a veracidade do cometimento da infração

indubitavelmente se confirma, pois assim dispõem os artigos 142 e 143 do RPAF/BA:

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Portanto, como o contribuinte autuado não apresentou qualquer prova capaz de desconstituir o crédito tributário sob análise, acolho os demonstrativos de apuração e débito elaborados pelo autuante, e concluo pela subsistência da infração em comento.

Vale ainda registrar, quanto ao questionamento do percentual da multa aplicada, que a mesma está tipificada na Lei nº 7.014/96. Ademais, argumento da inconstitucionalidade de lei infraconstitucional, não pode ser apreciado nesta seara administrativa, acorde art. 167, I do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206908.0009/23-7**, lavrado contra **AL2 MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 123.473,80**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2025.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR