

**PROCESSO** - A. I. Nº 124274.173/13-1  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e BRASFRUT FRUTOS DO BRASIL LTDA.  
**RECORRIDOS** - BRASFRUT FRUTOS DO BRASIL LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0114-05/14  
**ORIGEM** - INFAZ FEIRA DE SANTANA  
**INTERNET** - 06/02/2015

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.JF Nº 0030-12/15

**EMENTA:** ICMS. 1. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. Comprovado tratar-se de contribuintes, à época, enquadrados no SIMPLES NACIONAL, e que faziam jus à alíquota de 7%, conforme previsto na legislação, sendo insubsistente a exação. Mantida a Decisão. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovada parte das vendas a consumidores finais. Item subsistente em parte. Mantida a Decisão. 3. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. DADOS DIVERGENTES. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Intimação viciada por não conceder o prazo legal ao contribuinte e não o cientificar das divergências, o que fulmina de nulidade a infração por inobservância do devido processo legal. Mantida a Decisão. Quanto ao Recurso Voluntário, falta-lhe objeto, pois visa apenas a homologação dos valores reconhecidos pelo contribuinte. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão, proferida através do Acórdão nº 0114-05/14, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado, em relação às infrações 3, 8 e 9, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo autuado no sentido de reconhecer o pagamento das infrações que reconheceu em sua defesa, relativo às exações 1, 2 e 4 a 7, respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o débito no valor de R\$ 244.158,67, em relação a nove infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício as acusações 3, 8 e 9, abaixo descritas. Quanto ao Recurso Voluntário é apenas no sentido de requerer a extinção do processo e homologação dos recolhimentos efetuados das infrações reconhecidas na peça de defesa:

INFRAÇÃO 3 – Recolheu a menos o ICMS de R\$4.715,52, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, quando das vendas a contribuintes na condição normal, em operação interna, com alíquota de 7%, nos exercícios de 2010 e 2011.

INFRAÇÃO 8 – Reteve e recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$8.812,76, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa, no ano de 2010.

INFRAÇÃO 9 – Multa de R\$118.178,76 por ter fornecido informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, requeridos mediante intimação, com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando a multa limitada a 1% (um por cento) do valor das operações ou prestações divergentes, nos meses de janeiro e

fevereiro de 2011.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$ 116.615,42, após ressaltar que o contribuinte apenas se defende das infrações 3, 8 e 9, acatando as demais.

Quanto à infração 3, a JJF aduziu que através do demonstrativo dos destinatários das vendas e suas respectivas inscrições, às fls. 21 a 28 dos autos, o autuante confirmou que, à época dos fatos geradores, tais contribuintes se enquadravam no SIMPLES NACIONAL, razão pela qual acatou integralmente a defesa. Assim, a JJF concluiu pela improcedência da infração 3.

Inerente à infração 8, em razão de o autuante constatar que no demonstrativo, à fl. 51, houve realmente vendas para entidades de classes, fundações, hospitais etc., corrigiu a infração para o valor de R\$4.163,79. No entanto, a JJF constatou que, à fl. 52, há um demonstrativo da mesma infração para o exercício de 2011 e, entretanto, o autuante só lançou os valores relativos ao exercício de 2010, devendo refazer o procedimento para o lançamento do valor de R\$8.161,22.

Assim, a decisão foi pela subsistência parcial da infração 8, no valor de R\$4.163,79, recomendando a renovação da ação fiscal da parte da infração 8, relativo ao exercício de 2011.

Por fim, em relação à infração 9, a JJF consignou as seguintes considerações:

[...]

*“No entanto, devo admitir que a irregular intimação do contribuinte ocorreu por duas razões: primeiro foi concedido prazo improrrogável de 48 horas para o atendimento da intimação, quando o Art. 708-B do RICMS, dita o seguinte:*

*O contribuinte fornecerá ao fisco os documentos e o arquivo magnético de que trata este capítulo, sempre que for intimado, no prazo de 5 dias úteis contados da data do recebimento da intimação, sem prejuízo do acesso imediato às instalações, equipamentos e informações em meios magnéticos.*

*Embora o Auto de Infração só tenha sido lavrado mais de dois meses depois da intimação, entendo que houve cerceamento à possibilidade do contribuinte atender à intimação, pois em havendo entendimento de que o prazo legal é mesmo de 48 horas, e sem prorrogação, e não conseguindo corrigir os arquivos neste período, o contribuinte pode se sentir desmotivado a cumprir a intimação, mesmo após o decurso deste prazo, por julgar a multa inevitável.*

*Assim, embora tenha sido cumprido formalmente a intimação, entendo ter havido vício material no conteúdo, visto que o autuante ali colocou um mandamento distorcido do que diz o Regulamento do ICMS, e portanto, a intimação não possui validade nem eficácia, o que equivale a não haver intimação alguma.*

*Segundo, embora conste no processo, junto à intimação, cópias do recibo de entrega de escrituração fiscal, com informações zeradas, às fls. 12/13, não há assinatura do contribuinte comprovando que recebeu cópias de tais documentos, sendo que inclusive o impugnante alega em sua defesa, que sem qualquer intimação, portanto de forma espontânea, os arquivos de Janeiro e Fevereiro de 2011 que haviam sido apresentados de forma incompleta, ao perceber este fato, tomou o cuidado de gerá-lo e entregá-lo, demonstrando que percebeu “espontaneamente”, sem a devida intimação, que os arquivos estavam incompletos e tentou fazer a entrega, embora fora do prazo, em CD, por conta de problemas para o envio pela internet.*

*Assim, entendo que não se cumpriu devidamente o ato formal de intimação, de maneira que isto vicia irremediavelmente o procedimento, pois o contribuinte não foi cientificado das divergências que constavam nos arquivos, nem lhe foi concedido o prazo legal, razão pela qual não poderia ser aplicada a multa pelas citadas divergências, e não sendo possível a correção de tal erro neste mesmo processo, por esta razão, voto pela nulidade da infração 9, devendo ser refeito o procedimento a salvo das falhas apontadas. Infração 9 nula.”*

Do exposto, a decisão da JJF foi pela PROCÊDENCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 116.615,42, mantendo integralmente as infrações 1, 2 e 4 a 7; parcialmente a infração 8, insubsistente a infração 3 e nula a infração 9, do que recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

No Recurso Voluntário, às fls. 165 a 171 dos autos, o recorrente, após tecer considerações sobre a tempestividade e do conhecimento do Recurso Voluntário, requer que sejam reiteradas todas as suas razões de defesa anteriormente apresentadas para, em seguida, salientar que realizou a quitação parcial do referido Auto de Infração e, em consequência, a exigência total do crédito tributário é descabida porque houve reconhecimento de parte das infrações.

Destaca que apresentou pedido de quitação do crédito tributário mediante Processo número: 012238/2014-3, requerendo a emissão de Certidão de Crédito Fiscal (ICMS), destinado à quitação do Auto de Infração. Assim, diz não pretender realizar pagamento em duplicidade de crédito devido, visto que já ingressou com pedido de quitação do mesmo, mediante o citado número de processo.

À fl. 189 dos autos, a PGE/PROFIS, através de sua Procuradora, Dr.<sup>a</sup> Maria Dulce Baleeiro Costa, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, pois não há lide a ser apreciada, uma vez que não há, em verdade, qualquer contestação ao mérito da decisão recorrida, tendo o recorrente se limitado a reiterar que reconhece as infrações 1, 2, 4, 5, 6 e 7, e informado que procedeu ao recolhimento do valor devido. Por fim, o opinativo destaca que, quanto ao valor reconhecido e recolhido pelo autuado, este será oportunamente apurado, após o encerramento do contencioso administrativo fiscal.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício por ter a Decisão recorrida exonerado o sujeito passivo integralmente dos débitos originalmente exigidos, em relação às infrações 3 e 9, ao julga-las, respectivamente, improcedente e nula, como também por o ter exonerado parcialmente do débito relativo à infração 8, além de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de reconhecer o pagamento dos valores reconhecidos e sua consequente homologação.

Inicialmente, quanto ao Recurso de Ofício, da análise das peças processuais, depreende-se que a Decisão recorrida está perfeita quanto ao seu resultado, não merecendo qualquer modificação, pois a desoneração integral das infrações 3 e 9, assim como parcial da infração 8, decorreram:

1º) Em relação à infração 3, do fato de o próprio autuante, na sua informação fiscal às fls. 137 a 139 dos autos, acatar a alegação de defesa de que as empresas: Mercadinho Preço Belo Ltda., Inscrição Estadual nº 50.420.793, e Cais Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. – ME, Inscrição Estadual nº 74.523.615-ME, relacionadas às fls. 21 a 28 e 57 a 68 dos autos, cujos demonstrativos fundamentaram a infração 3, encontravam-se, no período fiscalizado, enquadradas como Empresa de Pequeno Porte (EPP) e Microempresa (ME), respectivamente, do Simples Nacional e que faziam jus à alíquota de 7%, conforme previsto à época no art. 51, I, “c”, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, fato este que levou a JJF a concluir pela improcedência da exação, do que concordo.

2º) Inerente à infração 8, a exoneração parcial decorreu do fato também de o autuante, após verificar nas notas fiscais, ter acolhida a alegação de defesa de que há diversos adquirentes na condição de consumidores finais, a exemplo de: igrejas, clínicas e laboratórios, hospitais, entidades de classes, fundações e hotéis, do que concluiu ser indevida parte da retenção ou substituição do ICMS sob a acusação de venda à contribuintes não inscritos no cadastro do ICMS, remanescendo o valor de R\$4.163,79 como devido, relativo à infração 8, cujo resultado foi acatado pela JJF que concluiu pela procedência parcial da infração, do que concordo.

3º) No tocante à infração 9, o veredito da decisão de piso pela nulidade da infração decorreu precipuamente pelo fato de a intimação ao sujeito passivo para a apresentação dos arquivos magnéticos, à fl. 11 dos autos, ter sido viciada por não ter sido concedido o prazo legal, além de não ter sido cientificado das divergências que constavam nos arquivos. De fato, a citada intimação concedendo o prazo de 48 horas para o contribuinte apresentar arquivos em meio magnético, agravado do fato de não cientificar o intimado das divergências apuradas, não legitima a multa aplicada, prevista no art. 42, XIII-A, “i”, da Lei nº 7.014/96, fulminando de nulidade a infração.

Diante de tais considerações, concluo pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, verifica-se que foi interposto objetivando unicamente a homologação dos valores reconhecidos pelo contribuinte, os quais diz tê-los quitados mediante emissão de certificado de crédito fiscal de ICMS, conforme processo nº 12238/2014-3. Contudo, conforme bem salientado no Parecer da PGE/PROFIS, não há lide a ser apreciada nas razões recursais, pois, na verdade, não há qualquer contestação ao mérito da decisão recorrida. Assim,

falta-lhe objeto, pois visa apenas à homologação dos valores reconhecidos pelo contribuinte.

Quanto à homologação pretendida dos valores, em que pese não comprovada a quitação, quanto ao valor reconhecido pelo autuado, este será oportunamente apurado, após o encerramento do contencioso administrativo fiscal.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos para manter inalterada a Decisão recorrida.

Recomendada a renovação da ação fiscal, a salvo dos vícios apontados na Decisão recorrida, salientando a existência, à fl. 52, de demonstrativo relativo ao exercício de 2011, sem lançamento.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **124274.0173/13-1**, lavrado contra **BRASFRUT FRUTOS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$108.938,33**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas "a", "b", "e" e "f", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$7.677,09**, prevista no inciso IX, do art. 42, da supracitada lei, com os acréscimos moratórios de acordo com norma da Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor já recolhido. Recomendada a renovação da ação fiscal, a salvo dos vícios apontados na Decisão recorrida, salientando a existência, à fl. 52, de demonstrativo relativo ao exercício de 2011, sem lançamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2015.

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS