

PROCESSO	- A. I. N° 298921.0010/16-9
RECORRENTE	- OMEGA BAHIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E VESTUÁRIOS EIRELI (LA LUPA) - ME
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0066-04/17
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
INTERNET	- PUBLICAÇÃO: 27/12/2017

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0424-12/17**

**EMENTA:** ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. É devido o pagamento do ICMS sob o regime de receita bruta, no percentual de 3%. O sujeito passivo não comprovou o efetivo recolhimento. Infração procedente. Rejeitadas às preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, em face da Decisão proferida no Acórdão JJF nº. 0066-04/17 da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2016, exige ICMS no valor de R\$27.572,54 e multa de 60% em razão da falta de recolhimento nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Referem-se aos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2015.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração procedente, após as seguintes considerações:

**VOTO**

*Inicialmente nego o pedido de diligência, contido na peça defensiva, haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor quanto à infração em lide, como dispõe o art. 147, I, “a” do RAPF/99 (Decreto nº 7.629/99). Ademais, o indeferimento do pedido de prova, diligência ou perícia será feito pelo relator, quando este, individualmente, não houver acatado o pleito, devendo as razões do indeferimento serem enunciadas e fundamentadas na exposição do seu voto. (§ 2º, I do art. 147).*

*Em preliminar, o defendente assevera que o Auto de Infração encontra-se eivado de vícios que maculam a sua validade, o que levaria à nulidade absoluta. Nesse passo argumenta que o lançamento tributário está submetido ao princípio da fundamentação, no que não foi observado pelo fisco, bem como teriam sido inobservados os princípios da legalidade estrita e da tipicidade cerrada, que informam o Direito Tributário.*

*Traz a doutrina, e ressalta que “Fundamentar o ato ou a decisão administrativa significa declarar expressamente a norma legal e o acontecimento fático que autoriza a prática do ato ou a prolação da decisão.” (in James Marins, Direito Processual Tributário Brasileiro – Administrativo e Judicial – 2ª Edição, Ed. Dialética, São Paulo, 2002, p.185).*

*Embora o sujeito passivo tenha mostrado a sua inconformação com o lançamento em lide, nessa esfera administrativa fiscal, ao analisar as peças que compõem o presente Auto de Infração, constato que as determinações contidas no art. 39 do RPAF/99 (Decreto 7.629/99), foram seguidas. A infração está indicada de forma clara e há menção à legislação posta, (Art. 2º, inciso I e art. 32 da Lei 7.014/96 c/c art. 332, inciso I do RICMS/BA, Decreto 13.780/2012), e não apenas ao dispositivo citado na impugnação, qual seja o art. 2º, I da Lei 7.014/96. A multa aplicada, Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, foi plenamente entendida pelo contribuinte, que inclusive contestou o seu percentual. Ademais o art. 19 do RPAF/99 é claro ao prescrever que “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.*

*No que concerne à fundamentação, além da descrição fática, que claramente aponta “deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios”, logo presentes os pressupostos para a fundamentação, como mencionado na doutrina, “Fundamentar o ato ou a decisão administrativa significa declarar expressamente a norma legal e o acontecimento fático que autoriza a*

*prática do ato ou a prolação da decisão.”*

*Verifico também que o demonstrativo da infração, encontra-se na fl. 06, com a indicação da Receita Bruta Mensal do estabelecimento, com a aplicação da alíquota de 3%, a partir do mês de setembro até o mês de dezembro de 2015.*

*Dessa forma, o Auto de Infração foi lavrado com estrita observância aos dispositivos legais aplicáveis à matéria. A infração foi descrita de forma clara, o que permitiu a determinação da sua natureza, o autuado e o montante do crédito tributário, fazendo-se acompanhar de demonstrativo (parte integrante do Auto de Infração). Portanto, foram atendidas as exigências contidas no art. 39 do RPAF/99, não há violação ao princípio da legalidade, do contraditório e da ampla defesa ou de qualquer outro princípio que norteia o Direito Constitucional Tributário.*

*No mérito, não há contestação objetiva quanto à exigência do ICMS por falta de recolhimento nos prazos regulamentares, sendo que não foram constituídas provas, pelo contribuinte, de que o ICMS mensal incidente sobre a Receita Bruta do estabelecimento, nos meses de setembro a dezembro de 2015 teriam sido recolhidos ao erário.*

*Nesse sentido, a defendente anexa, fls.32, demonstrativo referentes às vendas por meio de Cartão de Crédito, inclusive de outros contribuinte, (Piazza Di Piza – Inscrição Estadual 119;824;483; IE 105.749.112; IE 003.256.338), que além de se tratar de um relatório interno, não possui pertinência com a infração que lhe está sendo imputada nesta autuação. Traz também demonstrativos internos denominados “Faturamento de Turnos encerrados Sintético”, fls. 33 a 37, que não possuem relevância para a comprovação de que o ICMS que estão sendo exigido nos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2015, estariam quitados à época da autuação.*

*Quanto à multa aplicada, da ordem de 60%, prevista no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96, está correta haja vista que o pleito do contribuinte com relação à aplicação da multa de 50%, prevista no art. 42, I, restringe-se ao caso em que o valor do imposto apurado tenha sido informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, o que não foi o caso. Eis a sua redação, dada pela Lei 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10.*

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

*I – 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto apurado tiver sido informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 59/64, tecendo um breve relato sobre os fatos, tempestividade do Recurso e competência recursal, e basicamente repetindo suas alegações iniciais.

Em apertada síntese pede a nulidade do presente PAF por entender que há flagrante ausência de indicação da fundamentação legal para a exigência do tributo e aplicação da multa. Ausência de informações essenciais no Auto de Infração.

Assevera que todo o procedimento administrativo fiscal, seja em âmbito federal, estadual ou municipal, está submetido ao princípio da fundamentação, pelo que todo e qualquer ato que o componha deve estar baseado em expressa fundamentação legal e fática, sob pena de invalidade.

Afirma que o princípio da fundamentação está intrinsecamente ligado à regra de que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça (Constituição Federal, art. 150, I).

Diz que os princípios da legalidade estrita e da tipicidade cerrada – informadores do Direito Tributário – impõem que todo ato jurídico, através do qual se exija um tributo ou se aplique uma penalidade, indique devida e expressamente o seu fundamento legal, além da descrição fática, propiciando, por conseguinte, que o sujeito passivo verifique a efetiva subsunção da norma jurídica ao evento do mundo fenomênico, isto é, constate a efetiva incidência da norma tributária.

Ressalta que omitir ao sujeito passivo a indicação do fundamento legal do tributo cujo pagamento lhe é exigido viola, peremptoriamente, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, ao passo que dificulta enormemente – senão impossibilita – a cabal

irresignação em face do ato que se tenta impugnar.

Frisa que facultar apenas ao sujeito a apresentação de defesa, sem, contudo, propiciar-lhe os fundamentos legais contra os quais caberia impugnação, fere a garantia constitucional da ampla defesa, impedindo que se concretize o verdadeiro contraditório, o que, por seu turno, evidencia o caráter arbitrário de toda e qualquer imposição tributária, sob tal título.

Para fundamentar sua tese a Recorrente transcreve texto do Código Tributário do Estado da Bahia, através de seu art. 129, §1º, inciso V, e o art. 39, inciso V do RPAF.

Assim, Diante dos dispositivos acima transcritos, ao contrário do asseverado na decisão recorrida, constata-se a indubitável nulidade do auto de infração impugnado, tendo em vista a sua absoluta omissão quanto à indicação do artigo ou dos artigos de lei que veiculam as normas jurídicas supostamente incidentes, demonstrando-se a absoluta ausência de menção aos dispositivos da legislação tributária estadual que prevejam os critérios da regra-matriz-de-incidência do ICMS cobrado e da norma punitiva, impossibilitando, destarte, a plena verificação por parte do sujeito passivo em relação à suposta subsunção de norma jurídica omitida pela Administração Tributária do Estado da Bahia aos eventos descritos.

Afirma que: as infrações imputadas ao contribuinte decorreram de suposta ausência de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos 04 últimos meses de 2015.

Nesta toada, diz que o enquadramento legal das supostas infrações, foi realizado com base nos artigos 2º, I, da Lei nº 7.014/96.

E conclui que na forma como está posta na autuação, é totalmente despicienda, visto que, se não há fundamentação legal para a exigência do tributo, não há, por corolário lógico, de se cogitar de aplicação de multa por suposta falta de pagamento.

Dessa forma, demonstra-se, portanto, a nulidade do auto de infração, em face da ausência de indicação dos dispositivos legais supostamente aplicáveis aos fatos descritos no referido documento.

A Recorrente pede a redução da multa aplicada. Suposta infração sobre a qual se aplica a multa prevista no inciso I, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Da leitura do auto de infração, visualiza-se que a autoridade fiscal promoveu o enquadramento da multa no art. 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96, que assim dispõe:

*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:*

*[...]*

*f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal.*

Dessa forma, a suposta infração imputada à autuada adveio do fato de que supostamente “deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios”, desse modo, a penalidade a ser aplicada deve ser aquela disposta no art. 42, I, da Lei nº 7.014/96, que prevê multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, “na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto tiver sido informado em declaração”.

Ante o exposto, impõe-se a adequação do enquadramento da multa, reduzindo o percentual de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto, para 50% (cinquenta por cento), nos termos do art. 42, I, da Lei nº 7.014/96.

Por fim, requer seja reconhecida a nulidade do auto de infração ante a ausência de indicação da fundamentação legal para a exigência do tributo, ou, ainda, rejeitada ou não pronunciada, nos termos do art. 155, parágrafo único, do RPAF, a referida questão preliminar, seja julgado improcedente o auto de infração, bem como, seja corrigido o enquadramento da multa aplicada, fazendo incidir o percentual de 50% (cinquenta por cento), previsto no art. 42, I, da Lei nº 7.014/96.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0066-04/17, prolatado pela 4<sup>a</sup> JJF em 27/04/2017, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, lavrado em 30/09/2016, exige ICMS no valor de R\$27.572,54 e multa de 60% em razão da falta de recolhimento nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Referem-se aos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2015.

Preliminarmente a Recorrente diz que o presente PAF encontra-se eivado de vícios que maculam a sua validade, o que levaria à nulidade absoluta. Nesta toada, argumenta que o lançamento tributário está submetido ao princípio da fundamentação, no que não foi observado pelo fisco, bem como não teriam sido observados os princípios da legalidade estrita e da tipicidade cerrada, que informam o Direito Tributário.

Da análise dos documentos e demais elementos que instruem o presente PAF, em confronto com o quanto decidido no julgamento realizado em Primeira Instância, constata-se que, de fato, o direito de defesa do contribuinte foi devidamente atendido, no caso vertente, não ensejando a nulidade do presente Auto de Infração.

No presente PAF foram obedecidas todas as determinações inseridas no art. 39, do RPAF/BA, quais sejam: a identificação do sujeito passivo, a descrição da infração, o dispositivo da legislação tributária infringido, a indicação da base de cálculo, alíquota e valor do imposto exigido, permitindo ao recorrente o exercício do seu direito de defesa e do contraditório.

Ora, o procedimento fiscal foi realizado à luz do quanto exigido no inciso II, do § 4º, do art. 28 do RPAF/BA, tendo em vista que o fiscal autuante, colacionou aos cadernos processuais levantamentos essenciais à demonstração da infração objeto do presente Recurso Voluntários.

Compulsando os fólios processuais verifico que a infração está indicada de forma clara e que há menção à legislação posta, (Art. 2º, inciso I e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inciso I do RICMS/BA, Decreto nº 13.780/2012), e não apenas ao dispositivo citado na impugnação, qual seja o art. 2º, I da Lei nº 7.014/96. A multa aplicada, Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, foi plenamente entendida pelo contribuinte, que inclusive contestou o seu percentual.

Ressalto que o art. 19 do RPAF/99 é claro ao prescrever que “*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*”.

Desta forma afasto a nulidade argüida.

Por se tratar de matéria fática, exigência do ICMS por falta de recolhimento nos prazos regulamentares, bastava a Recorrente comprovar o recolhimento do ICMS referentes às notas fiscais constante da exigência fiscal, para afastar a procedência das acusações imputadas.

Verifico no presente PAF que não houve apresentação de qualquer elemento de prova do recolhimento do imposto exigido.

No que se refere ao questionamento da Recorrente de que a multa aplicada, da ordem de 60%, prevista no Art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96, está correta haja vista que o pleito do contribuinte com relação à aplicação da multa de 50%, prevista no art. 42, I, restringe-se ao caso

em que o valor do imposto apurado tenha sido informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária, o que não foi o caso. Conforme redação, dada pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10, transcrita abaixo:

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

*I – 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto apurado tiver sido informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária.*

Pelo todo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a decisão recorrida e julgar o auto procedente.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 298921.0010/16-9, lavrado contra OMEGA BAHIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E VESTUÁRIOS EIRELI (LA LUPA) – ME, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$27.572,54, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de dezembro de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS