

PROCESSO - A. I. Nº 281105.0008/17-7
RECORRENTE - EXPRESSO LINHA VERDE LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VALUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0080-02/18
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 31/07/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0144-11/19

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Razões de defesa não elidem a acusação. Infração caracterizada. 2. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). MULTA FIXA POR PERÍODO DE APURAÇÃO. O autuado não traz aos autos elementos capazes de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Afastada a preliminar de nulidade. Acolhida a arguição de decadência. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela autuada, em razão do Acórdão da 2ª JJF Nº 0080-02/18, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 31/03/2017, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$105.221,73, acrescido da multa de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - 16.01.01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e janeiro a dezembro de 2013. Foi indicada multa no valor de R\$88.661,73, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias não registradas.

INFRAÇÃO 02 - 16.14.04. Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD - ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Foi indicada multa mensal no valor de R\$ 1.380,00, totalizando R\$16.560,00.

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela Procedência do Auto de Infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito.

VOTO

Foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que não havia uma descrição detalhada dos ilícitos fiscais, impedindo, assim, que se verificasse a ocorrência das infrações. Foi alegado que, na Infração 01, não teriam sido apontados a origem e os valores que lastrearam a suposta irregularidade. Foi sustentado que não havia como se aferir a exatidão dos procedimentos do autuante, pois não se conhecia a origem dos valores e as divergências que embasaram a autuação.

Ao se examinar as peças que compõem o processo, especialmente o Auto de Infração e os demonstrativos que embasaram a autuação, verifico que as infrações imputadas ao autuado estão descritas de forma clara e precisa, sendo as descrições utilizadas pelo autuante as rotineiramente empregadas pela Fiscalização quando são constatadas as irregularidades que foram objeto do lançamento em tela. O enquadramento legal das infrações está correto, o que facilita o entendimento dos ilícitos fiscais apurados. O autuante elaborou

demonstrativos que evidenciam a apuração das multas, sendo que nesses demonstrativos constam todos os dados envolvidos na determinação dessas penalidades e, conforme fls. 66 e 67, o autuado recebeu cópia desses demonstrativos. Especificamente quanto à Infração 01, o demonstrativo de fl. 14 a 61 indica todos os dados - número das notas, chaves de acesso, datas, emissores, produtos, valores, percentual da multa, etc. - que foram utilizados na determinação da infração e dos valores lançados pelo autuante. Dessa forma, afasto essa preliminar de nulidade, pois não houve o alegado cerceamento de defesa.

O autuado também arguiu a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a abril de 2012, pois entende que a contagem do prazo decadencial deve ser feita nos termos do art. 150, §4º, do CTN, já que o ICMS é um imposto sujeito ao lançamento por homologação e que efetuou o recolhimento do imposto nos períodos apurados.

Não há como se acolher essa arguição de decadência, pois o Auto de Infração em comento não trata de falta de recolhimento ou de recolhimento a menos de imposto, mas, sim, de descumprimento de obrigações acessórias. Nessa situação, as obrigações tributárias acessórias em tela não foram cumpridas, portanto, não havia o que se homologar e, portanto, não se podia aplicar o disposto no art. 150, §4º, do CTN. Ademais, há que se observar que o autuado, nos exercícios de 2012 e 2013, apesar de apresentar movimentações que extrapolavam os limites anuais estabelecidos para o enquadramento como microempresa, continuou enquadrado como tal conforme se observa nas DMAs acostadas aos autos na informação fiscal, o que evidencia um procedimento doloso que corrobora a não aplicação do estabelecimento no art. 150, §4º, do CTN.

No caso em tela, a contagem do prazo decadencial se faz a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 173, I, do CTN. Na situação em análise, para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2012 a Fazenda Pública Estadual tinha até o dia 31/12/17 para constituir o crédito tributário e que o Auto de Infração em tela foi lavrado em 31/03/17, não ocorreu a decadência arguida na defesa.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, “b”, do RPAF-BA/99, indefiro a solicitação de diligência, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para o deslinde das questões. Ademais, os elementos probantes atinentes às acusações descritas no Auto de Infração estão relacionados à escrituração fiscal do contribuinte e, portanto, deveriam ter sido trazidos aos autos junto com a defesa, o que não foi feito.

No mérito, quanto à Infração 01 - entrada de mercadorias não tributáveis sem registro na escrita fiscal -, em toda a sua defesa o sujeito passivo não comprova a escrituração de qualquer uma das notas fiscais relacionadas pelo autuante no demonstrativo de fls. 14 a 61. Dessa forma, fica caracterizado o ilícito fiscal imputado ao autuado.

A alegação defensiva atinente ao tratamento diferenciado por ser uma empresa de pequeno porte [microempresa] não é capaz de elidir a infração em comento, pois o autuado está inscrito no cadastro de contribuinte do ICMS (inscrição estadual nº 053.211.442) e, nessa situação, está obrigado a registrar em seu livro Registro de Entradas as operações de entradas de mercadorias ou bens ocorridas em seu estabelecimento (artigos 212 e 217, do RICMS-BA/12).

Ao deixar de cumprir a obrigação acessória citada acima, independentemente de sua condição de empresa de pequeno porte [microempresa], o autuado ficou sujeito à penalidade prevista no art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96, equivalente a 1% do valor comercial da mercadoria ou bem que entrou no estabelecimento sem registro da escrita fiscal, não cabendo a este órgão julgador apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade dessa legislação estadual, nos termos do art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

O fato de o autuado ser também contribuinte do ISS não o desobriga de, para fins do ICMS, registrar em seus livros fiscais as entradas, realizadas a qualquer título, de mercadorias e bens em seu estabelecimento.

Na apuração da infração em tela, não houve a alegada “desclassificação” de serviços escriturados como isentos/não tributados/outros. Assim, esse argumento defensivo não se mostra capaz de elidir a acusação que foi imputada ao autuado.

Em sua defesa, o impugnante sustenta que a autuação teria sido decorrente de alguns erros cometidos em sua escrita fiscal. Contudo, a acusação que foi imputada ao sujeito passivo é clara - entrada de mercadorias não tributáveis no estabelecimento sem registro na escrita fiscal - e, portanto, esses citados equívocos não têm qualquer pertinência com a infração.

Em face ao acima exposto, os argumentos trazidos na defesa não se mostram capazes de elidirem a acusação imputada ao autuado e, em consequência, a Infração 01 é procedente.

Na Infração 02, o autuado foi acusado de ter entregado arquivos eletrônicos da EFD sem as informações exigidas, conforme se depreende do demonstrativo de fl. 62.

Em sua defesa, o autuado não traz qualquer prova capaz de desconstituir essa acusação. Assim, o ilícito fiscal imputado ao defendente resta devidamente caracterizado, sendo cabível a multa indicada na autuação, mesmo

sendo o autuado uma empresa de pequeno porte ou microempresa.

A alegação de que a multa indicada nessa infração conflitaria com a penalidade tratada na infração anterior não procede, pois, o disposto no art. 42, XIII-A, "I", da Lei nº 7.014/96, expressamente, prevê que a multa de R\$ 1.380,00 deve ser aplicada cumulativamente com a multa de 1% do valor das entradas de mercadorias em cada período de apuração.

No que tange às alegações de que as multas indicadas na autuação teriam o caráter de confisco, ressalto que as penalidades em tela são as indicadas na Lei nº 7.014/96, para as infrações apuradas, não cabendo a este CONSEF a apreciação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 125, I, do COTEB.

Não há como se reduzir ou dispensar as multas indicadas pelo autuante, pois não há como se afirmar, com segurança, que as irregularidades apuradas não tenham acarretado falta de pagamento de imposto, uma das condições necessárias para a concessão do benefício previsto no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário, visando a reapreciação da Decisão de piso pelos fatos e fundamentos abaixo arrolados:

A Recorrente informa que é pessoa jurídica de direito privado que se dedica a transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerário fixo, interestadual, organização logística do transporte de carga, locação de outros meios de transporte não especificados anteriormente, revestindo-se, assim, da condição de contribuinte do ICMS.

Aduz que, muito embora não esteja em situação de irregularidade perante o ente fazendário baiano, tampouco tenha cometido qualquer infração à legislação de regência do ICMS, a Impugnante foi surpreendida pela lavratura do Auto de Infração aqui combatido, por meio do qual o preposto, pretende exigir-lhe suposto débito a título da exação em tela.

Informa ainda que para tal desiderato, o Sr. Fiscal autuante elaborou os denominados "Demonstrativos", relativos, respectivamente, aos exercícios de 2012 a 2013, nos quais foram devidamente escriturados e devidamente tributadas.

E questiona, como pode a Autuada aferir a exatidão dos procedimentos adotados pelo Sr. Fiscal autuante se esta sequer conhece a origem dos valores e quais são as supostas divergências que lastreiam a vergastada autuação?

Em que pese a fiscalização aduzir as supostas entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, em virtude de levantamento fiscal realizado, no entanto, traz que o autuante não aponta, de maneira clara e precisa, nos demonstrativos concernentes à Infração 01, a origem dos erros e valores que lastreariam as referidas divergências.

Assim, à guisa de exemplificação, o d. Fiscal, além de não especificar os dados específicos relativos a infração apontada, furta da Autuada a identificação exata das supostas pechas, por esta cometida, e que dão azo à combatida autuação fiscal.

Ilustra que não foram poucas as informações que deixaram de ser registradas pelo Sr. Fiscal autuante nos aludidos anexos.

Diante da dificuldade de avaliação da corretude dos levantamentos realizados pelo Fiscal e consubstanciados no demonstrativo do presente Auto de Infração, adverte que a Impugnante fica impossibilitada de analisar se há elementos suficientes aptos a determinar, com segurança, a infração descrita.

Traz o art. 142, do Código Tributário Nacional, lecionando que o ato de lançamento deve revestir-se dos fundamentos legais, para fins de verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a penalidade cabível.

Por seu turno, o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF (Decreto nº 7.629/99), em

estrita observância às regras inscritas na norma supra, estabeleceu as hipóteses em que o descumprimento das formalidades que devem ser cumpridas pela fiscalização enseja a nulidade do lançamento.

Explica que a intenção das mencionadas exigências não é despropositada, haja vista que o lançamento é um ato formal que deve ser praticado com observância dos requisitos previstos na legislação e, a indeterminação dos elementos precitados implica, necessariamente, no cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo, fato este, inadmissível, em nosso ordenamento jurídico pátrio.

Conclui que, de sorte a viabilizar o direito de defesa da Impugnante, em observância às regras que norteiam o processo administrativo fiscal, a autoridade administrativa não pode se furtar de indicar, de forma clara e certa, os motivos que deram suporte ao lançamento perpetrado; tendo assim o verdadeiro ônus de descrever minuciosamente os fatos que formaram o seu convencimento e os documentos que respaldam o seu posicionamento.

Catequiza que ao proceder de modo diverso ao previsto na legislação, a fiscalização perdeu a sua confiabilidade, pois não demonstrou, com segurança, a ocorrência da infração apontada e impossibilitou, assim, o pleno exercício do direito de defesa pela Impugnante.

Neste panorama, por desconhecer a origem dos supostos erros apontados pelo preposto fiscal na peça acusatória e, principalmente, pela inviabilidade de identificá-los ou analisar a que operações se referem, não há como se afirmar que o levantamento realizado encontra-se adequado. Há inequívoca ausência de clareza e certeza nas parcas informações fornecidas pelo Sr. Fiscal Autuante.

Adverte que, não cabe ao sujeito passivo ficar fazendo ilações ou valer-se de expedientes imaginativos a fim de decifrar as operações que foram consideradas/desconsideradas pela fiscalização ou a origem dos valores fiscais elencados em seus levantamentos. Por isso mesmo é imprescindível que constem nos anexos, de forma clara e precisa, o suporte fático-comprobatório que formou o convencimento da autoridade fiscal.

Questiona de onde foram extraídos os dados utilizados pela fiscalização e tal conduta resvala a Impugnante a mais absoluta insegurança em relação aos procedimentos adotados pelo Fisco.

Conclui que sendo assim, afigura-se imperiosa a declaração de nulidade do lançamento objeto da infração em foco, por desrespeito ao art. 142 do CTN e ainda ao art. 18, IV, “a”, do RPAF, na medida em que, da análise do demonstrativo do Auto de Infração não há a descrição detalhada das operações consideradas, não sendo possível se definir com segurança se a Impugnante realizou a infração apontada ou se está adequado o procedimento adotado, restando assim vilipendiados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Traz a decadência – ICMS – tributo sujeito ao lançamento por homologação – período de janeiro a abril de 2012 – art. 150, §4º do CTN, especificamente ao que se refere às competências de janeiro a março de 2012, o fato é que, quando a Impugnante foi intimada dos termos da autuação em referência, eventuais saldos a recolher a título de ICMS reputados devido pelo Estado da Bahia, referentes às competências de janeiro a março de 2012, já não podiam ser exigidos da Impugnante, visto que, à essa altura, já haviam sido extintos pela decadência.

Valendo-se da competência que lhe foi outorgada pelo art. 146, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal vigente, o Código Tributário Nacional – CTN veicula prazos decadenciais diversos, consoante a sistemática do lançamento tributário, distinguindo lapsos decadenciais relativos aos tributos sujeitos ao lançamento de ofício (artigo 173) e aqueles atinentes aos tributos sujeitos a lançamento por homologação (artigo 150, § 4º).

Tratando-se o ICMS de típico tributo sujeito a lançamento por homologação – sistemática na qual o sujeito passivo efetua, por sua conta e risco, o confronto entre créditos e débitos fiscais de cada período, recolhendo aos cofres públicos o saldo devedor apurado ao final de cada operação, se

existente, enquanto que a Fazenda Pública se limita a exercer o controle, homologando, expressa ou tacitamente, os expedientes realizados pelo contribuinte – é certo que o prazo decadencial a ele aplicável é o disciplinado no artigo 150, § 4º do CTN.

Da análise do dispositivo legal supratranscrito, conclui-se que, tendo o contribuinte/responsável apurado e recolhido, quando devido, o ICMS de cada mês aos cofres públicos, reputa-se tacitamente homologado o procedimento previamente efetivado pelo particular e extinto o crédito tributário ao final de cinco anos contados da ocorrência do fato gerador, conforme dicção do art. 156, VII, do CTN.

Informa que, deste modo, o prazo de decadência atinente aos tributos lançados por homologação desvia-se da regra geral, amoldando-se em norma específica.

Por conseguinte, caso a Fazenda Pública se abstenha de se manifestar acerca da correção da apuração e dos cálculos do tributo apurado e pago ao longo do lapso temporal aludido, nenhum expediente lhe competirá para exigir o quanto entenda lhe ser devido a título de diferença, posto que a sua inércia importará na homologação tácita do procedimento levado a cabo pelo contribuinte, restando extinto o crédito tributário correspondente (art. 156, VII, do CTN).

No caso em tela, verifica-se que quando a Impugnante foi intimada dos termos do Auto de Infração, em 31/03/2017, já havia transcorrido mais de 5 (cinco) anos da ocorrência dos fatos geradores do ICMS, relativamente ao período de 01.01.2012 a 31.03.2012, sendo certo que o transcurso do referido prazo implicou na homologação tácita dos procedimentos de apuração adotados e dos pagamentos realizados pela Impugnante, em vista do que se operou, consequentemente, a perda do direito de a Fazenda Estadual exigir as diferenças do ICMS a que supostamente faz jus.

Neste caso, concorre a contagem do prazo para o Fisco homologar expressamente o pagamento antecipado, concomitantemente, com o prazo para o Fisco, no caso de não homologação, empreender o correspondente lançamento tributário.

Sendo assim, no termo final desse período, consolidam-se simultaneamente a homologação tácita, a perda do direito de homologar expressamente e, consequentemente, a impossibilidade jurídica de lançar de ofício.

Nessa guisa, pode-se afirmar que a homologação tácita do pagamento antecipado é o verso da moeda, cujo averso é a decadência do direito de o Fisco lançar de ofício (grifamos).

Explica que mantendo-se inerte, o Código considera esta inércia como homologação tácita, perdendo a Fazenda a oportunidade de operar lançamentos suplementares em caso de insuficiência de pagamento (preclusão). Daí que no termo do quinquênio ocorre a decadência do direito de crédito da Fazenda Pública, extinguindo-se a obrigação.

Corroborando o quanto aqui exposto, sinalizar o Acórdão nº 055/2014, que a jurisprudência firmada no âmbito do E. Conselho de Recursos Fiscais da Paraíba, bem representada pelo voto abaixo reproduzido, proferido em julgamento de processo do qual foi parte a Impugnante, está firmada no sentido da aplicação do art. 150, §4º, do CTN, nos casos de tributos cujo lançamento se dá por homologação.

Esclarece que no caso em exame, as denúncias efetuadas tratam de casos em que o sujeito passivo prestou declaração ao Fisco e efetuou o pagamento de parte do imposto nos períodos apurados, casos que remetem para aplicação da regra do art. 150, § 4º, do CTN.

Dessa forma, conclui que tendo em vista que o lançamento fiscal só foi consolidado em 31/03/2012, com a ciência do sujeito passivo, ficam cancelados os valores apurados até 31/03/2017, em razão de os fatos geradores ocorridos até essa data estarem definitivamente homologados, não mais podendo ser objeto de novo lançamento tributário.

Para o mesmo sentido caminha a jurisprudência das 1ª e 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça

– STJ, A Primeira Seção, no julgamento do REsp 973.733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC).

Como se vê, ante a concordância tácita da Fazenda Pública Estadual com os procedimentos de apuração e recolhimento do ICMS efetuados pelo contribuinte/responsável em determinados meses, evidencia-se a decadência do seu direito de promover o lançamento de eventuais diferenças do imposto que entenda fazer jus referentes àquele período.

Sendo assim, não resta dúvida de que as supostas diferenças de ICMS referente ao período de 1º.01.2012 a 31.03.2012, que o Fisco Baiano entende fazer jus, estão extintas, a teor do art. 156, VII do CTN, visto que o direito à sua constituição decaiu, nos termos do art. 150, §4º do CTN!

Ante o exposto, impõe-se o cancelamento do Auto de Infração ora combatido, no que tange à cobrança das diferenças de ICMS referentes ao período de 1º.01.2012 a 31.03.2012.

Traz a necessidade de conversão em diligência, neste sentido, se faz imperioso que este C. Órgão Julgador, caso não tenha certeza da efetiva natureza da operação realizada pela Impugnante na consecução das suas atividades diárias de serviço de transporte rodoviário e que foram objeto de glosa, determine a conversão do presente feito em diligência, nos termos do art. 7º, §2º, do Decreto nº 7.629/99, para que as autoridades fiscais procedam a uma análise mais apurada dos materiais em questão.

Isto porque, a análise profunda da natureza das operações que ensejaram a glosa dos créditos pela D. Fiscalização não pode ser feita por mero cruzamento de dados ou investigação desprovida de fundamentação e lastro probatório, como pretende a D. Fiscalização. Faz-se necessária a realização de uma análise mais criteriosa das operações realizadas, por meio da conversão do feito em diligência e, se necessário, da produção de provas com a juntada de documentos de recolhimento de ISS.

Ilustra que o presente Auto de Infração resultou, de uma auditoria, que não consta de quais livros, documentos fiscais analisados, realizada a glosa dos créditos os quais, por si só, não são suficientes para comprovar a infração cogitada, que tem por elemento material o transporte rodoviário de passageiros.

Para demonstrar cabalmente a infração, a Fiscalização deveria ter realizado diligência ao estabelecimento da Impugnante, ou – no mínimo – a intimado para prestar esclarecimentos, com a finalidade de averiguar se a operação em questão é relativa a incidência de ISS ou ICMS.

A Fiscalização, contudo, escolheu o caminho mais cômodo, tendo se limitado a presumir – repise-se, apenas com base nas informações equivocadas – lançando sobre a Impugnante o ônus de provar sua inocência.

Atrelada à análise superficial feita pela D. Fiscalização, a precariedade do Auto de Infração lavrado é agravada pelo fato de que o processo produtivo da Impugnante é composto por uma série de fases complexas, o que impossibilita o conhecimento efetivo do impacto de cada operação realizada.

Repisa-se que a atividade desenvolvida pela Impugnante passa por várias etapas, imprescindíveis para a realização dos transportes rodoviário de passageiros, como por exemplo as linhas operadas pela Impugnante. Todo o processo produtivo está submetido à fiscalização da AGERBA, sem as quais não é possível dar continuidade à prestação de serviço de transporte rodoviário.

Neste sentido, tendo em vista o lançamento do crédito tributário foi feito com base em uma análise extremamente superficial e simplista dos demonstrativos mencionados pela Autuante, haja vista a inexistência de prova e de qual meio foi apurado as supostas irregularidades, se faz imperiosa a conversão do feito em diligência para que seja realizada uma perícia muito mais detalhada sobre a natureza dos materiais empregados em seu processo produtivo.

Diante da complexidade, a Impugnante protesta pela posterior juntada do detalhamento e da

natureza das operações objeto da autuação, bem como a sua relação com serviço de transporte rodoviário prestado, retomando, oportunamente, os conceitos acima delineados, do que sobressairá a total improcedência do presente AI.

Oportunamente traz ainda a improcedência da infração 01 e 02, informando que a autuada tem tratamento diferenciado por ser uma empresa de pequeno porte conforme reconhecido pelo autuante no preâmbulo do seu feito que foi o Auto de Infração cujo destacou MICROEMPRESA.

Adverte que as penalidades atribuídas pelo autuante não são aquelas específicas para uma MICROEMPRESA, se tivesse usado corretamente o RICMS-BA podia verificar que existem penalidades para o porte da autuada.

Adverte que as infrações estão em conflito, pois, além do preposto da SEFAZ-BA aplicar penalidades fixas na atribuição da falta de entrega das EFD cobrou cumulativamente 1% sobre as entradas de todos os períodos que conflita o devido lançamento na Nfe.

No entanto, a autoridade administrativa, sem razão, desclassificou os serviços escriturados pela Impugnante como isentos/não tributados/outros, presumindo, pela análise superficial e indiscriminada da descrição deles, que se tratariam de serviços sujeitos ao ICMS, ao passo que somente uma descrição consistente de cada serviço prestado pela Impugnante poderia determinar, ou não, o seu enquadramento no campo de incidência do imposto.

Assevera que a presente autuação não merece prosperar, conforme restará demonstrado no transcorrer do presente tópico, tendo em vista que a relativo a prestação de serviço de transporte foram devidamente registradas nos livros de Entrada e Saída de ICMS.

Em uma análise mais acurada das planilhas eletrônicas que embasaram a autuação, verifica-se que o motivo da autuação foi a constatação, pela fiscalização, de alguns erros ocorridos na geração dos arquivos digitais, tais como:

- Notas fiscais de entradas eletrônicas escrituradas na EFD de 2012 e 2013 sem o número da chave e com erro na indicação do modelo do documento;
- Divergências encontradas na indicação da série escriturado em relação a série da nota fiscal;
- Erro na indicação das datas das notas fiscais de entrada.

Explica que conforme se verifica, foram inconsistências banais, que sequer foram apontadas por ocasião da geração dos arquivos os quais, inclusive, tiveram o seu PVA validado sem qualquer ressalva e, principalmente, que não ocasionaram falta de pagamento do tributo ou qualquer embaraço à fiscalização.

Portanto, avisa que não pode a Impugnante ser penalizada com tão pesada multa, em razão das tão insignificantes divergências constatadas pela fiscalização. Certamente, tais penalidades destinam-se àqueles contribuintes que adulteram a sua escrituração com o intuito de burlar o Fisco, o que não se verifica no presente caso.

Por todo o exposto, verifica-se, de forma hialina, que não assiste razão à Fiscalização, ao imputar à ora Impugnante o pagamento de ICMS em decorrência de operações que não se concretizaram, tendo sido devidamente recolhidos, conforme documentos fiscais juntados, devendo, portanto, a vergastada autuação ser julgada integralmente improcedente.

Traz ainda a inconstitucionalidade das multas aplicadas – ofensa ao princípio constitucional proibitivo da instituição efeitos confiscatórios, informando que em momento algum na fundamentação do seu auto, o preposto da SEFAZ-BA destacou uma penalidade ou multa atribuindo de forma específica para uma ME, em consonância com o disposto do art. 179 da Constituição Federal do Brasil, conforme apresentado em item anterior, o que perceber que as multas aplicadas não são específicas para o porte da autuada.

Informa que da atenta leitura da Carta Política dá conta de que as multas aplicadas encontram-se eivadas de grave vício de inconstitucionalidade, eis que contrariam o princípio constitucional que

proíbe a tributação com fins confiscatórios. Deveras, tal princípio está positivado no ordenamento jurídico na art. 150, IV, da CF/88.

Nada obstante o texto não veicular literalmente a proibição de utilizar multas tributárias com efeito confiscatório, unânime é a posição da mais abalizada doutrina e da jurisprudência consolidada dos Tribunais Pátrios, ao admitir esta interpretação, conforme se vê dos ensinamentos de Leonardo e Silva de Almendra Freitas, citando Heron Arzua.

Leciona que a identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte – considerando o montante de sua riqueza (renda e capital) – para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar, dentro de determinado período, à mesma pessoa política que os houver instituído (a União Federal, no caso), condicionando-se, ainda, a aferição do grau de insuportabilidade econômico-financeira, à observância, pelo legislador, de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscais eventualmente praticados pelo Poder Público.

Explica que resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte.

Adverte que no presente caso, a fixação de multa fixa é desarrazoada, e, portanto, possui caráter confiscatório.

Diante do reconhecimento, tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina mais abalizada do princípio constitucional que proíbe a utilização de tributos com o intuito confiscatório às multas tributárias, afigura-se perfeitamente claro o caráter confiscatório das multas em tela eis que fixadas em montantes exagerados e desproporcionais.

Nada obstante, a Recorrente informa que envidou máximos esforços a fim de ofertar condições mínimas de trabalho a D. Autoridade Fiscal, ofertando-lhe todos os livros, notas fiscais e arquivos magnéticos que continham diversas informações, planilhas com as movimentações, entre outras informações, dentre outros, para que os procedimentos tributários por ela adotados pudessem ser aferidos pelos fiscalizadores.

Ilustra que com base nesse raciocínio, entende a Impugnante ser desproporcional e, especialmente, desmedida a aplicação das multas nos patamares indicados pela d. Autoridade Fiscal, eis que não agiu a Impugnante com DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Assim, pugna a Recorrente pelo reenquadramento das multas aplicadas em todos os itens do AI, eis que aplicadas de forma impessoal e sem qualquer prova de tais circunstâncias, com o correspondente cancelamento das multas infligidas e subsidiariamente, pleiteia a redução das multas a patamares aceitáveis, quais sejam mínimos estabelecidos pela lei.

Neste diapasão, a Recorrente requer que seja reconhecida:

1. NULIDADE do vergastado Auto de Infração nº 281105.0008/17-7, tendo em vista que:
2. o procedimento adotado pela fiscalização não determina, com segurança, nos termos do art. 142 do CTN, a matéria tributável, uma vez que não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração supostamente cometida pela Impugnante, na medida em que foram realizados levantamentos fiscais em apartados, uma vez que inexistente justificativa hábil a respaldar a segregação realizada pela Fiscal autuante.
3. Seja, face a nulidade das infrações pelos motivos acima desfilados, declarada a NULIDADE do Auto de Infração, se assim não entendido:
4. Seja o feito administrativo CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA a fim de apurar as informações aqui prestadas no tocante aos valores auferidos pelo Sr. Fiscal aos meses relacionados,

comprovando as alegações de erro na apuração aqui alocadas, e ainda,

5. Seja adentrado no mérito da presente defesa, constatando-se a incidência de multas superiores aos previstos legalmente, haja vista a afronta ao princípio do não confisco, procedendo-se, portanto, ao recálculo do real valor devido, expurgando-se ainda os valores equivocadamente lançados, em razão da inexistência de investigação quanto ao serviço de transporte intermunicipal e a incidência de ISS, devidamente recolhidos e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se aqui a IMPUGNANTE de todo o andamento do processo administrativo, bem como para a juntada de comprovantes de recolhimento de ISS nas operações realizadas, para Regular exercício da ampla defesa.
6. DECADÊNCIA:
7. suposto fato gerador de ICMS referente ao período de 1º.01.2012 a 31.03.2012, que o Fisco Baiano entende fazer jus, estão extintas, a teor do art. 156, VII do CTN, visto que o direito à sua constituição decaiu, nos termos do art. 150, §4º do CTN!
8. Por todo o exposto, requer a Impugnante seja julgado TOTALMENTE IMPROCEDENTE o guerreado Auto de Infração, pelas razões sobejamente expostas nos itens precedentes.
9. Com relação à cobrança das INFRAÇÕES 01 e 02, caso não se entenda pelo seu cancelamento, requer seja determinada a conversão em diligência, nos termos do art. 7º, §2º, do Decreto nº 7.629/99, para que as autoridades fiscais procedam a uma análise mais apurada dos materiais em questão.
10. Requer, ainda, seja oportunamente intimada para a realização de sustentação oral, nos termos do art. 163, do Decreto nº 7.629/99.
11. Finalmente, protesta pela juntada posterior de documentos, bem como pela realização de diligências fiscais para constatação dos fatos aqui alegados e análise dos documentos colacionados, caso assim entenda necessário essa Ilustre Junta de Julgamento Fiscal.

VOTO VENCIDO

Em exame, está a acusação de duas infrações para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$105.221,73.

Na infração 01 a Recorrente foi acusada de dar entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e janeiro a dezembro de 2013. Foi indicada multa no valor de R\$88.661,73, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias não registradas.

Já na infração 02 foi acusado de não efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD - ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2013. Foi indicada multa mensal no valor de R\$1.380,00, totalizando R\$16.560,00.

Inicialmente, cabe consignar que não acolho a nulidade arguida. Inexiste qualquer vício ou falha capaz de inquinar de nulidade o Auto de Infração. O devido processo legal foi observado, inclusive o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, haja vista que a descrição da infração é clara, sendo possível se identificar os fatos que ensejaram a autuação, bem como o sujeito passivo, a base de cálculo, a alíquota aplicada e o montante do débito. Ademais, todos os elementos que constituem o presente processo, elaborados pela Fiscalização, foram fornecidos ao autuado, conforme comprovante acostado aos autos.

Diante disso, não acolho a nulidade arguida, haja vista a inocorrência de qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No que concerne ao pedido de realização de diligência formulado pelo Recorrente, considero que

os elementos que compõem o presente processo tornam desnecessária a realização da diligência requerida. Isto porque, a matéria objeto da autuação não depende da análise e participação de um perito para solução da lide, haja vista que se trata de matéria de pleno conhecimento dos Julgadores. A intervenção de um perito se torna necessária e, às vezes, indispensável quando a matéria exige conhecimento especial de um técnico, o que, certamente, não é o caso do Auto de Infração em lide.

Assim sendo, com fulcro no art. 147, II, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/99), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, indefiro o pedido de realização de Diligência.

Já na matéria da Decadência, entendo que devo me manifestar a respeito do Parecer exarado pelo ilustre Procurador Geral do Estado da Bahia, Dr. Rui Moraes Cruz, cuidando da decadência do lançamento tributário.

Diz a Sumula Vinculante no 08 editada pelo STF: ***“são inconstitucionais os parágrafos único do artigo 5o do Decreto-Lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”***.

Entendo, em uma análise rápida e rasa, que a aplicação do COTEB para fins de estabelecimento do início da contagem do prazo decadencial viaja em rota de colisão com o quanto disposto no CTN e com o quanto estabelecido pela Súmula Vinculante nº 08 editada pelo STF. Da leitura dos votos que embasaram e desvendam a questão por trás do breve texto da Súmula Vinculante nº 08 (RE's 559943-4, 559882-9, 560626-1, 556664-1, dentre outros), percebe-se que o STF concluiu que a prescrição e decadência só poderiam ser disciplinados por lei complementar, vez que a matéria envolve institutos gerais do direito tributário.

Nessa mesma esteira, me parece claro que, em nome da equidade e da segurança jurídica, a determinação do Supremo Tribunal Federal por via da Súmula Vinculante nº 08, é no sentido de que somente o CTN poderá prever prazos prescricionais e decadências em torno de matéria tributária, e desse modo, a princípio, não poderia o COTEB tratar da matéria em questão.

Nesse contexto, me permito lembrar que uma Súmula Vinculante tem poder impositivo, tudo em razão do seu caráter e efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração Pública direta e indireta, em todas as esferas de poder. Ou seja, me parece inapropriada, quiçá impossível, a utilização do COTEB como ferramenta de condução da questão de definição do marco inicial do prazo decadencial.

Por outra banda, a afirmativa do preclaro Procurador Geral do Estado de que “...deve o presente expediente retornar à PROFIS para que seja elaborada minuta de projeto de lei alterando a regra prevista pelo art. 107-B, § 5º do COTEB, com o propósito de afastar a divergência de prazos estabelecidos entre, a legislação estadual e as normas gerais constantes do CTN”, salvo melhor inteligência, indica com grande clareza e veemência a necessidade de alinhamento da legislação estadual com o CTN, o que robustece a minha tese de que o prazo decadencial deve ser aquele estabelecido pelo Código Tributário Nacional e corroborado pela Súmula Vinculante nº 08, ou seja, cinco anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador.

Diante do exposto, pelos motivos acima alinhavados, entendo que as operações ocorridas anteriormente a 18/12/2008, não mais poderão ser exigidas pelo Fisco da Bahia, porquanto, no meu entendimento, alcançada pela decadência.

Quanto ao mérito, na esteira de divergência acima exposta, configurada pela decadência dos lançamentos anteriores a 18/12/2008, e ultrapassada a preliminar de mérito cujo voto por mim proferido foi vencido, entendo que a discussão derredor do fulcro da autuação, referente às operações alcançadas pela decadência são absolutamente improcedentes, na medida em que não se poderia exigir imposto sobre tais operações, em razão da inexistência de fato gerador.

Pelo exposto, voto no sentido de Acolher a preliminar de decadência que abarca as operações anteriores a 31.03.2012 e, no mérito, voto no sentido de tornar Improcedente as operações

alcançadas pela decadência no valor de R\$12.060,41.

No que tange às alegações de que as multas indicadas na autuação teriam o caráter de confisco, não há que se falar em violação ao princípio do não confisco em se tratando de multa que está prevista na legislação estadual, efetivada nos exatos termos determinados pela Lei nº 7.014/96 e o Auto de Infração lavrado em estrito cumprimento das normas tributárias baiana, às quais se encontra o Conselho de Contribuintes adstrito em seu julgamento, nos termos do art. 125, I, do COTEB, uma vez que não compete a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade.

No mérito, nas infrações 01 e 02, exceto em relação a decadência me alinho ao entendimento da decisão de Piso.

A Recorrente traz que, na infração 01, em que pese a fiscalização aduzir as supostas entradas no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, em virtude de levantamento fiscal realizado, no entanto, traz que o autuante não aponta, de maneira clara e precisa, nos demonstrativos concernentes à Infração 01, a origem dos erros e valores que lastreariam as referidas divergências.

Assim, à guisa de exemplificação, o d. Fiscal, além de não especificar os dados específicos relativos a infração apontada, furta da Autuada a identificação exata das supostas pechas por esta cometidas e que dão azo à combatida autuação fiscal.

Os argumentos trazidos na defesa não se mostram capazes de elidirem a acusação imputada a Recorrente e, em consequência, a Infração 01 é Procedente.

Já em relação a infração 02, em sua defesa, a Recorrente também não traz qualquer prova capaz de desconstituir as acusações. Assim, o ilícito fiscal imputado ao defendente resta devidamente caracterizado, sendo cabível a multa indicada na autuação, mesmo sendo o autuado uma empresa de pequeno porte ou microempresa, conforme analisou a JJF.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Com a mais respeitosa vênia, discordo do Conselheiro Relator, apenas no que diz respeito ao acolhimento da preliminar de decadência. Observo que as infrações acusam falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios falta de fornecimento de escrituração eletrônica, ou seja, descumprimento de obrigações acessórias.

Tendo sido revogado o art. 107-A, I e 107-B, § 5º, do COTEB, que fixava o prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, pela Lei nº 13.199/14, houve reconhecimento do Estado da Bahia de que a matéria relacionada aos prazos de decadência e prescrição deve ser veiculada exclusivamente por Lei Complementar, conforme as disposições contidas no art. 146, III, “b”, da CF 88.

Conforme entendimento firmado pela PGE/PROFIS no Incidente de Uniformização nº PGE nº 2016.194710-0, conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Entretanto, “conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, quando o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário. Logo, na situação presente as infrações indicam que o contribuinte não registrou operações de circulação de mercadorias em seu livro fiscal.

Assim sendo, aplica-se a estas operações o disposto no art. 173, I do CTN, com a contagem do prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, o que afasta as exclusões pretendidas no voto proferido pelo n..Relator. Em conclusão, não ocorreu a materialização da Decadência nas infrações 1 e 2 e acato a decisão de piso quando afirma que na situação em análise, para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2012 a Fazenda Pública Estadual tinha até o dia 31/12/17 para constituir o crédito tributário e que o Auto de Infração em tela foi lavrado em 31/03/17, não ocorreu a decadência arguida na defesa.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário. Auto de Infração Procedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281105.0008/17-7**, lavrado contra **EXPRESSO LINHA VERDE LTDA. - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no total de **R\$105.221,73**, previstas no artigo 42, incisos XI e XIII-A, “I” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Ildemar José Landin, Fernando Antonio Brito de Araújo, Laís de Carvalho Silva e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Elde Santos Oliveira e José Rosivaldo Evangelista Rios.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de Maio de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ELDE SANTOS OLIVEIRA – RELATOR/VOTO VENCIDO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - VOTO VENCEDOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS