

PROCESSO - A. I. Nº 206948.0014/17-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4º JJF nº 0227-04/18
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/06/2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0074-11/20-VD

EMENTA: ICMS. RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. Valores de operações de saídas inferiores aos de entrada. Estorno de crédito. Falta de previsão legal. Infração insubsistente. Não acolhida a preliminar. Utilização de metodologia inadequada e sem previsão legal para apuração do imposto. Prejudicados o pleito de realização de perícia/diligência e a apreciação de ocorrência de decadência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão de a decisão de piso ter julgado Improcedente o Auto de Infração, lavrado em 10 de outubro de 2017, referente à cobrança de ICMS no valor de R\$144.246,06, além de multa de 60%, pela constatação da seguinte infração:

Infração 1. 03.02.04. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração do imposto nos meses de janeiro a março, maio a julho, novembro e dezembro de 2015. Consta a informação do autuante de que “Na execução do Roteiro de Auditoria do Conta-Corrente do ICMS, AUDIF-201, do exercício de 2015, constatou erros na Apuração dos valores do Imposto, conforme revelam detalhadamente os Demonstrativos anexos à esta Infração.

Após a devida instrução processual, a 4ª JJF decidiu pela Improcedência, por unanimidade, pelos seguintes fundamentos abaixo transcritos:

VOTO

O lançamento constitui-se em uma infração arrolada pela fiscalização, objeto de impugnação por parte da autuada.

Quanto à solicitação de diligência posta pela defesa em sede de sustentação oral, os membros da Junta de Julgamento Fiscal, à unanimidade a indeferiram, por entenderem presentes os elementos suficientes para o julgamento do feito.

Observe que a empresa tomou conhecimento do Auto de Infração, e pode exercer de forma plena o seu direito de defesa, diante do fato de que lhes foram entregues os demonstrativos que embasaram a fiscalização, bem como os demais documentos e elementos que possibilitassem a instalação do contencioso.

Ainda assim, a autuada traz como questão a ser preliminarmente analisada, a tese defensiva de existência de nulidade, frente ao seu entendimento de que o lançamento foi efetuado sem qualquer embasamento e previsão legal para tal.

Em verdade, as nulidades na norma regulamentar se encontram nos artigos 18 e 39 do RPAF/99, sendo que o artigo 18, enumera as razões e motivos para a decretação de nulidade em seus diversos incisos, a saber: os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente; os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa; as decisões não fundamentadas; o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator ou que se configure ilegitimidade passiva.

Nenhuma destas hipóteses é a dos autos. Da mesma forma, os requisitos de validade do lançamento previstos no artigo 39 do RPAF/99, também se encontram presentes, de modo que as arguições defensivas, dizem respeito especificamente a questões de mérito, razão pela qual não acolho a preliminar suscitada.

Quanto ao argumento da nulidade da Base de Cálculo, vejo que tal discussão se prende a questão a ser apreciada no mérito, o que será feito a seu tempo.

A questão de fundo, sustentada pela defesa é a de que o lançamento não poderia ser feito, diante do fato de inexistir na legislação do Estado da Bahia, previsão para o estorno do crédito fiscal, pela venda em valor

inferior ao da entrada das mercadorias arroladas, não se prestando a decisão do STF, como paradigma a sustentar o Auto de Infração.

E aqui, entendo necessário algumas rápidas observações acerca do Princípio da Legalidade Tributária, sobre o qual se estriba tal tese, ainda que com a discordância do autuante, o qual mantém o lançamento.

O artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, sendo essa a expressão jurídica do princípio da legalidade, e aí se observa que o legislador constitucional abarcou a especificidade do mesmo no artigo 150, inciso I da Carta Magna, a exigência de lei para a instituição ou majoração de exações tributárias.

Através dele se garante ao contribuinte a existência de uma lei para criar e cobrar o tributo, pois não será imputada uma obrigação tributária ao contribuinte, sem antes observar as disposições legais quanto a criação e cobrança de um tributo, sendo que os limites postos ao poder de tributar devem ser observados sob pena de inconstitucionalidade, uma vez que o mesmo visa impedir não somente eventuais abusos por partes do fisco, como também discricionariedade na cobrança dos tributos, procedimentos condenáveis em ambos os casos.

No direito brasileiro, o Princípio da Legalidade deve ser entendido como uma relação de conformidade com a lei em sentido formal, ato oriundo do órgão que detém a competência constitucional para legislar e revestido da forma estabelecida para as leis, e não só em sentido material, como regra de comportamento genérica e coativa.

Constitui-se em um comando genérico à Administração Pública e traduz a ideia de que é preciso resguardar o contribuinte da aplicação de tributos arbitrários, ou seja, a lei tributária deve proteger o contribuinte, estabelecendo previamente o fato que, se e quando ocorrido, nos termos previstos na norma, dará nascimento à obrigação do contribuinte de recolher à Fazenda Pública aqueles valores determinados a título de tributo.

Por isso, a majoritária doutrina entende que o princípio da legalidade em sede tributária, tem hodiernamente o mesmo cunho de reserva legal que o Direito Penal, dada sua especificidade; elevado, pois, à categoria de princípio da tipificação tributária, podendo mencionar o ensinamento de Roque Carrazza a respeito (in Curso de direito constitucional tributário, 22ª ed.São Paulo: Malheiros, 2006):

“De fato, em nosso ordenamento jurídico, os tributos só podem ser instituídos e arrecadados com base em lei. Este postulado vale não só para os impostos, como para as taxas e contribuições que, estabelecidas coercitivamente, também invadem a esfera patrimonial privada.

No direito positivo pátrio o assunto foi levado às últimas consequências, já que uma interpretação sistemática do Texto Magno revela que só a lei ordinária (lei em sentido orgânico-formal) pode criar ou aumentar tributos. Dito de outro modo só à lei - tomada na acepção técnico-específica de ato do Poder Legislativo, decretado em obediência ao trâmite e formalidade exigidos pela Constituição - é dado criar ou aumentar tributos”.

Assim, o princípio da legalidade representa um dos pilares do estado democrático de direito, por consequência, se estende a todos os ramos do direito, especialmente o tributário.

Como já dito, a tese defensiva é a de inexistência na legislação do Estado da Bahia, contrariamente a outros Estados, e aí tomemos o Rio de Janeiro, sobre o qual o autuante buscou decisão do STF para embasar seu lançamento, qualquer restrição legal ou normativa ao fato de o contribuinte dar saída de mercadorias se utilizando de valores inferiores aos de aquisição.

Da leitura da Lei nº 7.014/96, a qual, como não poderia deixar de ser mantém fidelidade ao teor da Lei Complementar nº 87/96, observo que em momento algum tal tema é abordado, embora o artigo 30 determine as hipóteses em que se exige o estorno do crédito. Da mesma maneira, no RICMS/12, especialmente nos artigos 309 e 310, basicamente repetem os termos da Lei estadual.

O artigo 311 do citado diploma, indica as hipóteses nas quais deverá ser realizado o estorno do crédito fiscal, ali não estando presente a questão dos autos, qual seja a venda de mercadoria por valor inferior ao de aquisição. Logo, a princípio, inexistência obrigatoriedade para o procedimento que o autuante entende deveria ser adotado pelo contribuinte.

Ademais, da análise dos demonstrativos colacionados ao feito pelo autuante, e que embasaram o lançamento, observo ter o mesmo, para efeito de cálculo dos valores que entendeu passíveis de estorno, utilizado a média anual de preço por item de mercadoria, o que vem a ser um elemento de distorção para o cálculo, independentemente de também não ter a devida previsão legal.

Desta maneira, diante da legislação em vigor no Estado, em obediência à autonomia da qual cada Unidade da Federação é detentora em relação ao ICMS, por força de norma Constitucional, a decisão adotada pelo STF em relação ao contido na Lei do Estado do Rio de Janeiro, somente poderia ser adotada como parâmetro, acaso a lei estadual da Bahia, e as normas hierarquicamente inferiores, previssessem a adoção do pretendido estorno, no caso de vendas em valores inferiores aos de aquisição, o que reitero, não acontece, ante o silêncio daquela.

Da mesma forma, há de se questionar a metodologia de apuração do imposto adotada pelo autuante, ao estornar os valores dos créditos fiscais de forma integral, e não apenas correspondente aos valores proporcionais, e, além disso, agregar tais valores a título de débito, na reconstituição da conta corrente fiscal

do contribuinte, em desacordo com o princípio da não cumulatividade contido no diploma constitucional, e reproduzido na Lei Complementar nº 87/96, criando sua própria regra de apuração do imposto, equivocada ao meu entender.

Além disso, ao retroagir a períodos anteriores, com vistas a apurar a base de cálculo do imposto, reconstituindo os lançamentos a partir dos valores estornados, com vistas a chegar ao resultando apontado no Auto de Infração, prática igualmente sem qualquer embasamento legal. Além disso, se utilizou de metodologia inadequada, ao retroagir a períodos anteriores, com vistas a apurar a base de cálculo do imposto, reconstituindo os lançamentos a partir dos valores estornados, com vistas a chegar ao resultando apontado no Auto de Infração, seguiu prática igualmente sem qualquer embasamento legal, o que prejudica o mesmo.

Isso, independentemente da posição jurisprudencial fartamente trazida pela autuada em sua peça de impugnação, no sentido de embasar seus pontos de vista, embora tidos pelo autuante como “argumentos protelatórios”, o que não ocorre, sendo argumentos e posições válidas, lícitas e aceitáveis, o que pelos motivos expostos, me conduz a julgar o lançamento improcedente.

Quanto aos pedidos para realização de perícia/diligência, e apreciação de decadência, ficam prejudicados quanto a sua apreciação, diante dos argumentos desenvolvidos ao longo do presente voto, e a sua conclusão.

Em relação ao pedido do autuante para que todos os julgamentos fossem realizados de forma unificada, e pelo mesmo relator, lembro ao mesmo que a legislação processual do Estado da Bahia não prevê a conexão processual. E frente ao pedido para que o julgamento não ocorresse “no tapa”, esclareço que, como até mesmo sabido pelo mesmo, este Conselho, aos oitenta anos de existência sempre primou pela busca da qualidade, sendo nacionalmente respeitada pela lisura e justiça de suas decisões, inclusive outros lançamentos efetuados pelo mesmo contra estabelecimentos da empresa autuada, cujo julgamento foram favoráveis ao Fisco, não houve qualquer questionamento do mesmo a respeito.

Finalmente, quanto à solicitação para que as comunicações e intimações fossem feitas na pessoa de seus advogados, nada impede que tal prática se efetive, e que as intimações possam ser encaminhadas, bem como as demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Da mesma forma, com a instituição do domicílio tributário eletrônico (DTE), a comunicação entre a Secretaria da Fazenda e o contribuinte passou a utilizar este canal, dispensando qualquer outro meio, sendo a sua instituição feita pela Lei nº 13.199 de 28/11/2014, a qual que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127–D.

Através de tal mecanismo, a SEFAZ estabelece uma comunicação eletrônica com seus contribuintes para, dentre outras finalidades, encaminhar avisos, intimações, notificações e cientificá-los de quaisquer tipos de atos administrativos, não sendo nenhuma novidade tal sistemática, até pelo fato do processo judicial eletrônico já ser adotado pelo Poder judiciário há algum tempo, sem que se tenha conhecimento de qualquer contestação neste sentido.

Assim, os advogados da empresa poderão ser comunicados através de tal meio, na condição de “Perfil 3”, de procurador eletrônico, na qual o acesso será com e-CNPJ ou com e-CPF oportunidade na qual o sistema verificará a lista dos estabelecimentos escolhidos no momento da criação da Procuração.

Nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

VOTO

O Auto de Infração em análise, imputa ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade fiscal: *Infração 1. 03.02.04. Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração do imposto nos meses de janeiro a março, maio a julho, novembro e dezembro de 2015. Consta a informação do autuante de que “Na execução do Roteiro de Auditoria do Conta-Corrente do ICMS, AUDIF-201, do exercício de 2015, constatou erros na Apuração dos valores do Imposto, conforme revelam detalhadamente os Demonstrativos anexos à esta Infração.*

Entendeu a autuação, respaldada em decisão do STF que se baseou na tributação realizada no Estado do Rio de Janeiro, que o contribuinte deveria estornar o montante do ICMS creditado ante à alienação da mercadoria por valor inferior ao da aquisição.

A Junta de Julgamento Fiscal, após analisar todos os elementos do processo, bem como das razões de defesa e da autuação, decidiu pela improcedência do Auto de Infração.

De início, informo que não merece qualquer reparo a decisão de piso, sendo esta, a meu ver, irretocável, tendo o julgador de piso feito uma análise principiológica, legal e técnica sobre a matéria em debate.

Percebe-se claramente que a autuação realizada não encontra qualquer respaldo legal na Lei Complementar nº 87/96, bem como na legislação baiana, razão pela qual inexistente outro caminho a ser percorrido, se não a improcedência da autuação.

O julgador de piso, em análise minudente da legislação sobre a matéria, pontou que:

Da leitura da Lei nº 7.014/96, a qual, como não poderia deixar de ser mantém fidelidade ao teor da Lei Complementar nº 87/96, observo que em momento algum tal tema é abordado, embora o artigo 30 determine as hipóteses em que se exige o estorno do crédito. Da mesma maneira, no RICMS/12, especialmente nos artigos 309 e 310, basicamente repetem os termos da Lei estadual.

O artigo 311 do citado diploma, indica as hipóteses nas quais deverá ser realizado o estorno do crédito fiscal, ali não estando presente a questão dos autos, qual seja a venda de mercadoria por valor inferior ao de aquisição. Logo, a princípio, inexistente obrigatoriedade para o procedimento que o autuante entende deveria ser adotado pelo contribuinte.

Ademais, compulsando os cálculos da infração, percebe-se que os mesmos são tão equivocados quanto às justificativas da autuação. Conforme observou o julgador de piso, a autuação:

- a. *para efeito de cálculo dos valores que entendeu passíveis de estorno, utilizou a média anual de preço por item de mercadoria, o que vem a ser um elemento de distorção para o cálculo, independentemente de também não ter a devida previsão legal.*
- b. *a metodologia de apuração do imposto adotada pelo autuante, ao estornar os valores dos créditos fiscais de forma integral, e não apenas correspondente aos valores proporcionais, e, além disso, agregar tais valores a título de débito, na reconstituição da conta corrente fiscal do contribuinte, em desacordo com o princípio da não cumulatividade contido no diploma constitucional, e reproduzido na Lei Complementar nº 87/96, criando sua própria regra de apuração do imposto.*
- c. *ao retroagir a períodos anteriores, com vistas a apurar a base de cálculo do imposto, reconstituindo os lançamentos a partir dos valores estornados, com vistas a chegar ao resultando apontado no Auto de Infração, prática igualmente sem qualquer embasamento legal. Além disso, se utilizou de metodologia inadequada, ao retroagir a períodos anteriores, com vistas a apurar a base de cálculo do imposto, reconstituindo os lançamentos a partir dos valores estornados, com vistas a chegar ao resultando apontado no Auto de Infração, seguiu prática igualmente sem qualquer embasamento legal, o que prejudica o mesmo.*

O que se conclui, desta forma, é que o presente Auto de Infração não encontra respaldo legal, muito menos procedimental para sua manutenção, tendo a Junta de Julgamento Fiscal, decidido coerentemente pela Improcedência.

Assim, por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo inalterada a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206948.0014/17-3**, lavrado contra **GEP INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS