

PROCESSO - A. I. Nº 281332.0001/17-6
RECORRENTE - REFERÊNCIA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0014-03/19
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23.09.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0168-11/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. 3. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infrações não impugnadas. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Os cálculos foram refeitos para excluir recolhimentos comprovados pelo defendente, ficando reduzido o valor do imposto originalmente apurado. **b)** ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Constatada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém, ficou comprovado o cometimento de infração à obrigação acessória vinculada à imputação, sendo aplicada a multa cabível. 6. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. FALTA DE ENTREGA. Ficou comprovado o cometimento de infração à legislação tributária estadual, por isso, foi aplicada a penalidade estabelecida em lei. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam, os presentes autos, de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 3º JJF Nº 0014-03/19, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 281332.0001/17-6, lavrado em 29/03/2017, para exigir créditos tributários no valor histórico de R\$392.523,35, em razão de sete infrações distintas, todas objeto do presente recurso, descritas da forma a seguir.

Infração 01 – 01.02.05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a março, maio a dezembro de 2015; março a julho de 2016. Valor do débito: R\$12.218,55. Multa de 60%.

Infração 02 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista

na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2015 e de março a dezembro de 2016. Valor do débito: R\$31.055,59. Multa de 60%.

Infração 03 – 05.05.01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no mês de dezembro de 2015. Valor do débito: R\$2.286,65. Multa de 100%.

Infração 04 – 07.01.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2015; março a maio, agosto e novembro de 2016. Valor do débito: R\$176.775,49. Multa de 60%.

Infração 05 – 07.01.03: Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de março, abril, junho a outubro de 2016. Valor do débito: R\$5.792,00.

Infração 06 – 07.15.02: Recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2015; março, abril, junho, julho e novembro de 2016. Valor do débito: R\$161.635,07. Multa de 60%.

Infração 07 – 16.14.02: Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de janeiro e fevereiro de 2016. Multa de R\$1.380,00 por cada mês, totalizando R\$2.760,00.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia de 04/02/2019 (fls. 150 a 164) e julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

O defendente alegou existência de vícios insanáveis neste processo, provocados pela autuante. Disse que estes vícios implicam nulidade de parte das infrações do presente Auto de Infração, nos termos do art. 18 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Conforme estabelece o § 1º, do art. 18 do RPAF/BA, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo”. Quando se verifica a existência de erro na apuração do imposto devido, encaminha-se o PAF em diligência para a necessária correção e intimação imediata ao sujeito passivo quanto à mencionada correção.

Constata-se que conforme estabelece o § 1º do art. 18 do RPAF/BA, somente é admitido o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissão ou a não observância de exigências meramente formais. Por outro lado, não há que se decidir pela nulidade da autuação sempre que se tipifiquem erros decorrentes de cálculos aritméticos, haja vista que tais equívocos são passíveis de correção.

No caso em exame, não houve necessidade de encaminhar o presente processo em diligência saneadora, considerando que nas informações fiscais a autuante já efetuou as necessárias retificações, acatando as comprovações apresentadas pelo defendente, e foi concedido prazo para a defesa se manifestar, com o fornecimento de cópias dos novos elementos acostados aos autos.

Rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

No mérito, o defendente não apresentou impugnação quanto às infrações 01, 02 e 03. Dessa forma, são procedentes os itens não impugnados considerando a inexistência de lide a ser decidida.

A Infração 04 trata de recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2015; março a maio, agosto e novembro de 2016.

Nesta infração, foi apurado o débito total de R\$176.775,49, e o autuado apresentou defesa parcial em relação ao valor de R\$40.711,02, reconhecendo o débito de R\$136.064,47.

No mês de março de 2016, foi lançado pela autuante o débito no valor de R\$43.375,64, tendo sido alegado pelo defendente que não foi considerado no levantamento fiscal o pagamento de ICMS efetuado no momento da compra de mercadorias em outras unidades federadas, no valor de R\$20.162,26, efetuado em 17/03/2016, e R\$2.511,72, pagamento efetuado em 31/03/2016, totalizando R\$22.673,98.

Na informação fiscal, a autuante disse que o valor de R\$20.162,26 está lançado em março, por isso, não há o que discutir, porque já foi incluído no levantamento fiscal. Disse, ainda, que o DAE no valor de R\$2.511,72, apesar de ter sido pago em 31/03/2016, se refere à NF 67758 que foi lançada no mês de abril, e que, por esse motivo, não compõe os pagamentos do mês de março.

Entendo que não assiste razão à autuante, considerando que se trata de pagamento de antecipação tributária de contribuinte não credenciado, sendo devido o imposto na entrada das mercadorias neste Estado. Neste caso, se o pagamento foi efetuado em 31/03/2016, conforme comprova a cópia do Documento de Arrecadação à fl. 78 deste PAF, o referido valor deve compor os pagamentos correspondentes ao mês 03/2016.

O defendente também alegou que houve repetição de cobrança de débito de imposto já exigido por meio da Notificação de nº 232340.1030/16-3, de 10/05/2016 que reclamou valor histórico de R\$13.508,79.

A autuante informou que em relação aos valores da antecipação total, devem ser reduzidos do total devido no mês de maio o valor de R\$ 4.159,30, incluído na Notificação Fiscal. O restante do valor da referida Notificação Fiscal, isto é, R\$ 9.349,49, se refere ao pagamento do ICMS Antecipação Parcial do mês de maio/2016. Tudo isso de acordo com o demonstrativo “Memória de Cálculo para Antecipação Tributária”, da Notificação Fiscal nº 232340.1030/16-3, anexo às páginas 50 e 51 desse processo.

Conforme Memória de Cálculo à fl. 50, e planilha elaborada pela autuante à fl. 85, na Notificação Fiscal alegada pelo defendente, parte das notas fiscais se refere à antecipação tributária e parte à antecipação parcial, valores que não foram considerados pela autuante no levantamento fiscal. Por isso, em relação à antecipação tributária tratada neste item desta autuação fiscal, deve ser deduzido o valor de R\$4.159,30.

Dessa forma, do valor exigido no mês de março de 2016 devem ser deduzidos: R\$4.159,30 referentes à Notificação Fiscal, e R\$2.511,72 correspondentes ao DAE pago em 31/03/2016, valores que não foram considerados no levantamento fiscal originalmente efetuado, ficando reduzido o débito no referido mês para R\$36.704,62, conforme quadro abaixo:

MÊS/ANO	VALOR EXIGIDO (A)	DAE PAGO (B)	NOTIF FISCAL (C)	VALOR DEVIDO A - B - C
mar/16	43.375,64	2.511,72	4.159,30	36.704,62

Quanto ao mês de agosto de 2016, foi lançado no presente Auto de Infração o valor de R\$1.119,10, sendo alegado pelo defendente que não foram considerados pagamentos efetuados por meio de DAE e GNRE, no valor total de R\$28.600,78, código de receita 1145, conforme planilha que elaborou às fls. 24/25 deste processo.

Na informação fiscal, a autuante afirmou que em relação ao valor de R\$8.421,45, constante na tabela elaborada pelo defendente, apesar de ter sido pago em 30/08/2016, se refere à NF 597589, que foi lançada em setembro (05/09/2016), por esse motivo, entende que o mencionado valor compõe os pagamentos desse mês e não de agosto, como pretendo o autuado.

Não acolho os argumentos da autuante, considerando que se trata de pagamento de antecipação tributária de contribuinte não credenciado, sendo devido o imposto na entrada das mercadorias neste Estado. Neste caso, se o pagamento foi efetuado em 30/08/2016, conforme comprova a cópia do Documento de Arrecadação às fls. 76/77 deste PAF, o referido valor deve compor os pagamentos correspondentes ao mês 08/2016.

Quanto aos demais valores, a autuante esclareceu que estão lançados tanto na planilha do contribuinte quanto na do Fisco, não sendo objeto de discussão.

Assim, ao incluir o pagamento referente ao DAE no valor de R\$8.421,45, o débito apurado no mês em análise (08/2016), não subsiste.

Em relação ao mês de novembro de 2016, consta no demonstrativo de débito do presente Auto de Infração, o valor de R\$3.004,15, e foi alegado pelo defendente que não foram considerados pela autuante pagamentos efetuados por meio de DAE e GNRE, no valor total de R\$24.621,75, conforme tabela que elaborou à fl. 25 deste PAF.

A autuante afirmou que o único DAE contestado pelo Contribuinte é no valor de R\$10.590,15, que foi pago em 25/11/2016, mas se refere a notas fiscais lançadas em outubro, por esse motivo o mencionado pagamento compõe os valores do referido mês e não, mês de novembro. Os demais valores estão lançados tanto na planilha do contribuinte quanto na do Fisco, não sendo objeto de discussão.

Observe que na relação de DAEs à fl. 64 deste PAF consta o valor de R\$10.590,63 e a cópia do DAE à fl. 79 indica como referência o mês 10/2016. Neste caso, concordo com o posicionamento da autuante, de que o

referido valor não compõe os pagamentos do mês de novembro de 2016, permanecendo inalterado o débito originalmente exigido.

O defendente também alegou que fornecedores localizados em unidades federativas em guerra fiscal com o Estado da Bahia poderia ser considerado que eles não fazem jus a regime de apuração do ICMS apontados no próprio Decreto 14.213/2012 em suas localidades

A autuante esclareceu que não foram feitas na infração 04 glosas de crédito previstas no Decreto nº 14213/2012 relativas à empresa ARCOR DO BRASIL S/A, CGC 54.360.656/0025-11, que teve declaração da Secretaria da Fazenda do Estado de Minas Gerais de que o mesmo não possui o regime especial previsto no Art. 75, XIV, “a” do RICMS/MG, anexada ao processo.

O autuado reclama pela inconstitucionalidade do Decreto do 1.413/2012. Entretanto, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Em relação ao argumento defensivo de que a utilização de pauta fiscal na apuração da Substituição Tributária é matéria já pacificada no judiciário, que tem entendimento contrário a essa prática do Fisco, logo, o defendente suplica aos Julgadores para ser desconsiderada tal prática. Observo que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado por autoridade superior (art. 167, inciso III do RPAF/BA). O tributo é indisponível e a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória. A autoridade administrativa dela incumbida não tem a faculdade de exercitá-la, ou não, a seu critério. É obrigada a exercitá-la sempre que no mundo fenomênico se configurar a situação na qual o lançamento é cabível, independentemente do contribuinte.

Concluo pela subsistência parcial deste item da autuação fiscal, no valor total de R\$168.985,37, considerando a exclusão do valor relativo ao mês de agosto e redução do débito relativo ao mês de março.

Infração 05: Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de março, abril, junho a outubro de 2016.

Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa.

O defendente alegou que não existe amparo no RICMS/BA para exigência da multa, porque houve tributação do ICMS nas respectivas saídas sem considerar as MVAS presumidas no anexo 1 do RICMS-BA/2012, mesmo porque nas maiorias dos casos as margens de valor agregado praticadas pela autuada eram maiores que as estabelecidas pelo referido anexo 1, não gerando ônus ao erário estadual.

A autuante informou que o autuado tratou como normal, mercadorias enquadradas na substituição tributária, por isso, mudou a forma de calcular o imposto estabelecido em lei. Quanto à diferença de MVA que o autuado alegou ter praticado a mais, ressalta que não se trata de cobrança de imposto, e que a tipificação está clara no Auto de Infração, tratando-se de multa aplicada pela mudança na sistemática de tributação.

Observo que a multa exigida neste item da autuação se destina ao contribuinte que deixar de recolher o imposto por antecipação, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, sendo dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, a penalidade prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei 7.014/96.

Vale salientar, que constitui infração relativa ao ICMS a inobservância de qualquer disposição contida na legislação deste tributo e a responsabilidade pelo cometimento de infração não depende da intenção do agente, bem como, da efetividade, natureza ou extensão dos efeitos do ato. Dessa forma, concluo pela subsistência desta infração, considerando que a aplicação da penalidade é prevista na Lei 7.014/96, conforme já mencionado, e sendo a atividade de lançamento vinculada e obrigatória, a autoridade administrativa dela incumbida não tem a faculdade de exercitá-la, ou não, a seu critério, independente, de qualquer outro elemento.

Infração 06: Recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, com fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2015; março, abril, junho, julho e novembro de 2016. Valor do débito: R\$161.635,07.

O defendente alegou que o procedimento fiscal está em total desacordo com o RPAF, bem como as decisões já pacificadas nas Juntas e Câmara de Julgamentos do Estado da Bahia, nas planilhas de apuração além de ter sido cobrado valor de imposto relativo à antecipação parcial sem considerar que o autuado já vendera as mercadorias, uma vez adquiridas.

A autuante concorda com as alegações do contribuinte, afirmando que, de fato, o autuado recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, mas recolheu devidamente o imposto normal na saída das mercadorias, por isso,

considera mais adequado a cobrança apenas da multa, com enquadramento previsto no Artigo 12-A da Lei 7014/96, e tipificação no Artigo 42, Inciso II, Alínea “d” da mesma lei. Dessa forma, solicita a esse Conselho a conversão dessa infração em multa.

Com a conversão da infração 06 em multa, os valores a serem recolhidos pela empresa passam a ser os discriminados na planilha que elaborou à fl. 87, cuja cópia em meio magnético encontra-se em CD anexo ao presente processo.

A penalidade sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial encontra-se no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7.014/96, que prevê aplicação da multa de 60% do valor do imposto não recolhido por antecipação, inclusive no caso de antecipação parcial. Portanto, não elide a imputação fiscal a alegação de que não houve prejuízo aos Cofres Públicos do Estado da Bahia, uma vez que houve descumprimento da legislação do ICMS, restando provado que o autuado não efetuou o recolhimento do imposto, nos prazos regulamentares, caracterizando o prejuízo pelo não recolhimento tempestivo do tributo devido.

Vale ressaltar, que conforme estabelece o art. 157 do RPAF/BA, “Verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível...”.

Dessa forma, acato as conclusões da autuante, para exigência da multa no valor total de R\$98.281,88, (conforme demonstrativo à fl. 87), considerando que uma vez comprovada a tributação regular das operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa.

Infração 07: Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos na Legislação Tributária, nos meses de janeiro e fevereiro de 2016. Multa de R\$1.380,00 por cada mês, totalizando R\$2.760,00.

O autuado assegurou que o imposto gerado pela empresa foi recolhido sem qualquer prejuízo para a fiscalização, e que podia o fisco se conformar apenas pela entrega do arquivo através de intimação, sem aplicação da multa fixa, pois gera um ônus ao contribuinte que não tem de onde tirar, uma vez que se trata de estabelecimento que trabalha com preços populares.

Concordo com o posicionamento da autuante de que a penalidade é decorrente do descumprimento do prazo legal para entrega da escrita fiscal, e os dados requisitados pelo Fisco são importantes para o desenvolvimento dos trabalhos de fiscalização, inclusive o cruzamento de dados, acompanhamento e controle da arrecadação.

Concluo pela subsistência desta infração, sem a redução da multa requerida pelo defendente, tendo em vista que ficou comprovado o cometimento de infração à legislação tributária estadual, devendo ser aplicada a penalidade estabelecida na legislação, considerando a sua finalidade.

O autuado alegou inconstitucionalidade e abusividade das multas aplicadas, ressaltando que o auto de infração evidencia percentuais de multas, e que tal percentual foge das margens de multas aplicadas no país, ainda mais em um contexto de crise que vivemos, o que prejudica de forma considerada a continuidade dos trabalhos por parte do comerciantes e empresários.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência, da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicados corretamente os respectivos percentuais, conforme estabelece o art. 42, inciso da Lei 7.014/96.

Face ao exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE	12.218,55	-
02	PROCEDENTE	31.055,59	-
03	PROCEDENTE	2.286,65	-
04	PROCEDENTE EM PARTE	168.985,37	-
05	PROCEDENTE	-	5.792,01
06	PROCEDENTE EM PARTE	-	96.281,88
07	PROCEDENTE	-	2.760,00
TOTAL	-	214.546,16	104.833,89

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 175 a 182, mediante o qual aduz as seguintes razões.

Alega, preliminarmente, nulidade da decisão de piso por cerceamento do seu direito de defesa. Explica que o Auto de Infração veio desacompanhado de quaisquer documentos que

demonstrassem o crédito tributário a que se refere a suposta infração e, com isso, não foi possível ao contribuinte impugnar especificamente as notas fiscais que foram objeto da autuação. Diante disso, informa que vem sistematicamente arguindo a nulidade do processo, eis que o Auto de Infração não possui os elementos necessários à compreensão da matéria debatida nos autos. Isso porque, não é possível ao contribuinte impugnar toda e qualquer substituição tributária no período fiscalizado.

Ainda em sede de preliminar, alega nulidade da autuação, também por cerceamento do direito de defesa. Afirma que a decisão proferida na origem não primou pela retidão e, portanto, deve ser reformada por essa Instância Administrativa, ante a inexistência de levantamento do fiscal nos autos, que ocasionam o cerceamento do direito de defesa do contribuinte e, conseqüentemente a nulidade da ação fiscal como um todo, de acordo com a previsão do art. 18, inciso IV do RPAF/97, cujo texto transcreve.

Ensina que a atividade administrativa do lançamento tem como objetivo constatar a ocorrência do fato gerador, identificar sua base de cálculo, identificar e aplicar a alíquota cabível, com isso calculando o montante do tributo devido. No entanto, no caso dos autos, afirma que não houve quaisquer demonstrativos integrantes do Auto de Infração a atestar a concretização dos fatos geradores da obrigação tributária. Informa que esse Órgão de julgamento já teve oportunidade de rechaçar Auto de Infração eivado de nulidade nesse particular, conforme se extrai do Acórdão JF nº 0026-01/16, de cujo teor colaciona trecho.

Assim, entende restar claro que inexistindo certeza ou liquidez do crédito reclamado pelo Fisco, ofende-se o contraditório e a ampla defesa do contribuinte, o que enseja a nulidade de todo o procedimento fiscal, conforme resta sedimentado na jurisprudência deste Conselho. Transcreve ementas de acórdãos, à folha 177, em apoio aos seus argumentos.

Argumenta que, por não conceder ao contribuinte a faculdade de atuar amplamente em sua defesa, denegando-lhe o acesso ao documento em que se teria consubstanciado o seu comportamento tributário, o procedimento fiscal acabou, também, por denegar a plena participação contraditória e, por via de consequência, retira qualquer legitimidade à decisão que confirmou o auto. Afirma que um procedimento só se legitima uma vez assegurado o devido processo contraditório, com todos os meios de defesa inerentes a ele, sob pena de nulidade integral do ato político a que ele se oriente.

Assim, raciocina que a limitação ao direito da autuada a ter acesso aos motivos - ou seja, às notas fiscais das operações cujo recolhimento se teria dado a menor - que deram azo à exigência, não repercutiu apenas na ofensa ao contraditório em seu sentido estrito - àquele devido processo legal do ponto de vista formal -, mas também no desatendimento ao devido processo em sentido material, justamente porque resultará ausente a fundamentação objetiva da decisão administrativa, a ser proferida neste autos. Ausentes esses fundamentos de fato ilustrativa da ilegitimidade da cobrança, porque também ilegítimo o ato em que se esteia. Transcreve a doutrina de Araújo Cintra em apoio aos seus argumentos.

Afirma que não houve a comunicação expressa dos motivos determinantes da exigência fiscal, porque obstadas ao conhecimento da autuada das notas fiscais das operações cujo recolhimento se teria dado a menor. O autuante não faz qualquer prova a respeito destas operações, de maneira que a autuada não pode, em tais condições, realizar sua contestação de forma satisfatória. O laconismo do auto, com informações genéricas, quais os seus documentos de origem para provar a sua vinda de outro Estado com a tributação interestadual reduzida, bem assim para identificar a natureza das mesmas e seu destino, caracterizam cerceamento do direito de defesa, inutilizando-o como elemento probante da existência de crédito tributário devido pela autuada.

Por outro lado, entende que a falta de indicação das operações inquinadas não dá causa somente ao cerceamento da defesa administrativa da autuada - vício que viria atingir todo o ato administrativo - mas também à negativa de possibilidade de controle deste mesmo ato,

impossível que se faz a aferição da legalidade do auto. Colaciona a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello para ilustrar o rigoroso tratamento dispensado à nulidade do procedimento administrativo que se embasa somente sobre alegações ou indícios, mas não sobre fatos que se sujeitem ao crivo contraditório do contribuinte.

Considerando que a ação fiscal ora atacada carece de elementos indispensáveis para se determinar com segurança a infração apontada uma vez que o levantamento está eivado de vícios insanáveis que inquinam, de nulidade a peça acusatória, conclui que alternativa não resta aos Senhores Julgadores, diante da fragilidade e inconsistência da autuação, senão a decretação da nulidade de todo o Auto de Infração.

Na eventualidade de ter acolhidos os seus argumentos, pleiteia a redução da multa para o percentual de 20% do valor da obrigação principal. Argumenta que é sabido que o poder de tributar deve ser compatível com o poder de conservar, não sendo razoável que a cobrança possa destruir financeiramente o contribuinte. Explica que o que temos, ao aplicar-se uma multa acima de 20% no valor da obrigação, é um verdadeiro confisco do dinheiro dos contribuintes, e que vai de encontro às normas gerais tributárias impressas na Constituição Federal. Transcreve o texto do art. 150 da CF/88 em apoio aos seus argumentos.

Nessa perspectiva, infere que inexistente dolo, má-fé, na conduta do contribuinte, tendo o mesmo, apenas, equivocado-se na interpretação da legislação tributária, o que demonstra a aplicabilidade do art. 158 do RPAF, cujo texto transcreve. Transcreve também o texto do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96.

Conclui, portanto, que demonstrada a ausência de dolo, fraude ou simulação deve-se aplicar ao presente caso o quanto disposto nos artigos acima transcritos. Transcreve julgado da 2ª CJF em apoio aos seus argumentos.

Conclui que, sem qualquer sombra de dúvidas, o art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/96, pode ser aplicado perfeitamente ao caso em tela, conforme já demonstrado e atestado pelo próprio autuante, bem como também restou demonstrado que a infração supostamente praticada não decorreu de dolo, fraude ou simulação, mas simplesmente erro na interpretação da legislação estadual.

Assim, diante da inexistente de dolo, fraude ou simulação quando do lançamento do imposto, cumpre a esse Órgão de Julgamento proceder à redução da multa imposta para o patamar de 20%, na esteira do precedente desse CONSEF trazido à baila.

Arremata a sua peça recursal, requerendo que seja determinada a imediata nulidade do Auto de Infração ora impugnado, em razão da inexistência de quaisquer demonstrativos de débitos integrantes do Auto de Infração – a grande comprovação de tal alegação é a necessidade de fiscal para identificar as notas fiscais que foram utilizadas para o lançamento fiscal - tornando diligência o Auto de Infração eivado de nulidade insanável, na forma do art. 18º do RPAF, bem como diante da farta jurisprudência desse Órgão de Julgamento, em especial a acertada decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão JJF Nº 0026/01-16.

Ad cautelam, caso esse Órgão de Julgamento entenda que não é caso de nulidade do Auto de Infração, o contribuinte requer, diante da vasta doutrina carreada à presente defesa, a exclusão da multa punitiva imposta pela fiscalização, vez que o mesmo agiu de boa-fé e eventual equívoco no recolhimento da exação deveu-se exclusivamente a erro na interpretação da extensa e confusa legislação tributária.

Nestes termos, pede deferimento.

VOTO

Preliminarmente, o Sujeito Passivo suscita nulidade da Decisão recorrida e nulidade do Auto de infração. Noto, todavia, que em ambos os casos refere-se à suposta ausência de demonstrativos

de débito que pudessem evidenciar os documentos que fazem parte do levantamento fiscal. Não faz referência a qualquer das infrações, levando-nos a crer que estivesse se referindo a todas as sete infrações.

Não merece guarida a alegação recursal, pois o lançamento fiscal se encontra devidamente amparado por um conjunto de demonstrativos de débito, contidos no CD, anexado à folha 14. À folha seguinte (15), encontra-se anexado um recibo, devidamente assinado pelo Sr. Agelon Rocha Barreto, preposto da empresa e mesmo signatário do Auto de Infração (vide folha 05). No recibo citado, encontra-se listados os demonstrativos de todas as sete infrações que fizeram parte do presente lançamento, conforme descrições contidas à folha 15 citada.

A abertura de cada um dos arquivos lá gravados revela que os levantamentos fiscais identificaram cada um dos documentos que deram base à autuação, inexistindo motivos para que o Contribuinte alegue a inexistência de demonstrativos.

Nesse sentido, rejeito as alegações de nulidades suscitadas.

Quanto ao mérito, trata-se de sete infrações, cujas condutas foram adequadamente descritas na peça inaugural do lançamento, conforme abaixo.

Infração 01 – 01.02.05: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação tributária, ...

Infração 02 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, ...

Infração 03 – 05.05.01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, ...

Infração 04 – 07.01.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, ...

Infração 05 – 07.01.03: Multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, ...

Infração 06 – 07.15.02: Recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, ...

Infração 07 – 16.14.02: Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos na Legislação Tributária, ...

A Recorrente não opõe qualquer fato impeditivo, modificativo ou impeditivo do direito de lançar. Não negou, sequer, que tenha praticado as operações objetos do lançamento, tendo se limitado a alegar ausência de demonstrativo, o que teria acarretado a incompreensão dos motivos da autuação, argumento que, como visto, não se sustenta nas provas acostadas ao processo.

Não tendo alegado, nem, muito menos, trazido qualquer prova que pudesse elidir a presente autuação, não resta outra conclusão senão a de que as presentes infrações se encontram caracterizadas, por absoluta ausência de contestação dos fatos articulados.

Sem mencionar a que infração estaria a referir-se, o Sujeito Passivo pede a redução da multa aplicada, ao patamar de 20% (redução de oitenta por cento, portanto), sob a alegação de que a infração fora praticada sem dolo, fraude ou simulação.

Note-se que, dentre as sete infrações autuadas, apenas a de número sete se refere a descumprimento de obrigação acessória, relacionando-se, todas as demais, a descumprimento de obrigação principal, o que afasta a competência deste colegiado.

Quanto à Infração 07 (Falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos na Legislação Tributária, ...), não há elementos, no processo, que possam revelar as circunstâncias atenuantes que eventualmente pudessem justificar uma redução da multa aplicada. A empresa não trouxe, igualmente, argumentos nem provas nesse sentido.

Diante do exposto, entendo que a Decisão recorrida não merece reparo, pelo que NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM, os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281332.0001/17-6**, lavrado contra **REFERÊNCIA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$214.546,16**, acrescido das multas de 60% sobre R\$212.259,51 e 100% sobre R\$2.286,65, previstas no art. 42, incisos II, “d” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa percentual no valor total de **R\$104.833,89**, previstas no inciso II, “d” da mesma Lei e Artigo, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores devidamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS