

PROCESSO - A. I. Nº 272466.0001/19-8
RECORRENTE - SUBLIME DOUTO TEXTIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0147-04/19
ORIGEM - INFAS SERTÃO PRODUTIVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 22.09.2020

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0178-11/20-VD

EMENTA: ICMS. FUNDO ESTADUAL DE COMBATE À POBREZA. USO INDEVIDO BENEFÍCIO FISCAL. RECOLHIMENTO A MENOR. Provado que o imposto foi pago após o início da ação fiscal, ocorrida com a ciência pelo sujeito passivo da intimação para apresentação dos livros e documentos fiscais, o que excluiu a espontaneidade do seu recolhimento, nos termos previstos no parágrafo único do art. 138 do CTN e no art. 95 do RPAF/BA, devendo os valores recolhidos servirem para homologação parcial do débito reclamado. Afastada a nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo recorrente com base no art. 169, I, “b” do RAPF/BA, contra a Decisão da 4ª JJF, proferida através do Acórdão nº 0147-04/19 que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 20/03/2019, para exigir o débito de R\$78.747,07, inerente aos meses de janeiro a dezembro/2018, sob a acusação de: “Recolhimento a menor do ICMS em razão de uso indevido de benefício ou incentivo fiscal ou financeiro decorrente do não recolhimento do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza”.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente, diante das seguintes razões:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS recolhido a menos em razão do uso indevido de benefício ou incentivo fiscal, decorrente do não recolhimento do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício, em favor do Fundo estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Em sua peça defensiva, o contribuinte alegou que a acusação imposta não procede, pois teria efetuado o pagamento dos valores exigidos no presente lançamento, no dia 10/01/2019. Como prova de sua assertiva, anexa às fls.06 a 17, cópias de Documentos de Arrecadação Estadual, acompanhados dos respectivos comprovantes de pagamentos emitidos por Instituição Financeira.

Da análise dos citados documentos, constato que de fato restou comprovada a quitação dos valores exigidos no presente lançamento, todos em 10/01/2019. Ocorre que, à fl. 2-B, consta o documento “Intimação para apresentação de Livros e Documentos e/ou prestação de Informações”, postado através do DTE em 07 de janeiro de 2019, lido e cientificado no dia 08 de janeiro de 2019, marcando o início da ação fiscal da empresa, conforme dispõe o inciso II, do art. 28 do RPAF/BA.

Assim, o sujeito passivo se encontrava a partir daí, sob ação fiscal, e por via de consequência, cessa à sua espontaneidade em realizar denúncia espontânea de tributo devido, relativo ao período abarcado pela fiscalização.

Ressalto que o art. 95 do RPAF/99, dispõe que o contribuinte pode, “antes do início de qualquer procedimento fiscal, procurar espontaneamente a repartição fazendária de sua circunscrição para comunicar irregularidade ou recolher tributo não pago na época própria”.

Desta forma, o sujeito passivo não poderia recolher espontaneamente os valores devidos, em 10/01/2019, pois o mesmo já se encontrava sob ação fiscal, iniciada em 07 de janeiro de 2019, razão pela qual entendo que a infração restou caracterizada.

Ressalto, entretanto, que poderá o contribuinte, assim querendo, ingressar com pedido de restituição do tributo eventualmente pago indevidamente à autoridade fazendária competente, mencionada no artigo 79, inciso I, alínea “b” do RPAF/BA, com a comprovação de que, efetivamente houve o alegado pagamento do imposto ora exigido.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, de fls. 57 a 64 dos autos, inicialmente, o recorrente relata que - após ser cientificado da autuação e ter apresentado defesa pela improcedência do Auto de Infração por ser indevida a exigência do débito, já que havia sido pago anteriormente à autuação (09/04/2019) - o autuante, quando da sua informação fiscal, manteve a procedência da ação fiscal, acrescentando informações que não constavam no Auto de Infração, tais como:

- 1) “afirma que a ação fiscal já havia sido iniciada (emissão da OS em 07/01/19 – fls. 2-A; postagem da intimação via DTE em 07/01/19 – fls. 2-B, com ciência do Contribuinte no dia 08/01/19 – fls. 2-B, quando o contribuinte efetuou o recolhimento do imposto (10/01/19), afastando a qualidade da espontaneidade do pagamento efetuado, pois acrescenta que o contribuinte é reincidente nesta infração (Auto de infração 2724660028/18-5), bem como possui um histórico de autuações lavradas contra a empresa (Auto 2321853003-16-8) etc inclusive por EMBARAÇO A AÇÃO FISCAL (2724660025/18-6)”.
- 2) Acrescenta ainda que após transcrever o disposto no art. 138 do Código Tributário Nacional – CTN (Lei 5172/66) reitera que o Fisco baiano já havia iniciado inúmeras ações fiscais com vistas a reclamar o crédito tributário sonegado, tais como: 1)Emissão de Ordem de Serviço – OS nº 500103/19 (fls.2-A); 2) Intimação do contribuinte via Domicílio Tributário Eletrônico – DTE (fls.2-B); dentre outras.
- 3) Informa ainda, que o próprio contribuinte deu ciência da intimação via DTE no dia 08/01/2019 (fls.2-B). E somente no dia 10/01/19 recolheu o imposto (fls.06-17). Após isso, confirma autuação, com fulcro nessas novas informações.

Menciona que em nenhum momento foi científica/notificada a se manifestar sobre a informação fiscal, conforme reza o art. 127, § 7º do RPAF que menciona com clareza “Se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18”.

Assim, o recorrente diz que o autuante ao acrescentar fatos novos quando informa inclusive sobre duas autuações anteriores além de outras informações e não lhe conceder o prazo para apresentar sua manifestação ao documento da informação fiscal, na verdade, mostra intenção de confundir e prejudicar a lisura desse processo. Acrescenta, ainda, que as autuações, inclusive de embaraço fiscal citadas na informação fiscal, foram devidamente arquivadas pelo próprio órgão fiscalizador, conforme demonstra, caindo por terra as acusações por esse agente fiscalizador.

Em seguida, o recorrente afirma que não procede a acusação lhe imputada eis que tal fato não procede, uma vez que já teria quitado todos os impostos exigidos nesse Auto de Infração, em 10/01/2019, conforme diz fazer prova os comprovantes de pagamento e recibos anexados.

Informa ainda que o cálculo para apuração do imposto foi realizado conforme as instruções do Decreto nº 16.970/2016, alterado pelo Decreto nº 16.983/16, que regulamenta a Lei nº 13.564 de 20 de junho de 2016 e define os procedimentos do cálculo e recolhimento do valor destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, instituída pela Lei nº 7.988, de 21 de dezembro de 2001.

O apelante afirma que a ação fiscal teve início quando tomou ciência do Auto de Infração em 09/04/2019, conforme faz prova o “AR/CORREIOS” e que no próprio sistema eletrônico de consulta de processos tem-se que o início da ação fiscal foi em 25/03/2019.

Salienta que o agente fiscalizador tenta de todas as formas confundir o início dessa ação fiscal, inclusive ao afirmar na informação fiscal que a ação fiscal teve início com a emissão da OS em 07/01/19 (fl. 2-A), postagem da intimação via DTE em 07/01/19 (fl. 2-B), com a ciência do

contribuinte em 08/01/19 (fl. 2-B), o que, segundo o recorrente, não é verdade.

Defende que, na verdade, o documento encaminhado pelo DTE, em 07/01/2019, com ciência pelo contribuinte, em 08/01/2019, foi um documento de INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS E/OU PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES, cujo documento não informa trata-se de qualquer infração de ICMS, apenas requer documentos tais como: SPED – FISCAL / SPED CONTÁBIL / LIVRO DE REGISTRO DE OCORRÊNCIAS / NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS / NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS / NFe / NFC-e) referentes ao período de 01/01/2018 a 31/12/2018, do que diz que o art. 26, inciso IV, do RPAF é claro ao mencionar o INÍCIO DA AÇÃO FISCAL.

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;

IV - emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal.

V – revogado

Parágrafo único. Não se considera início de procedimento fiscal o envio, através do Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, de comunicado dando conhecimento ao sujeito passivo de inconsistência verificada em análise ou cruzamento de informações econômico-fiscais existentes no banco de dados da Secretaria da Fazenda.

Sustenta que, com base nesse artigo, tem-se que não houve apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento, ainda que não houve lavratura do Termo de Início de Fiscalização; bem como que não houve intimação por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização, mas houve sim a emissão de Auto de Infração com ciência ao contribuinte apenas em 09/04/19, ocasião em que por espontaneidade na data de 10/01/19 (anteriormente ao Auto de Infração) procedeu ao pagamento de suas obrigações.

Assim, requer que seja modificada a presente decisão, merecendo assim que o débito e a multa sejam cancelados e o Auto de Infração julgado improcedente.

Por fim, preliminarmente, o recorrente requer a nulidade de todos os atos após a informação fiscal e concessão do prazo de 10 dias para se manifestar quanto a informação fiscal, com base no art. 18, § 1º, do RPAF, como também que seja julgado improcedente o Auto de Infração, reconhecendo-se os equívocos da autoridade autuante, conforme razões e documentos juntados às fls. 67 a 80 dos autos.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, conforme previsto no art. 169, I, “b” do RPAF, aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância que julgou Procedente a infração, pela qual reclama o ICMS de R\$78.747,07, acrescido da multa de 60%, inerente aos meses de janeiro a dezembro de 2018, sob a acusação de “Recolhimento a menor do ICMS em razão de uso indevido de benefício ou incentivo fiscal ou financeiro decorrente do não recolhimento do valor correspondente a 10% (dez por cento) do respectivo incentivo ou benefício em favor do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza”, cujos números apurados, às fls. 4 dos autos, não foram especificamente contestados pelo contribuinte, o qual se limitou a apresentar apenas as seguintes razões recursais:

1. Preliminarmente, nos termos previstos no art. 127, § 7º, c/c o art. 18, § 1º, ambos do RPAF, requer a nulidade de todos os atos após a informação fiscal e concessão do prazo de 10 dias para se manifestar sobre a mesma, por entender que o autuante acrescentou fatos novos quando cita duas autuações anteriores, além de outras informações;

2. No mérito, que não procede a acusação já que teria quitado todos os impostos exigidos em 10/01/2019, conforme comprovantes às fls. 69 a 80 dos autos, eis que a ação fiscal teve início quando tomou ciência do Auto de Infração em 09/04/2019, conforme “AR/CORREIOS” às fls. 68 dos autos;

De início, rejeito a preliminar de nulidade dos atos posteriores à informação fiscal, arguida pelo recorrente sob a alegação de que o autuante acrescentou fatos novos. Da análise da dita peça processual verifica-se que o fato de nela consignar que o contribuinte é reincidente nesta infração, bem como possui um histórico de autuações por embargo a ação fiscal em nada afeta e muito menos trata-se de fatos novos quanto à acusação lhe atribuída, logo, em consequência, inexiste qualquer vinculação à hipótese legal prevista no art. 127, § 7º do RPAF, o qual determina que se dê ciência ao sujeito passivo se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos.

No tocante ao mérito, limita-se a alegar que antes do início da ação fiscal - segundo o recorrente ocorrido em 09/04/2019 ao tomar ciência do Auto de Infração - adimpliu em 10/01/2019 todos os impostos exigidos no Auto de Infração, conforme comprovantes às fls. 69 a 80 dos autos.

Sustenta o apelante que o documento encaminhado pelo DTE, em 07/01/2019, com sua ciência em 08/01/2019, foi de INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS E/OU PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES, pelo qual se requer documentos tais como: SPED –FISCAL / SPED CONTÁBIL / LIVRO DE REGISTRO DE OCORRÊNCIAS / NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS / NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS / NFe / NFC-e) referentes ao período de 01/01/2018 a 31/12/2018, do que diz que o art. 26, inciso IV, do RPAF é claro ao mencionar o INÍCIO DA AÇÃO FISCAL se dar com a emissão de Auto de Infração.

Olvida o sujeito passivo de que o próprio art. 26 do RPAF que invoca, em seu inciso III, consigna que se considera iniciado o procedimento fiscal no momento da “*intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização*”.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 138 do CTN estabelece que “*Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração*”, conforme abaixo transcrito:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

Portanto, ao contrário do que defende o recorrente, em 10/01/2019, quando efetuou extemporaneamente os recolhimentos do ICMS Adicional Fundo de Pobreza, relativos às competências de janeiro a dezembro de 2018, consoante comprovam os documentos às fls. 69 a 80 dos autos, o sujeito passivo já se encontrava sob ação fiscal, eis que em 08/01/2019 havia tomado ciência da intimação para apresentação dos livros e documentos fiscais (fls. 2B), conforme dispõe o art. 28, II, do RPAF/BA, fato este reconhecido pelo próprio apelante, o que o impediria de realizar denúncia espontânea de tributo devido do período, nos termos previstos no parágrafo único do art. 138 do CTN (acima transcrito) e no art. 95 do RPAF/BA.

Contudo, em que pese o contribuinte se encontrar sob ação fiscal e não haver a espontaneidade para o recolhimento de tais valores, os mesmos deverão servir para homologação parcial do débito reclamado no Auto de Infração, ora em análise, considerando que as importâncias apuradas no levantamento fiscal, às fls. 4 dos autos, não foram especificamente contestadas pelo recorrente.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 272466.0001/19-8, lavrado contra **SUBLIME DOUTO TEXTIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$78.747,07**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 31 de julho de 2020.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGF/PROFIS