

A. I. Nº - 269189.0011/17-9
AUTUADO - SETE SEG COMÉRCIO E CONFECÇÃO DE MATERIAIS DE SEGURANÇA LTDA. - EPP
AUTUANTE - JOÃO JOSÉ DE SANTANA
ORIGEM - INFAZ BARREIRAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 21.12.2020

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0152-05/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. 2. RECOLHIMENTO A MENOR. ALÍQUOTA DIVERSA. SAÍDAS DE MERCADORIAS ESCRITURADAS. Infrações insubsistentes. Decisão firmada com base em diligência executada por auditor fiscal estranho ao feito. Revisão da conta corrente fiscal evidenciou inexistir débitos nos meses objeto da autuação. Demonstrado que houve apenas envio das EFDs (Escrituração Fiscal Digital), com omissão de algumas operações, porém, este fato não implicou em descumprimento de obrigação principal. Não acolhido pedido de redução da multa, ao argumento da sua excessividade ou sob a alegação de violação ao princípio constitucional do não confisco. Porém, as penalidades lançadas no A.I. foram também excluídas, em razão de ter sido comprovada a inexistência de débitos fiscais a serem exigidos do sujeito passivo. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 27/10/2017, para exigência de ICMS no valor principal de R\$37.705,42, em decorrência das seguintes imputações fiscais:

INFRAÇÃO 1 - (02.01.02): Deixou de recolher, no(s) prazo (s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Período de janeiro e setembro de 2013. Valor histórico: R\$23.755,42 – Multa de 100%, prevista no Art. 42, III;

INFRAÇÃO 2 - (03.02.02): Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Período de fevereiro de 2013. Valor histórico: R\$13.950,00 – Multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”.

O contribuinte foi notificado do lançamento através do DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), com data da postagem, ciência e leitura ocorridas em 21/11/2017. Integram a peça acusatória: Demonstrativos de apuração do imposto contendo a relação de notas fiscais não escrituradas e de Apuração do Débito a menor, por erro na aplicação da alíquota (CFOP vs. UF) – docs. anexados às fls. 03 a 09 deste PAF.

O autuado apresentou impugnação em 19/01/2018, através da peça processual juntada às fls. 12/20 dos autos. Inicialmente reproduziu o conteúdo das duas infrações que lhe foram imputadas, sustentando em seguida que jamais deixou de recolher (ou recolheu a menos) o ICMS devido nas operações. Frisou que a autuação em lide resultou de equívoco, já sanado, através da entrega do arquivo retificador EFD ICMS IPI do período em questão, relacionada ao mês de janeiro de 2013.

Alegou, na sequência, que inexistiu prejuízo para o Erário e que deve haver a prevalência da verdade material. Detalhou que as imputações que lhe foram impostas são absolutamente indevidas, pois procedeu à entrega do arquivo retificador do EFD ICMS IPI referente à competência de 01/2013, fato que somente foi percebido após a presente autuação fiscal, em

12/12/2017. Afirmou ter providenciado a autorização de entrega do arquivo retificado junto à SEFAZ-BA, conforme recibo em anexo (Doc. 02 – fls. 32/33).

Disse a defesa, mais à frente, que o Sr. Auditor Fiscal, ao analisar a EFD ICMS IPI referente ao período de 01/2013 tomou por base aquela primeira remessa dos arquivos, enviada em 26/02/2013, que, por descuido, foi entregue sem a complementação de todas as informações (“linhas zeradas”), quando na verdade deveria ter tomado por base o arquivo retificador (que apenas foi entregue recentemente). Ou seja, o Sr. Auditor Fiscal baseou-se em informações incorretas. E, por tal razão, entendeu pela ocorrência das duas infrações apontadas. Contudo, a verdade material é diversa.

Reafirmou que não deixou de recolher (ou recolheu a menos) o ICMS devido nas operações citadas no Auto de Infração, conforme se comprova pela juntada dos anexos comprovantes de pagamento e dados da escrita fiscal (Docs. 03 – fls. 34/68), apenas incorreu em erro quanto à entrega das correlatas obrigações acessórias, inexistindo qualquer prejuízo ao erário público.

Reforça o equívoco no preenchimento da EFD e na falta de entrega de sua retificação (sanada em 12 de dezembro de 2017), declarando mais uma vez, que a sua conduta não trouxe qualquer prejuízo ao erário público, pois conforme demonstrado com os comprovantes elencados na peça defensiva, todas as obrigações tributárias principais foram tempestivamente e regularmente adimplidas.

Discorreu que no processo administrativo, em qualquer esfera (federal, estadual e municipal) obrigatoriamente deve prevalecer o princípio da verdade material, na medida em que se busca a verdade dos acontecimentos e não a mera aparência e/ou forma.

Pelo princípio da verdade material que é princípio específico do processo administrativo, há maior liberdade na busca das provas necessárias à formação da convicção do julgador sobre os fatos alegados no processo. Essa maior liberalidade decorre do próprio fim visado com o controle administrativo da legalidade, já que não pode haver interesse subjetivo da Administração na solução do litígio, sendo imperioso o cancelamento do lançamento baseado apenas em alegações quando contrapostas com evidências trazidas aos autos. Citou, no seu libelo, doutrina de Marcos Neder (NEDER, Marcos Vinícius e LOPES, Maria Teresa Maínez, *in* Prossso Administrativo Fiscal Federal Comentado, So Paulo, Dialética, 2010, 3 edição, p. 78) e decisões proferidas na CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS DA RECEITA FEDERAL (CSRF - Acórdão CSRF/01-05.095 de 18.10.2004).

No tocante ao caso em exame, discorreu que o princípio da verdade material se aplica integralmente à presente lide, uma vez que a documentação ora apresentada comprova, de forma indiscutível, que não houve qualquer falta de recolhimento de tributo, mas tão somente equívoco no cumprimento de obrigações acessórias. Que o simples equívoco no preenchimento de determinada obrigação acessória não é fato gerador de tributo e reconhece que de fato houve o equívoco no preenchimento de sua EFD, mas equívoco de ordem formal, conforme já exposto anteriormente. Sendo assim, sujeitaria, eventualmente, a Impugnante à aplicação de multa específica, que não se verifica no AIIM que ensejou a presente discussão.

Jamais poder-se-ia exigir tributo com base no simples equívoco formal da obrigação acessória. Transcreve na inicial outro posicionamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Acórdão nº 2202-000.023, Proc. Administrativo nº 10183.001126/2007-39, 2ª T Ord. Da 2ª Câmara, da 2ª Seção de Julgamento; publ. DJU de 14.03.2011; Ac. 103-18789 – 3ª Câmara – 1ª C.c. – Câmara Superior de Recursos Fiscais. 3ª T, Acórdão nº 40304194 do Processo 103200017059835, Dt 09/11/2004).

Pede o cancelamento do imposto lançado no presente Auto de Infração.

Em razões subsidiárias a defesa postula também o cancelamento da multa lançada conjuntamente com o imposto. Disse que frente ao princípio da verdade material, pelo qual se demonstrou o integral adimplemento tributário e a absoluta ausência de danos ao erário público, a penalidade lançada não se sustenta.

Em outra linha argumentativa, caso não se entenda pela inexigibilidade do imposto, que ao menos há que se reconhecer necessidade de cancelamento (ou pelo menos diminuição) das

multas ora exigidas por força do disposto nos artigos 158 e 159 do Decreto Estadual nº 7.269/1999 (RPAF). Entende que as penalidades lançadas além de implicarem também em flagrante ato confiscatório, em contrariedade ao princípio da capacidade contributiva, o próprio Decreto Estadual nº 7.629/1999 prevê a possibilidade de redução ou cancelamento da multa imposta quando não verificada a falta de recolhimento de tributo e a intenção dolosa do contribuinte, circunstâncias que se amoldam exatamente ao caso em tela.

Afirmou, mais à frente, que o STF (Supremo Tribunal Federal) decidiu que a multa fiscal pode sim ser confiscatória (suplantado antiga discussão de que o confisco diria respeito apenas ao tributo), consoante entendimento firmado nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 2833.106, julgado em 25/11/2014, em decisão proferida pela 1ª Turma daquele Superior Tribunal, na relatoria do Ministro Marco Aurélio.

Assinalou que não há como se defender a razoabilidade das multas exigidas no presente Auto de Infração. Afinal, como mencionado anteriormente, tais multas foram impostas nos absurdos patamares de 100% do valor do tributo, no caso das infrações descritas no tópico “*infração 01 — 02.01.02*”, e em desproporcionais 60%, no caso da infração descrita no item “*Infração 02 — 03.02.02*”.

Sustenta mais uma vez que no caso em exame inexistiu qualquer intenção dolosa por parte do contribuinte uma vez que a autuação fiscal decorreu de mero equívoco na entrega da obrigação acessória da impugnante. E segundo, por não ter existido qualquer prejuízo ao erário público deste fato, pois houve o integral recolhimento dos tributos devidos, conforme demonstrado pelos documentos juntados aos autos.

Requer que seja determinado o cancelamento das multas impostas, ou se assim não se entender, o que se admite por argumentação, devem as multas ao menos serem reduzidas a patamares condizentes com o princípio do não confisco, não superiores a 20%, sob pena de malferimento ao disposto no art. 150, IV, da Constituição da República.

Conclui a peça de defesa formulando os seguintes pedidos:

- a declaração de improcedência do presente auto de infração, com o consequente cancelamento integral de todas as cobranças, principalmente face a absoluta ausência de prejuízo ao erário público e em respeito ao princípio da verdade material.
- em razões subsidiárias, caso assim não se entenda, requer, ao menos, que sejam relevadas multas impostas, nos moldes do que autoriza o Decreto Estadual nº 7.629/1999, ou ainda que, ao menos, caso assim não se entenda, que sejam reduzidas as multas impostas para patamares condizentes com os princípios do não confisco e da razoabilidade.

Prestada a informação fiscal, peça processual juntada às fls. 70-71, datada de 09 de maio de 2019. O informativo fiscal foi prestado por auditor fiscal estranho em razão da aposentadoria do autuante.

No tocante à infração 1, a autoridade fiscal afirmou que são improcedentes os argumentos utilizados pelo contribuinte, tendo em vista que o contribuinte é obrigado a escriturar e efetuar o recolhimento do imposto, nos prazos regulamentares. Salientou que a defesa apenas se preocupou com a multa.

Transcreveu o art. 32 da Lei nº 7.014/96, destacando a forma como deverá ser recolhido o imposto (através da rede bancária) e o art. 332 do RICMS/BA – Decreto nº 13.780/12, que dispõe que o contribuinte tem até o nono dia do mês subsequente para realizar o recolhimento do imposto. Também reproduziu o art. 247, § 1º, que dispõe que a EFD que substituiu a escrituração e a impressão de alguns livros fiscais: Registros de entradas, saídas, Inventário, Apuração do ICMS; Livros Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP e Registro de Controle da Produção e do Estoque.

No que pertine à infração 2, declarou que o contribuinte apenas se manifestou para afirmar que a multa lançada no Auto de Infração é confiscatória.

Pede, ao finalizar a peça informativa, que este CONSEF declare a procedência das duas infrações.

O presente processo foi originalmente distribuído para a Conselheira Teresa Cristina Dias Carvalho, que na assentada de julgamento ocorrida em 16/07/19, converteu o PAF em diligência, para a Inspeção de origem (INFAZ Barreiras), determinando, naquela ocasião, a adoção das seguintes medidas saneadoras do feito, constante do Termo anexado à fl. 76, conforme transcrição abaixo:

Infração 01:

1 – Com base nos valores retificados pelo contribuinte, na Escrituração Fiscal Digital, elaborar demonstrativo da conta corrente fiscal, do mês de janeiro de 2013, observando a existência de saldo inicial, ou seja, o do mês de dezembro de 2012, e verificar se efetivamente há imposto a ser exigido no mês de janeiro de 2013. Este procedimento deve ser estendido para todo o exercício de 2013, verificando inclusive se remanesce o valor exigido de R\$ 15,81, relativo ao mês de setembro/2013.

2 – Anexar os demonstrativos acima ao PAF.

3 – Elaborar novo demonstrativo de débito, caso haja alterações nos valores do ICMS originalmente exigidos.

Infração 02:

1 – Com base na conta corrente elaborada, relativo ao exercício de 2013, verificar se remanesce valor a ser exigido na infração 02, e qual montante.

Auditor Fiscal estranho ao feito, o mesmo que prestou a informação fiscal em substituição ao autuante, procedeu à revisão do feito, elaborando a peça apensada à fl. 80, datada de 05/12/2019.

No que se refere à Infração 01 declarou, que conforme foi solicitado na diligência, elaborou nova apuração do ICMS do mês de janeiro/13 constatando que o débito apurado neste item já se encontrava recolhido pelo contribuinte. O mesmo foi detectado em relação à ocorrência do mês de setembro/13. Anexou a apuração do ICMS do sujeito passivo, envolvendo livros de Entradas e Saídas e a lista geral de recolhimentos do imposto efetuados pela empresa do exercício fiscal de 2013 (docs. fls. 81 a 177). Para a Infração 02, declarou não existir débito para esta ocorrência, vez que no referido período mensal a empresa pagou o ICMS apurado, conforme comprovam os demonstrativos ora anexados no processo. Concluiu, afirmando, que após revisão, constatou a inexistência de débitos a serem cobrados do contribuinte.

Do resultado da diligência o autuado foi sucessivamente intimado pela via postal, conforme comprovam os AR (avisos de recebimento) juntados às fls. 178, 181, 183 e 187, datados, respectivamente de 19/12/19, 16/01/20, 03/02/20 e 14/05/20, todas frustradas, em razão do contribuinte ter mudando de endereço, sem constar a informação do seu novo destino. Em decorrência, foi efetivada a intimação pela via editalícia, através do Edital nº 05/2020, publicado no Diário Oficial do Estado em 10/06/20 (doc. fl. 190).

Através do despacho exarado à fl. 192, firmado em 20/10/20, o PAF foi redistribuído para este Relator em razão da aposentadoria da Conselheira para o qual o feito foi originalmente sorteado.

Em 27/10/20 declarei que este PAF, após prévia avaliação, se encontrava com a fase de instrução conclusa, podendo ser incluído na pauta de julgamento desta 5ª Junta.

VOTO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 27/10/2017, com ciência do contribuinte via DTE (Domicílio Tributário Eletrônico), em 21/11/2017, é composto de duas imputações fiscais, conforme foi detalhadamente exposto no Relatório, parte integrante e inseparável do presente Acórdão. As infrações atribuídas ao contribuinte estão relacionadas à falta de recolhimento do

ICMS, de operações que não foram levadas a registro na escrita fiscal, esta integrante do item 01 do lançamento, e também, o recolhimento a menor do imposto por erro na aplicação das alíquotas, de operações regularmente escrituradas, esta última, compondo o item 02 da peça de lançamento.

Por ocasião da defesa, o contribuinte declarou que as exigências fiscais não devem prosperar, visto que as cobranças resultaram de equívoco na apuração do imposto, por conta do envio pelo mesmo das EFDs (Escrituração Fiscal de Digital), sem a complementação de todas as informações, especialmente o lançamento de notas fiscais de saídas, que compuseram a apuração do imposto do mês de janeiro de 2013, com reflexos inclusive nos demais períodos autuados. A EFD originária foi enviada 26/02/2013, e a EFD retificadora, com a inclusão das operações omitidas, foi protocolada 12/12/2017, após a conclusão da ação fiscal (doc. fl. 32). A defesa invocou neste caso aplicação do princípio da verdade material, para afirmar que um erro no cumprimento de uma obrigação acessória não pode constituir fato gerador do imposto, requerendo, ainda, em razões subsidiárias, caso o primeiro argumento não venha a ser acolhido, a exclusão ou redução da multas de 100% e 60% a patamares não confiscatórios, considerando a inexistência de dolo e ainda a excessividade das cobranças, já declaradas inconstitucionais em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Este processo, quando ainda se encontrava na relatoria da Conselheira Teresa Cristina Dias Carvalho, foi convertido em diligência à Inspeção de origem do feito, em procedimento revisional executado por outro Auditor Fiscal, quando foi constatado, após refazimento de toda a conta corrente fiscal, que os débitos lançados neste Auto de Infração não devem ser mantidos, visto que o contribuinte efetuou os pagamentos dos débitos efetivamente apurados nos meses de janeiro, fevereiro e setembro de 2013, conforme livros de entradas, saídas apuração e correspondentes guias de recolhimento do ICMS juntados aos autos pela própria Auditoria revisora (docs. fls. 81 a 177).

Nesse caso, mesmo que a retificação da escrita fiscal tenha sido efetuada após a conclusão do procedimento de fiscalização, deve prevalecer o princípio da verdade material e as provas documentais que atestam o lançamento escritural das notas fiscais omitidas na primeira declaração empresarial, e os correspondentes pagamentos efetuados à época do vencimento das obrigações tributárias, conforme foi atestado e comprovado pela diligência revisora, já acima referenciada.

As provas relacionadas à correta apuração do imposto e os correspondentes pagamentos efetuados, não se submetem à pena processual de preclusão, visto que podem ser invocadas em qualquer fase do processo, mesmo após o esgotamento da instância administrativa, incluindo aí a etapa de controle da legalidade, a cargo da Procuradoria do Estado, antes da inscrição do débito na Dívida Ativa, ou até mesmo na fase judicial, por ocasião dos embargos a execução da dívida tributária ou como exceção de pré-executividade.

Portanto, face às evidências probatórias apresentadas por ocasião da revisão do feito, julgo IMPROCEDENTE as quantias exigidas a título de ICMS, constantes das Infrações 01 e 02.

No tocante às multas pecuniárias, nos percentuais de 100% e 60%, respectivamente, considerando se tratar de parcelas decorrentes da cobrança do imposto lançado, cujos valores foram provados serem indevidos, a decisão deste colegiado deve ser no sentido da exclusão das penalidades, considerando que o acessório ou as parcelas derivadas da exigência do tributo, não sobrevivem se provada a inexistência da obrigação tributária principal. Portanto, sob fundamento diverso do apresentado pelo contribuinte, julgo também IMPROCEDENTE as multas pecuniárias de 100% e 60% lançadas no presente Auto de Infração.

Ainda assim, é importante ressaltar que as alegações defensivas quanto à inconstitucionalidade ou mesmo ilegalidade das multas, por violação ao princípio do não confisco, não poderiam ser apreciadas por este órgão de julgamento administrativo, caso essas parcelas remanescessem na autuação. Por disposição expressa da legislação processual é vedado aos órgãos de julgamento

administrativo decretar a inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas postas no ordenamento jurídico tributário. Nesse sentido, as disposições do art. 167, incisos II e III, do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), de maneira que essa questão somente poderia ser apreciada pelo Poder Judiciário, através do manejo, pelo contribuinte, de ações previstas no Código de Processo Civil (CPC). Dessa forma, os pedidos de exclusão ou de adequação das penalidades, com base nos argumentos sustentados pela defesa, não poderiam ser acolhidos na seara administrativa.

Isto posto, nosso voto é pela IMPROCEDÊNCIA “*in totum*” do Auto de Infração, no que se refere à cobrança do imposto (obrigação principal), e das multas lançadas com tributo, mas em relação às penalidades sob fundamentos de fato e de direito diversos dos expostos na inicial defensiva.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269189.0011/17-9**, lavrado contra **SETE SEG COMÉRCIO E CONFECÇÃO DE MATERIAIS DE SEGURANÇA LTDA. - EPP**.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2020.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – JULGADOR