

PROCESSO - A. I. Nº 206903.0001/17-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e WBR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VESTUÁRIO LTDA.
RECORRIDOS - WBR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VESTUÁRIO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0066-05/18
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 1º/12/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0305-12/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS PARA O ATIVO FIXO E/OU MATERIAIS DE CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo e/ou ativo permanente do estabelecimento. Em sede de informação fiscal, a autuante confirma a inexistência da infração. Infração improcedente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Comprovado que as mercadorias tiveram tributação no momento das saídas das mercadorias, descabe o lançamento do imposto. Infrações insubsistentes. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Infração reconhecida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Negado o pedido de realização de diligência/perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário. O Recurso de Ofício foi interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, em face da exarada decisão, através do Acórdão JJF nº 0066-05/18, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 06 de fevereiro de 2017, que exigia ICMS no valor histórico de R\$153.087,38, além de multa de 60%, bem como multa pelo descumprimento de obrigação acessória, em razão da julgada improcedência das infrações 01, 02 e 03. Em seguida, a empresa interpôs Recurso Voluntário, em decorrência da manutenção da infração 04, pela decisão de Primo Grau. A seguir a descrição das quatro infrações:

INFRAÇÃO 1. 06.05.01. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Monta o débito apurado R\$6.208,00, para fatos ocorridos em janeiro, fevereiro, maio, julho a outubro e dezembro de 2014 e janeiro, março, a julho, setembro a novembro de 2015.

INFRAÇÃO 2. 07.01.01. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior, no total de R\$103.204,72, para ocorrências no período de outubro a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014 e janeiro a março de 2015.

INFRAÇÃO 3. 07.01.02. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou do exterior, no valor de R\$5.508,66, correspondente a ocorrências em maio, julho, setembro e outubro de 2015.

INFRAÇÃO 4. 07.15.05. Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de outubro a dezembro de 2013, com valor de R\$38.166,00.

Em sede de defesa, a empresa autuada apresentou peça impugnatória, fls. 29 a 63. Na qual contestou exaustivamente as infrações 01, 02 e 03, e em relação a infração 04 requereu que fosse reconhecido o pagamento do débito integral constante dela com a declaração de sua extinção nos termos do artigo 156, I do CTN. Solicitou também a realização de diligência/perícia.

O autuante apresentou Informação Fiscal às fls. 988 a 991. Reafirmou o trabalho executado e solicitou que fossem julgadas improcedentes as infrações 01, 02 e 03, e procedente a infração 04.

O sujeito passivo voltou a se manifestar à fl. 997. Reiterou todos os termos apresentados em sua defesa inicial. Ao final protestou pela realização de sustentação oral.

O autuante também voltou a se manifestar, à fl. 1.017, na qual ratificou a informação fiscal anteriormente prestada.

Constam às fls. 993 a 995 informações relativas ao recolhimento efetuado pela empresa autuada.

Isto posto, o presente Processo Administrativo Fiscal foi encaminhado para a 5ª Junta de Julgamento Fiscal. A 5ª JJF exarou decisão pela Procedência em Parte da autuação, no valor de R\$38.166,00, prevista no art. 42, II, "d" da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores reconhecidos e recolhidos pelo contribuinte, nos termos a seguir transcritos:

O lançamento constitui-se em quatro infrações arroladas pela fiscalização e da sua análise verifico que atende aos requisitos legais, estando presentes todos os requisitos exigidos na norma para a sua validade.

Observe que a empresa autuada tomou conhecimento do mesmo 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 existem questões preliminares a serem enfrentadas, especialmente a de que o lançamento tributário seria nulo por cerceamento de defesa, diante da alegada falta de demonstrativos analíticos ou sintéticos que embasassem o lançamento.

Da verificação dos elementos constantes nos autos observo que ao contrário da alegação defensiva, não somente os demonstrativos sintéticos, como de igual forma os analíticos não somente foram elaborados pela autuante, como igualmente entregues ao sujeito passivo juntamente com todos os demais elementos necessários para a sua plena e completa defesa, não se podendo falar em qualquer cerceamento ou impedimento em tal exercício.

A mídia encartada à fl. 22 contém todos os demonstrativos analíticos e sintéticos que serviram de base para a autuação, devidamente entregues ao sujeito passivo como comprova o recibo de fl. 21, tanto assim que a defesa apontou de forma explícita, equívocos que ao seu entender teriam sido cometidos pela autuante.

Assim por exemplo, para a infração relativa à antecipação parcial recolhida a menor ou não recolhida, foi confeccionado demonstrativo sintético, impresso e colacionado aos autos à fl. 20, bem como demonstrativo analítico, importando em 194 folhas, no qual estão presentes as colunas data, mês, número da nota fiscal, chave da NF-e, ident. EFD, CNPJ do emitente, unidade da federação, número do item, código do item, NCM, descrição do item, CFOP, valor líquido do item, valor do IPI, despesas acessórias, base de cálculo, percentual de redução de base de cálculo, base de cálculo reduzida, alíquota, ICMS debitado, crédito fiscal e ICMS a debitar.

Para a infração relativa à substituição tributária do ano de 2013, impresso o demonstrativo sintético na fl. 17 dos autos, da mesma maneira foi elaborado pela autuante demonstrativo analítico de trinta folhas, no qual se indicou data, mês, número da nota fiscal, chave da NF-e, ident. EFD, CNPJ do emitente, unidade da federação, número do item, código do item, NCM, descrição do item, CFOP, valor líquido do item, valor do IPI, despesas acessórias, base de cálculo, percentual de redução de base de cálculo, base de cálculo reduzida, alíquota, ICMS debitado, crédito fiscal e ICMS a antecipar.

O mesmo ocorre para os demais períodos autuados e infrações, inclusive repito, a própria defesa se aproveitou dos mesmos para tentar demonstrar erros que teriam sido cometidos na autuação.

Logo, não posso acolher tal argumento, refutando o mesmo.

Em relação ao pedido de diligência e perícia formulado pela defesa, da mesma forma não posso acolher, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, uma vez que os elementos constantes no processo são suficientes para a formação de sua convicção.

O entendimento doutrinário, inclusive, é o de que o deferimento de diligência ou perícia deve obedecer a uma série de requisitos, contidos na norma legal. Todavia, o não atendimento desses requisitos é causa de desconsideração do pedido sem que isso signifique cerceamento do direito de defesa.

Ainda que atendidos todos os requisitos para a sua concessão, caso a autoridade julgadora entender que o pedido é prescindível, deverá fundamentar o indeferimento sob pena de nulidade da decisão por cerceamento do direito de defesa. Como decorrência do princípio da livre convicção, as diligências ou perícias também podem ser requeridas de ofício pela autoridade julgadora, quando as entender necessárias, conforme autorização normativa, o que, contudo, não se afigura no presente caso.

Diante de tais considerações, impende dizer-se que ainda obedecendo aos requisitos legais, o pedido submete-se unicamente à decisão dos julgadores, conforme reza a legislação em vigor, não sendo, de igual forma, motivo para a solicitação de ofício, ficando o atendimento ou não do pedido submetido ao entendimento unicamente dos julgadores.

Ressalto que a diligência, mais do que qualquer coisa, é prerrogativa dos julgadores, diante do seu entendimento, ou da necessidade de coligir ao feito elementos que aclarem a discussão da lide, o que não é o caso do presente feito.

Ademais, não observou a autuada o teor do artigo 145 do RPAF/99, o qual determina que o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá no pedido fundamentar a sua necessidade, o que em momento algum conseguiu figurar na defesa.

Digno de registro é o fato da jurisprudência se posicionar no sentido de inexistência de cerceamento de defesa ante a negativa de tal pedido, a exemplo da decisão abaixo transcrita, oriunda do STJ (grifos do Relator):

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 1º, § 2º, DA LEI N. 6.899/81. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ E 282/STF. PERÍCIA COMPLEMENTAR. NEGATIVA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LIVRE CONVENCIMENTO DO JULGADOR. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. SÚMULA N.7/STJ.

1. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo.

2. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC.

3. Não implica cerceamento de defesa a negativa de realização de perícia complementar quando o julgador a quo, com base no livre convencimento motivado, foi suficientemente convencido pelas conclusões a que chegou o perito. A revisão desse entendimento demanda o reexame do conjunto fático probatório dos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos da Súmula n. 7 do STJ.

4. Agravo regimental desprovido.

Processo: AgRg no AREsp 314656 SP 2013/0074424-1
Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
Julgamento: 12/05/2015
Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA
Publicação: DJe 18/05/2015”

No mérito, a infração 4 não foi contestada pelo sujeito passivo, motivo pelo qual se encontra fora da lide e tida como procedente.

Quanto às demais infrações, a de número 1 é relativa ao diferencial de alíquota para aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo uso e/ou consumo, sendo a tese defensiva a de inexistência de qualquer débito, tendo apontado equívocos que teriam sido cometidos pela autuante, a qual confirma a existência de erros oriundos do sistema utilizado e pede a improcedência da mesma.

Com efeito, da análise das notas fiscais colacionadas pela autuada às fls. 146 a 224v, se constata que efetivamente as mesmas são relativas a tais materiais, por contarem com produtos como grampeador, tesoura, saco para lixo, papel A-4, sacola, açúcar, guardanapo, caneta, cartões de apresentação, extratos de grampo, todos recebidos em transferências interestaduais.

Observando as planilhas elaboradas pela autuante, verifico que as mesmas contêm incorreções, tal como aventado na defesa. Como exemplo, menciono a Nota Fiscal nº 45643, de 30 de janeiro de 2014, emitida no Estado de São Paulo, a qual possui como valor para os “cartões impressos papel color plus 240g”, R\$1.533,00. Sendo a tributação considerada na origem de 7% e a alíquota interna de 17%, o diferencial seria de 10%, o que resultaria em valor devido de R\$153,30, ao invés de R\$260,61 indicado.

Da mesma maneira, posso mencionar o produto “suporte ferros” constante na Nota Fiscal nº 50.135, emitida em 30 de abril de 2014 com valor de R\$19.750,00, por contribuinte do Estado de São Paulo. Nesta hipótese, o diferencial de 10% equivaleria a R\$1.975,00, ao invés de R\$3.357,50 apontado.

Conforme justificativa da autuante, isso ocorreu por erro no sistema utilizado, que considerou a alíquota de 17% ao invés de 10%, levando a tais discrepâncias que seriam sanáveis através de ajustes nos valores. Todavia, constatada a inexistência de diferenças, consoante informação fiscal, a própria autuante entende ser impropriedade a infração.

Entretanto, diante dos erros constatados no lançamento, inclusive quanto a valores apurados, a infração é nula, diante do fato de se enquadrar no artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, segundo a qual é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator, o que levaria, a princípio, à nulidade da infração.

Todavia, a própria autuante confirma a inexistência de débito relativo à infração, o que me faz aplicar a regra estatuída no artigo 155, parágrafo único do RPAF/99, segundo o qual “quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”, razão pela qual julgo a infração impropriedade.

Quanto às infrações 2 e 3 analisadas conjuntamente pela defesa, a qual se por um lado confirma não ter efetuado o recolhimento dos produtos sujeitos à substituição tributária (calçados) pelas entradas dos mesmos, por outro lado, consoante elementos probantes trazidos ao feito, garante ter tributado os mesmos pelas saídas, a se verificar nos dados acostados à impugnação.

Fato incontestável é o não recolhimento do imposto devido por substituição tributária total de diversas aquisições de calçados, conforme devidamente apontados nos demonstrativos elencados na mídia apensa ao lançamento. Da mesma forma, à vista dos documentos e registros trazidos juntamente à defesa, também tais produtos foram tributados quando do momento das saídas dos mesmos, sendo dado tratamento de mercadorias com tributação normal, o que não seria o caso.

A autuante quando da informação fiscal, acolhe os argumentos da defesa e entende tal como na infração anterior serem as mesmas impropriedades, informando ter solicitado a emissão de nova Ordem de Serviço para lançamento da multa respectiva.

Neste caso específico, diante da comprovação de que embora não recolhido tempestivamente na entrada, o imposto relativo à substituição tributária foi pago quando das saídas das mercadorias, as infrações são impropriedades, embora respeitado o prazo decadencial, possam as multas correspondentes a tal conduta ser lançadas em novo lançamento tributário, o que deverá ocorrer através da Inspetoria à qual o sujeito passivo está subordinado.

No tocante à alegação de confiscatoriedade da multa, sua desproporcionalidade e razoabilidade diante dos percentuais aplicados, observo que dentre os princípios vigentes no processo administrativo, um deles, dentre os de maior importância é o da legalidade, o qual tem a sua gênese na Constituição Federal, artigo 5º, inciso II, ao dispor que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Esse princípio tem forte ligação com o próprio Estado de Direito, uma vez que nele é assegurado o “império da lei” ou “jus imperium”.

No campo tributário, este princípio encontra-se devidamente explícito no artigo 150, inciso I da Carta Magna, ao dispor que “nenhum tributo pode ser criado, aumentado, reduzido ou extinto sem que seja por lei”. Desse comando, depreende-se que aos Estados compete instituir e normatizar os tributos estaduais. Dessa forma, somente a lei poderá diminuir e isentar tributos, parcelar e perdoar débitos tributários, criar obrigações acessórias, sendo necessário que haja competência do ente para que seja válida sua criação, competência essa descrita no próprio corpo do texto constitucional.

O professor Roque Antônio Carrazza em seu livro Princípios Constitucionais Tributários. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, ensina que “O princípio da legalidade garante, decisivamente, a segurança das pessoas, diante da tributação. De fato, de pouco valeria a Constituição proteger a propriedade privada (arts. 5º, XXII, e 170, II) se inexistisse a garantia cabal e solene de que os tributos não seriam fixados ou alterados pelo Poder Executivo, mas só pela lei”.

E por tais razões, cabe a todos a estrita obediência à norma legal, dentro dos parâmetros e limites estabelecidos na Constituição Federal, a qual inclusive determina que os conflitos sejam mediados e decididos pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, existe todo um conjunto legal, o qual segue regramento específico para a edição e cumprimento das normas, as quais se aplicam indiferentemente a todos, independente de qualquer critério. Assim, dentro de cada competência, os entes federativos constroem as normas que hão de vigorar relativamente àqueles tributos que lhes cabem. E assim o fez o Estado da Bahia, ao promulgar a Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que disciplinou nos artigos 46 e 47, as penalidades à infração da legislação do ICMS.

Com a edição da Lei nº 7.014/96, a qual adequou a legislação estadual aos ditames da Lei Complementar nº 87/96, no seu artigo 40 e seguintes conceitua, tipifica e determina as regras e percentuais de penalidades a serem aplicadas diante da constatação de descumprimento de obrigação tributária, bem como os percentuais de redução das mesmas e as condições necessárias para tal.

O funcionário fiscal, no momento do lançamento tributário, deve, pois, em atenção às normas legais vigentes, aplicar os percentuais previstos para cada uma das infrações verificadas em nome não somente do princípio da legalidade, como igualmente do princípio da segurança jurídica, não estando a sua aplicação sujeita à discricionariedade, senão da Lei.

Por fim, para sepultar qualquer discussão a respeito, menciono decisão do STF através da sua 1ª Turma, ao analisar o AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 833.106 GOIÁS, assim decidiu:

“TRIBUTÁRIO – MULTA – VALOR SUPERIOR AO DO TRIBUTO – CONFISCO – ARTIGO 150, INCISO IV, DA CARTA DA REPÚBLICA.

Surge inconstitucional multa cujo valor é superior ao do tributo devido.

Precedentes: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ – Pleno, relator ministro Ilmar Galvão – e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP – Pleno, relator ministro Gilmar Mendes, Repercussão Geral”.

Em tal decisão, o Relator, Ministro Marco Aurélio Melo, assim se manifestou:

“A decisão impugnada está em desarmonia com a jurisprudência do Supremo. O entendimento do Tribunal é no sentido da invalidade da imposição de multa que ultrapasse o valor do próprio tributo – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551/RJ, relator ministro Ilmar Galvão, Diário da Justiça de 14 de fevereiro de 2003, e Recurso Extraordinário nº 582.461/SP, relator ministro Gilmar Mendes, julgado sob o ângulo da repercussão geral em 18 de maio de 2011, Diário da Justiça de 18 de agosto de 2011.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para, reformando o acórdão recorrido, assentar a inconstitucionalidade da cobrança de multa tributária em percentual superior a 100%, devendo ser refeitos os cálculos, com a exclusão da penalidade excedente, a fim de dar sequência às execuções fiscais”.

Esclareço que a multa aplicada na presente autuação foi de 60%, ou seja, não houve penalidade em valor maior do que o devido a título de imposto.

Da mesma forma, não posso acolher a solicitação de redução ou afastamento da multa imposta na autuação, em atenção ao artigo 158 do RPAF/99, pelo qual somente é possível a redução ou afastamento em infrações que importem em descumprimento de obrigação acessória, o que não é o caso presente, uma vez que as multas das infrações 1, 2 e 3 se referem ao descumprimento de obrigação principal, e a infração 4 foi reconhecida e recolhida pelo sujeito passivo.

Não posso igualmente atender ao pleito da empresa autuada para a reabertura de prazo para usufruto da redução dos percentuais de multa, tendo em vista a própria redação do artigo 45 da Lei nº 7.014/96, na redação contida pela Lei nº 13.816, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, produzindo efeitos a partir de 22/12/17:

“Art. 45. O valor das multas previstas nos incisos II, III e VII e na alínea “a” do inciso V do caput do art. 42 desta Lei, será reduzido de:

I - 70% (setenta por cento), se for pago antes do encerramento do prazo para impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal;

(...)

§ 1º A redução do valor da multa será de 90% (noventa por cento) se, antes do encerramento do prazo para impugnação, o pagamento ocorrer de forma integral”.

Como visto, a redução dos percentuais de multa está vinculada a prazos processuais, os quais já se encontram ultrapassados, vez que no caso do inciso I e do § 1º, a apresentação da peça defensiva encerra a possibilidade de usufruto de tal prazo, não cabendo ou podendo o julgador determinar a sua reabertura, neste momento processual.

Todavia, permanece a possibilidade de redução da multa estipulada no inciso II do mesmo artigo 45 da Lei nº 7.014/96:

“II - 35% (trinta e cinco por cento), se for pago antes da inscrição em dívida ativa”.

Desta maneira, a qualquer momento processual antes da inscrição do débito na dívida ativa, tem o contribuinte o direito à redução da multa no percentual estipulado na norma legal.

Em relação aos argumentos relativos à constitucionalidade, há de se aplicar a regra estatuída no artigo 167, inciso I do RPAF/99, o qual determina que não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, motivo pelo qual me abstenho de qualquer outro comentário.

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 alterou o Código Tributário do Estado da Bahia no seu artigo 127-D.

Desta forma, 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.

Pelos argumentos expostos, julgo o lançamento PROCEDENTE EM PARTE, diante da improcedência das infrações 1, 2 e 3, e procedência da infração 4.

Em face da decisão de piso pela improcedência das infrações 01, 02 e 03, mantendo apenas a infração 04, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual interpôs Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, de 17/08/18, com efeitos a partir de 18/08/18.

Após a decisão da 5ª JJF, a empresa autuada, inconformada com a mesma, interpôs Recurso Voluntário, através de seus patronos Mônica Ferraz Ivamoto, OAB/SP nº 154.657 e Fernando Bittencourt, OAB/SP nº 362.590, de forma tempestiva, para combater a infração 04, para requerer o que se segue, em apertada síntese:

A empresa recorrente, de logo, fez um breve relato dos fatos, inclusive colacionando a Resolução da Colenda 5ª JJF.

Em seguida, chamou atenção para o fato de que em relação ao cobrado na infração 04 já havia sido recolhido os valores com as reduções aplicáveis, ainda em sede de impugnação, conforme o documento 02 anexado ao presente Processo Administrativo Fiscal.

Nesse sentido, arguiu que a própria Autoridade Fiscal reconheceu o recolhimento dos valores relativos à infração 04. Assim sendo, requereu a reforma da decisão contida no Acórdão JJF nº 0066-05/18, de modo a constar o reconhecimento do pagamento da multa no valor original de R\$ 38.166,00 referente a referida infração com a devida redução percentual.

E, caso esse não seja o entendimento, requereu o recebimento do Recurso Voluntário, como outra peça cabível, ou modalidade de recurso adequada, por conta do princípio da fungibilidade recursal.

Assim sendo, uma vez relatado o teor básico da peça recursal, passo apreciar os Recursos de Ofício e Voluntário interpostos para exarar o seguinte voto, com base nas alegações recursais, nos documentos e na legislação aplicável.

Registra-se a presença na sessão de julgamento do advogado do Autuado que efetuou a sustentação oral, Sr. João Antonio Hayar Fuscilla – OAB/SP nº 407.598.

VOTO

Da análise do Recurso de Ofício, conforme impõe o art.169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, resultante do julgamento pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, que exige ICMS e multa de caráter acessório, tendo em vista a constatação de 04 irregularidades frente à legislação tributária deste Estado, das quais, as infrações 01, 02 e 03 foram objeto do referido Recurso.

A infração 01 diz respeito à falta de recolhimento do ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento.

A tese de defesa, como relatado, é a de inexistência de qualquer débito, tendo apontado equívocos que teriam sido cometidos pela autuante.

Por seu turno, esta confirmou a existência de erros oriundos do sistema SIAF - Sistema Integrado de Auditoria Fiscal, que realizou cálculo divergente no “Demonstrativo de cálculo”, além de não reduzir a alíquota estadual à interestadual. Em vista destes erros, solicitou a improcedência da autuação.

Tais erros, foram igualmente constatados pela 5ª JJF, como transcrito no presente Acórdão.

Em assim sendo, somente posso concordar com o entendimento externado pela decisão de primeiro grau, de que a princípio, os erros constatados levariam a nulidade da presente infração, posto que se enquadram no art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/99, segundo a qual, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Entretanto, como a própria autuante confirma a inexistência de débito relativo a esta infração, correta a decisão da 5ª JJF, em aplicar a regra estatuída no artigo 155, parágrafo único do RPAF/99, segundo o qual *“quando houver possibilidade de se decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta”*.

Assim, meu voto é pela manutenção da decisão recorrida, que julgou improcedente a infração 01 do presente Auto de Infração.

As infrações 02 e 03 tratam da falta de recolhimento (infração 02), e recolhimento a menor (infração 03), do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação.

A empresa, em síntese, afirmou como preliminar de nulidade destas infrações, que a fiscalização não apresentou qualquer informação sobre os métodos, critérios e fórmulas com base nos quais o suposto crédito tributário exigido foi constituído, restando totalmente impossibilitada de constatar os critérios adotados no cálculo do imposto supostamente devido. Esta preliminar foi rebatida tanto pela autoridade de fiscalização, como pela 5ª JJF, que a analisou corretamente, de forma minuciosa e precisa.

No mérito, a empresa provou e demonstrou que o imposto ora exigido havia sido recolhido quando das saídas das mercadorias, fato este analisado e aceito pela autuante, o que a levou a afirmar, que este foro administrativo deveria julgá-las improcedentes. Informou ainda, que solicitaria nova Ordem de Serviço para exigir a multa insculpida no § 1º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

A 5ª JJF acatou o entendimento da autuante, de que tais infrações eram improcedentes, e que *embora respeitado o prazo decadencial, possam as multas correspondentes a tal conduta ser lançadas em novo lançamento tributário, o que deverá ocorrer através da Inspeção à qual o sujeito passivo está subordinado*.

Neste sentido, peço vênha para discordar da n. JJF.

O art. 42, da Lei nº 7.014/96 dispõe:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

....

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;”;

.....

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

Foi esta a situação constatada e provada nos autos a respeito destas infrações, inexistindo qualquer discordância das partes envolvidas nesta lide. Precisamente, o que se constatou foi o cometimento de uma infração considerada como uma obrigação acessória, vinculada a uma obrigação principal.

Neste específico caso, este foro administrativo, ao contrário do entendimento externado pela 5ª JJF, tem a prerrogativa de exigir neste Auto de Infração, a multa pela irregularidade cometida, conforme dispõe o art. 157 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/1999), a seguir transcrito:

Art. 157. 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, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente.

Em assim sendo, em que pese a observância a norma legal deste Estado, a decisão da 5ª JJF deveria ser modificada, para julgar procedente em parte as infrações 02 e 03, sendo exigida a multa de 60% sobre o imposto não recolhido tempestivamente, conforme comprovadamente realizado. Todavia, a multa instituída no referido dispositivo já fora objeto de outro lançamento no Auto de Infração nº 2069030011173, do dia 28/11/2017, tendo a mesma sido devidamente paga pela empresa.

Quanto à peça recursal, a mesma cinge-se a protestar contra a cobrança relativa à infração 04, pela Coordenação Administrativa do CONSEF, acostada à fl. 1046. Vale ressaltar, que o contribuinte registrou o pagamento da infração 04 com a devida redução de 90%, à luz da legislação. A própria JJF reconheceu no voto exarado: “(...) e a infração 4 foi reconhecida e recolhida pelo sujeito passivo(...)”.

Portanto, o Recurso Voluntário restou Prejudicado, uma vez que a empresa recorrente pagou o valor devido da infração 04, se valendo da redução da multa em 90%, prevista legalmente nos termos do art. 45-B da Lei nº 7.014/96.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, restando PREJUDICADO o Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206903.0001/17-8**, lavrado contra **WBR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VESTUÁRIO LTDA.**, no valor de **R\$38.166,00**, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores reconhecidos e recolhidos, cientificado o recorrente desta Decisão, e posteriormente, encaminhar os autos ao setor competente para o devido arquivamento.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS