

PROCESSO - A. I. Nº 298932.0011/20-8
RECORRENTE - CIL - COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0063-05/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/03/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0005-11/22-VD

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte reconhece que houve recolhimento a menor do ICMS ST por antecipação, quando da entrada de mercadorias relacionadas a telefonia celular em seu estabelecimento. Não comprovada a alegação defensiva de que o montante do imposto não recolhido fora pago na saída das mercadorias. Verificado que as mercadorias objeto da autuação não foram tributadas quando das respectivas operações de saídas. Não há nos autos documentos e/ou elementos fático-probatórios, capazes de obliterar a imputação fiscal. Não elidida a presunção de legitimidade do lançamento de ofício prevista no Art. 143 do RPAF/BA, (Decreto nº 7.629/99). Infração 01 totalmente subsistente. NULIDADE: não acolhida a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário impetrado pela autuada, em virtude da decisão proferida pela 5ª JF que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 08.06.20, ciente em 03.07.20, no valor original de R\$ 2.345.053,52, pelo cometimento da seguinte infração:

Infração 01 - 07.01.02

Efetou 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.

Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro, de 2018; e janeiro a agosto e outubro a dezembro, de 2019. Multa de 60% prevista no Art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Consta como complemento:

Conforme consta nas planilhas: Demonstrativo do ICMS Devido por Antecipação Total - Exercícios 2018 e 2019, em anexo”.

Analisando o Auto de Infração objeto deste processo, a defesa apresentada pela autuada, protocolada em 15.09.20, fls. 34 a 48, a Informação Fiscal prestada pelas autuantes, protocolada em 09.02.21, fls. 53 a 58 e a Manifestação apresentada pela autuada, protocolada em 19.03.21, fls. 78 a 92, em sessão do dia 18.05.21, através o Acórdão JF nº 0063-05/21, fls. 87 a 94, assim decidiu a 5ª JF:

O Auto de Infração em lide, totalizou o valor histórico principal de R\$2.345.053,52 (dois milhões, trezentos e quarenta e cinco mil, cinquenta e três reais e cinquenta e dois centavos), e é composto de 01 (uma) Infração, detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Preliminarmente, registro que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo, são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

(...)”

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, ao efetuar o lançamento do crédito tributário:

“CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)”

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

(...)”

Na peça impugnatória, o autuado suscita a nulidade da autuação por vício material, arguindo que sua existência prejudica a certeza, liquidez e exigibilidade do crédito tributário, contraria o princípio da legalidade e dificulta a ampla defesa, pois as autuantes: (i) limitaram-se a alegar o recolhimento a menor do ICMS ST por antecipação, sem considerar o recolhimento do ICMS realizado quando da revenda das mercadorias e o crédito que o mesmo faria jus caso recolhesse antecipadamente; e (ii) não forneceram as provas necessárias e essenciais para comprovar que o recolhimento a menor realizado pelo contribuinte causou, de fato, prejuízo ao fisco ou mesmo que não feriria o princípio da não-cumulatividade que é inerente ao ICMS.

Compulsando os autos, verifico que, ao contrário do que afirma a defesa, a infração em combate foi apurada mediante os demonstrativos acostados às fls. 23 a 28, os quais, também se encontram encartados na mídia de CD (fl. 29), demonstrativos estes que contemplam todos os elementos que fundamentam a acusação fiscal, e possibilitaram ao contribuinte o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório. Que, combinados com as NFs (fls. 59 a 71) juntadas ao informativo fiscal de fls. 53 a 58, compõem um conjunto de elementos fático-probatórios capaz de dar supedâneo à imputação fiscal. E que o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal (fls. 53 a 58) e sobre esta se manifestou às fls. 78/79. Passíveis, portanto, de análise de mérito na fase de julgamento do lançamento em lide. Não acolho a nulidade suscitada.

Destarte, após análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico que: (i) o lançamento de ofício foi efetuado por autoridade competente para fazê-lo; (ii) a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível; (iii) foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; (iv) foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e (v) não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o crédito tributário exigido e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Portanto, este está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do Art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Passo então a julgar o mérito da acusação fiscal.

No que tange ao mérito da autuação, referente à Infração 01, que versa sobre 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 ...”, constato que os argumentos trazidos pela defendente são os mesmos que embasaram a nulidade por ele suscitada e já enfrentada linhas acima, e se resumem a afirmações de que, as autuantes: (i) se limitaram a alegar o recolhimento a menor do ICMS ST por antecipação, sem considerar o recolhimento do ICMS realizado quando da revenda das mercadorias, e o crédito

que o mesmo faria jus caso recolhesse antecipadamente; e (ii) não forneceram as provas necessárias e essenciais para comprovar que o recolhimento a menor realizado pelo contribuinte causou, de fato, prejuízo ao fisco ou mesmo que não feriria o princípio da não-cumulatividade que é inerente ao ICMS.

No tocante ao argumento da “não consideração do recolhimento do ICMS realizado quando da revenda das mercadorias”, vejo que a afirmação contida na peça defensiva, de que “... o montante supostamente não recolhido foi pago na saída das mercadorias, sob o código de receita nº 1006 ...”, (fl. 36), não se sustenta, vez que, conforme dados registrados no sistema INC – Sistema de Informação do Contribuinte, da SEFAZ/BA, conforme verificado por esta Relatoria, os montantes totais relativos a este código de receita, nos exercícios de 2018 e 2019, perfazem, respectivamente, os valores de R\$33.466,67 e R\$175.796,84, enquanto os valores apurados na ação fiscal perfazem os montantes de R\$1.749.075,62 (2018) e R\$595.977,90 (2019), portanto, valores muito superiores aos efetivamente recolhidos e classificados no mencionado código de receita (vide comparativo abaixo). Ademais, observo que o autuado apenas argumenta sem, contudo, apontar, mesmo que exemplificativamente, uma única ocorrência no caso concreto. Tais fatos, fragilizam sobremaneira a argumentação defensiva, a qual não acolho:

ANO	COD.RECEITA 1145	COD.RECEITA 1006	TOTAL	A.I.
2018				
JAN	R\$ 32.099,36	R\$ -	R\$ 32.099,36	R\$ 287.733,10
FEV	R\$ 54.942,81	R\$ -	R\$ 54.942,81	R\$ 47.515,81
MAR	R\$ 34.106,59	R\$ -	R\$ 34.106,59	R\$ 101.419,79
ABR	R\$ 84.237,94	R\$ -	R\$ 84.237,94	R\$ 90.653,53
MAI	R\$ 37.343,60	R\$ -	R\$ 37.343,60	R\$ 26.886,58
JUN	R\$ 40.257,98	R\$ -	R\$ 40.257,98	R\$ 218.004,32
JUL	R\$ 64.815,00	R\$ -	R\$ 64.815,00	R\$ 132.874,35
AGO	R\$ 12.951,31	R\$ -	R\$ 12.951,31	R\$ 73.067,60
SET	R\$ 88.641,87	R\$ -	R\$ 88.641,87	R\$ 11.632,37
OUT	R\$ 95.118,08	R\$ -	R\$ 95.118,08	R\$ 250.929,06
NOV	R\$ 80.929,85	R\$ 10.411,12	R\$ 91.340,97	R\$ 306.374,19
DEZ	R\$ 129.768,28	R\$ 23.055,55	R\$ 152.823,83	R\$ 201.984,92
TOTAL	R\$ 755.212,67	R\$ 33.466,67	R\$ 788.679,34	R\$ 1.749.075,62
2019				
JAN	R\$ 102.604,85	R\$ 19.841,60	R\$ 122.446,45	R\$ 189.681,60
FEV	R\$ 124.538,41	R\$ 23.832,54	R\$ 148.370,95	R\$ 49.510,93
MAR	R\$ 71.812,98	R\$ 12.627,53	R\$ 84.440,51	R\$ 40.562,97
ABR	R\$ 59.976,56	R\$ 14.406,07	R\$ 74.382,63	R\$ 0,64
MAI	R\$ 51.635,83	R\$ -	R\$ 51.635,83	R\$ 421,56
JUN	R\$ 115.671,01	R\$ 12.707,32	R\$ 128.378,33	R\$ 65,60
JUL	R\$ 205.486,31	R\$ 17.409,28	R\$ 222.895,59	R\$ 128,01
AGO	R\$ 26.312,91	R\$ 13.950,08	R\$ 40.262,99	R\$ 130.521,09
SET	R\$ 116.675,33	R\$ 18.196,17	R\$ 134.871,50	R\$ -
OUT	R\$ 99.909,62	R\$ 13.957,24	R\$ 113.866,86	R\$ 421,13
NOV	R\$ 151.882,66	R\$ 15.518,83	R\$ 167.401,49	R\$ 84.664,18
DEZ	R\$ 177.896,00	R\$ 13.350,18	R\$ 191.246,18	R\$ 100.000,19
TOTAL	R\$ 1.304.402,47	R\$ 175.796,84	R\$ 1.480.199,31	R\$ 595.977,90
TOTAL GERAL	R\$ 2.059.615,14	R\$ 209.263,51	R\$ 2.268.878,65	R\$ 2.345.053,52

No que concerne ao segundo ponto defensivo, de que não haveria nos autos “...as provas necessárias e essenciais para comprovar que o recolhimento a menor realizado pelo contribuinte causou, de fato, prejuízo ao fisco ou mesmo que não feriria o princípio da não-cumulatividade que é inerente ao ICMS ...”, entendo que os demonstrativos acostados às fls. 23 a 28, os quais também se encontram encartados na mídia de CD (fl. 29), demonstrativos estes que contemplam todos os elementos que fundamentam a acusação fiscal, inclusive os valores de ICMS pagos e devidamente abatidos, conforme documento de fls. 23, e as NFs (fls. 59 a 71), as quais se encontram registradas nos Registro de Saídas (EFD) do contribuinte, nos CFOPs: (i) 5.405 (Venda de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, na condição de contribuinte substituído); e (ii) 5.409 (Transferência de mercadoria adquirida ou recebida de terceiros em operação com mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária), sem destaque de ICMS, próprio e/ou ST, conforme exemplo abaixo consignado, comprovam, desenganadamente, que as mercadorias objetos da autuação não foram tributadas quando das respectivas operações de saídas. Razão defensiva também não acolhida:

“(...)

REGISTROS FISCAIS DOS DOCUMENTOS DE SAÍDAS DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS													
CONTRIBUINTE CIL - COMERCIO DE INFORMATICA LTDA				INSCRIÇÃO ESTADUAL: 37076287				UF: BA		MUNICÍPIO: Salvador - BA		PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/11/2018 a 30/11/2018	
CNPJ/CPF: 24.073.694/0002-36													
Data emissão	Data Saída	Nº Doc.	Modelo	Nº caixa	ECF/SAT	Série	Subsérie	Situação	CNPJ/CPF	IE	UF	Município	Razão social
		Inicial	Final										
		CST/ICMS		CFOP	Alíquota ICMS	Valor Operação		Base de Cálculo ICMS	Valor ICMS	Base de Cálculo ICMS ST	Valor ICMS ST	Valor IPI	
08/11/2018	08/11/2018	476746		55		000	00	24.073.694/0030-90	011193195	BA	2910800		CIL COMERCIO DE INFORMATICA LTDA
		060		5409	0,00	29.480,43		0,00	0,00		0,00		0,00

“(...)”

Neste diapasão, julgo que no presente caso está caracterizada a responsabilidade do Sujeito Passivo, pelo lançamento e recolhimento do ICMS apurado nos levantamentos fiscais consubstanciados nos documentos de fls. 23 a 28, encartados na mídia de CD de fl. 29, e documentos de fls. 59 a 71, que dão supedâneo à autuação em apreço, referente à Infração 01, descrita à fl. 01 deste PAF, em especial pelo fato do contribuinte não ter

trazido aos autos quaisquer documentos e/ou elementos fático-probatórios, capazes de obliterar a imputação fiscal de número 01, descrita na peça de lançamento, vez que, na dicção do Art. 123, §5º, do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), abaixo reproduzido, caberia ao autuado apresentar provas capazes de elidir a exigência fiscal correspondente à Infração contestada, na fase de Impugnação do Lançamento:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

(...)

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

(...)”

Destarte, como nenhuma prova documental capaz de elidir a exigência fiscal fora apresentada nas peças de defesa interpostas (fls. 34 a 48 e 78 e 79), considero que houve apenas a negativa do cometimento da Infração 01, fato que, à luz do disposto no Art. 143 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), também abaixo reproduzido, não desonera o Contribuinte de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

(...)

In fine, concluo que a ação fiscal cujos resultados se apresentam demonstrados nos autos, apurou “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”, cujos demonstrativos e documentos de fls. 23 a 28, estes contidos na mídia de CD de fl. 29, e documentos de fls. 59 a 71, juntados à informação fiscal (fls. 53 a 58), propiciam a substância necessária para legitimar a Infração 01, descrita no Auto de Infração que deu origem ao presente PAF, como totalmente subsistente.

Pelas razões acima expostas, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Ciente da decisão proferida pela Junta Julgadora, inconformada e tempestivamente, devidamente representada juridicamente por Hugo Machado Guedes Alcoforado, OAB/BA nº 33.402, a Recorrente, apresentou Recurso Voluntário, protocolado em 10.11.21, fls. 114 a 123, buscando a reforma da mesma, objeto de minha análise.

De início, baseado no que dispõe o RPAF/BA no artigo 171, demonstrando cronologicamente o andamento do processo, atesta a sua tempestividade para, em seguida, tratando da autuação e da decisão, apresentar a empresa e discorrer sobre a atividade que exerce o estabelecimento autuado, Centro de Distribuição – CD, assim como a origem e fundamentação apresentada pelas autuantes, com as quais diz não concordar.

Diz que a autuação, da forma como foi efetuada pelas autuantes, está configurada como nula, em vista de que o “suposto ICMS-ST recolhido a menor por antecipação”, foi integralmente recolhido quando das saídas das mercadorias objeto da cobrança.

Afirma que tal situação, em não ocorrendo qualquer prejuízo ao erário público por haver efetuado a referido recolhimento quando das saídas das mercadorias, ao se buscar a verdade material dos fatos, revela-se a improcedência da autuação.

Após estas considerações iniciais, adentra ao tópico **Da IMPROCEDÊNCIA/NULIDADE da Autuação Fiscal**, destacando, **ICMS integralmente recolhido na sadia (revenda) das mercadorias. Ausência de prejuízo ao erário. Princípio da verdade material. Possibilidade de recolhimento em duplicidade e enriquecimento ilícito do erário.**

Declara a Recorrente que, em verdade, efetuou recolhimento a menor do ICMS-ST, Código de

Recolhimento 1145, sobre a aquisição de telefones, quando da entrada dos mesmos em seu estabelecimento, porém, a diferença foi recolhida quando das saídas das referidas mercadorias, sob o Código de Recolhimento 1006, havendo ocorrido, tão somente, um equívoco de relação ao momento do recolhimento, mas, não causando qualquer prejuízo ao erário público.

Apresenta como suporte para seu posicionamento, o princípio da “verdade material”, apresentando ensinamento de James Marins, em *Direito Processual Tributário Brasileiro: Administrativo e Judicial*, que transcreve, assim como trecho do Acórdão JF nº 0102-12/07, que assim apontou:

“(...) a subscritora do parecer fez observar que os argumentos trazidos pelo contribuinte, ainda que apresentados fora do prazo, não podem ser ignorados em face da prevalência da verdade material e do princípio do informalismo em benefício do administrado. Em virtude disso, representou a este CONSEF, com supedâneo no artigo 136, § 2º, da Lei nº 3.956/81 (COTEB), para que seja excluída a infração 2 do Auto de Infração”.

E avoca o exposto no RPAF em seu artigo 2º, quando afirma que, sob esta ótica é que deve ser julgado o Auto de Infração, improcedente.

Em seguida, a Recorrente, trata ***“Da afronta aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da legalidade”***.

Diz que é notória a inobservância ao direito maior à ampla defesa do contribuinte ao infringir a autuação o estabelecido pela Constituição Federal do Brasil nos artigos 5º, LV e 37, caput, que transcreve.

Aborda as diferenças entre o processo administrativo e processo judicial, em especial no que tange à eficácia da decisão e do órgão que a profere, apresentando ensinamento de Ricardo Lobo Torres, e, de relação ao exercício do direito de defesa na esfera administrativa, apresenta ensinamento de Odete Medauar, que também transcreve.

Comentando a respeito do princípio do informalismo diz que este não pode se sobrepor ao primado constitucional do contraditório e da ampla defesa, sendo esta diretriz para o julgamento, acrescendo que deve, ainda, primar pelo princípio de legalidade que, caso não seja seguida, eiva de nulidade o próprio julgamento. E transcreve ensinamento de Hely Lopes Meirelles.

E afirma: *“In casu, foi flagrante a contrariedade ao princípio da ampla defesa, que também importa na nulidade do presente processo administrativo tributário, pois o Autuante limitou-se a alegar o recolhimento a menor do ICMS ST por antecipação, sem considerar o recolhimento do ICMS realizado pelo Impugnante quando da revenda das mercadorias, tampouco do crédito que o mesmo faria jus caso recolhesse antecipadamente, ferindo, portanto, o próprio princípio da não-cumulatividade”*.

E, referindo-se à nulidade do ato, transcreve, novamente, ensinamento de Hely Lopes Meirelles, em *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*.

Afirma que o ato administrativo tributário não pode trazer dúvidas ou dificuldades sobre a compreensão dos fatos contidos no Auto de Infração, sob pena de agredir o direito de defesa e o patrimônio do contribuinte, portando devendo ser *“claro, límpido, de modo tanto a estar provado, de forma indubitável todos os fatos que nortearam a alegada infração”*.

E acresce, deve o ato ser acompanhado de provas que devem ser produzidas pelo fisco e apresenta trecho do Acórdão do TRF da 2ª Região, AC nº 368-6-RJ, relatado pelo Juiz Frederico Goeiros: *“A prova, no caso, deve ser produzida por quem alegou a infração, prova positiva, eis que a ninguém é lícito exigir-se fazer prova negativa”*.

Apresenta, como reforço ao seu entendimento, o que ensina o Professor Paulo Celso B. Bonilha (in *“Da prova no Processo Tributário”*), transcrevendo trecho da referida obra, acrescentando, ainda, ensinamento do Professor Ives Gandra da Silva Martins.

Aponta mais ainda, a Recorrente, com transcrição de trechos, julgados do STJ, RESP nº 48.516-SP,

Relator Ministro Ari Pargendler, DJ 13/10/1997, p. 51.555, e, do TRF da 4ª Região, AC nº 18521-1-RS, Relator Ministro Teori Albino Zavazcki, DJ 13/03/1991, p. 4.457.

E, afirma mais a Recorrente: “o Autuante não forneceu as provas necessárias e essenciais para comprovar que o recolhimento a menor realizado pelo contribuinte causou, de fato, prejuízo ao fisco ou mesmo que não feriria o princípio da não cumulatividade que é inerente ao ICMS”.

Volta a firmar que, da forma como foi lavrada a autuação, teve sua defesa cerceada restando extremamente prejudicada, nada mais restando a este Conselho “julgar nulo, por vício material, o presente lançamento, na hipótese de que não se compreenda pela sua IMPROCEDÊNCIA”.

Encerrando sua peça recursal, a Recorrente apresenta **Do Pedido:**

Diante do exposto uma vez analisados e exauridos os fundamentos de fato e de direito do presente recurso, a RECORRENTE requer que seja dado provimento ao mesmo para, reformando o acórdão proferido pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), seja decretada e IMPROCEDÊNCIA ou, ad argumentantum tantum, a NULIDADE do Auto de Infração Combatido.

VOTO

O fundamento do Auto de Infração em comento, é como descrito no teor da infração 01, o recolhimento a menor efetuado pela Recorrente referente ao ICMS-ST incidente sobre mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, assim anotada:

Infração 01 - 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.

Fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro, de 2018; e janeiro a agosto e outubro a dezembro, de 2019. Multa de 60% prevista no Art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Consta como complemento:

Conforme consta nas planilhas: Demonstrativo do ICMS Devido por Antecipação Total - Exercícios 2018 e 2019, em anexo”.

Insurgiu-se a Recorrente ao que lhe foi imputado, sob o argumento de confessadamente, tendo recolhido realmente a menor o ICMS-ST, efetuou a complementação devida nas vendas efetuadas pelos estabelecimentos destinatários da mesma empresa, em nada causando de prejuízo ao erário público.

Sob esta argumentação, alega nulidade da autuação, assim como da decisão de piso, trazendo ao processo trechos de julgados do STJ e ensinamentos doutrinários de vários autores.

Inicialmente, devo analisar a suscitada nulidade da autuação à ótica do que determina o RPAF/BAHIA, em especial nos artigos 18 e 39, como abaixo transcritos:

Art. 18. São nulos:

- I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente;*
- II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;*
- III - as decisões não fundamentadas;*
- IV - o lançamento de ofício:*

- a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;*
- b) em que se configure ilegitimidade passiva.*

§ 1º 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, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

§ 2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade.

§ 3º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele sejam diretamente dependentes ou consequentes.

E,

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

I - a identificação, o endereço e a qualificação fiscal do autuado;

II - o dia, a hora e o local da autuação;

III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;

IV - o demonstrativo do débito tributário, discriminando, em relação a cada fato:

a) a data da ocorrência do cometimento ou do fato gerador e a data em que deveria ocorrer o pagamento, se diferente daquela;

b) a base de cálculo sobre a qual foi determinado o valor do tributo ou do acréscimo tributário, dispensada essa indicação nos casos de imposto lançado mas não recolhido, antecipação tributária e outras situações em que o valor a ser pago não resulte precisamente de uma base de cálculo específica, devendo, nesse caso, ser feita a demonstração do critério adotado na apuração do valor exigido;

c) a alíquota ou, quando for o caso, o percentual de cálculo do tributo;

d) o percentual da multa cabível ou a sua determinação em quantidade de Unidades Padrão Fiscal (UPF-BA);

e) o valor ou as parcelas do tributo ou dos acréscimos tributários decorrentes de pagamento intempestivo, por período, com indicação precisa do valor histórico e do valor atualizado até a data da autuação;

f) o total do débito levantado;

V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação:

a) em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória;

b) tidos como infringidos;

c) em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente;

VI - outras ocorrências ou informações consideradas úteis para esclarecimento da ação fiscal;

VII - a intimação para pagamento ou impugnação administrativa no prazo de 30 (trinta) dias, com indicação das situações em que o débito poderá ser pago com multa reduzida;

VIII - a indicação da repartição fazendária onde o processo permanecerá aguardando o pagamento ou defesa;

IX - o nome, o cadastro e a assinatura do autuante;

X - a assinatura do autuado ou de seu representante ou preposto, com a data da ciência, ou a declaração de sua recusa.

O que verifico no processo, à luz da documentação, dos demonstrativos, das peças acusatória e de defesa, é que as autuantes, quando do lançamento, descreveram com precisão a infração cometida, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte, tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão das multas sugeridas, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Mais ainda, a empresa autuada compareceu ao processo exercendo de forma irrestrita o seu direito à ampla defesa, prova disso é que abordou o aspecto da infração que entendia lhe amparar, trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Logo, descabe se falar em qualquer cerceamento ao exercício do direito de defesa, diante do fato de que os dados acima elencados são suficientemente claros e precisos, garantindo ao sujeito

passivo a plena capacidade de entendimento da infração, e a possibilidade de contraditá-la, o que concorre para o não acolhimento do que postula, pelo que REJEITO A PRELIMINAR DE NULIDADE suscitada.

Verifico também que a Recorrente, em sua peça recursal, se limitou a repetir na maioria das vezes os mesmos termos e descrições os argumentos apresentados em sua defesa inicial, o que já fora objeto de análise por parte da Junta Julgadora, não trazendo ao processo provas, argumentos e/ou comprovações que tenham o condão de elidir a acusação que lhe foi imputada.

Como descrito na Informação Fiscal prestada pelas autuantes, constante nos autos, a apuração do quanto reclamado no processo foi baseado nas informações prestadas pela própria Recorrente, e todos os demonstrativos que acompanham o processo lhe foram disponibilizados. O argumento de cerceamento de defesa em momento algum pode ser acatado, assim como a produção de provas que ela argumenta deveria ser feita pelo fisco, e realmente o foi lastreada na documentação que ela própria disponibilizou.

No mérito, a Recorrente, como acima afirmado, limita-se a reproduzir o que já apresentara em sua defesa inicial, e como bem afirmado na decisão de piso a respeito de afirmativa de ilegitimidade da autuação, com o que comungo, assim se expressou o ilustre julgador:

No tocante ao argumento da “não consideração do recolhimento do ICMS realizado quando da revenda das mercadorias”, vejo que a afirmação contida na peça defensiva, de que “... o montante supostamente não recolhido foi pago na saída das mercadorias, sob o código de receita nº 1006 ...”, (fl. 36), não se sustenta, vez que, conforme dados registrados no sistema INC – Sistema de Informação do Contribuinte, da SEFAZ/BA, conforme verificado por esta Relatoria, os montantes totais relativos a este código de receita, nos exercícios de 2018 e 2019, perfazem, respectivamente, os valores de R\$33.466,67 e R\$175.796,84, enquanto os valores apurados na ação fiscal perfazem os montantes de R\$1.749.075,62 (2018) e R\$595.977,90 (2019), portanto, valores muito superiores aos efetivamente recolhidos e classificados no mencionado código de receita (vide comparativo abaixo). Ademais, observo que o autuado apenas argumenta sem, contudo, apontar, mesmo que exemplificativamente, uma única ocorrência no caso concreto. Tais fatos, fragilizam sobremaneira a argumentação defensiva, a qual não acolho:

ANO	COD.RECEITA 1145	COD.RECEITA 1006	TOTAL	A.I.
2018				
JAN	R\$ 32.099,36	R\$ -	R\$ 32.099,36	R\$ 287.733,10
FEV	R\$ 54.942,81	R\$ -	R\$ 54.942,81	R\$ 47.515,81
MAR	R\$ 34.106,59	R\$ -	R\$ 34.106,59	R\$ 101.419,79
ABR	R\$ 84.237,94	R\$ -	R\$ 84.237,94	R\$ 90.653,53
MAI	R\$ 37.343,60	R\$ -	R\$ 37.343,60	R\$ 26.886,58
JUN	R\$ 40.257,98	R\$ -	R\$ 40.257,98	R\$ 218.004,32
JUL	R\$ 64.815,00	R\$ -	R\$ 64.815,00	R\$ 132.874,35
AGO	R\$ 12.951,31	R\$ -	R\$ 12.951,31	R\$ 73.067,60
SET	R\$ 88.641,87	R\$ -	R\$ 88.641,87	R\$ 11.632,37
OUT	R\$ 95.118,08	R\$ -	R\$ 95.118,08	R\$ 250.929,06
NOV	R\$ 80.929,85	R\$ 10.411,12	R\$ 91.340,97	R\$ 306.374,19
DEZ	R\$ 129.768,28	R\$ 23.055,55	R\$ 152.823,83	R\$ 201.984,92
TOTAL	R\$ 755.212,67	R\$ 33.466,67	R\$ 788.679,34	R\$ 1.749.075,62
2019				
JAN	R\$ 102.604,85	R\$ 19.841,60	R\$ 122.446,45	R\$ 189.681,60
FEV	R\$ 124.538,41	R\$ 23.832,54	R\$ 148.370,95	R\$ 49.510,93
MAR	R\$ 71.812,98	R\$ 12.627,53	R\$ 84.440,51	R\$ 40.562,97
ABR	R\$ 59.976,56	R\$ 14.406,07	R\$ 74.382,63	R\$ 0,64
MAI	R\$ 51.635,83	R\$ -	R\$ 51.635,83	R\$ 421,56
JUN	R\$ 115.671,01	R\$ 12.707,32	R\$ 128.378,33	R\$ 65,60
JUL	R\$ 205.486,31	R\$ 17.409,28	R\$ 222.895,59	R\$ 128,01
AGO	R\$ 26.312,91	R\$ 13.950,08	R\$ 40.262,99	R\$ 130.521,09
SET	R\$ 116.675,33	R\$ 18.196,17	R\$ 134.871,50	R\$ -
OUT	R\$ 99.909,62	R\$ 13.957,24	R\$ 113.866,86	R\$ 421,13
NOV	R\$ 151.882,66	R\$ 15.518,83	R\$ 167.401,49	R\$ 84.664,18
DEZ	R\$ 177.896,00	R\$ 13.350,18	R\$ 191.246,18	R\$ 100.000,19
TOTAL	R\$ 1.304.402,47	R\$ 175.796,84	R\$ 1.480.199,31	R\$ 595.977,90
TOTAL GERAL	R\$ 2.059.615,14	R\$ 209.263,51	R\$ 2.268.878,65	R\$ 2.345.053,52

E o que apresentou o julgador de piso, está devidamente comprovado nos autos do processo.

O argumento de haver recolhido o ICMS-ST Antecipação Total quando da “revenda” das mercadorias objeto da autuação, denota uma total subversão ao princípio da legalidade, e caso isto houvesse ocorrido, o que não se comprovou nos autos, estaria deslegitimizado todo o processo legal, e cada contribuinte poderia optar por agir conforme o que bem entendesse no atendimento ao recolhimento dos tributos.

Como afirmado, a Recorrente limita-se a negar o cometimento da infração apontada, sem contudo trazer ao processo qualquer prova documental ou legal que lhe venha em socorro, e como dito no RPAF/BA, artigo 143 abaixo transcrito, a simples afirmativa de improcedência da autuação sem provas que se sustente, não tem o condão de elidir a infração:

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Assim, considerando que o processo está revestido de todas as formalidades legais, que a Recorrente nada traz ao mesmo que tenha o condão de refutar o que lhe é acusado, com base na legislação pertinente e à luz das provas acostadas ao processo, REJEITO a preliminar de nulidade suscitada, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto pela Recorrente, e julgo PROCEDENTE o Auto de Infração em apreço, mantendo inalterada a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298932.0011/20-8**, lavrado contra **CIL - COMÉRCIO DE INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.345.053,52**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS