

PROCESSO - A. I. Nº 299430.0025/20-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e IMPRESS SOLUÇÕES RÓTULOS E ETIQUETAS EIRELI
RECORRIDOS - IMPRESS SOLUÇÕES RÓTULOS E ETIQUETAS EIRELI e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0110-04/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0024-12/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Considerações de defesa não elidem a autuação. Constatado que o valor do crédito cobrado, neste auto de infração, deve ser reduzido em R\$152.957,66, relativo ao mês de junho de 2020, pois houvera sido constituído pelo Débito Declarado de nº 8500007159205. O agente Fiscal Autuante emitiu novo demonstrativo de débito do saldo remanescente da autuação. Infração parcialmente subsistente. Afastadas as arguições de nulidade. Modificada a Decisão recorrida, alterando a multa de 60% para 50% por entender que há julgados análogos neste Conselho de Fazenda, pois foi constada a informação do próprio contribuinte da existência de um débito fiscal. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício interposto (art. 169, I, “a” do RPAF/99) e Voluntário apresentado (art. 169, I, “b” do RPAF/99), no qual a JJF julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração em lide, lavrado em 10/12/2020, onde constituiu crédito tributário no valor de R\$1.365.408,82, conforme demonstrativos/documentos acostados às fls. 9 a 35 dos autos, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

INFRAÇÃO 1 – 02.01.01: *Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es), referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios nos meses de janeiro a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018 e junho, agosto e setembro de 2020, na forma do demonstrativo de fl. 9 dos autos e cópias dos registros fiscais da apuração do ICMS extraídos da EFD acostados às fls. 10 a 35 do presente PAF. Consta de informações complementares que o Contribuinte Autuado fez apuração do ICMS nas suas EFD's, porém não recolheu o imposto aso cofres do Estado.*

Lançado ICMS no valor de R\$1.365.408,82, com enquadramento no art. 2º, inciso I e art. 32, da Lei nº 7.014/96 c/c art. 332, inc. I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa aplicada de 60% na forma do art. 42, inc. II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 15/28 dos autos, apresenta defesa administrativa. O Autuante desenvolve Informação Fiscal às fl. 44/45. A JJF proferiu a seguinte decisão:

VOTO

Inicialmente, constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo, apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para a formação de minha convicção na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/99, onde não foi constatada qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito com plenitude, motivo pelo qual, a lide está apta ao seu deslinde.

Não obstante tal constatação, verifico, de forma pontual, que o Contribuinte Autuado argui a nulidade do

lançamento pela imprestabilidade do lançamento fiscal, dado tratar-se de levantamento fiscal, acrescido de multa de ofício, para constituir crédito lastreado unicamente nas informações contidas na EFD transmitida pelo contribuinte, em que, consoante entendimento sumulado pelo E. STJ, sob nº 436, a declaração enviada pelo contribuinte constitui o crédito tributário, dispensando qualquer outra providência por parte do fisco.

Sobre tal arguição de nulidade, aduz que o Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999, estabelece no artigo 54-A, a desnecessidade de constituição do lançamento fiscal, quando o valor é declarado em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação, devendo, nessa hipótese, em caso de inadimplemento, ser encaminhado para inscrição em dívida ativa.

Restaria razão ao Contribuinte Autuado, caso houvera assim procedido nos termos do artigo 54-A, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999, abaixo reproduzido:

Art. 54-A. O débito tributário declarado pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação ou através de denúncia espontânea importa em confissão de dívida e, na falta de recolhimento no prazo regulamentar, torna constituído o crédito tributário.

§ 1º O crédito tributário constituído deverá ser inserido no sistema informatizado de controle de créditos tributários em até 10 (dez) dias, contados do recebimento da declaração ou da denúncia espontânea, identificado por Débito Declarado (DD). §

§ 2º Decorridos 30 (trinta) dias da entrega da declaração ou da denúncia espontânea, o crédito tributário poderá ser inscrito diretamente na Dívida Ativa Tributária.

Todavia, o que se identificou na ação fiscal foi a constatação de divergência entre as Declarações e Apuração Mensal do ICMS enviadas, mais conhecidas como DMA e os arquivos da Escrituração Fiscal Digital - EFD apresentados pelo contribuinte, em que o Autuante, por Termo de Intimação, sugeriu que a contabilidade da empresa apresentasse as retificações das DMA's de todo o período fiscalizado, porém, o contribuinte enviou apenas as DMA's somente do exercício de 2019, as quais, deram azo à constituição do lançamento fiscal por Débito Declarado (DD), diferentemente dos demais períodos, ora em lide, através do presente Auto de Infração.

Também traz como reforço da sua arguição de nulidade, que o RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 13.780/2012, no artigo 254, inciso V, elenca a EFD dentre as declarações econômico-fiscais, o que abaixo reproduzo:

Art. 254. As declarações econômico-fiscais são as seguintes:

I - Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA);

II - Cédula Suplementar da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (CS-DMA);

III - Declaração da Movimentação de Produtos com ICMS Diferido (DMD);

IV - Guia Nacional de Informação e Apuração do ICMS Substituição Tributária (GIA-ST) (Ajuste SINIEF 09/98);

V - o arquivo de registros fiscais – EFD; (Grifo acrescido)

Nota: A redação atual do inciso V do art. 254 foi dada pelo Decreto nº 20.136, de 07/12/20, DOE de 08/12/2020, efeitos a partir de 08/12/2020. Redação originária, efeitos até 07/12/2020:

“V - o arquivo de registros fiscais, referente ao movimento econômico de cada mês;”.

VI - arquivo de custos de produção.

VII - Ficha de Conteúdo de Importação – FCI.

Nota: O inciso VII foi acrescentado ao art. 254 pela Alteração nº 13 (Decreto nº 14.450, de 30/04/13, DOE de 01/05/13), efeitos a partir de 01/05/13.

VIII - Revogado.

Nota: O inciso VIII foi revogado do art. 254 pelo Decreto nº 19.781, de 24/06/2020, DOE de 27/06/2020, efeitos a partir de 27/06/2020.

Redação anterior dada ao inciso VIII que foi acrescentado ao art. 254 pelo Decreto nº 16.738, de 20/05/16, DOE de 21/05/16, efeitos de 21/05/16 até 26/06/2020:

“VIII - Declaração de Substituição Tributária, Diferencial de Alíquotas e Antecipação - DeSTDA.”

Neste contexto, da leitura dos dispositivos transcritos e o seu cotejo com a descrição do auto de infração, aduz, o Contribuinte Autuado, que é possível concluir pela imprestabilidade do lançamento, ora guerreado. Não é o que vejo da leitura dos dispositivos acima arguidos.

Sobre o arquivo de registro fiscais – EFD constituir-se em uma das declarações econômico-fiscais nos termos do art. 254 do RICMS/BA, acima destacado, não há qualquer discordância das partes, assim como as demais

elencadas acima; entretanto, para se prestar como documento hábil à constituição do crédito tributário junto à Fazenda Pública Estadual, há de se proceder outros procedimentos administrativos fiscal a se confirmar ou não o débito tributário e o seu efetivo pagamento, com o consequente recolhimento aos cofres públicos do Estado, como assim assertivamente procedeu o agente Fiscal Autuante na fase instrutória do lançamento fiscal arguido.

Em sede de Informação Fiscal, o agente Autuante diz ter identificado que havia divergência entre as DMA enviadas, e os arquivos das EFD apresentados pelo contribuinte, então intimou o Contribuinte Autuado, por e-mail, para retificar as DMA's do período fiscalizado, como se depreende do trecho abaixo destacado extraído do corpo da peça de defesa às fls. 50/51 dos autos:

De: Jorge Luiz Santos da Costa [mailto:ilui@sefaz.ba.gov.br]

*Enviada em: terça-feira, 10 de novembro de 2020 16:26 Para: Raimundo Bispo I Impress Soluções
<raimundo@impresssoluções.com.br>*

cc: bnc@terra.com.br; ericobnc@terra.com.br Assunto: RE: SPED

Boa tarde, Raimundo,

Conforme conversamos por telefone, as Declarações e Apurações Mensais do ICMS (DMAs) de janeiro de 2017 a dezembro de 2019 e a do mês de agosto de 2020 da empresa Impress Soluções (IE nº 068.230.275) foram enviadas à Secretaria da Fazenda em branco, portanto sem informar os valores que estão na Escrituração Fiscal Digital (EFD) dos referidos meses, respectivamente. Por conta disto, pedimos que sua Contabilidade faça o reenvio destas Declarações devidamente retificadas.

Jorge Costa

Auditor Fiscal

Cadas. 13.299.439-9

Tel. 99964-9007

Registra, assim, o agente Autuante, que dos meses que foram indicados no e-mail (janeiro de 2017 a dezembro de 2019 e agosto de 2020), o contribuinte enviou as DMA somente do exercício de 2019. Portanto, o envio dessas DMA's deu origem ao débito declarado de número 8500007159205, conforme demonstrado na figura destacada no corpo da informação fiscal à fl. 69 dos autos, e que não está sendo objeto do presente Auto de Infração, cujo objeto é tratado como segundo argumento de nulidade do lançamento, qual seja, a arguição de cobrança de duplicidade do lançamento fiscal, dado à falta de certeza da infração cometida.

Em sendo assim, ao agir o agente Autuante nos termos acima, em sede instrutória do lançamento, vejo que o procedimento fiscal, além de estar em sintonia com o entendimento sumulado pelo E. STJ, sob nº 436, e artigo 54-A, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999, não contém nenhum débito com data de ocorrência entre 31/01/2019 a 31/07/2020, já constituído pelo mencionado débito declarado de nº 8500007159205.

Aliás, o próprio agente Fiscal diz ter cometido um equívoco no presente lançamento fiscal, com relação ao mês de junho de 2020, uma vez que não observou a existência no débito declarado nº 8500006027208, de valor deste mesmo mês, no montante de R\$166.054,82. Tal fato foi observado pela SAT/DPF/IFET, conforme e-mail que diz ter recebido em 24/02/2021, cujo texto consta reproduzido à fl. 70 dos autos.

Sendo assim, registra assertivamente que o valor do crédito cobrado neste auto de infração fica reduzido em R\$152.957,66, relativo ao mês de junho de 2020, pois houvera constituído pelo mencionado débito declarado de nº 8500007159205. Como tal, em perfeita sintonia com o que dispõe Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia (RPAF/BA), aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999, mais especificamente o § 1º, do artigo 18, onde orienta que as arguições de nulidade são afastadas desde que incorreções cometidas sejam corrigidas/suprimidas na fase instrutória do lançamento fiscal.

Afastadas, portanto, as arguições de nulidades, passo então à arguição de mérito do Auto de Infração, em tela.

*Antes, porém, **em relação ao pedido de diligência fiscal**, sob o manto de que o Auto de Infração está eivado de vícios decorrentes de descuido da autoridade Autuante, em verificar cuidadosamente as operações efetivadas pela empresa, **vejo não proceder tal argumento do quanto até aqui apresentado**, vez que o equívoco cometido pela Fiscalização na constituição do lançamento fiscal, já fora, em sede de Informação Fiscal, regularizado, por solicitação da SAT/DPF/IFET, com a exclusão do lançamento relativo ao mês de junho de 2020, dado constar do Débito Declarado nº 8500006027208.*

No mérito, o Auto de Infração em tela, lavrado em 10/12/2020, resultou de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAZ ATACADO, em que, no exercício de suas funções de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 504756/20, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS), por ter deixado de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es), referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios nos meses de janeiro a dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018 e junho, agosto e setembro de 2020, na forma do demonstrativo de fl. 9 dos autos e cópias dos registros fiscais da apuração do ICMS extraídos da EFD, acostados às fls. 10 a 35 do presente PAF.

Lançado ICMS no valor de R\$1.365.408,82, com enquadramento no art. 2º, inciso I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012, mais multa aplicada de 60%, na forma

do art. 42, inc. II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Consta de informações complementares, que o Contribuinte Autuado fez apuração do ICMS nas suas EFD's, porém, não recolheu o imposto aos cofres do Estado. Todavia, na peça de defesa, diz que a atividade exercida pela impugnante consiste em serviço de composição e impressão gráfica, personalizada e sob encomenda, de modo que, não se sujeita ao ICMS, nos termos da Súmula 156 do STJ abaixo transcrita:

Súmula 156 - STJ

A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS

Mais adiante, registra que é preciso esclarecer que não se trata de processo de industrialização sob encomenda de embalagens, o qual, consoante já decidiu o STF, se submete à incidência do ICMS.

Diz que a sua atividade consiste no processo de composição e impressão de rótulos e etiquetas, sendo que a cada composição é necessário criar layout, preparar o molde, as facas de corte, etc., de modo que o fazer, prepondera sobre o dar, atraindo a incidência do ISS e afastando a do ICMS.

Após citar ementas de decisões no STF e STJ sobre a incidência de ISS versus ICMS, diz que confecciona rótulos e etiquetas personalizados e sob encomenda que são entregues ao cliente, consumidor final, não havendo que se falar em comercialização ou industrialização, a qual, somente ocorre na etapa posterior.

Não obstante tais argumentos, vejo, à fl. 7 dos autos, informações extraídas dos “Dados Cadastrais” constantes do Sistema INC – Informações do Contribuinte o destaque do campo “Forma de Apuração do Imposto – C/CORRENTE FISCAL”, associado a essa informação vê-se como Atividade Econômica Principal – “CNAE 1821100 – Serviço de pré-impressão”, por sua vez como Atividades Secundárias – “CNAE 1812100 - Impressão de material de segurança”; “CNAE 1813099 - Impressão de material para outros usos” e “CNAE 5829800 - Edição integrada à impressão de cadastro, lista e de outros produtos gráficos”.

Compulsando então a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, com a alteração dada Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016, vê-se a seguinte redação do item 13.05, objeto da lista de serviço:

13.05 - Composição gráfica, inclusive confecção de impressos gráficos, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia e fotolitografia, exceto se destinados a posterior operação de comercialização ou industrialização, ainda que incorporados, de qualquer forma, a outra mercadoria que deva ser objeto de posterior circulação, tais como bulas, rótulos, etiquetas, caixas, cartuchos, embalagens e manuais técnicos e de instrução, quando ficarão sujeitos ao ICMS. (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

*Nos termos do Art. 1º da citada Lei Complementar nº 116, o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador; **entretanto, nos termos do § 2º do citado artigo, há de observar as ressalvas das exceções expressas na lista anexa, onde os serviços nela mencionados, com ressalvas, ficam sujeitos ao ICMS.***

*No caso em tela, vê-se a ressalva clara e pontual do item 13.05 da Lista anexa à LC116/2003, que ao meu sentir, **relaciona as atividades constantes dos “Dados Cadastrais” do Sistema INC – Informações do Contribuinte na SEFAZ/BA, e que, por isso, diferentemente do arguido pelo Autuado, estão sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.***

*Ademais, não se observa na peça de defesa **qualquer outro elemento de prova documental**, que possa sustentar sua arguição de que suas atividades desenvolvidas estariam sob a égide do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal – ISS, senão a afirmação de que sua atividade estaria amparada pela Súmula 156 do STJ, bem assim, a citação de ementas de decisões do STF e STJ sobre a incidência de ISS versus ICMS.*

E sobre citações de ementas de decisões do STF e STJ, observo que este foro administrativo não tem competência para apreciação de decisão do Poder Judiciário, conforme assim preconiza o art. 167, inciso II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Por fim, há de se observar que o presente trabalho de Fiscalização foi executado com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD), e nas Notas Fiscais Eletrônicas (NFE's), constantes no banco de dados da SEFAZ-BA. Pois bem! Como aceitar a consideração de defesa de que tais operações estariam sob a égide do ISS, quando são destacados ICMS pelo próprio Autuado, emitente do documento fiscal, ensejando o aproveitamento do crédito ao adquirente da operação transacionada. Não observo nos autos qualquer prova em contrário.

Assim, não resta dúvida de que as operações, objeto da presente autuação, estão, sim, sujeitas ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.

Em relação à alegação da defesa, de que, caso ainda que se entenda pela incidência do ICMS na atividade

desempenhada pela impugnante, é certo que a multa aplicada não merece prosperar, vez que há erro no enquadramento da penalidade, pois ao seu entender o auto se limita a reproduzir os valores já declarados. Não é o que vejo das peças processuais, o Autuante, enquadrou a penalidade no disposto no artigo 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, pois se trata de descumprimento de obrigação tributária principal, sem dolo, que ao meu sentir, essa é uma tipificação de multa que enquadra à situação posta nos autos, conforme redação abaixo:

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:

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;

Logo, vendo assertiva a manifestação do agente Fiscal Autuante, de que o valor do crédito cobrado neste auto de infração deve ser reduzido em R\$152.957,66, relativo ao mês de junho de 2020, pois houvera sido constituído pelo mencionado débito declarado de nº 8500007159205, vejo restar subsistente parcialmente o Auto de Infração em tela, no valor de R\$1.212.451,16.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Devido a desoneração atualizada ser maior que R\$200.000,00, a JJF, recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

O contribuinte inconformado com a decisão de piso, vem novamente através de seu Recurso Voluntário tecer os seguintes argumentos:

- Salienta quanto a tempestividade da presente peça recursal;
- Faz uma descrição dos fatos da autuação em relação à infração (reproduzida) e ao valor ora autuado.
- Sintetiza os argumentos sustentada na impugnação: “(I) - nulidade do auto de infração por ausência de elementos essenciais para assegurar a ampla defesa e contraditório; (II) invalidade do auto de infração tendo em vista o disposto no artigo 54-A do RPAF c/c 254 do RICMS/Ba; (III) não sujeição ao ICMS por se tratar de serviço de composição e impressão gráfica personalizada e sob encomenda; (IV) erro no enquadramento da multa por ausência de tipicidade”.
- Trouxe explicações feitas pelo fiscal autuante. Disse que: **a)** o auditor reiterou a autuação lavrada com base na EFD, tendo lavrado o auto em relação aos valores que não foram declarados na DMA e que não houve cobrança em duplicidade; **b)** não existiu erro no enquadramento da multa vez que a mesma teria sido atribuída com base na Lei nº 7.014/96, sem tecer qualquer consideração sobre a tipicidade da conduta praticada pelo contribuinte; **c)** o levantamento fiscal foi com base no argumento de que o contribuinte “se inscreveu na Secretaria da Fazenda como contribuinte do ICMS que apura o imposto através de conta corrente fiscal”, afastando, assim, a nulidade por entender suficientes os levantamentos apresentados, como também a arguição de falta de validade do auto de infração com fundamento no artigo 54-A do RPAF sob o frágil e contraditório argumento de que “Restaria razão ao Contribuinte Autuado, caso houvera assim procedido nos termos do artigo 54-A do RPAF/BA”; **d)** no mérito, a JJF entendeu a decisão recorrida que seria devido o ICMS com base no disposto no item 13.05 da LC 116/2003.

Pede a reforma da Decisão recorrida.

Nas razões de reforma, tece os mesmos fatos da impugnação:

Suscita **nulidade por ausência de certeza dos valores apurados**. Pontua que ao contrário do que entendeu a decisão recorrida, a nulidade do levantamento por ausência de certeza na caracterização da infração é flagrante.

Registra que o Autuante não refuta o fato de que se limitou a reproduzir os valores informados pelo Contribuinte nas EFD's, de modo que, confessadamente, não procedeu a apuração dos

mesmos. No caso concreto, o autuante defendeu o levantamento sob o argumento de que o autuado “se inscreveu na Secretaria da Fazenda como contribuinte do imposto”, fato que, incontestavelmente pode ter se dado por equívoco na interpretação, ou ainda, por mera exigência de mercado, sendo ambas circunstâncias insuficientes para exigência de tributo.

Afirma que não se pode perder de vistas que a fiscalização exerce atividade vinculada, de modo que, para constituir exigência contra o contribuinte precisa identificar de forma clara e precisa do que acusa o contribuinte viabilizando sua ampla defesa. E que o mero ato de se inscrever no cadastro de contribuintes e emitir notas fiscais não é elemento suficiente para que lhe seja exigido imposto, sendo que padece de incerteza o levantamento guerreado, sendo patente a necessidade de reforma da decisão que decidiu pela sua validade.

Chama atenção, ainda, que embora o auditor informe ter recebido e-mail da SAT/DPF/IFET dando conhecimento de que o contribuinte havia declarado o montante de R\$166.054,82, registra a necessidade do débito ser reduzido em R\$ 152.957,66, tendo sido evidenciado a insegurança em torno do lançamento e da decisão recorrida, a qual, certamente, será reconhecida por esse D. Órgão Julgador.

Ainda na nulidade, diz ser **imprestável do lançamento fiscal**. Afirma que com fundamento no artigo 54-A do RPAF em conjunto com o artigo 254, restou incontroverso no PAF que os valores autuados reproduziram aqueles informados nas EFD's transmitidas pelo contribuinte.

Salienta que o argumento contido na decisão recorrida pela não aplicação do artigo 54-A pelo simples fato do contribuinte não ter declarado os valores em DMA o que justificaria a atividade do auditor de “*proceder outros procedimentos administrativos fiscal a se confirmar ou não o débito tributário e o seu efetivo pagamento, com o consequente recolhimento aos cofres públicos do Estado, como assim assertivamente procedeu o agente Fiscal Autuante na fase instrutória do lançamento fiscal arguido*”.

Pontua que entendeu a decisão pela validade do lançamento lastreado unicamente na atividade de verificar se os valores informados na EFD foram efetivamente recolhidos. Esse entendimento além de negar vigência ao disposto expressamente no artigo 54-A do RPAF, que se refere expressamente a “documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação”, dentre eles a EFD, restringe a atividade de lançamento ao simples ato de confirmar o pagamento ou não dos valores previamente confessados. Afirma que não pode ser entendida como a atividade de lançamento, sobretudo, quando esta acarreta a imposição de multa no percentual de 60%.

Reproduz o mencionado dispositivo 54-A não faz menção unicamente à DMA, mas sim, de forma genérica, a “declarações econômico-fiscais” dentre elas a EFD, nos exatos termos do disposto no artigo 254, V do RPAF.

Discorre que a denúncia espontânea não pode ser tida como condição para aplicação do quanto disposto na legislação, diante da clareza do dispositivo legal. Restou incontroverso nos autos que os valores foram extraídos da EFD sem que o auditor autuante efetivamente os apurasse, por meio da identificação da efetiva ocorrência do fato gerador e da matéria tributável, base de cálculo, alíquota, créditos, entre outros elementos indispensáveis a lavratura do auto de infração, limitando-se a reproduzir sem qualquer conferência ou discordância os montantes apurados pelo contribuinte, o que já é suficiente para a aplicação do disposto no artigo 54-A do RPAF.

Salienta ainda, que nem mesmo a Súmula nº 436 do E. STJ vincula a dispensa da constituição do crédito a uma declaração específica, para que seja possível utilizar exclusivamente das informações prestadas pelo sujeito passivo, SEM A NECESSIDADE DE SE PROCEDER AO LANÇAMENTO, nos termos em que definido no artigo 142 do CTN (identificar a ocorrência do fato gerador, identificar a matéria tributável, apurar o montante devido e, sendo o caso, aplicar a penalidade cabível) para que seja dispensado o lançamento de ofício e, por conseguinte, a aplicação da multa de ofício.

Reporta que a leitura dos dispositivos e o seu cotejo com a descrição do auto de infração, é possível concluir pela imprestabilidade do lançamento guerreado. Vale notar que a autoridade

administrativa deve obedecer ao comando legal, não havendo liberdade para escolher livremente a forma de constituição do crédito tributário, sobretudo quando essa escolha se mostra mais onerosa ao contribuinte.

Frisa que o lançamento é atividade privativa e vinculada por meio da qual a autoridade DEVE verificar a ocorrência do fato gerador, DETERMINAR a matéria tributável, CALCULAR o montante devido, IDENTIFICAR o sujeito passivo e sendo o caso, APLICAR a penalidade cabível. Reproduz o art. 142, parágrafo único. Diz que houvesse a autoridade autuante promovido as diligências e esclarecimentos necessários em torno da atividade do contribuinte, o auto de infração sequer seria lavrado, diante da ausência de matéria tributável, como será melhor demonstrado.

Esclarece que uma vez que a legislação prevê a constituição definitiva do crédito e encaminhamento para inscrição em dívida ativa diretamente com base nas informações prestadas pelo contribuinte e tendo o auditor entendido como suficiente as informações declaradas, DEVERIA ter seguido o comando legal e se eximido de lavrar o auto de infração. Como assim não o fosse, DEVERIA, após prévia justificativa da necessidade do lançamento, ter procedido ao mesmo, cumprindo todas as etapas necessárias para tanto, inclusive, identificando a matéria tributável e apurando o imposto e penalidades aplicáveis.

Pondera que se revela flagrantemente nulo, por violar frontalmente a legislação de regência, levantamento fiscal que se limita a reproduzir valores informados pelo contribuinte sem sequer perquirir ao que se referem e como foram apurados. De forma sintética, ou se opta pela constituição do crédito pelo lançamento ou se entende pela confissão. Lançamento que se limita a reproduzir valores e aplicar multa de ofício é ato ilegal e abusivo e, como tal, deve ser rechaçado por esse D. Conselho de Contribuintes.

Transcreve o Acórdão CJF nº 0295-11/19, da 1ª CJF, publicado na Internet em 05/12/2019, onde diz que restou claro que o lançamento somente se justifica, na hipótese de haver necessidade de “dirimir controvérsias” a fim de “liquidar” o tributo declarado. Outrossim, embora em voto vencido, o Relator do Acórdão CJF Nº 0338-12/20-VD, da 2ª CJF, ratificando a decisão da 1ª JJF, entendeu pela nulidade de lançamento que se lastreou em valores declarados pelo contribuinte.

Reproduz o artigo 18 do RPAF/BA estabelece a nulidade do lançamento que não tiver elementos para determinar com segurança a infração e o infrator. Destaca que o lançamento se limitou a reproduzir os valores lançados na escrituração fiscal do contribuinte sem, no entanto, identificar a matéria tributável ou, ainda, apurar o valor supostamente devido. Nessa senda, sequer o enquadramento legal foi devidamente apontado, vez que o auto se restringiu a indicar o dispositivo que trata genericamente da incidência do imposto sobre a circulação de mercadorias e o dever de recolhimento junto a rede bancária.

Pontua ser certo que o levantamento fiscal impugnado se ressentia de vícios à medida que não observa o disposto no artigo 39 do RPAF, o qual determina que este CONTERÁ de forma clara e sucinta a infração.

Afirma que não se deve ignorar que o dever do fisco de provar de forma clara e precisa “do que” e “por que” acusa o contribuinte, indicando o dispositivo legal que entende violado, sendo uma das condições para o regular exercício da ampla defesa e contraditório. Reitera que ao deixar duvidosa a acusação, limitando-se a reproduzir valores informados, sem sequer indicar a matéria tributável, o levantamento fiscal se ressentia das necessárias segurança e certeza cerceando o devido processo legal e incorrendo em nulidade.

Sustenta que merece reforma a decisão que de forma lacônica e desprovida de fundamentação deixou de apreciar de forma fundamentada o argumento do contribuinte, restringindo-se a consignar que o contribuinte não procedeu nos termos do artigo 54-A, embora tenha reconhecido de forma expressa que o lançamento se baseou na EFD, tendo o auditor se restringido a verificar o efetivo recolhimento dos valores previamente informados pelo contribuinte.

Nas questões de **mérito**. Discorre sobre a autuação em relação a decisão recorrida julgou improcedente a impugnação por entender que a atividade da Impress estaria enquadrada no item

13.05 da lista de serviços anexa a LC 116/2003, a qual expressamente prevê a incidência do ICMS.

Explica que, ignorou a decisão recorrida que a atividade da Impress se restringe ao trabalho de criação da arte e impressão o que é feito de forma **personalizada e sob encomenda** dos seus clientes. Apenas em etapa posterior, após a entrega ao cliente é que no processo de industrialização o mesmo passa a compor o produto final, quando então passa a estar sujeito a incidência do ICMS.

Reproduz a redação do item 13.05. Acrescenta dizendo que a atividade consiste em impressão de rótulos e etiquetas que são entregues ao cliente, destinatário final, para posterior utilização. Bem assim, em etiquetas para serem utilizadas como código de barras e outras formas de identificação. Assim, contesta que, ainda que ocorra a efetiva entrega do material (bobinas de rótulos e etiquetas impressas) fato é que a atividade preponderante não é a entrega em si (obrigação de dar), mas, o trabalho de composição gráfica, consistente na elaboração do layout, criação da matriz de impressão e posterior impressão e corte do material (obrigação de fazer).

Reproduz a Súmula nº 156 do STJ. Esclarece que não se trata de processo de industrialização sob encomenda de embalagens o qual consoante já decidiu o STF se submete a incidência do ICMS. Faz referência que a atividade da recorrente, consiste no processo de composição e impressão de rótulos e etiquetas, sendo que a cada composição é necessário criar layout, preparar o molde, as facas de corte, etc., de modo que o fazer prepondera sobre o dar, atraindo a incidência do ISS e afastando a do ICMS.

Ressalta que as discussões sobre a incidência de ISS x ICMS em operações mistas não são novas no direito brasileiro, sendo que, há muito o STF (*AgInt no AREsp 1121490/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2018, DJe 11/12/2018*) e o STJ (*RE 111566, Relator(a): RAFAEL MAYER, Primeira Turma, julgado em 25/11/1986, DJ 12-12-1986 PP-24667 EMENT VOL-01445-03 PP-00383*) decidiram que em casos de conflito, deve-se buscar a atividade preponderante.

A recorrente confecciona rótulos e etiquetas personalizados e sob encomenda que são entregues ao cliente, consumidor final, não havendo que se falar em comercialização ou industrialização, a qual, somente ocorre na etapa posterior.

Alega **erro no enquadramento da multa**. Diz que, ainda que se entenda pela incidência do ICMS na atividade desempenhada pela impugnante, é certo que a multa aplicada não merece prosperar, sendo que a fiscalização penalizou no disposto no artigo 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, limitando-se a dizer que o enquadramento estava correto por ter sido feito de acordo com a Lei nº 7014/96, no que foi seguido pela decisão recorrida a qual entendeu ser essa “uma tipificação de multa que se enquadra à situação posta nos autos”.

Disse que a aplicação da penalidade pressupõe uma conduta que se ajuste a uma hipótese previamente definida. Assim, “qualquer hipótese” não pode ser definida como conduta típica.

Faz pergunta: “Com efeito, qual a infração cometida? Ter enviado a EFD?”. Sustenta que não se deve perder de vista que em matéria de penalidade vigora o princípio da tipicidade cerrada, segundo a qual, o contribuinte somente pode ser penalizado se a sua conduta se enquadrar perfeitamente naquela descrita no tipo legal. Cita o ilustre Alberto Xavier (XAVIER, 1972, p. 328), reproduz o comando inserto no artigo 112 do CTN, segundo o qual em caso de dúvidas quanto a capitulação legal do fato DEVE-SE aplicar a interpretação mais favorável ao contribuinte e reafirma que a autuação se demonstra totalmente descabido lavrar auto de infração, quando este é DISPENSADO pela legislação, com o fim exclusivo de imputar multa de ofício.

Requer a improcedência da multa, de modo que, caso entenda o órgão julgador pela procedência da autuação, deverá ser afastada a aplicação de multa de ofício.

Finaliza requerendo que: **a)** acate as razões expostas, reformando a decisão recorrida, reconhecendo a nulidade do auto de infração; **b)** seja apreciado o mérito para julgar totalmente improcedente a autuação, para reformar a decisão expurgando a totalidade dos valores declarados pelo contribuinte do período considerado, notadamente a monta de R\$166.054,82.

É o relatório.

VOTO

Examinando os autos do processo, constato trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário em relação a decisão de piso lavrada através do Acórdão 4ª JJF nº 0110-04/21-VD, no que se diz respeito ao julgamento do auto de infração em lide.

Contemplando, inicialmente, o Recurso de Ofício interposto pela 4ª JJF, verifica-se que a desoneração parcial decorreu da comprovação trazidas em sede de defesa de que, lançamento efetuado em duplicidade pelo autuante no valor de R\$ 152.957,66, tendo em vista ter sido constituído o mesmo lançamento no Débito Declarado de nº 8500007159205, referente ao mês de junho de 2020.

Na informação fiscal, o autuante reconheceu a procedência de parte das alegações defensivas, efetuou a correção desses equívocos, excluindo o valor de R\$ 152.957,66 do mês 06/2020, tendo apurado o valor remanescente da exigência fiscal do auto para R\$ 1.212.451,16.

Não há reparo a fazer na decisão recorrida, pois a retificações foram feitas pelo próprio autuante e estão respaldadas em documentação probante acostado aos autos do processo.

Pelo exposto, voto pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Em sede de Recurso Voluntário o recorrente reitera todos os argumentos sustentados na impugnação: “**(I) - nulidade do auto de infração por ausência de elementos essenciais para assegurar a ampla defesa e contraditório; (II) invalidade do auto de infração tendo em vista o disposto no artigo 54-A do RPAF c/c 254 do RICMS/Ba; (III) não sujeição ao ICMS por se tratar de serviço de composição e impressão gráfica personalizada e sob encomenda; (IV) erro no enquadramento da multa por ausência de tipicidade**”.

Passamos a analisar por itens:

Nulidade do Auto de Infração por ausência de elementos.

Da análise do Recurso Voluntário, preliminarmente, rejeito o pedido de nulidade da Decisão, arguido pelo recorrente, em virtude de, ao contrário do quanto afirmado pelo sujeito passivo, a Decisão foi, sim, devidamente determinada, sendo que atende o livre convencimento formado pelo órgão julgador com embasamento nas provas e fatos trazidos pelo autuante, no que diz respeito ao lançamento de ofício, restando perfeitamente evidenciadas as razões da Decisão.

Inviabilidade do auto de infração tendo em vista o disposto no artigo 54 A do RPAF, c/c. art. 254 RICMS/BA

Verifico que o Auto de infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99, com sua base de cálculo, com total do débito levantado, com descrição dos fatos considerados como infração de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se apto a surtir seus efeitos jurídicos, não havendo nada que macule o seu lançamento.

Observo na ação fiscal em lide a constatação de divergência entre as Declarações e Apuração Mensal do ICMS enviadas, (DMA) e os arquivos da Escrituração Fiscal Digital - EFD apresentados pelo sujeito passivo. Observo ainda em que o Autuante, por meio de Termo de Intimação fiscal, intimou o sujeito passivo que apresentasse as retificações das DMA's de todo o período fiscalizado, entretanto, o contribuinte enviou as DMA's retificadoras somente do exercício de 2019, tais correções, deram fundamentação à constituição do lançamento fiscal por Débito Declarado (DD), quanto aos demais períodos, lançamento feito através do presente Auto de Infração.

Neste sentido, não cabe as razões recursais do sujeito passivo em relação ao procedimento fiscal adotado no lançamento, pois, o enquadramento tem amparo no entendimento sumulado pelo E. STJ, sob nº 436, e artigo 54-A do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999, onde não contém nenhum débito com data de ocorrência entre 31/01/2019 a 31/07/2020, já constituído pelo mencionado Débito Declarado de nº 8500007159205.

Não sujeição ao ICMS por se tratar de serviço de composição e impressão gráfica

personalizada e sob encomenda.

Verifico que o sujeito passivo não contesta os valores lançados pela autuação em lide, como também não traz aos autos nenhuma prova documental que só praticou serviços, a exemplo de contrato de prestação de serviços para só impressão, notas fiscais etc.

Diante das considerações acima, acompanho o entendimento da decisão de piso, que apresento abaixo trecho da decisão:

“Consta de informações complementares, que o Contribuinte Autuado fez apuração do ICMS nas suas EFD’s, porém, não recolheu o imposto aos cofres do Estado. Todavia, na peça de defesa, diz que a atividade exercida pela impugnante consiste em serviço de composição e impressão gráfica, personalizada e sob encomenda, de modo que, não se sujeita ao ICMS, nos termos da Súmula 156 do STJ abaixo transcrita:

Súmula 156 - STJ

A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS

Mais adiante, registra que é preciso esclarecer que não se trata de processo de industrialização sob encomenda de embalagens, o qual, consoante já decidiu o STF, se submete à incidência do ICMS.

Diz que a sua atividade consiste no processo de composição e impressão de rótulos e etiquetas, sendo que a cada composição é necessário criar layout, preparar o molde, as facas de corte, etc., de modo que o fazer, prepondera sobre o dar, atraindo a incidência do ISS e afastando a do ICMS.

Após citar ementas de decisões no STF e STJ sobre a incidência de ISS versus ICMS, diz que confecciona rótulos e etiquetas personalizados e sob encomenda que são entregues ao cliente, consumidor final, não havendo que se falar em comercialização ou industrialização, a qual, somente ocorre na etapa posterior.

Não obstante tais argumentos, vejo, à fl. 7 dos autos, informações extraídas dos “Dados Cadastrais” constantes do Sistema INC – Informações do Contribuinte o destaque do campo “Forma de Apuração do Imposto – C/CORRENTE FISCAL”, associado a essa informação vê-se como Atividade Econômica Principal – “CNAE 1821100 – Serviço de pré-impressão”, por sua vez como Atividade Secundárias – “CNAE 1812100 - Impressão de material de segurança”; “CNAE 1813099 - Impressão de material para outros usos” e “CNAE 5829800 - Edição integrada à impressão de cadastro, lista e de outros produtos gráficos”.

Compulsando então a Lei Complementar nº 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, com a alteração dada Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016, vê-se a seguinte redação do item 13.05, objeto da lista de serviço:

13.05 - Composição gráfica, inclusive confecção de impressos gráficos, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia e fotolitografia, exceto se destinados a posterior operação de comercialização ou industrialização, ainda que incorporados, de qualquer forma, a outra mercadoria que deva ser objeto de posterior circulação, tais como bulas, rótulos, etiquetas, caixas, cartuchos, embalagens e manuais técnicos e de instrução, quando ficarão sujeitos ao ICMS. (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

*Nos termos do Art. 1º da citada Lei Complementar nº 116, o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador; **entretanto, nos termos do § 2º do citado artigo, há de observar as ressalvas das exceções expressas na lista anexa**, onde os serviços nela mencionados, com ressalvas, ficam sujeitos ao ICMS.*

*No caso em tela, vê-se a ressalva clara e pontual do item 13.05 da Lista anexa à LC116/2003, que ao meu sentir, relaciona as atividades constantes dos “Dados Cadastrais” do Sistema INC – Informações do Contribuinte na SEFAZ/BA, e que, por isso, diferentemente do arguido pelo Autuado, **estão sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.***

Ademais, não se observa na peça de defesa qualquer outro elemento de prova documental, que possa sustentar sua arguição de que suas atividades desenvolvidas estariam sob a égide do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal – ISS, senão a afirmação de que sua atividade estaria amparada pela Súmula 156 do STJ, bem assim, a citação de ementas de decisões do STF e STJ sobre a incidência de ISS versus ICMS.

E sobre citações de ementas de decisões do STF e STJ, observo que este foro administrativo não tem competência para apreciação de decisão do Poder Judiciário, conforme assim preconiza o art. 167, inciso II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Por fim, há de se observar que o presente trabalho de Fiscalização foi executado com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD), e nas Notas Fiscais Eletrônicas (NFE's), constantes no banco de dados da SEFAZ-BA. Pois bem! Como aceitar a consideração de defesa de que tais operações estariam sob a égide do ISS, quando

são destacados ICMS pelo próprio Autuado, emitente do documento fiscal, ensejando o aproveitamento do crédito ao adquirente da operação transacionada. Não observo nos autos qualquer prova em contrário.

Assim, não resta dúvida de que as operações, objeto da presente autuação, estão, sim, sujeitas ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS.”

Erro no enquadramento da multa por ausência de tipicidade.

Verifico nos autos do processo que não cabe as alegações do sujeito passivo, tendo em vista que, o Autuante, enquadrou na penalidade legalmente emanada no disposto no artigo 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, pois se trata de descumprimento de obrigação tributária principal, sem dolo, que entendo, essa é uma tipificação de multa que enquadra à situação posicionado nos autos, conforme redação abaixo:

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:

f) quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa das previstas nesta Lei que importe descumprimento de obrigação tributária principal, em que não haja dolo, inclusive quando da utilização indevida ou antecipada de crédito fiscal;

O recorrente cita e alega que o Acórdão CJF nº 0295-11/19, da 1ª CJF, resta claro que o lançamento somente se justifica, na hipótese de haver necessidade de “dirimir controvérsias” a fim de “liquidar” o tributo declarado. Novamente cita e alega que embora em voto vencido, o Relator do Acórdão CJF Nº 0338-12/20-VD, da 2ª CJF, ratificando a decisão da 1ª JJF, entendeu pela nulidade de lançamento que se lastreou em valores declarados pelo contribuinte.

Verifico que o Acórdão CJF nº 0295-11/19, o lançamento foi reduzido por decadência para os fatos geradores ocorridos de janeiro a novembro de 2012, sendo aplicada a regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, por se tratar de operações em relação às quais ocorreu pagamento de parte do imposto, não se enquadrando na regra prevista no art. 173, inciso I do CTN, não tendo qualquer correlação com a autuação em lide. No tocante ao Acórdão CJF nº 0338-12/20-VD, foi constada a informação do próprio contribuinte da existência de um débito fiscal, a Fazenda Pública e posterior a lavratura de Auto de Infração, que foi mantido a cobrança do ICMS, apenas reduzindo a multa percentual de 60% para 50%, em julgamentos neste CONSEF.

Neste sentido, acolho as alegações do sujeito passivo para, de ofício, alterar a multa de 60% para 50%, prevista na previsão do art. 42, I da Lei nº 7.014/96.

Reproduz o artigo 18 do RPAF/BA estabelece a nulidade do lançamento que não tiver elementos para determinar com segurança a infração e o infrator. Destaca ainda que o lançamento se limitou a reproduzir os valores lançados na escrituração fiscal do contribuinte sem, no entanto, identificar a matéria tributável ou, ainda, apurar o valor supostamente devido.

Verifico que não tem fundamentação as alegações do sujeito passivo, tendo em vista que a autuação está dentro da legalidade prevista na legislação baiana, portanto mais uma vez rejeito a arguição de nulidade requerida pelo sujeito passivo. Vejamos abaixo transcrito o que reproduz no disposto do art. 18 do RPAF/99:

“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 conseqüentes.”

Nas questões de mérito.

Discorre sobre a autuação em relação a decisão recorrida julgou improcedente a impugnação por entender que a atividade da Impress estaria enquadrada no item 13.05 da lista de serviços anexa a LC 116/2003, a qual expressamente prevê a incidência do ICMS.

Verifico que em alegações de defesa ou recurso o sujeito passivo não traz qualquer elemento de prova documental, que possa sustentar sua arguição de que suas atividades desenvolvidas estariam sob o regime de apuração do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal – ISS, senão a afirmação de que sua atividade estaria amparada pela Súmula nº 156 do STJ.

Por fim, verifico ainda que o presente lançamento foi fundamentado com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD), informadas pelo sujeito passivo e nas Notas Fiscais Eletrônicas (NFE's), constantes no banco de dados da SEFAZ-BA, quando foram destacados ICMS pelo próprio Autuado, emitente do documento fiscal, motivando o aproveitamento do crédito ao adquirente da operação comercializada.

Neste sentido, concluo que as operações, objeto da presente lide, estão, sim, sujeitas ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, portanto, o lançamento do presente auto é devido.

Diante de tais considerações, não merece qualquer reparo a decisão de piso.

Voto pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário no sentido de reduzir a multa de 60% para 50%, prevista no art. 42, I, “a” da Lei nº 7.014/96 por entender que há julgados análogos deste Conselho de Fazenda, pois foi constada a informação do próprio contribuinte da existência de um débito fiscal.

Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e PROVIMENTO PARCIAL do 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 e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299430.0025/20-0, lavrado contra **IMPRESS SOLUÇÕES RÓTULOS E ETIQUETAS EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.212.451,16**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 1º de fevereiro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS