

PROCESSO - A. I. Nº 233080.0018/20-8
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NILZA CHAGAS DA SILVA
RECORRIDOS - NILZA CHAGAS DA SILVA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0044-02/22-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 14/09/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0215-12/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Valor reduzido por acolhimento de parte de elementos de provas apresentados na Impugnação e por incidência de decadência para ocorrências até 31/07/2015 em face do prazo previsto pelo art. 150, § 4º do CTN. Infração parcialmente subsistente. Rejeitada a nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário apresentados em relação à Decisão recorrida referente ao Auto de Infração lavrado em 27/06/20, para exigir ICMS no valor de R\$ 551.269,46, acusando a seguinte imputação:

***Infração 1 – 02.01.03.** Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. **Valor:** R\$ 551.269,46. **Período:** janeiro 2015 a dezembro 2017. **Enquadramento legal:** Arts. 2º, I e art. 32, da Lei 7014/96 C/C arts. 332, I do RICMS-BA. **Multa:** 60%, art. 42, II, “a” da Lei 7014/96.*

O autuado impugna o lançamento às fls. 22-57. Alegou a decadência para as ocorrências do período 01/01 a 29/05/2015 em face da constituição do crédito tributário ter ocorrido em 30/06/2020, passados mais de 5 anos da ocorrência dos fatos geradores.

Pontuou que a autuação não possui segurança na determinação da BC devido à: “**a**) a exação engloba produtos não tributáveis; **b**) aplica alíquota de 20% para produtos cosméticos para efeitos de incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, pois, exclusivamente, são “os produtos relacionados no Anexo Único desta Portaria..; **c**) aplica alíquota de 27% em operações com bebidas alcóolicas, infringindo a regra do art. 15 da Lei nº 7014/96, pois, diz, não há previsão legal para aplicação direta de 20% para produtos cosméticos, nem 27% para bebidas alcóolicas, de modo que o Auto de Infração deve ser julgado nulo ou improcedente”.

Rogou para princípios constitucionais (igualdade, capacidade contributiva, não confisco, razoabilidade e legalidade). Citou o art. 38 da Lei nº 9.784/99, Súmula nº 473 do STF e reproduzindo o art. 249 do CTN. Requereu reconhecimento da decadência para as ocorrências de 01/01 a 29/05/2015 e que seja julgado pela Nulidade ou Improcedência do Auto de Infração.

O autuante, em sua Informação Fiscal (fls. 60-61) reconheceu as alegações em relação de mercadorias sendo elaborado novos demonstrativos, reduzindo o valor da infração de R\$ 551.269,46 para R\$ 513.421,25.

Na manifestação do contribuinte às fls. 68-73, fez alusão à não apreciação da decadência, além das questões de vícios materiais suscitados, tendo o procedimento fiscal conduzido sem observância do formalismo jurídico. Conclui solicitação: **a**) reconhecimento da decadência; **b**) nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Na manifestação do autuante, o mesmo manteve integralmente a autuação.

Após as deliberações das partes, a JJF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração exige o valor de R\$ 551.269,46, acusando falta de recolhimento de ICMS em razão de ter escriturado operações tributáveis como não tributáveis.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme documentos de fls. 09 e 12, bem como do que se percebe na peça defensiva, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§ , 41, 42, 43, 44, 45 e 46 do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 04-09 e CD de fl. 10); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise, de modo que não se encontra no procedimento fiscal qualquer das irregularidades de forma genericamente suscitada pelo Impugnante, razão pela qual afasto a nulidade arguida.

Indo ao mérito do caso, de logo observo tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Para efeito homologatório dos prévios procedimentos efetuados pelo contribuinte, mediante uso do Sistema Integrado de Auditoria Fiscal – SIAF, ferramenta de auditoria de ICMS criado e desenvolvido por Auditores Fiscais da SEFAZ-BA com apoio do Instituto dos Auditores Fiscais do Estado da Bahia – IAF, o lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante decorre do confronto dos dados registrados pelo contribuinte e compostos no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, instrumento que unifica as atividades de recepção, validação, armazenamento e autenticação de livros e documentos que integram a escrituração contábil e fiscal dos contribuintes, mediante fluxo único, computadorizado, de informações empresariais com repercussões tributárias (Dec. nº 6.022/2007: Art. 2º).

Tem suporte probatório nos demonstrativos e documentos autuados (fls. 04-09 e CDs de fls. 10 e 63), cujas planilhas identifica: NF, data de emissão, número, chave de acesso, UF, NCM, descrição da mercadoria, quantidade, CFOP, valor item, BC ICMS, alíquota e vlr do crédito utilizado, alíquota e vlr do ICMS legal, valor do ICMS objeto da autuação.

Entendendo que a constituição do crédito tributário ocorreu em 30/06/2010 [30/06/2020] com a lavratura do Auto de Infração, o Impugnante pediu o reconhecimento da decadência para as ocorrências do período 01/01 a 29/05/2015, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN.

Considerando que: a) os fatos geradores objeto da exação foram regularmente escriturados e levados ao conhecimento do sujeito ativo; b) não há nos autos prova de dolo, fraude ou simulação na infração constatada; c) a constituição do crédito fiscal se completa com ciência do sujeito passivo a respeito do lançamento tributário que o constitui; d) a Intimação Fiscal ao sujeito passivo para ciência do AI foi efetuada via DTE em 30/07/2020 e que a ciência do sujeito passivo ocorreu de modo tácito na forma prevista no art. 108, III, do RPAF (fl. 12); f) a cobrança do ICMS relativo às operações resulta das apurações periódicas mensais concentradas no último dia de cada período, tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, ao caso é de se aplicar a regra especial para contagem do prazo decadencial contida no art. 150, § 4º, do CTN, qual seja, 5 (cinco) anos contados a partir da ocorrência do fato gerador, razão pela qual, ainda que devida a obrigação tributária, reconheço a impossibilidade da constituição de crédito tributário das ocorrências até 31/07/2015.

Assim, ainda que terminologicamente perceba equívoco do legislador na disposição do art. 156, V, do CTN (uma vez que só há falar em crédito tributário após sua constituição via lançamento tributário, o que não pode aqui ocorrer com relação aos fatos geradores até 31/07/2015), tenho por extintos os valores das ocorrências até 31/07/2015.

Como visto no relatório acima, excetuando a arguição de decadência, o contribuinte não se manifestou objetivamente acerca da exação, limitando-se a genericamente dizer que o lançamento do crédito tributário não possui segurança na determinação da base de cálculo, alegando que: a) a exação engloba produtos não tributáveis; b) aplica alíquota de 20% para produtos cosméticos para efeitos de incidência do adicional do

Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, pois, exclusivamente, são “os produtos relacionados no Anexo Único desta Portaria, bem como os artigos 15 e 16, da lei 7014/1996”; c) aplica alíquota de 27% em operações com bebidas alcóolicas infringindo a regra do art. 15 da Lei 7014/96, pois, diz, não haver previsão legal para aplicação direta de 20% para produtos cosméticos, nem 27% para bebidas alcóolicas, de modo que o AI deve ser julgado nulo ou improcedente.

A despeito disso, o Autuante, em sua Informação Fiscal (fls. 60-61), após sintetizar as alegações defensivas, afirmando ter verificado “a procedência do pleito da peça impugnatória”, revisou o procedimento fiscal e, produzindo novos demonstrativos, reduziu o valor da infração de R\$ 551.269,46 para R\$ 513.421,25.

Com entrega de cópia da Informação Fiscal e consequentes demonstrativos suporte ajustados, o sujeito passivo foi regularmente intimado. Por consequência, voltou aos autos às fls. 68-73. Nessa oportunidade, argumentando genericamente acerca de princípios constitucionais, sem objetivamente apontar quais, disse que “vários itens da DEFESA” não foram apreciados na Informação Fiscal.

Assim, considerando não caber a este órgão administrativo judicante apreciar questão de inconstitucionalidade nem a negativa de aplicação de norma legal vigente (RPAF: art. 167), com fundamento nos arts. 140 e 141 do RPAF, tendo como extintos os valores das ocorrências até 31/07/2015 por incidência do instituto jurídico da decadência, acolho o ajuste efetuado na exação por ocasião da Informação Fiscal para declarar a infração como parcialmente subsistente em R\$ 446.048,25.

RPAF:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

...

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

...

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Pelas expostas razões, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, com o seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr.	Data Vencto.	Base de Cálculo	Alíq %	Multa %	Vlr Histórico
Infração 01					
31/08/2015	09/09/2015	64.158,00	17,00%	60%	10.906,86
30/09/2015	09/10/2015	75.856,82	17,00%	60%	12.895,66
31/10/2015	09/11/2015	74.658,41	17,00%	60%	12.691,93
30/11/2015	09/12/2015	73.552,94	17,00%	60%	12.504,00
31/12/2015	09/01/2016	82.773,00	17,00%	60%	14.071,41
31/01/2016	09/02/2016	5.304,72	18,00%	60%	954,85
29/02/2016	09/03/2016	76.005,56	18,00%	60%	13.681,00
31/03/2016	09/04/2016	88.679,28	18,00%	60%	15.962,27
30/04/2016	09/05/2016	83.100,06	18,00%	60%	14.958,01
31/05/2016	09/06/2016	77.047,22	18,00%	60%	13.868,50
30/06/2016	09/07/2016	80.118,78	18,00%	60%	14.421,38
31/07/2016	09/08/2016	87.099,83	18,00%	60%	15.677,97
31/08/2016	09/09/2016	99.929,83	18,00%	60%	17.987,37
30/09/2016	09/10/2016	99.592,83	18,00%	60%	17.926,71
31/10/2016	09/11/2016	111.245,72	18,00%	60%	20.024,23
30/11/2016	09/12/2016	113.245,22	18,00%	60%	20.384,14
31/12/2016	09/01/2017	154.615,94	18,00%	60%	27.830,87
01/01/2017	09/02/2017	102.375,94	18,00%	60%	18.427,67
28/02/2017	09/03/2017	96.558,11	18,00%	60%	17.380,46
31/03/2017	09/04/2017	94.625,39	18,00%	60%	17.032,57
30/04/2017	09/05/2017	83.116,56	18,00%	60%	14.960,98
31/05/2017	09/06/2017	82.109,44	18,00%	60%	14.779,70
30/06/2017	09/07/2017	88.003,06	18,00%	60%	15.840,55
31/07/2017	09/08/2017	89.960,56	18,00%	60%	16.192,90
31/08/2018	09/09/2017	91.086,44	18,00%	60%	16.395,56
30/09/2019	09/10/2017	88.207,00	18,00%	60%	15.877,26
31/10/2017	09/11/2017	83.970,00	18,00%	60%	15.114,60

30/11/2017	09/12/2017	81.918,28	18,00%	60%	14.745,29
31/12/2017	09/01/2018	69.741,94	18,00%	60%	12.553,55
Total da Infração					446.048,25

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF/99.

Inconformado com a Decisão de piso, o representante do recorrente, Dr. Sonivan Moreira Borges, inscrito na OAB-BA nº 43.088, onde teceu suas razões recursais como segue:

Alega nulidade material dos demonstrativos do Auto de Infração não demonstram clareza, exatidão e a exação tributária precisa ter extrema segurança jurídica, ser líquida e certa por definição, principalmente no tocante aos dois demonstrativos confeccionados, como se chegou a BC do suposto imposto devido em cada ocorrência, sendo vícios insanáveis, caso claro de cerceamento do direito defesa do contribuinte.

Ainda na nulidade suscitada, pontua que o ilustre auditor elenca nos Demonstrativos: “*Falta recolhimento do ICMS - Operação tributada como não tributada (NF-e’s) - Lista de notas fiscais, Falta recolhimento do ICMS - Operação tributada como não tributada (ECF) - Lista de notas fiscais, produtos isentos do ICMS e sujeitos a antecipação/substituição tributária*”. Requer exclusão da autuação todos itens elencados no Demonstrativo de Mercadorias Isentas e Sujeitas ao Anexo 01 do Decreto nº 13.780/2012, anexo, por não serem produtos tributados, portanto não houve Falta recolhimento do ICMS.

Salienta que em vários produtos elencados nos Demonstrativos: Falta recolhimento do ICMS - Operação tributada como não tributada (NF-es) - Lista de notas fiscais, Falta recolhimento do ICMS - Operação tributada como não tributada (ECF) - Lista de notas fiscais, aplicou-se alíquota de 20%, infringindo a norma da Instrução Normativa nº 05/2016, que elenca os produtos cosméticos para efeitos da incidência do adicional do Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, serão considerados como cosméticos exclusivamente os produtos relacionados no Anexo Único desta Instrução Normativa, bem como os artigos 15 e 16 da Lei nº 7014/1996, a sistemática adotada de apuração dos créditos tributários, não tem amparo legal, contém vícios.

Destaca que foi elaborada Planilha Extraída do próprio Auto de Infração, no sentido de provar a tributação de 20% indiscriminadamente, ferindo as regras normativas de apuração do suposto Crédito Tributário.

Acrescenta que no mesmo sentido vários produtos elencados nos Demonstrativos: Falta recolhimento do ICMS - Operação tributada como não tributada (NF-es) - Lista de notas fiscais, Falta recolhimento do ICMS - Operação tributada como não tributada (ECF) - Lista de notas fiscais, foram tributados com a alíquota de 27%, mais uma vez os procedimento adotado para apuração dos créditos foi eivado de vícios, infringindo a regra do artigo 15 da Lei nº 7014/1996, os lançamentos dos créditos tributários não possui segurança jurídica na determinação da base de cálculo do suposto devido. Na mesma Planilha Extraída do próprio Auto de Infração, foi elencado também os produtos com a tributação de 27%, com sistemática de apuração do suposto Crédito Tributário, equivocada contrária as regras da legislação estadual vigente.

Ressalta que na Lei nº 7.014/1996 e no RICMS-BA, Decreto nº 13.780/2012, não tem previsão legal para aplicação da alíquota direta de 20% para os produtos cosméticos, bem como para tributar em 27% de forma direta, as bebidas alcoólicas incluídas nos demonstrativos da autuação.

Pondera que a CF impõe limites ao poder de tributar, ou seja, limites à invasão patrimonial do Estado na esfera do particular tendente à percepção do tributo, basicamente os princípios e das imunidades constitucionais tributárias e estão inseridas nos arts. 150, 151 e 152 da Carta Magna, dentre outros.

Discorre que o princípio genérico da igualdade está inscrito no art. 5º da CF, consagra a premissa de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Este princípio tributário veda o tratamento jurídico diferenciado de pessoas sob os mesmos pressupostos de fato, impede

discriminações tributárias, privilegiando ou favorecendo determinadas pessoas físicas e jurídicas.

Trouxe explicações históricas da Constituição Federal até a sua formação em 1988. Destaca que o art. 150, IV da CF, veda utilizar tributo com efeito de confisco e que, se um tributo é confiscatório ou não, deve-se analisar o mesmo sob o princípio da capacidade contributiva, que por sua vez, precisa ser examinado em consonância com o princípio da moderação ou da razoabilidade da tributação.

Refuta que o Procedimento Administrativo Fiscal há que está vinculado, sempre ao princípio da legalidade. Afirma que não pode a fiscalização interpretar incorretamente a ordem jurídica, perpetrar atos de gestão fiscal, que possam molestar o contribuinte, os atos de interpretação da lei, pela Administração tributária, serão sempre passíveis de revisão judicial. Desta forma, os lançamentos promovidos carecem de ser revistos, pois estão contaminados de vício material, ferindo os preceitos do art. 142 do CTN. Diz que a legislação estadual não pode dissentir de preceitos básicos erigidos à luz do art. 146 da Carta Magna.

Afirma que o PAF foi conduzido sem a observância ao formalismo jurídico, aspecto de grande importância no mundo do Direito, dado que o lançamento tributário é ato vinculado, no qual deve se verificar a ocorrência da situação jurídica tributária, conforme ela se desdobra no mundo fático. Roga pelo Princípio da Legalidade e diz que a matéria tributável tem que estar perfeitamente configurada, na forma como definida pela lei, caso contrário não é possível falar sobre a existência do fato gerador. Cita o artigo 38 da Lei nº 9.784/99, que dispõe: *“O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada de decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo”*.

Paramentariza entendimento na Súmula nº 473 do STF: *“A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em qualquer caso, a apreciação judicial”*, reafirmando que a Fazenda Pública constitui o crédito tributário, pré-requisito para proceder à cobrança dos valores devidos ao Fisco, encontra-se o CTN, a definição da forma pela qual se dá esse controle administrativo.

Sustenta restar claro e cristalino que que somente pode haver iniciativa de revisão de ofício da autoridade, nos casos previstos em lei (art. 149 do CTN). Quando não preenchido tal requisito, não há o direito ao fisco de revisão e indevida a cobrança do tributo com base nela lançado em caráter suplementar. Reproduz o artigo 156, I do CTN, entre outras formas nele previstas, só podendo ser revisto se o procedimento encontrar guarida no disposto no art. 149, o lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa.

Diante de todo o exposto, requer que seja julgado Nulo ou Improcedente. Protesta por todos os meios de provas em direito admitidas, especialmente prova documental, pericial e testemunhal, protesta pela posterior juntada de novos documentos.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício nos termos do artigo 169, I, “a” do RPAF/99 e Voluntário nos termos do art. 169, I, “b” contra a decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte em decisão unânime o Auto de Infração em lide, lavrado em 27.06.2020, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 551.269,46, por ter deixado de recolher ICMS, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis no período de janeiro de 2015 a dezembro de 2017.

Da análise do Recurso de Ofício, verifico que houve desoneração com a redução do valor histórico de R\$ 551.269,46 para R\$ 446.048,25, devido as seguintes ocorrências:

- 1) Quanto as comprovações em sede de defesa da autuada pela falta de recolhimento de tributadas como não tributadas. A mesma traz uma relação de mercadorias que, segundo o seu entendimento são mercadorias elencadas nos artigos 264 e 265 e anexo do RICMS/2012. O autuante, após análise acata parcialmente as alegações da autuada, elabora novos demonstrativos, reduzindo a infração de R\$ 551.269,46 para R\$ 513.421,25, o qual concordo;
- 2) Quanto ao Reconhecimento da decadência suscitadas e reconhecidas pela JJF para as ocorrências do período 01/01 a 29/05/2015, com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, tendo em vista a ciência da constituição do crédito tributário ter ocorrido 30.06.2020.

Em relação a decadência suscitada pela Autuada, comungo com o voto do nobre relator de piso, o qual transcrevo abaixo na íntegra, tendo em vista que:

“a) os fatos geradores objeto da exação foram regularmente escriturados e levados ao conhecimento do sujeito ativo;

b) não há nos autos prova de dolo, fraude ou simulação na infração constatada;

c) a constituição do crédito fiscal se completa com ciência do sujeito passivo a respeito do lançamento tributário que o constitui;

d) a Intimação Fiscal ao sujeito passivo para ciência do AI foi efetuada via DTE em 30/07/2020 e que a ciência do sujeito passivo ocorreu de modo tácito na forma prevista no art. Art. 108, III, do RPAF (fl. 12);

e) a cobrança do ICMS relativo às operações resulta das apurações periódicas mensais concentradas no último dia de cada período, tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, ao caso é de se aplicar a regra especial para contagem do prazo decadencial contida no art. 150, § 4º, do CTN, qual seja, 5 (cinco) anos contados a partir da ocorrência do fato gerador, razão pela qual, ainda que devida a obrigação tributária, reconheço a impossibilidade da constituição de crédito tributário das ocorrências até 31/07/2015.

Assim, ainda que terminologicamente perceba equívoco do legislador na disposição do art. 156, V, do CTN (uma vez que só há falar em crédito tributário após sua constituição via lançamento tributário, o que não pode aqui ocorrer com relação aos fatos geradores até 31/07/2015), tenho por extintos os valores das ocorrências até 31/07/2015. ”

Considerando, que na informação fiscal, o autuante reconheceu a procedência de parte das alegações defensivas, efetuou a correção desses equívocos e refez o demonstrativo analítico nos autos (fls. 60 a 61), tendo apurado o valor remanescente da exigência fiscal do auto de infração de R\$ 513.421,25.

Considerando que a ciência via DTE ocorreu em 30/07/2020, e não 30/06/2020, conforme alegado pela defesa, entendo que no caso em lide, trata-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação com enquadramento no art. 150, § 4º do CTN, e, que a contagem do prazo decadencial é de 5 anos contados a partir do fato gerador, razão pela qual concluo que, ficam excluídos os lançamentos dos créditos tributários com ocorrência até 31.07.2015.

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

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

Da análise do Recurso Voluntário, verifico que inconformada com a decisão de piso que julgou pela Procedência em Parte em decisão unânime a recorrente, reitera as alegações de defesa, inicialmente requerendo a nulidade do auto, e em seguida tece suas razões recursais que passamos a analisar por itens requeridos:

Inicialmente passo a analisar o pedido de diligência onde a recorrente alega de haver necessidade da realização de perícia.

Tomando como base o disposto do art. 147, I, “a” do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência, em vista das provas produzidas nos autos, bem como, diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas

ao Autuado, não restou dúvida quanto aos cálculos contidos nos demonstrativos elaborados pelo Autuante, em razão disso, indefiro o pedido de diligência formulado pela recorrente.

No tocante as outras alegações suscitadas em sede de recurso, continuo a analisar a seguir:

- 1- Quanto ao pedido de nulidade material sob a alegação de que os demonstrativos do Auto de Infração não demonstram clareza, exatidão e a exação tributária precisa ter segurança jurídica, líquida e certa para definição da base de cálculo.

Constato que o Auto de infração foi lavrado com a estrita observância dos ditames contidos no art. 39 do RPAF/99 com a descrição dos fatos, estes considerados como infração das obrigações tendo sido apresentados de forma clara, precisa e sucinta, encontrando-se aptos a surtir seus efeitos jurídicos, não encontrado qualquer vício que possa macular o PAF em análise, de maneira que não acolho as nulidades suscitadas pela recorrente.

- 2- Quanto a alegação de que, vários produtos elencados nos Demonstrativos, aplicou-se alíquota de 20%, infringindo a norma da Instrução Normativa nº 05/2016, que elenca os produtos cosméticos, para efeitos da incidência do adicional do FECEP. Ressalta ainda que na Lei nº 7.014/1996 e no RICMS-BA, Decreto nº 13.780/2012, não tem previsão legal para aplicação da alíquota direta de 20% para os produtos cosméticos, bem como para tributar em 27% de forma direta, as bebidas alcoólicas.

Neste sentido, verifico que não prospera as alegações da recorrente, tendo em vista que a cobrança do adicional de 2% (Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza - FECEP), tem amparo no art. 16-A da Lei nº 7014/96, instituído pela Lei nº 13/461 de 10/12/15 com efeitos a partir de 10/03/2016, que determinou:

“Art. 16-A. As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII do art. 16, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

Parágrafo único. Em relação ao adicional de alíquota de que trata este artigo, observar-se-á o seguinte:

I - incidirá, também, nas operações com ... cosméticos, ”

Para bebidas alcoólicas tem a previsão legal no art. 15, II “b” com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII, do art. 16 da Lei nº 7.014/96.

Diante de tais considerações, entendo que a aplicação da alíquota de 20% em relação aos produtos de cosméticos e 25% para bebidas alcoólicas, adicionadas de dois pontos percentuais no que se refere ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, estão corretamente aplicadas na presente infração.

- 3- Quanto a alegação de que a CF impõe limites ao poder de tributar, basicamente nos princípios das imunidades constitucionais tributárias que estão inseridas nos arts. 150, 151 e 152 da Carta Magna, dentre outros.

Observo tratar-se de cobrança fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (art. 150, CTN) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, incluindo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial.

No caso em lide, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são considerados na apuração do saldo porventura devido e, neste sentido, na imposição de penalidade, ou sua graduação com amparo no artigo 150, §§ 2º e 3º do CTN.

- 4- Quanto a alegação de que o art. 150, IV da CF, veda utilizar tributo com efeito de confisco e que, se um tributo é confiscatório ou não, deve-se analisar o mesmo sob o princípio da capacidade contributiva, que por sua vez, precisa ser examinado em consonância com o

princípio da moderação ou da razoabilidade da tributação.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

- 5- Aduz a Autuada que a fiscalização não pode interpretar incorretamente a ordem jurídica, quer seja, perpetrar atos de gestão fiscal que possam molestar o contribuinte, indo, assim, de encontro ao princípio da legalidade. Todavia, os lançamentos promovidos carecem de serem revistos, visto que, estão contaminados de vício material, ferindo os preceitos do art. 142 do CTN. Cita o entendimento na Súmula nº 473 do STF.

Verifico, que não cabe razões aos argumentos da recorrente, tendo em vista que as citações dos art. 142 do CTN, bem como, a Súmula nº 473 do STF, transcritos abaixo não socorre a autuada, fato que, restou comprovado não ter conexão com a autuação, não havendo violação a legislação tributária pretendida.

Art. 142 CTN.

“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”

SÚMULA 473 do STF

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. ”

- 6- Quanto a alegação que dispõe no artigo 156, I do CTN, entre outras formas nele previstas, só podendo ser revisto se o procedimento encontrar guarida no disposto no art. 149, o lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa.

Nos termos do disposto no artigo 156, inciso I do CTN, o pagamento é uma das formas de extinção do crédito tributário. Por seu turno, o artigo 122, inciso I do RPAF/99, prevê que se extingue o processo administrativo fiscal com a extinção do crédito tributário exigido. Com base nesses dois dispositivos legais, os itens da infração não foram objetos do pedido de parcelamento e ou pagamento, portanto, não socorre a recorrente pois não encontra guarida no art. 149 do CTN.

- 7- Por fim requer que seja julgado Nulo ou Improcedente. Protesta por todos os meios de provas em direito admitidas, especialmente prova documental, pericial e testemunhal, e protesta pela posterior juntada de novos documentos.

Considerando que as alegações recursais não se mostram capazes de modificar a decisão recorrida, vez que não traz aos autos dos processos comprovação documental que possa elidir a autuação, se baseado apenas em teses jurídicas.

Considerando, que a autuação está revestida das formalidades exigidas encontra-se respaldada nos dispostos do art. 39 do RPAF/BA, portanto com efeitos jurídicos.

Considerando, que não cabe a este órgão julgador administrativo apreciar a questão de inconstitucionalidade conforme determina o art. 167 do RPAF/BA, com fundamento nos arts. 140 e

141 do RPAF.

Considerando que agiu corretamente a decisão de piso, em acatar as reduções comprovadas pelo autuante, bem como, acolher a extinção dos valores das ocorrências até 31/07/2015 por incidência da decadência.

Voto pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

Concluo em manter a decisão de piso, que julgou PROCEDENTE EM PARTE, reduzido o lançamento fiscal do valor histórico de R\$ 551.269,46 para R\$ 446.048,25

Diante de tais considerações, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário apresentados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **23308.0.0018/20-8**, lavrado contra **NILZA CHAGAS DA SILVA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 446.048,25**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

ANTONIO DIJALMA LEMOS BARRETO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE- REPR. DA PGE/PROFIS