

PROCESSO	- A. I. Nº 299131.0011/20-7
RECORRENTE	- COMERCIAL DE ALIMENTOS STEPHANE LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0221-02/21-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / INFRAZ CENTRO-NORTE
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 21/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0318-12/22-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. SAÍDAS DE MERCADORIAS ATRAVÉS DE CUPOM FISCAL. Refeitos os cálculos decorrente de diligência realizada pelo autuante, cujo resultado foi dada a ciência a autuada, sem que tenha se manifestado. Rejeitada a nulidade suscitada. Pedido de dispensa ou redução de multa concernente a infração de obrigação principal, por equidade, conforme o disposto no § 8º, do caput do art. 42 da Lei nº 7.014/96, indeferido por ter sido tal dispositivo revogado pela Lei nº 12.605, de 14/12/2012, com efeitos a partir de 15/12/2012 e por se tratar multa por descumprimento de obrigação principal. Decretada, de ofício, houve um erro material no Demonstrativo de Débito lançado, oportunidade que retifico para o valor correto, com base no artigo 164, parágrafo 3º da Lei nº 7.629/99. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto pela autuada em razão do Acórdão 2ª JJF Nº 0221-02/21-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, lavrado em 30/09/2020, formaliza a exigência de crédito tributário de R\$ 128.785,09, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, inc. II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da infração a seguir descrita:

INFRAÇÃO 01 – 02.01.03 – Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, apuradas nos períodos de janeiro a dezembro de 2016.

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/c art. 332, inc. I do RICMS/2012.

O autuante adicionalmente informa: “Débito Menor Falta Recolhimento ICMS Trib. Como não Trib. ECF – Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis observado nas vendas através de cupom fiscal em 2016”.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 23/11/2021(fls. 143/159) e julgou o auto de infração Procedente em Parte, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

“VOTO

Auto de Infração em análise imputa ao sujeito passivo a acusação de ter cometido uma infração à legislação do ICMS, tempestivamente impugnada.

O contribuinte teve ciência do início da ação fiscal em 14/07/2020, quando da leitura da mensagem 166140, posta via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, o intimando a apresentar livros e documentos e/ou prestação de informações, atendendo ao previsto no art. 28 do RPAF/99.

Os demonstrativos sintéticos e o analítico que dão suporte a exação, foram elaborados pelo autuante de forma clara e objetiva, contendo os elementos necessários a identificação das operações arroladas e a cognição da infração imputada. Esses demonstrativos estão apensados aos autos na forma impressa, fls. 09 a 78, e gravados em arquivos eletrônicos na mídia – CD, fl. 79, tendo sido comunicado a sua remessa, via CORREIOS, ao contribuinte, via DT-e, mensagem 177583, fl. 81-A, postada em 01/10/2020, sem data de leitura, portanto, considerada recebida tacitamente em 07/10/2020, de acordo com o estabelecido no art. 127-D, parágrafo único, inc. III da Lei nº 3.956/81 – COTEB:

Art. 127-D. Fica instituída a comunicação eletrônica entre a Secretaria da Fazenda e o sujeito passivo de tributos estaduais por meio de portal de serviços na rede mundial de computadores, denominado Domicílio

Tributário Eletrônico - DT-e, sendo que: (...)

Parágrafo único. A comunicação eletrônica nos termos deste artigo será considerada pessoal para todos os efeitos legais, observando-se o seguinte: (...)

III - caso o acesso não seja realizado no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de seu envio, será considerada realizada no dia útil seguinte ao término desse prazo;

Considero tal informação imprescindível na apreciação da preliminar de nulidade arguida pela defesa que se fundamentou em um único argumento, o de não ter recebido as cópias do Auto de Infração, tampouco dos demonstrativos sintético e analítico, fato que atribui o empecilho de se defender de forma adequada.

Aduz ainda em favor da pretensa nulidade, que a situação descrita na infração não caracteriza fato gerador do ICMS, portanto, não resta caracterizada e não existe nos autos qualquer elemento que possa determiná-la com segurança, especialmente a sua base de cálculo.

Aponta como agravante que a autuação omite a indicação de como foi encontrada a base de cálculo do imposto, limitando-se a indicar um suposto débito com base em um demonstrativo que nada explica, aponta valor aleatório, lhe imputando um verdadeiro exercício de adivinhação.

Adicionalmente, argui que os livros fiscais tomados isoladamente, não garantem uma cobrança real de ICMS, ou seja, trata-se de uma prova incompleta e não serve para embasar a cobrança, uma vez que não reflete a sua realidade empresarial.

Os fatos narrados pela autoridade fiscal e os documentos aportados aos autos, conduzem a conclusões contrárias à tese da defesa, uma vez que todos os argumentos demonstram e provam claramente que o contribuinte recebeu a cópia do Auto de Infração e dos demonstrativos, senão não seria capaz de combater a infração apontada com tanta assertividade, como o fez.

Considero que o relato da autoridade fiscal referente as tentativas de notificar o sujeito passivo da lavratura do Auto de Infração, lançando mão das variadas formas legais para lhe entregar as cópias do Auto de Infração e dos papeis de trabalho, demonstram o esforço empreendido para concretizar tal tarefa, tendo utilizado todos os meios disponíveis e possíveis para tal intento, como o uso do e-mail institucional, mensagens postadas via Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, aplicativos de comunicação instantânea, largamente utilizado, e por fim, o envio pelos CORREIOS, através de AVISO DE RECEBIMENTO - AR, tentativa essa, que não se tem certeza que frutificou ou não, em razão da não devolução do AR, assinado pelo destinatário.

De qualquer forma, para sanar tais dúvidas e consolidar a corretteza do processo administrativo, novos demonstrativos analítico e sintético foram elaborados pelo autuante, no cumprimento da diligência determinada por esta Junta de Julgamento Fiscal, em conformidade com o § 1º do art. 18 do RPAF/99, tendo sido encaminhados ao contribuinte via CORREIOS e recebido por ele, conforme cópia do AVISO DE RECEBIMENTO, fls. 132 e 133, oportunidade que foi reaberto o prazo de defesa, sem que o contribuinte tenha se manifestado.

Quanto a demonstração da apuração da base de cálculo do imposto, ora exigido, não pode tal arguição prosperar, pois o demonstrativo analítico, é de clareza solar e expõe todos os dados necessários a identificar as operações arroladas a saber: data e CFOP da operação, código e descrição do produto, valores de cada item, do desconto, a base de cálculo do ICMS, alíquota, valor calculado do imposto e a diferença não recolhida, tendo sido demonstrada a fórmula de cálculo de todos os valores.

E não se diga que o contribuinte desconhece as operações, pois, todos os dados que serviram de base para a aplicação do regular roteiro de auditoria, decorrem dos registros da Escrituração Fiscal Digital – EFD do contribuinte, por ele elaborada e transmitida à RECEITA FEDERAL DO BRASIL, assim com os documentos fiscais por ele emitidos e registrados.

Ressalto que o fiscal baseou-se tão-somente no próprio SPED- Fiscal do contribuinte, e que nos termos da legislação vigente, art. 226, do Código Civil brasileiro, “Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vínculo extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios”, ademais de inteiro conhecimento do contribuinte.

Por fim, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara. É possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Observo ainda que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vínculo ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Destarte, rejeito a arguição de nulidade suscitada.

O pedido de realização de diligência e perícia restam prejudicados, face a diligência realizada.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito à falta de recolhimento do ICMS em razão de ter sido constatada pelo autuante que o contribuinte praticou operações tributáveis como se não fossem tributáveis, regularmente escrituradas.

O sujeito passivo não contestou o lançamento após a ciência do refazimento do levantamento procedido pelo autuante em cumprimento a diligência, fato que caracteriza sua tácita aceitação.

Portanto, sem nada mais ter que reparar quanto ao procedimento fiscal, inclusive a revisão levada a efeito, sendo regularmente ajustada nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/99, acolho o ajuste efetuado reduzindo o valor da infração para R\$ 122.137,52 e com fundamento nas disposições dos artigos 140 e 141 do citado regulamento, tenho a infração como parcialmente subsistente, conforme demonstrativo de débito abaixo.

Data Ocorrência	Data Vencimento	Valor Histórico - R\$
31/01/2016	09/02/2016	23.262,40
29/02/2016	09/03/2016	25.845,47
31/03/2016	09/04/2016	18.080,79
30/04/2016	09/05/2016	8.218,51
31/05/2016	09/06/2016	6.565,32
30/06/2016	09/07/2016	6.823,25
31/07/2016	09/08/2016	7.451,49
31/08/2016	09/09/2016	8.273,87
30/09/2016	09/10/2016	5.537,50
31/10/2016	09/11/2016	3.859,43
30/11/2016	09/12/2016	3.620,63
31/12/2016	09/01/2017	4.598,86
Total		122.137,52

Quanto a insurreição da autuada contra à multa exigida, alegando se configurar confiscatória e inconstitucional, observo que a penalidade sugerida é aquela legalmente prevista para a irregularidade apurada.

Ademais, não se inclui na competência deste e demais órgãos julgadores administrativos, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, inc. I, do RPAF/99.

Em relação ao pedido de a dispensa da multa por equidade, informo que tal prerrogativa legal prevista no § 8º do caput do art. 42 da Lei nº 7.014/96, ou seja: “§ 8º Poderá ser proposta ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF) a dispensa ou redução de multa concernente a infração de obrigação principal, por equidade, conforme o disposto em regulamento.”, foi revogado pela Lei nº 12.605, de 14/12/2012 com efeitos a partir de 15/12/2012, portanto, inaplicável ao caso presente ainda mais por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal.

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

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 164/177, mediante o qual aduz o seguinte.

De primeiro alega, que não lhe foi disponibilizado o inteiro teor do acórdão objeto do presente recurso, porque o mesmo foi enviado em 03/01/2022, através de e-mail com apenas a Ementa do julgado, não sendo anexado nenhum arquivo adicional. Acrescenta que, também não houve a intimação do julgamento, via correspondência, por AR. Finaliza aduzindo que apenas sabe que o julgamento foi procedente em parte, mas que não conhece do conteúdo da procedência nem o da improcedência, necessário para a realização do real direito de defesa recursal.

Em seguida, alude que diante da ausência do conteúdo do julgamento para não perder o prazo recursal apresenta seu recurso com a transcrição da impugnação já apresentada na 1ª Instância.

Coloca que a autuação não demonstra a base de cálculo utilizada, nem como foram apurados os números, sendo, portanto, violado o princípio da tipicidade cerrada, que impõe a subsunção do fato concreto do tipo, ou seja, deve se enquadrar no tipo legal para que possa ser aplicado.

E, complementa que não pode a autoridade fiscal fazer a “sua própria legislação”, sendo contrário ao princípio da segurança jurídica, do devido processo legal e da ampla defesa, que exigem uma acusação clara e precisa e não uma exigência tributária em desconformidade com a lei.

Acrescenta, que em nenhum momento a empresa/Recorrente se opôs a prestar informações e que a autoridade fiscal tinha a obrigação de repassar os documentos da fiscalização, individualizados por infração, o que não aconteceu no caso dos autos, porque onde as planilhas fornecidas pelo Auditor se referem a cupons fiscais referentes a tomates, que se trata de produto comprado com isenção e sem crédito de ICMS e vendido sem débito do referido imposto, o que não pode ser imputado de venda de mercadoria tributada como não tributada, nem tampouco de utilização indevida de crédito.

E que ademais, os lançamentos efetuados, pela fiscalização não corresponde à verdade dos fatos, sendo imprestável para a prova da respectiva operação da autuação. Sendo, portanto uma prova nula, que não pode ser utilizada na base de cálculo do ICMS. Aduz que os valores descritos não

correspondem aos valores contábeis, e que são inidôneos. E que tal fato, impossibilitou o Autuado /Recorrente a encontrar a real origem da base de cálculo, trazendo prejuízo ao seu direito de defesa, vez que os demonstrativos apresentados pelo fiscal são emprestáveis para defesa, porque não são autoexplicativos e não são claros, são valores desconexos, sem nenhuma vinculação aos supostos ilícitos.

Finaliza, pedindo a nulidade do lançamento por falta de descrição dos fatos considerados infrações tributárias principal e acessória, e do auto de infração por falta de indicação de como foi encontrada a base de cálculo.

E quanto a multa imposta alega que houve confisco e violou o entendimento do STF (RE 91.707), que considera inconstitucional multa em valor superior a 30% do valor do débito e que no caso dos autos a multa aplicada foi de 60% do valor supostamente devido. E que a mesma deve ser nula ou alternativamente seja imputada em valor menor.

É o relatório.

VOTO

Não há como prosperar a preliminar de nulidade da intimação para interposição do recurso, porque ao contrário do que afirma o Recorrente, nos autos há comprovação da intimação (fl.159) do julgamento pela empresa com o envio da cópia do acordão, os quais foram postados remetidos para o Patrono do Autuado, através de carta com Aviso de Recebimento (AR), conforme comprovantes de rastreamento (fls. 160 a 162), com data de previsão de entrega em 22/02/2022.).

Passo a análise do mérito recursal.

O auto de infração trata:

INFRAÇÃO 01 – 02.01.03 – *Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, apuradas nos períodos de janeiro a dezembro de 2016.*

A acusação fiscal diz respeito à falta de recolhimento do ICMS em razão de ter sido constatada pelo autuante que o contribuinte praticou operações tributáveis como se não fossem tributáveis, regularmente escrituradas.

O apelante aduz que a situação descrita pelo Fiscal no auto de infração não caracteriza fato gerador do ICMS, e não há como saber a real base de cálculo do ICMS aplicada.

Com a leitura dos autos constato que na fiscalização existe elemento capaz de identificar a base de cálculo utilizada, e que o Fiscal não se eximiu de entregar ao autuado os seus papeis de trabalho, e até realizou novos demonstrativos analíticos e sintéticos, em cumprimento a diligência determinada no PAF, pela JJF, com a reabertura do direito de defesa (carta com AR, fls. 132 e 133).

Assim, não há mais o que falar quanto a clareza da base de cálculo aplicada pela fiscalização, que de forma expressa aponta as operações aplicadas. Ademais, as mesmas foram retiradas dos registros da Escrituração Fiscal Digital – EFD do Contribuinte/Recorrente, por ele elaborada e transmitida a Receita Federal do Brasil. Assim, não tenho dúvida de que o Auditor Fiscal aplicou as informações do próprio SPED FISCAL do Contribuinte, que são provas, previstas na legislação art. 226 do Código Civil, *in verbis*:

“Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vínculo extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios”

Pelo exposto, tenho que o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer víncio ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração. Assim quanto a esse ponto não merece acolhida a tese do recorrente, porque na Fiscalização é possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Além disso, o Recorrente não impugnou o lançamento após a ciência do seu refazimento pelo Autuante em cumprimento a diligência, o que configure sua tácita aceitação.

Sendo assim, entendo por correto o acolhimento pela JJF que acatou o valor reduzido da infração

para R\$ 122.137,52 e considerou subsistente em parte a infração, na planilha posta no voto, que ora transcrevo:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Valor Histórico - R\$
31/01/2016	09/02/2016	23.262,40
29/02/2016	09/03/2016	25.845,47
31/03/2016	09/04/2016	18.080,79
30/04/2016	09/05/2016	8.218,51
31/05/2016	09/06/2016	6.565,32
30/06/2016	09/07/2016	6.823,25
31/07/2016	09/08/2016	7.451,49
31/08/2016	09/09/2016	8.273,87
30/09/2016	09/10/2016	5.537,50
31/10/2016	09/11/2016	3.859,43
30/11/2016	09/12/2016	3.620,63
31/12/2016	09/01/2017	4.598,86
Total		122.137,52

No que tange a alegação de que a multa é confiscatória e inconstitucional, não se inclui na competência deste CONSEF e demais órgãos julgadores administrativos, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, inc. I do RPAF/99.

Não acolho o pedido de redução da multa considerando-se que a multa aplicada está devidamente amparada no Artigo 42 da Lei nº 7.014/96, não tendo este CONSEF autoridade para reduzir a multa aplicada. Ressalto que conforme Artigo 45, inciso II da Lei nº 7.014/96, a multa será reduzida em 35% se o auto for pago antes da inscrição em dívida ativa.

Verifico que no relatório Demonstrativo de Débito (fl.155), emitido pelo SIGAT, o valor total é de R\$ 116.137,52, quando o valor correto da autuação é de R\$ 122.137,52. A divergência ocorreu na competência 04/2016, no SIGAT consta indevidamente na coluna Valor Julgado o montante de R\$ 2.218,51, quando o valor correto é R\$ 8.218,51, conforme Informação fiscal fl. 125. Considerando-se que houve um erro material no Demonstrativo de Débito, aproveito a oportunidade e retifico, de ofício, com base no artigo 164, parágrafo 3º da Lei nº 7.629/99, considerando o valor total correto é de R\$ 122.137,52, conforme decidido no Acordão nº 0221-02/21-VD (fl. 154).

Assim, não merece acolhida a alegação recursal.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 EM PARTE o Auto de Infração nº 299131.0011/20-7, lavrado contra COMERCIAL DE ALIMENTOS STEPHANE LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 122.137,52, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 19 de outubro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOMÉ ARRUTY – RELATOR

MARCELO CARDOSO DE ALMEIDA MACHADO – REPR. DA PGE/PROFIS