

PROCESSO - A. I. 206881.0023/22-9
RECORRENTE - ESQUINA CAJAZEIRAS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0112-03/23-VD
ORIGEM - DATA METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 19/12/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0341-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. A simples negativa de cometimento da infração não desonera o contribuinte do ônus de comprovar o não cometimento da infração. O Autuado não consegue elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Preliminar de nulidade rejeitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo autuado em razão da decisão contida no Acórdão 3ª JJF **0112-03/23-VD** relativo ao Auto de Infração em tela, lavrado 29/09/2022, tem como fundamento a falta de recolhimento de imposto nos prazos regulamentares do ICMS, no valor R\$ 232.653,27, acrescido da multa de 60%, prevista na alínea "f", do inciso II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Detalhadamente, demonstrado às fls. 10/31 e no CD presente na fl. 33.

A cobrança contém apenas uma infração:

***Infração 01 - 002.001.002.** Falta de recolhimento nos prazos regulamentares de ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de setembro a dezembro de 2020.*

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) apreciou a lide no dia 15/06/2023 e julgou o Auto de Infração Procedente, por unanimidade. O acórdão foi fundamentado nos seguintes termos:

VOTO

"De início, analisando todos os elementos que compõem o presente PAF, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em consonância com a legislação de regência. A irregularidade apurada afigura-se devidamente demonstrada no levantamento fiscal, que serve de base ao Auto de Infração, tendo sido dada ciência ao contribuinte, fl. 02, lhe possibilitando defender-se, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. A apuração da exigência fiscal se encontra em conformidade com o fato descrito no corpo do Auto de Infração.

No que concerne à alegação da defesa, de que a autuação é nula pela falta de demonstração dos fatos que ensejaram o ato administrativo, ou seja, não foi demonstrada de forma satisfatória a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente. Sustentou também que não foram indicadas quais as operações foram base do fato gerador do lançamento do ICMS objeto do presente Auto de Infração. Alegou também que não foram demonstrados os motivos que culminaram na exação.

Ao compulsar as peças que compõem os presentes verifico que não assiste razão ao Impugnante, uma vez que resta claro nos presentes autos que a irregularidade apurada, como bem expressa na acusação fiscal e nos demonstrativos que explicita e discrimina a origem do débito, cuja cópia lhe fora entregue. Tendo sido claramente evidenciado na descrição dos fatos que o Autuado excluiu do Simples Nacional, fl. 37, deixou de apresentar a Escrituração Fiscal Digital - EFD, tendo sido o ICMS devido apurado através de levantamento fiscal, fl. 10, consoante demonstrativo pormenorizado indicando cada operação que resultou nos valores apurados, cuja cópia lhe fora entregue, fl. 02.

Logo, a acusação fiscal se configura e decorre de constatação direta da falta de recolhimento nos prazos regulamentares na escrituração realizada pelo próprio autuado, inexistindo, portanto, a ausência de demonstração da ocorrência do fato gerador e, muito menos, a falta de motivação da acusação fiscal. Não vislumbro também nos presentes autos, qualquer ofensa aos princípios que regem o processo administrativo fiscal.

Nesse sentido, no que tange às questões formais, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração, encontrando-se definidos, o

autuado, o montante devido e o fato gerador do débito tributário exigido. Portanto, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, não estão incursos em quaisquer das hipóteses do art. 18, do RPAF-BN99, para se decretar a nulidade da autuação.

Pelo expendido refuto a preliminar de nulidade suscitada.

No mérito, o Auto de Infração trata da falta de recolhimento nos prazos regulamentares de ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

Constam do CD, fl. 33, demonstrativos com cópia entregue ao Autuado, como se verifica à fl. 02, explicitando todas as operações realizadas no período de apuração com base na documentação fiscal. O Defendente em sua Impugnação, mesmo tendo recebido cópia do demonstrativo de apuração explicitando a origem do débito apurado, não apresentou qualquer inconsistência nos valores exigidos.

Em suas razões de Defesa o Impugnante, alegou que foi desconsiderado o princípio da não-cumulatividade, uma vez que a fiscalização considerou como indevidos os créditos fiscais.

Entendo que não deve prosperar esse pleito do Autuado, haja vista que os créditos fiscais decorrentes das operações de entradas foram todos devidamente considerados, de acordo com legislação de regência como se verifica no “Demonstrativo do Crédito das Notas Fiscais de Entradas Tributadas”, fls. 21 a 30 e CD à fl. 33.

O Defendente não contestou objetivamente o cálculo para apuração do imposto, ou qualquer outro elemento utilizado na apuração da exigência fiscal.

Ao se compulsar o levantamento fiscal, cujo arquivo integral encontra-se no CD acostado à fl. 33, verifica-se que todas as diferenças apuradas se encontram devidamente discriminadas.

Ocorre que o procedimento de auditoria adotado pela fiscalização, teve por base os respectivos documentos fiscais de entradas e de saídas do estabelecimento autuado que confrontados restaram comprovadas as diferenças e, como consequência, resultou na exigência fiscal apurada no presente Auto de Infração.

Ressalto que, a simples alegação desprovida de suporte fático não tem o condão de elidir a acusação fiscal.

Nos termos expendidos, resta nitidamente evidenciado e comprovado nos autos, a falta de recolhimento do ICMS referente operações não escrituradas nos livros fiscais próprios o que implica inequívoco cometimento da infração que lhe fora imputada.

Quanto ao entendimento do Defendente de que a multa aplicada é confiscatória e inconstitucional, cumpre observar que a multa sugerida no Auto de Infração no percentual de 60% prescrito é a devidamente prevista na alínea “f”, do inciso II, do art. 42, da Lei 7.014/96, em ajustada cominação com o descumprimento da obrigação tributária descritas no presente Auto de Infração. Consigno que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual e da negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos dos incisos I em, do art. 167, do RPAF-BA/99.

No que concerne à alegação de inconstitucionalidade da aplicação da taxa SELIC, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 - COTEB, valendo repetir que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

Logo, concluo pelo acerto da autuação e subsistência da Infração 01. Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA 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.

O Recorrente alega a ilegalidade do procedimento, diz que em relação a não escrituração de notas fiscais tributadas, defende que a presunção só pode ser considerada se realizado levantamento fiscal específico e com a identificação da operação aritmética que será demonstrada que não foi verdadeira (estoque inicial + entradas) = (saídas + estoque final). Acrescenta que só pode ser exigido o imposto se as operações fossem efetivamente tributadas, ou seja, que no momento da operação identificada deva ser recolhido o ICMS. E afirma, que no caso em tela as duas situações não podem ser consideradas.

Coloca que o levantamento realizado considerou os estoques iniciais e finais. E que o fiscal entendeu que não foi realizada a escrituração as notas fiscais de entradas.

Defende o Recorrente que tal fato implica em apenas um descumprimento de obrigação acessória. Não podendo assim ser considerado a ocorrência do fato gerador do ICMS, que se dar com saída das mercadorias e não das entradas.

Acrescenta que a falta de escrituração da entrada, apenas poderia provocar prejuízo ao Recorrente que deixaria de aproveitar o crédito de ICMS relativo a entrada, em razão do princípio da não cumulatividade do ICMS.

E quanto a saídas, argumenta o Recorrente que para que haja a cobrança do ICMS é preciso um levantamento fiscal específico, com análise dos estoques iniciais e finais, necessários para constatação de omissão de saídas. E como o levantamento fiscal em debate foi incompleto porque não considerou o estoque da empresa, sendo assim desprovido de elemento fático-probatório, defende o que o Auto de Infração deve ser cancelado.

Por fim, sustenta a abusividade e a ilegalidade da multa de 60% aplicada, porque não observou os artigos 37 e 150, IV da CF/88, viola os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e o princípio do não confisco, bem como viola os artigos 112 e 113 do CTN. E aponta jurisprudência.

Sustenta ainda que é indevida a multa sobre o valor atualizado do principal e da impossibilidade de incidência de multa sobre juros e do limite máximo fixado por norma federal (taxa SELIC). E transcreve o julgamento do STF na ADI 442/SP11.

E requer: *“seja modificada a r.decisão proferida no Acórdão JFF N° 0112-03/23-D e declarado nulo o Auto de Infração n.0206881.0023/22-9, (...)Contudo, se acaso subsistir a autuação, o que se cogita apenas para fins de argumentação, a Recorrente requer o reconhecimento de que a multa é nula conforme demonstrado acima, devendo esta ser afastada ou, no mínimo, reduzida, bem como a aplicação da SELIC como índice de correção da dívida, limitada a 1% ao mês”.*

VOTO

O presente Auto de Infração em tela, lavrado em 29/09/2022, refere-se à exigência de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 232.653,27, acrescido da multa de 60%, em decorrência do cometimento da Infração 01 - **002.001.002**. Falta de recolhimento nos prazos regulamentares de ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de setembro a dezembro de 2020.

Observe que a decisão da 3ª JFF, no Acórdão JFF N° 0112-03/23-VD julgou Procedente o Auto de Infração.

O recurso defende a nulidade do Auto de Infração e de forma subsidiária seja a multa reduzida ao mínimo, com a aplicação da taxa SELIC como índice de correção monetária, limitada a 1% ao mês.

A infração 01 - **002.001.002**. Falta de recolhimento nos prazos regulamentares de ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de setembro a dezembro de 2020.

Consta na descrição dos Fatos que: *“No valor total de R\$ 232.653,27, conforme Demonstrativos de Apuração do ICMS Devido e Não Recolhido, do Crédito das Notas Fiscais de Entradas e do Débito das Notas Fiscais de Saídas Tributadas, anexo 1. Obs. Contribuinte excluído do Simples Nacional, deixou de apresentar a Escrituração Fiscal Digital - EFD, tendo sido apurado o ICMS devido através de levantamento fiscal”.*

O Recorrente defende que o fiscal entendeu que não foi realizada a escrituração das notas fiscais de entradas. Defende o Recorrente que tal fato implica em apenas um descumprimento de obrigação acessória. Não podendo assim ser considerado a ocorrência do fato gerador do ICMS, que se dar com saída das mercadorias e não das entradas. Acrescenta que a falta de escrituração da entrada, apenas poderia provocar prejuízo ao Recorrente que deixaria de aproveitar o crédito de ICMS relativo a entrada, em razão do princípio da não cumulatividade de do ICMS.

De logo coloco que não assiste razão ao Recorrente, veja-se:

No caso dos autos, a documentação acostada consta expressamente a origem do débito, competência e valores da base de cálculo, trazendo todas as informações necessárias à identificação do tributo, a denotar a inexistência de vícios.

Assim, não se pode considerar nulo o Auto de Infração, porque os atos que ensejaram o fato gerador foram devidamente demonstrados e também foram indicadas as operações que ensejaram o respectivo fato gerador do lançamento do ICMS, com a demonstração dos motivos, que foram devidamente expressados na acusação fiscal, inclusive relatou que com a exclusão do contribuinte do Simples Nacional (fl. 37) o mesmo não apresentou a EFD- Escrituração Fiscal

Digital. Assim, restou devidamente apurado o levantamento fiscal, constante na fl. 10, com demonstrativo detalhado com a indicação de cada operação, e os respectivos valores apurados, apontados no CD presente à fl. 33.

Assim, resta comprovado nos autos, que realmente houve a falta de recolhimento do ICMS, referentes operações não escrituradas nos livros fiscais próprios o que de fato acarreta a infração imposta no referido Auto de Infração, na alínea “f”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em ajustada cominação com o descumprimento da obrigação tributária descritas no presente Auto de Infração.

Não considero desarrazoada ou desproporcional a imposição de multas até 60% a denotar a inexistência de ilegalidade, pois em que pese a tese esposada pelo Recorrente acerca do suposto caráter confiscatório da multa, a jurisprudência é assente no sentido de que a finalidade punitiva e dissuasória da multa está preservada quando a sua fixação não ultrapassa o valor do próprio tributo, o que não assume natureza confiscatória. No caso dos autos, a fixação da multa moratória à base de 60% (sessenta por cento) não possui caráter confiscatório, porque fixada em patamar razoável. Assim, sendo a presente multa de caráter punitivo e inferior ao valor do imposto, não há que se falar em abusividade ou confisco.

Ademais, o CONSEF não tem competência para a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual e da negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, nos termos dos incisos I, do art. 167 do RPAF-BA/99.

E no que tange à alegação de constitucionalidade da aplicação da taxa SELIC, é certo que a taxa aplicada no caso concreto é prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102 da Lei nº 3.965/81 - COTEB, valendo repetir que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do inciso I, do art. 167 do RPAF-BA/99.

Coloco ainda a orientação do STJ fixada na Súmula nº 523, é de que a aplicabilidade da taxa SELIC aos tributos estaduais (e municipais) somente deve ocorrer quando prevista na legislação local, que não é a hipótese constante do presente caso. E, além disso, ressalte-se que o STJ já firmou sua jurisprudência, sob rito dos recursos repetitivos, pela admissibilidade da utilização da taxa SELIC, desde que regulamentada na sua legislação local, o que é o caso em análise.

Acrescento que o julgamento do STF na ADI 442/SP11 se aplica apenas ao Estado de São Paulo.

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206881.0023/22-9**, lavrado contra **ESQUINA CAJAZEIRAS COMÉRCIO DE ALIMENTOS E DOCES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 232.653,27**, acrescido da multa de 60% prevista na alínea “f”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOMÉ ARRUTY – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS