

PROCESSO - A. I. N° 281401.0123/21-2
RECORRENTE - GABISA SERVIÇOS E REPRESENTAÇÃO COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0023-05/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/01/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0463-12/23-VD**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) PARTILHA DE RECEITA. MERCADORIA PARA CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. AQUISIÇÕES FEITAS COM ORIGEM FORA DA BAHIA. **2. MULTAS. a)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO. **b)** DMAS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. **c)** EFDs. ENTREGA FORA DO PRAZO. **3. EFDs.** INATENDIMENTO DA INTIMAÇÃO PARA ENTREGA. Todas as exigências não foram contestadas no mérito. Irregularidades subsistentes. Preliminares de nulidade afastadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida em decorrência do Acórdão proferido pela 5ª JJF no presente Auto de Infração em tela, lavrado em 30/6/2021, no total histórico de R\$ 117.595,07, referente as seguintes imputações:

Infração 01 – 002.001.028 – O remetente e/ou prestador localizado neste estado, inclusive o optante pelo simples nacional, deixou de recolher o ICMS partilhado – devido ao Estado da Bahia em face da EC 87/15 – em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final – não contribuinte do imposto – situado em outra Unidade Federativa. Cifra de R\$ 609,53.

Infração 02 – 007.001.001 – Falta de pagamento do imposto por antecipação, na qualidade de substituto tributário, em face de aquisições feitas com origem fora da Bahia. Cifra de R\$ 6.803,96.

Infração 03 – 007.015.003 - Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, cobrada em virtude de aquisições interestaduais de mercadorias com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Cifra de R\$ 51.489,36.

Infração 04 – 016.005.004 – Multa pela falta de apresentação da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA). Cifra de R\$ 2.760,00.

Infração 05 – 016.014.002 – Multa pela falta de entrega dos arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) nos prazos previstos na legislação aplicável. Cifra de R\$ 35.880,00.

Infração 06 – 016.014.003 – Multa pelo fato do contribuinte ter deixado de atender a intimação para entrega dos arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital (EFD), na forma e nos prazos previstos na legislação aplicável. Cifra de R\$ 20.052,22.

Auditoria junta, entre outros documentos: intimação para entrega de documentação fiscal, intimação para transmissão das EFDs faltantes, planilhas das infrações detectadas, dados e relatórios cadastrais da empresa, tirados do sistema INC, ofício da Inteligência Fiscal, encaminhado à Inspeção de circunscrição da autuada, no sentido de serem tomadas as medidas cabíveis junto a “Gabisa”, em face da constatação da prática de sonegação tributária, a partir de operação conjunta denominada de “Mosaico”, realizada em 2018, boletim de inteligência 2115/2020, CD contendo arquivos eletrônicos (fls. 10/73).

Verifica-se iniciativa empresarial (fls. 79/97) quanto apresenta suas argumentações defensivas. Nas informações fiscais (fls. 135/138), feitas pelo autuante.

Após as intervenções, a JJF proferiu pela Procedência do Auto de Infração, conforme o voto condutor:

VOTO

Em primeiro lugar, considero **prejudicado** o pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. A pura e simples interposição de defesa administrativa, por si só, já tira temporariamente a força do crédito tributário para ser executado até o encerramento da discussão na esfera administrativa. Isto é o que deflui do art. 151, III do CTN.

Defesa ofertada **com** questionamentos do órgão de preparo acerca de ter havido anormalidades temporais no oferecimento da peça defensiva. Foi inclusive lavrado termo de revelia com contagem automática do sistema fazendário, conforme se vê às fls. 75 e 76.

Embora não haja condições de aferir diretamente nos autos quando ao menos a contestação foi postada na ECT, inclusive constando fragmentos do documento dos Correios à fl. 132v, (nº do objeto BR 18182571 0 BR, rastreamento não encontrado no sítio eletrônico da citada empresa de logística), mais importante do que isso é examinar a qualidade do crédito tributário formalizado, inclusive com fins de dotá-lo de condições para ser questionado perante o Poder Judiciário.

A rigor, é bem verdade, não houve impugnação de mérito contra qualquer uma das irregularidades anotadas pelo Estado. Há somente questões preliminares e acessórias, apreciadas a partir de agora.

Quanto às questões formais, não há razão nas alegações do contribuinte. Todas as infrações estão perfeitamente caracterizadas, com descritivo compreensível e bem explicitado, além do enquadramento ter sido efetivado corretamente. A correlação entre o ilícito e a subsunção legal não carece de reparos, tampouco a atitude do fisco acarretou cerceamento do direito de defesa.

A infração 01 cobra a partilha do imposto quando a venda interestadual partiu da Bahia para consumidor final não contribuinte de ICMS situado em outra UF. Tudo com base na EC 87/2015 e normas consequentes.

A infração 02 reclama o tributo estadual na aquisição de produtos sujeitos ao pagamento na entrada de mercadorias compradas de outro Estado sujeitas à substituição tributária.

A infração 03 exige a penalidade de 60% pelo não pagamento da antecipação parcial no prazo estabelecido na legislação incidível, mesmo que posteriormente o imposto tenha sido pago no momento da revenda.

As demais irregularidades – n.ºs 04, 05 e 06 – decorreram de descumprimento de deveres instrumentais: são penalidades pela falta de entrega das DMAs (n.º 04), pela não transmissão dos arquivos magnéticos da EFD (n.º 05) e pelo desatendimento das intimações no sentido de ditas EFDs serem entregues ao fisco, à razão de 1% do movimento comercial de entradas de mercadorias e serviços tomados no mês.

Todas devidamente caracterizadas e acompanhadas do enquadramento legal e regulamentar respectivos, vale reiterar.

Nulidades rejeitadas.

Dito isso, cumpre sublinhar que o Auto de Infração atende formalmente os requisitos de lei, constatados os pressupostos exigidos na legislação vigente para a sua concretude, designadamente os dados do contribuinte, os dados da lavratura, a existência da descrição dos fatos supostamente infracionais, o demonstrativo do débito, a existência de enquadramento legal, a previsão normativa da multa proposta e a assinatura do autuante, entre outros requisitos já padronizados pelo programa denominado SLCT – Sistema de Lançamentos de Créditos Tributários.

Princípios processuais administrativos observados.

Vale reprimir que não houve contestação de mérito. Limitou-se o sujeito passivo a arguir preliminares de nulidade do pleito estatal e perseguir o cancelamento ou, quando nada, a diminuição das sanções pecuniárias cominadas.

A primeira irregularidade tem a ver com a inovação constitucional de partilha do ICMS quando ocorrem vendas interestaduais de mercadorias destinadas a consumidor final não contribuinte do imposto estadual, implementado a partir da EC 87/2015. O detalhamento das operações afetadas encontra-se na planilha de fl. 19. **Cobrança de R\$ 609,53 procedente.**

A segunda irregularidade atine a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de substituto tributário, aquisições de “chapas polidas”, NCM 7016.9000, oriundas do Estado capixaba. O detalhamento das operações afetadas encontra-se na planilha de fl. 20. Compulsando-se o Anexo 1 regulamentar aplicável em 2017, verifica-se estar o produto previsto no item 8.39. **Cobrança de R\$ 6.803,96 procedente.**

A terceira irregularidade respeita a cobrança da multa de 60% sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, em virtude de aquisições interestaduais de mercadorias com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Quando a operação interestadual de aquisição toca produtos para revenda, é de obrigação do sujeito passivo pagar na entrada o valor da antecipação parcial de ICMS, calculado sobre a diferença entre a alíquota interna

e a interestadual, valor este apropriável como crédito fiscal. Se assim o contribuinte não procede, mesmo que pague o imposto na saída, torna-se responsável pela penalidade percentual aplicada, posto que o Estado deveria ver o ingresso do recurso não na saída da mercadoria, mas na sua entrada. O detalhamento das operações afetadas encontra-se na planilha de fls. 21 a 23. **Cobrança de R\$ 51.489,36 procedente.**

A quarta irregularidade refere a exigência de multa pela falta de apresentação da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA). Esta é uma obrigação acessória de extrema importância para o fisco acompanhar a movimentação comercial dos contribuintes, inclusive – e sobretudo – quanto apontou pagar de imposto. Colhe-se do PAF que a impugnante não atendeu as intimações de fls. 14 e 18, apesar de tê-las recebido regularmente. O detalhamento das operações afetadas encontra-se na planilha de fl. 24. **Cobrança de R\$ 2.760,00 procedente.**

As quinta e sexta irregularidades aludem à cobrança das seguintes multas, respectivamente: R\$ 1.360,00 para cada mês em que não tenha ocorrido a **entrega** dos arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital (EFD), nos prazos previstos na legislação aplicável; 1% do valor contábil das entradas a título de multa pelo fato do contribuinte ter deixado de atender a intimação para entrega dos arquivos eletrônicos da EFD, durante a ação fiscal, na forma e nos prazos previstos na legislação aplicável. Tais penalidades foram aplicadas cumulativamente, segundo determina o art. 42, inciso XIII-A, alínea 'I', da Lei 7.014/96, abaixo transcrito, destaques da relatoria:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...
XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:

...
I) R\$ 1.380,00 (um mil, trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, da Escrituração Fiscal Digital - EFD, devendo ser aplicada, **cumulativamente**, multa de 1% (um por cento) do valor das entradas de mercadorias e prestações de serviços tomadas, em cada período de apuração, pelo não atendimento de intimação para entrega da escrituração não enviada;

Colhe-se do PAF que a impugnante não atendeu as intimações de fls. 13 e 17, apesar de tê-las recebido regularmente. O detalhamento das operações afetadas encontra-se na planilha de fl. 25. **Cobranças procedentes de R\$ 35.880,00 (infração 05) e de R\$ 20.052,22 (infração 06).**

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução das multas propostas, vale em primeiro lugar afastar o argumento estatal de que o contribuinte dispunha – e dispõe – de prazo para pagar as penalidades com as reduções estipuladas na legislação aplicável. Admitir este raciocínio seria nublar o amplo direito de defesa porque seria preciso renunciar à discussão tributária no Executivo para o administrado fazer jus ao benefício. Pelo contrário, o que se deseja é exaurir a discussão nesta esfera de Poder para exatamente eliminar o crédito tributário dos exageros e incorreções que acaso possua, inclusive todo ele, se for o caso.

Entretanto, por outro lado, a proposição das multas indicadas no corpo do auto de infração encontrou respaldo em comando de lei, designadamente no art. 42 e respectivos incisos da Lei nº 7.014/96.

Tem este Colegiado a obrigação de basear-se na penalidade prevista em lei. Para as situações retratadas neste PAF, a sanção cabível é aquela consignada no lançamento.

Há a conformação do ilícito tributário à previsão normativa mencionada no corpo do auto de infração.

Quanto à alegação de confisco, irrazoabilidade e desproporcionalidade, falece competência a esta JJF apreciar pedido de dispensa ou redução de pena pecuniária em vista de inconstitucionalidades, segundo vedação disposta no art. 167 do RPAF-BA.

Afasto, pois, o pedido de inaplicação ou de diminuição da **penalidade**.

Auto de Infração inteiramente PROCEDENTE.

Inconformado com resultado do julgamento de piso, apresenta peça recursal, de fls. 158/175, razões estas reiterativas da peça impugnativa, no qual se resume o seguinte:

- Defende a tempestividade em vistas a peça recursal;
- Apresenta descrição dos fatos da autuação (dados da infração);
- Pede pela suspensão da exigibilidade do crédito tributário em função do art. 151, III do CTN;
- Solicita reforma da autuação devida à declaração de revelia contida no PAF, pontuando ser imprescindível que dispõe no próprio voto de piso a impossibilidade de constatação inequívoca do não recebimento da defesa realizada implicaria em gravoso cerceamento do

direito de defesa, quando a SEFAZ não consegue a data de ciência da empresa em relação ao Auto de Infração, conforme dispõe o art. 112 do CTN;

- Suscita preliminares de nulidade em virtude do enquadramento legal genérico e da própria caracterização da irregularidade feitos pelo Estado em todas as infrações, desconexos entre si, falta de clareza, dificultando o exercício do direito de defesa, ao arrepio do art. 39 do RPAF-BA. Carece a postulação estatal do apontamento de todos os elementos da regra matriz de incidência tributária, no intuito de demonstrar a exigibilidade do débito, incorrendo nas faltas indicadas no art. 18, II e IV, ‘a’ do regulamento processual citado. Ficou, portanto, sem conhecer plenamente as “acusações” que foram imputadas. Cita decisão administrativa mineira como paradigma à sua sustentação;
- Sustenta sobre o caráter confiscatório e irrazoável dos valores das multas, trazendo em seu favor decisões do STF, de modo que devam ser canceladas ou, no máximo, reduzidas a um patamar de 20%.

É o relatório.

VOTO

O apelo apresentado nesta segunda esfera administrativa visa modificar a Decisão de piso que julgara pela Procedência devido a lavratura de 06 (seis) infrações, duas de imposto e quatro de multas, sendo uma multa pecuniária vinda de pagamento de imposto antecipado e três de multas por descumprimento de acessória, conforme segue:

Infração 01 – 002.001.028 – O remetente e/ou prestador localizado neste estado, inclusive o optante pelo simples nacional, deixou de recolher o ICMS partilhado – devido ao Estado da Bahia em face da EC 87/15 – em operações ou prestações que destinaram mercadorias, bens ou serviços a consumidor final – não contribuinte do imposto – situado em outra Unidade Federativa. **Cifra** de R\$ 609,53.

Infração 02 – 007.001.001 – Falta de pagamento do imposto por antecipação, na qualidade de substituto tributário, em face de aquisições feitas com origem fora da Bahia. **Cifra** de R\$ 6.803,96.

Infração 03 – 007.015.003 - Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, cobrada em virtude de aquisições interestaduais de mercadorias com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. **Cifra** de R\$ 51.489,36.

Infração 04 – 016.005.004 – Multa pela falta de apresentação da Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA). **Cifra** de R\$ 2.760,00.

Infração 05 – 016.014.002 – Multa pela falta de entrega dos arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital (EFD) nos prazos previstos na legislação aplicável. **Cifra** de R\$ 35.880,00.

Infração 06 – 016.014.003 – Multa pelo fato do contribuinte ter deixado de atender a intimação para entrega dos arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital (EFD), na forma e nos prazos previstos na legislação aplicável. **Cifra** de R\$ 20.052,22.

De início, vejo que a manutenção da autuação foi por motivos óbvios, pois o representante só trouxe questões de nulidade da autuação, sejam elas em virtude do enquadramento legal genérico ou por cerceamento do direito de defesa, além de se reportar quanto à multa confiscatória, que alega ser exorbitante. Como todas as questões foram rebatidas, pois o relator detalha cada imputação fazendo referência a cada legislação que a precede, o colegiado de piso acompanhou e manteve totalmente a autuação.

O patrono da empresa trouxe as mesmas questões reiterativas da peça impugnativa e considerando que não aponta erro seja ele material ou procedimental e, irei tão somente reportar quanto as nulidades apresentadas:

Para a nulidade em virtude de enquadramento legal genérico, estou a meu sentir com o mesmo entendimento da decisão de Primeira Instância, pois “*não há razão nas alegações do contribuinte. ...as infrações estão perfeitamente caracterizadas, com descritivo compreensível e bem explicitado, além do enquadramento ter sido efetivado corretamente. A correlação entre o ilícito e a subsunção legal não carece de reparos, tampouco a atitude do fisco acarretou*

cerceamento do direito de defesa”.

Ressalto que todas as infrações estão devidamente caracterizadas e acompanhadas do enquadramento legal que a rege.

Repiso novamente, como fez a JJF, que as questões de mérito não foram rebatidas por não constarem nada apontado, sendo que as primeiras infrações são vinculadas a imposto não pago, seja ele antecipado ou não. As três últimas imputações *“decorreram de descumprimento de deveres instrumentais: são penalidades pela falta de entrega das DMAS (nº 04), pela não transmissão dos arquivos magnéticos da EFD (nº 05) e pelo desatendimento das intimações no sentido de ditas EFDs serem entregues ao fisco, à razão de 1% do movimento comercial de entradas de mercadorias e serviços tomados no mês”.*

Assim, por tais motivo rejeito as nulidades repousadas novamente nesta segunda esfera administrativa.

Quanto à solicitação de cancelamento ou redução das multas aplicadas encontra respaldo com o comando da lei (art. 42 da Lei nº 7.014/96), também este Colegiado tem a obrigação de se basear na penalidade prevista em lei, não tendo competência para reduzir multas vinculadas à tributo de imposto, consequentemente, faleceu a competência deste órgão de reduzir a multa de descumprimento de obrigação acessória em vista de inconstitucionalidades, segundo vedação disposta no art. 167 do RPAF-BA. Portanto, nem tem como acolher esta alegação.

Assim, considerando que o representante não trouxe elementos de méritos para apreciar, ou mesmo elementos de nulidade que desce para elidir a autuação, voto pela manutenção da autuação, consequentemente, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

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** o Auto de Infração nº **281401.0123/21-2**, lavrado contra **GABISA SERVIÇOS E REPRESENTAÇÃO COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 7.413,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas percentual no valor de **R\$ 51.489,36** e por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 58.692,22**, previstas nos incisos II, “d”, XV, “h” e XIII-A, “l” do dispositivo citado, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2023.

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

IGOR LUCAS GOUVEIA BAPTSITA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS