

PROCESSO	- A. I. Nº 281401.0121/20-1
RECORRENTE	- RSA COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0218-04/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / INFAS ATACADO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 19/01/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0465-12/23-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. APURAÇÃO COM BASE NO CONFRONTO ENTRE AS INFORMAÇÕES PRESTADAS PELAS ADMINISTRADORES DE CARTÕES DE DÉBITO E/OU CRÉDITO E OS REGISTRADOS PELO AUTUADO NA ESCRITA FISCAL. O autuado não se desincumbiu do ônus de demonstrar a regularidade das operações realizadas, deixando de trazer aos autos a documentação que revele que as operações informadas pelas administradoras foram, de fato, oferecidas à tributação. Obedecida a proporcionalidade prevista pela Instrução Normativa nº 56/07. Infração subsistente. Decretada, de ofício, retificação do enquadramento aplicado à multa inclusão do inciso correspondente (artigo 42, inciso III, **alínea “f”** da Lei nº 7.014/96). Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão do Acórdão da 4ª JJF (A-0218-04/22-VD) referente ao Auto de Infração, lavrado em 28/12/2020, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$ 72.952,55, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.40: “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado (s) nos (s) documento (s) fiscal (s). Conforme demonstrativo e documentos anexos”. Valor lançado R\$ 375,61. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 03.02.40: “Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Conforme demonstrativo e documentos anexos”. Valor lançado R\$ 8.495,68. Multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – 05.08.01: “Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Conforme demonstrativo e documentos anexos”. Valor lançado R\$ 62.818,03. Multa de 100% com previsão no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – 16.01.06: “Deu entrada no estabelecimento de mercadoria ou serviço tomado sem o devido registro na escrita fiscal. Conforme demonstrativo e documentos anexos”. Multa de 1% no total de R\$ 1.263,23, com previsão no Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

O autuado, por meio de advogado, apresentou **impugnação**. A autuante presta **informação fiscal** dos autos.

Após as partes virem aos autos, a 4ª JJF julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, onde constatou-se o pagamento pelo sujeito passivo das infrações 01 e 04 e a desoneração que ocorreu pelo julgamento insubstancial da infração 02, com base no voto a seguir transscrito:

VOTO

(...)

Quanto à alegação de violação ao sigilo bancário do recorrente, também não merece acolhida, pois o Supremo Tribunal Federal já decidiu, no julgamento da ADI 2.859/DF (relatado pelo Ministro Dias Toffoli), que o acesso às informações bancárias pelo fisco não representa violação à Constituição Federal, mas o exercício legítimo

de uma prerrogativa estatal consistente na fiscalização do correto cumprimento do dever fundamental de pagar tributos, conforme se depreende da leitura de trecho do acórdão, abaixo reproduzido.

“Dentre esses deveres, consta o dever fundamental de pagar tributos, visto que são eles que, majoritariamente, financiam as ações estatais voltadas à concretização dos direitos do cidadão. Nesse quadro, é preciso que se adotem mecanismos efetivos de combate à sonegação fiscal, sendo o instrumento fiscalizatório instituído nos arts. 5º e 6º da Lei Complementar nº 105/2001 de extrema significância nessa tarefa.

(...) .Não deve o Estado brasileiro prescindir do acesso automático aos dados bancários dos contribuintes por sua administração tributária, sob pena de descumprimento de seus compromissos internacionais.”

Assim, rejeito as alegações de nulidade suscitadas pelo recorrente.

Acrescente-se a isso o fato de que, nos termos do inciso III do artigo 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), não compete a este órgão julgador “a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior”. Ademais, à luz do quanto contido no Art. 167, I do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributáriaposta.

Não acolho, portanto, a nulidade arguida pelo sujeito passivo.

No mérito, vejo que se encontram nos autos todos os elementos necessários à formação do meu convencimento como julgador, razão pela qual considero desnecessária a conversão do mesmo para fim de diligência.

Assim é que, em relação a infração 02, que trata de recolhimento a menos do imposto no montante de R\$ 8.495,68 a título de “recolhimento a menor do ICMS em decorrência em erro na apuração dos valores do imposto”, o autuado cogitou sua insubsistência sob dois fundamentos: i) que houve o devido pagamento das obrigações pertinentes ao recolhimento relacionado ao adicional do Fundo Estadual de Combate à Pobreza, conforme tela constante à fl. 81 e ii) não foi considerado pelos autuantes o crédito do ICMS referente as mercadorias excluídas da substituição tributária de acordo com o Dec. 18.800/2018.

Em relação ao primeiro argumento, este não foi acolhido pelo autuante sob a alegação de que está bastante evidente que o foco aqui em discussão é, apenas, a apuração mensal do ICMS, razão pela qual não há que se falar em recolhimentos efetuados a título de adicional ao Fundo de Combate à Pobreza já que se tratam, nesse caso, de pagamentos realizados à parte e com código de receita específico, que não entra na operação do imposto em discussão.

Examinando o demonstrativo de fl. 13, da lavra dos autuantes, vejo que assiste razão ao autuado em seus argumentos, na medida em que os valores exigidos em relação aos meses de fevereiro/19 a outubro/19, que totalizam R\$ 1.843,40, são, exatamente, os recolhidos pelo autuado a título de Fundo Adicional de Combate à Pobreza, conforme se verifica à fl. 53, no extrato denominado “Relação dos DAEs – Ano 2019, extraído do sistema INC pelos próprios autuantes.

No que diz respeito ao segundo argumento, relacionado a falta de consideração pelos autuantes dos créditos do ICMS referente as mercadorias excluídas da substituição tributária de acordo com o Dec. 18.800/2018, o autuado apresentou em anexo, a planilha de fls. 107 a 120, contendo todas as mercadorias que foram excluídas da substituição, cujo valor do crédito fiscal a estas pertinentes somou a quantia de R\$ 6.447,58, planilha esta que não foi examinada e considerada pelos autuantes sob o argumento de que “ficou constatado que tal creditamento já havia sido devidamente aproveitado pelo autuado, no momento oportuno, nada mais havendo a ser considerado para promover alteração no levantamento realizado”.

Não vejo como ser acolhido este argumento dos autuantes na medida em que não foi apontado em que “momento oportuno” o autuado se creditou do imposto, visto que, o momento para utilização de tal crédito seria justamente o mês de janeiro/19, enquanto que os autuantes não demonstraram em que período foi utilizado tal crédito e se houve ou não repercussão em seu levantamento fiscal.

De maneira que o valor autuado em relação ao mês de janeiro/19 foi na ordem de R\$ 6.652,28 enquanto que os créditos fiscais não considerados, à luz da planilha apresentada pelo autuado e não contestada pelo autuante, somou R\$ 6.447,58, remanesce uma diferença no valor de R\$ 204,70 que é justamente o valor recolhido pelo autuado a título de Fundo de Combate à Pobreza, consoante se verifica à fl. 53, portanto, julgo inteiramente insubsistente a infração 02.

Por fim, naquilo que se relaciona a infração 03, omissão de saídas de mercadorias apuradas através da diferença entre o valor de vendas através de cartão de crédito apurado pela empresa e o valor informado pela empresa administradora do cartão de crédito, tal fato constitui uma presunção de omissão de receitas, conforme disposto no art. 2º, § 3º, IV do RICMS/BA e art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, sendo facultado ao autuado provar a ilegitimidade da presunção.

Na hipótese dos autos, o autuado não se desincumbiu do ônus de demonstrar a regularidade das operações realizadas, deixando de trazer aos autos a documentação que revele que as operações informadas pelas administradoras foram, de fato, oferecidas à tributação.

Quanto ao pedido de dilação de prazo para análise das informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, não há como ser atendido, posto que o autuado já dispôs de tempo suficiente para tal desiderato, levando-se em consideração que os dados relativos à autuação se encontram postos de forma analítica nos demonstrativos de fl. 14 a 44, o que possibilitou ao mesmo elementos pontuais e objetivos para sua análise, o que, infelizmente, não o fez.

Faço o registro de que o autuado mencionou a existência de um relatório de emissão de cupons fiscais eletrônicos não considerados pela fiscalização, citando que em função disto, o valor devido seria na ordem de R\$ 28.970,05, porém, nada foi trazido aos autos neste sentido e que possibilite a análise a este respeito, sendo, portanto, um argumento inócuo.

Vejo, também, que foi obedecida pelo autuante a proporcionalidade prevista pela IN nº 56/07, incidindo a exigência tributária apenas em relação as mercadorias tributáveis.

Em conclusão, ante a total ausência de elementos probantes capazes de desconstituir a acusação, mantenho integralmente subsistente a infração 03 no valor de R\$ 62.818,03.

No que diz respeito ao pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, esclareço que este assim se encontra até o encerramento do contencioso no âmbito administrativo.

Quanto ao argumento defensivo de exorbitância da multa aplicada, a qual considera refletirem valores nitidamente confiscatórios, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que o autuante agiu estritamente em consonância com o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista sua atividade vinculada, não poderia ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, verbis:

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.

Diante do quanto acima exposto, como já dito, foge da competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária posta, portanto, não há como atender ao pleito do defensor, de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.

Ademais, as multas aplicadas são as legalmente previstas pela Lei nº 7.014/96 e, desta maneira, devem ser as aplicadas, consoante procederam os autuantes.

No que diz respeito ao pedido no sentido de que as intimações relacionadas ao presente feito sejam endereçadas ao endereço do seu Patrono que subscreveu a peça defensiva, informo que as intimações, no âmbito administrativo, atendem ao previsto pelo art. 108 do RPAF/BA, entretanto, não existe nenhum óbice que o pedido seja também atendido, ressaltando que o não atendimento não implica em nulidade do ato processual.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do presente Auto de Infração, no valor de R\$ 64.456,87, com a recomendação de que os valores já pagos devam ser homologados.

O advogado da recorrente apresenta Recurso Voluntário, fls. [REDACTED] a [REDACTED], que inicialmente destaca o reconhecimento pela JJF do pagamento efetuado pela Recorrente das infrações 01 e 04, conforme fls. 161 a 163, e a infração 02 ter sido julgada insubstancial. Afirmando assim restar apenas a infração 03, que será objeto de questionamento.

Diz que a decisão ora recorrida incorre em inúmeros equívocos e por isso necessita ser reformada. O primeiro equívoco destacado pelo sujeito passivo refere-se ao estabelecido no dispositivo da decisão de piso, onde diz elencar inúmeros valores, com fundamentação legal por vezes até omissa e que gera insegurança jurídica, conforme destaca:

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281401.0121/20-1, lavrado contra RSA COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 63.193,64, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 375,61 e de 100% sobre R\$ 62.818,03 previstas no Art. 42, incisos VII “a” e III da Lei nº 7.014/96 e demais acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 1.263,23 com previsão no inciso IX do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Adiciona que os valores referentes às infrações 01 e 04 foram pagos e confirmados pela JJF, que da forma que consta na resolução está incorrendo cobrança duplicada. Além disto, acusa que a fundamentação legal expressa no dispositivo da decisão acusa apenas um inciso solto, sem menção a artigo e de qual diploma legal. Resume que:

"Portanto, no que tange às infrações 01 e 04, estas já se encontram devidamente quitadas, nada mais havendo a exigir e devem tão somente serem homologadas, sendo imperativo que seja retificado o erro na cobrança em duplicidade."

A infração 02 foi julgada insubstancial e, portanto, não consta do dispositivo, nada mais havendo a se discutir."

Discorre sobre as contestações referentes à infração subsistente de número 03. Uma evidente e ilegal confusão pela JJF quando atribui valor principal de R\$ 63.193,64 enquanto o valor original da infração 03 é de R\$ 62.818,03. Atribui multa em duplicidade para a mesma infração, considerando o inciso III sem indicar a alínea específica, e inciso VII, "a". Diz que para uma infração a penalidade só pode ser uma.

Indaga que a não fundamentação da alínea quanto ao inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96 traz uma insegurança jurídica ao contribuinte. Tal confusão absurda se dá porque a decisão é repleta de falhas, e neste caso em específico colocou um dispositivo que remete a prática completamente distinta e sem relação com a infração, razão pelo qual deve ser afastado de imediato.

Finaliza suscitando pelo provimento do referido recurso, com os pedidos: i) afastar a cobrança em duplicidade de valores referentes às infrações 01 e 04, uma vez que já foram adimplidas tais obrigações, conforme registrado, ii) afastar qualquer menção à infração 02, uma vez que declarada insubstancial e, por fim, iii) Reformar a decisão ora recorrida para esclarecer, de modo inequívoco a base de cálculo do valor do imposto cobrado na infração de número 03, bem como resolver eventual multa a ser aplicada, fundamentando de forma inequívoca e certeira, sob pena de violar o princípio da ampla defesa, do devido processo e da legalidade estrita.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, lavrado em 28/12/2020 para exigir o valor histórico de R\$ 72.952,55 em decorrência de quatro infrações.

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do RPAF/99. Quanto as fundamentações das infrações, estão todas transcritas e embasadas na legislação em vigor. Estando claro as descrições das infrações, a identificação do infrator, demonstrativos de elaboração das acusações, restando cristalina a possibilidade de exercer o direito de defesa e do contraditório, tanto assim que o fez em matéria de mérito.

Considerando que, para apreciação neste recurso, caberá apenas a infração 03. Uma vez que as infrações 01 e 04 foram reconhecidas e pagas pelo sujeito passivo, conforme fls. 121 a 124, com comprovantes apresentados pelo recorrente e fl. 161 com "Relatório Pagamento PAF". Já a infração 02 foi julgada insubstancial pelo voto da 4ª JJF.

Sobre o questionamento do autuado em seu Recurso Voluntário, dos pagamentos das infrações 01 e 04, a resolução do julgamento de piso mantém estes valores como subsistentes, pois não foram objeto de impugnação. Solicitou, após julgamento por esta câmara, que seja feita a homologação dos pagamentos apontados. Superada a confirmação da liquidação das infrações 01 e 04.

Ainda sobre as infrações 01 e 03, porém no quesito da fundamentação legal apontada na resolução, o sujeito passivo diz que foi citado apenas um inciso solto, sem mencionar o artigo e diploma legal a que se refere. Tal afirmação não pode prosperar, visto que a interpretação está equivocada. Na resolução é cristalino o enquadramento legal da multa de 60% sobre R\$ 375,61 prevista no art. 42, inciso VII, "a" e a multa de 100% sobre R\$ 62.818,03 prevista no mesmo art. 42,

inciso III, ambos da Lei nº 7.014/96.

Ultrapassado esses questionamentos, avançamos para os próximos pontos. O autuado diz existir uma evidente e ilegal confusão quando a JJF atribui na resolução o valor de R\$ 63.193,64. É de uma notoriedade tratar-se da soma dos valores originais das infrações 01 e 03, nos montantes de R\$ 375,61 e R\$ 62.818,03 respectivamente. Não existindo qualquer irregularidade por parte do julgamento de piso. Com relação a manifestação do item “ii” este já foi esclarecido no parágrafo anterior, não existindo agravante e nem caso de *bis in idem*.

Sobre a próxima alegação do dispositivo legal apontado na infração 03, o sujeito passivo diz que o enquadramento da multa de 100% está no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96. Porém não sendo apontado em qual alínea se encontra tal infração. O mesmo complementa no seu Recurso Voluntário “presumir” ser a alínea “f”. Diz ter gerado dúvida razoável e insegurança jurídica ao contribuinte/recorrente. Não é admitido tal afirmação, tanto que o sujeito passivo gozou dos seus direitos de defesa e do contraditório, estando claro o teor da infração.

Com relação ao complemento do enquadramento legal da multa aplicada à infração 03, retifico, de ofício, como sendo o artigo 42, inciso III, **alínea “f”** da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao teor da infração sobre a omissão de saídas, não foi trazido aos autos nada que elidisse tal acusação.

Superado todos os questionamentos da resolução do julgamento da JJF e do enquadramento das multas aplicadas às infrações, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo o teor do julgamento da Primeira Instância e, de ofício, retifico o enquadramento aplicado à multa da infração 03 para o artigo 42, inciso III, **alínea “f”** da Lei nº 7.014/96.

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 281401.0121/20-1, lavrado contra RSA COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 63.193,64, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 375,61 e de 100% sobre R\$ 62.818,03 previstas no Art. 42, incisos VII, “a” e III, “f” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 1.263,23 com previsão no inciso IX do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2023.

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

GABRIEL HENRIQUE LINO MOTA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS