

A. I. N° - 281401.0123/21-2
AUTUADA - GABISA SERVIÇOS E REPRESENTAÇÃO COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - LÍDIO CELESTINO CONCEIÇÃO
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 14.03.2023

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0023-05/23-VD

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** PARTILHA DE RECEITA. MERCADORIA PARA CONSUMIDOR FINAL NÃO CONTRIBUINTE DO IMPOSTO. Exigência não foi contestada no mérito. Irregularidade procedente; **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA TOTAL. AQUISIÇÕES FEITAS COM ORIGEM FORA DA BAHIA. Exigência não foi contestada no mérito. Irregularidade procedente. 2. MULTAS. **a)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO. Exigência não foi contestada no mérito. Irregularidade procedente. **b)** DMAs. FALTA DE APRESENTAÇÃO. Exigência não foi contestada no mérito. Irregularidade procedente. **c)** EFDs. ENTREGA FORA DO PRAZO. Exigência não foi contestada no mérito. Irregularidade procedente. 3. EFDs. INATENDIMENTO DA INTIMAÇÃO PARA ENTREGA. Exigência não foi contestada no mérito. Irregularidade procedente. Preliminares de nulidade afastadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cumpre inicialmente reforçar que o presente relatório atende às premissas estabelecidas no inciso II, do art. 164 do RPAF-BA, máxime quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da sumulação dos pronunciamentos dos participantes processuais, adaptado inclusive para as sessões virtuais de julgamento.

Com enquadramentos legais e fatos geradores apostos no descriptivo, seis irregularidades foram lançadas no Auto de Infração em tela, lavrado em 30/6/2021, no total histórico de R\$ 117.595,07, a saber:

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 Inspetoria 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).

Consta termo de revelia lavrado pelo setor de preparo, datado de 08.9.2021 (fls. 75/76).

Em seguida, dia 10.9.2021, verifica-se iniciativa empresarial (fls. 79/97) em que a mesma:

Defende a tempestividade do apelo, visto que tomou ciência do auto de infração em 08.7.2021, de sorte que o prazo venceu em 06.9.2021.

Pede a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em função do art. 151, III do CTN.

Invoca em preliminar a nulidade da cobrança 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” (sic.) que foram imputadas. Cita decisão administrativa mineira como paradigma à sua sustentação.

Por último, sustenta 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%.

Juntada somente documentação relacionada à representação legal da autuada (fls. 98/131).

Em suas informações fiscais (fls. 135/138), o autuante:

Assinala que lavrou Termos de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais e também Contábeis, assinados pelo autuado em 09.04.2021 e, também, em 10.05.2021, como segunda intimação, por falta de atendimento da primeira, data na qual se teve estabelecido, oficialmente, como marco inicial, os trabalhos de fiscalização. Nesta oportunidade, pediu ao autuado a disponibilização de toda documentação necessária, tanto fiscal, quanto contábil, para o desenvolvimento regular da presente auditoria, tendo sido, neste mesmo ato, por estar omissos, também intimado a enviar os arquivos eletrônicos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, relativos a todos os meses do período fiscalizado, os quais até então não haviam sido apresentados. Para essas providências, todas desatendidas, concedeu-se o prazo legal obrigatório, com boa margem de tolerância, o que demonstra total conformidade com a legislação tributária vigente, em contraposição ao que foi alegado pelo impugnante, em sua razão de defesa, interposta neste PAF.

Observa que, durante a ação fiscal, várias foram as oportunidades de trocas de informações e esclarecimentos que ocorreram não só de forma presencial, como também em diversos contatos telefônicos mantidos com o autuado, oportunidade em que ficou sabendo que, além da atividade de comércio de mármores e granitos, o contribuinte, com a inscrição estadual inapta naquela ocasião, também atuava com a prestação de serviços aplicando esse tipo de material.

Acerca da alegação empresarial de falta de clareza na autuação, pondera que o enquadramento legal foi efetuado de acordo com os registros de codificação de infrações armazenados no Sistema de Lançamento de Crédito Tributário – SLCT, que além de estarem devidamente descritos

na peça principal do PAF, estão também bem evidenciados nos demonstrativos apensados aos autos, a partir dos quais comprehende-se perfeitamente o que está sendo cobrado, sem prejuízo da aplicação do art. 19 do RPAF baiano.

No tocante à invocação de cerceamento do direito de defesa, segundo ponto da sua argumentação, pontua que, ao se examinar os demonstrativos elaborados durante a ação fiscal, anexados às fls. 19 a 25 do processo, todos fornecidos ao autuado, verifica-se que neles estão discriminados todos os dados relativos às operações objeto da cobrança, isto é, os números das notas fiscais de saídas, bem como as notas de entradas e suas respectivas datas de emissão, as chaves de acesso, os remetentes ou os destinatários, os locais de origem ou de destino, além dos valores das operações e as observações cabíveis, tanto nos cabeçalhos como nos rodapés das planilhas, onde se encontram consignadas as descrições dos fatos motivadores da postulação estatal.

Uma simples análise desse material é o suficiente para se entender os fundamentos desta autuação, sendo também o bastante, inclusive, para se esclarecer cada dúvida levantada pelo impugnante em sua defesa acostada às fls. 79 e 97.

Afiança que o auto de infração foi lavrado com a indicação de todos os seus elementos constitutivos definidos pela legislação, como menção ao sujeito ativo, descrição específica dos fatos, demonstrativo de débito, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito e dispositivos infringidos.

Logo, caminha a presente discussão dentro do devido processo legal, em conformidade com os princípios da ampla defesa e do contraditório, não sendo o caso de invocar-se o disposto no art. 18 do regulamento processual administrativo já citado. Traz, como reforço, decisão da 4ª JJF do CONSEF, Ac. JJF nº. 0293-04/11.

Quanto aos percentuais de multas aplicados, os quais a empresa considera confiscatórios, afirma que a legislação tributária estabelece de forma escalonada uma série de reduções percentuais, que se aplicam à multa, variando de acordo com data em que se dá o pagamento do débito porventura constituído. Conforme estabelecido no art. 45, inciso I, da Lei nº. 7.014/96, se o pagamento do débito ocorrer antes do encerramento do prazo para impugnação do auto de infração ou da notificação fiscal, a redução aplicável será de 70% da multa imposta, onde, nesse caso, caberá ao autuado, arcar com apenas 30% do valor estabelecido inicialmente para determinada penalidade. Como exemplo prático, no caso da multa de 60% definida para as infrações 01 e 02, abatendo-se essa redução máxima, o percentual final restante passa a ser de apenas 18% do imposto calculado originalmente. Além desses exemplos citados, há ainda os casos das penalidades formais, as quais podem sofrer reduções ainda maiores, na medida em que lhes é permitido o abatimento de até 90% da multa aplicada, se o pagamento do débito ocorrer integralmente antes do encerramento do prazo para defesa. Nesse caso, implica-se em recair sobre o sujeito passivo, apenas 10% do montante cobrado inicialmente, tratamento esse que pode ser conferido às infrações 03, 04, 05 e 06 deste auto de infração, claro, se forem atendidas as condições estabelecidas neste citado dispositivo. Todo esse mecanismo legal de redução de multa aplicável ao débito tributário porventura constituído lança por terra a reclamação do impugnante relativa ao que considera, nesse caso em questão, cobrança de imposto com efeito confiscatório.

Adita que a ação fiscal desenvolvida decorreu de trabalho investigativo realizado pela INFIP - Inspetoria Fazendária de Investigação e Pesquisa, em que foi apurado, dentro da “Operação Mosaico”, realizada em 2018, uma série de irregularidades envolvendo um grupo de empresas, do qual o autuado faz parte, conforme Boletim de Inteligência Fiscal – BI nº. 2115/2020, acostado às fls. 55 a 68, elementos que serviram de base para o desenvolvimento do trabalho de fiscalização.

Conclui pela manutenção da exigência inicial.

Após as medidas instrutórias tomadas, entendo como satisfatórios para formação do meu convencimento os elementos probatórios trazidos aos autos, estando o PAF devidamente

instruído, não havendo necessidade, nos termos do art. 147, I, “a” do RPAF-BA, de qualquer dilação probatória, inclusive diligência ou perícia.

É o relatório.

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 – nºs 04, 05 e 06 – 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.

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 ‘l’, 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:

...

l) 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 nuclar 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281401.0123/21-2, lavrado contra **GABISA SERVIÇOS E REPRESENTAÇÃO COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 7.413,49**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas totalizando o valor de **R\$ 110.181,60**, previstas nos incisos II, “d”, XV, “h” e XIII-A, “L” do citado dispositivo, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2023

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR