

A. I. N° - 206892.0009/21-2  
AUTUADO - MILL COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI  
AUTUANTE - MAURÍCIO JOSÉ COSTA FERREIRA  
ORIGEM - DAT METRO / INFAS ATACADO  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08.08.2023

**5<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL****ACÓRDÃO JJF N° 0112-05/23-VD**

**EMENTA: ICMS.** 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS. Autuado não elidiu a infração. Reduzida, de ofício, a multa aplicada em razão da inexistência nos autos da prova da ocorrência de dolo. Infração parcialmente subsistente. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Não foram apresentadas provas capazes de desconstituir o lançamento. Infração caracterizada. 3. MULTA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO. SAÍDAS SUBSEQUENTES TRIBUTADAS. Não cabe a alegação de desconhecimento das operações, principalmente quando as notas fiscais foram escrituradas na EFD. Infração caracterizada. Afastadas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2021, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 117.946,46, em razão das seguintes imputações:

**Infração 01 – 02.01.02:** *Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a maio de 2021, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 48.192,56, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.*

**Infração 02 – 02.01.03:** *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a maio de 2021, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 34.370,40, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96.*

**Infração 03 – 07.15.05:** *Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de fevereiro a abril de 2021, sendo aplicada multa no valor de R\$ 35.383,50, correspondente a 60% do valor do imposto não recolhido, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96.*

Foram anexados: Demonstrativos, Termo de Intimação Fiscal e Termo de Comunicação da Lavratura do Auto de Infração, enviado via DT-e, com ciência em 06/10/2021 (fls. 05 a 111).

O Autuado apresentou Defesa (fls. 113 a 122), tempestivamente, na qual disse que o Auto de Infração trata de omissão de receitas tributáveis, cujo valor foi apurado através do cruzamento entre as notas fiscais escrituradas no Livro Registro de Entradas e as notas fiscais eletrônicas existentes no banco de dados da SEFAZ/BA, correspondente ao período de janeiro a julho de 2021.

Informou ser uma microempresa que sempre honrou seus compromissos, tendo sido surpreendido com a lavratura dos Autos de Infração nº 206892.0009/21-2 e 206892.0010/21-0, já que jamais omitiu qualquer receita, sendo que todas as vendas realizadas são devidamente informadas, inclusive com a disponibilização de uma via ao cliente/consumidor, bem como armazenadas no banco de dados da SEFAZ/BA e enviadas ao seu contador para realizar o cálculo do imposto.

Aduziu que há uma prática levada a efeito por pessoas de má índole que utilizam o CNPJ de terceiros para faturar notas fiscais, dada a impossibilidade do fisco puni-los, mas somente as

empresas vítimas que tiveram as notas de entrada indevidamente faturadas em seus CNPJs, sendo responsabilizados por uma conduta que não praticaram, situação pela qual passa, já que todas as suas notas fiscais de entrada são devidamente escrituradas, nunca tendo havido omissão de qualquer informação, sendo que adquiriu somente a Nota Fiscal nº 1.357, no valor de R\$ 482.500,00, e as demais notas fiscais nunca chegaram ao seu estabelecimento comercial.

Explicou que o lançamento de ofício pela autoridade administrativa, em caráter supletivo, deve ocorrer no prazo de cinco anos da ocorrência do fato gerador, nos termos do Art. 150, § 4º do CTN, sob pena de se operar o efeito homologatório, impedindo-se assim a constituição do crédito tributário.

Alegou que os Autos de Infrações nº 206892.0010/21-0 e 206892.0009/21-2 não preenchem todos os requisitos exigidos no Art. 18, II e IV, “a” do RPAF/99, em razão de não terem sido juntadas aos autos as respectivas notas fiscais não declaradas, mas somente as suas numerações, inviabilizando o seu direito de defesa, impossibilitando uma defesa robusta e com riqueza de detalhes, pois nem ao menos foram identificados os fornecedores e os produtos omitidos.

Questionou a não aplicação da proporcionalidade, sem que fossem explicadas as razões para a não observância de tal norma, a não dedução dos percentuais da perda dessas supostas notas fiscais de entrada, não existindo o fato gerador do imposto que seria a suposta venda, e a não observação da sua situação de inaptidão desde 04/05/2021, ficando impossibilitada de efetuar qualquer venda ou compra.

Arguiu falhas na confecção do Auto de Infração por não ter sido efetuada a dedução das mercadorias perdidas em função da sua inaptidão forçada, que deveria acontecer no percentual de 50%, nem foram abatidos os créditos fiscais escriturados no seu Livro Registro de Apuração do ICMS no valor de R\$ 94.538,13.

Discorreu sobre a natureza confiscatória da multa aplicada e os princípios da capacidade contributiva e da moralidade administrativa, configurando a ilegitimidade e a constitucionalidade da multa, requerendo o seu cancelamento ao apelo de equidade.

Requeru a anulação dos Autos de Infrações nº 206892.0010/21-0 e 206892.0009/21-2, ou o seu cancelamento ou extinção, ou a exclusão das Notas Fiscais nº 1.667 e 1.689, ou ainda a aplicação da dedução do crédito fiscal no valor de R\$ 94.538,13 e do percentual de 50% referente à perda das mercadorias em função da sua inaptidão, quando suas vendas foram impossibilitadas.

Solicitou que, na remota hipótese de não serem acolhidas as preliminares arguidas e o pedido anterior, que seja extirpado na totalidade o valor atribuído à infração de R\$ 246.075,50 e reduzida a multa aplicada, haja vista que jamais existiu a intenção de sonegar e que todas as notas fiscais emitidas foram autorizadas pela Secretaria da Fazenda, registradas no livro devido e todos os impostos foram recolhidos nos prazos legais, não havendo prejuízo ao Fisco Estadual, sendo que a aplicação da multa de 100% sobre o valor das supostas omissões tem natureza confiscatória, não podendo ser apenado e devendo ser aplicados os princípios da eventualidade, equidade e razoabilidade, por ter agido de boa-fé e totalmente sem dolo.

Protestou provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em Direito, especialmente através da produção de prova documental, bem como as demais provas que se fizerem necessárias no decorrer da instrução processual, nos termos do Art. 369 do novo Código de Processo Civil.

Foram anexadas mídia e as seguintes cópias: carteira da OAB, CNH, procuração, atos constitutivos, Auto de Infração nº 206892.0010/21-0 e Livro Registro de Apuração do mês de maio de 2021 (fls. 123 a 137).

O Autuante apresentou Informação Fiscal (fls. 141 e 142), na qual relatou que o Autuado não apresentou as devidas medidas policiais que respaldam suas alegações preliminares de que teria sido vítima de prática fraudulenta.

Destacou que não cabe as alegações de decadência e de desconhecimento das notas fiscais constantes na base de dados da NF-e, uma vez que são de seu próprio domínio, e que, no mérito, o Autuado não apresentou defesa no tocante ao quantum apurado e não fundamentou a alegada perda de 50% por inaptidão.

Defendeu a impossibilidade de compensação do montante apurado com os valores relativos a eventuais créditos fiscais constantes no registro fiscal de apuração do ICMS, devendo o Autuado procurar os meios próprios para proceder a quitação mediante apresentação do competente certificado de crédito.

Declarou que foge à nossa competência no escopo do processo administrativo fiscal a alegação da natureza confiscatória da multa e de descumprimento de diversos preceitos constitucionais.

Solicitou a declaração da procedência do Auto de Infração.

Designado como Relator, após ter efetuado a avaliação dos elementos constantes nestes autos, declarei estar concluída a sua instrução e solicitei a sua inclusão em pauta de julgamento.

## VOTO

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem o Auto de Infração, previstos no Art. 39 do RPAF/99.

O Autuado não colacionou novas provas após a apresentação da sua Defesa.

Não há que se falar em decadência quinquenal, tendo em vista que a ciência do Auto de Infração ocorreu em 06/10/2021 e os fatos geradores são relativos ao próprio exercício de 2021.

Da análise dos fatos descritos no processo, observo que o Auto de Infração exige ICMS e multa pela falta de recolhimento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributadas e referente a operações não escrituradas nos seus livros fiscais, bem como aplica multa pela falta de recolhimento da parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, com saída posterior tributada normalmente, todas as infrações ocorridas no exercício de 2021.

Os demonstrativos apresentam de forma cristalina as infrações, indicando o número do documento fiscal, CFOP da operação, data de emissão e, quanto à mercadoria, item da nota fiscal, código, NCM, descrição, base de cálculo, alíquota e ICMS devido.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O Autuante, ao constituir o crédito tributário pelo lançamento, verificou a ocorrência do fato gerador, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade.

As notas fiscais relacionadas nos demonstrativos das Infrações 01 e 02 foram emitidas pelo próprio Autuado, enquanto as notas fiscais objeto da Infração 03 foram escrituradas pelo Autuado em sua EFD, ou seja, todas as notas fiscais relativas a este Auto de Infração estão em domínio do Autuado.

Também não há nenhuma presunção neste Auto de Infração que obrigasse à utilização da proporcionalidade para determinação da base de cálculo do imposto.

Sendo assim, entendo que não houve nenhum prejuízo à defesa do Autuado, muito menos incerteza na determinação da base de cálculo ou do infrator, razão pela qual afasto as nulidades suscitadas.

No mérito, verifico que as infrações estão consubstanciadas nos seus demonstrativos e que a única oposição defensiva se refere à não consideração de créditos fiscais, sejam escriturados no Livro Registro de Apuração do ICMS sejam por alegação de perda das mercadorias em função da sua inaptidão, e ao não reconhecimento do recebimento das Notas Fiscais nº 1.667 e 1.689, relacionadas a Infração 03.

No tocante às Notas Fiscais nº 1.667 e 1.689, relacionadas a Infração 03, ressalto que, embora o Autuado alegue não as ter recebido, as mesmas foram escrituradas em sua EFD, devendo ser mantida a exigência em relação às mesmas e, consequentemente, a toda a infração, cuja incidência do imposto está prevista no Art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

Saliento que só foi exigida a multa, tendo sido dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, em razão das saídas terem sido tributadas, com base no § 1º do Art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Já as Infrações 01 e 02 exigem ICMS e multa pela falta de recolhimento do imposto em operações não escrituradas e escrituradas nos livros fiscais, respectivamente, não tendo o Autuado comprovado a realização dos respectivos recolhimentos.

Não há previsão legal para concessão de índice de perda de 50%, ou em qualquer outro percentual, em razão da inaptidão do Autuado, assim como para a compensação do montante exigido com eventual crédito de imposto registrado no Livro Registro de Apuração do ICMS.

Destaco que esta 5ª JJF não tem competência para declarar a constitucionalidade ou ilegalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 125, I e III, da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, I e III, do RPAF/99, sendo certo que a multa aplicada está prevista no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e que não há previsão legal para o seu cancelamento ou a sua redução.

Entretanto, de ofício, efetuo a alteração da multa aplicada na Infração 01 para a prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, com o percentual de 60%, em razão da inexistência nos autos da prova da ocorrência de dolo.

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

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206892.0009/21-2, lavrado contra **MILL COMERCIAL DE ALIMENTOS EIRELI**, devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 82.562,96, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, bem como da multa no montante de R\$ 35.383,50, prevista no Art. 42, II, “d”, da referida Lei, com os acréscimos moratórios estatuídos na Lei nº 9.837/05.

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

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR