

PROCESSO - A. I. Nº 217365.0005/21-2
RECORRENTE - VIDA EMBALAGENS EIRELI
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0177-02/23-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/04/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0109-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. a) RECOLHIMENTO A MENOS. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA APLICADA MENOR QUE A PREVISTA LEGALMENTE; b) OMISSÃO DE RECEITA TRIBUTÁVEL. SALDO CREDOR DE CAIXA - SEM DOLO. Constatado que a contribuinte declarou nas PGDASD transmitidas (nas quais apurou e recolheu os tributos do Simples Nacional), receitas menores que as auferidas implicou em alteração de alíquota em função do aumento da receita tributável periodicamente. Infrações não elididas no mérito. Rejeitadas as nulidades arguidas. Infrações subsistentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 01/03/2021, no valor de R\$ 36.071,23, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 17.02.01: Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor, nos meses de janeiro a dezembro de 2017, janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2018, janeiro a abril de 2019 e janeiro a novembro de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.161,39, acrescido da multa de 75%, prevista no Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e no Art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96.

Infração 02 - 17.07.01: Falta de recolhimento do ICMS em razão de saídas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais, presumidas pela constatação de saldo credor de caixa – SEM DOLO, nos meses de janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2017, janeiro, junho a agosto e dezembro de 2018, janeiro de 2019 e janeiro a abril e junho a dezembro de 2020, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 29.904,84, acrescido da multa de 75%, prevista no Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e no Art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96.

A 2ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração, por unanimidade, mediante o Acórdão nº 0177-02/23-VD (fls. 73 a 80), com base no voto a seguir transcrito:

“Como relatado, o Auto de Infração acusa cometimento das seguintes infrações: 01 – 17.02.01 – Recolhimento a menos de ICMS no Regime Simples Nacional devido a erro na informação da receita e/ou por aplicação de alíquota menor que a devida; 02 – 17.07.01 – Falta de recolhimento do ICMS em razão de saídas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais, presumidas pela constatação de saldo credor de caixa – SEM DOLO.

Compulsando os autos, verifico: a) conforme documentos de fls. 52 e 53, bem como do que se depreende do teor da Impugnação, cópia do AI e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§), 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas, determinadas com segurança, bem como identificado o infrator; e) tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 04-170 e 251-257), constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Ressalto que os elementos de provas autuados informam que a ação fiscal ocorreu mediante a utilização da ferramenta fiscal PRODIFE homologada pela SEFAZ, por ser constituído dos parâmetros estabelecidos na

legislação específica do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos por Microempresas e Empresa de Pequeno Porte – Simples Nacional, especialmente LC 123/2006 e Resoluções CGSN 94/11 e 140/2018.

Observe que a acusação decorre de erro de apuração do tributo devido e declarado em PGDASDs transmitidas pelo contribuinte autuado (Infração 01) e falta de recolhimento do ICMS em razão de saídas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais, presumidas pela constatação de saldo credor de caixa – SEM DOLO (Infração 02).

De logo, observo que, por lei, os arquivos eletrônicos encaminhados pelos contribuintes à SEFAZ devem refletir a real movimentação empresarial com repercussão tributária. Geram, portanto, repercussões jurídicas que provam a favor e em contra do emitente.

Como previsto na legislação da espécie, o sujeito passivo teve ciência do início do procedimento fiscal (fls. 09-11) que, sendo vinculado à lei, rege-se pelo princípio inquisitório. Portanto, partindo das informações contidas no banco de dados do sujeito ativo, ainda que a colaboração do contribuinte seja interessante na maioria dos casos – e neste caso ocorreu mediante apresentação de documentos relativos ao seu movimento empresarial (fl. 11) -, o procedimento fiscal prescinde de participação do contribuinte fiscalizado, já que objetiva conferir o correto cumprimento das obrigações tributárias por parte do autuado.

Nesse sentido, leciona Hugo de Brito Machado Segundo:

“Essa é a razão pela qual se diz que o contribuinte pode defender-se do auto de infração contra si lavrado, mas não tem, necessariamente, oportunidades de defesa antes da feitura do lançamento, em face da mera fiscalização em seu estabelecimento, por exemplo, até porque o procedimento de fiscalização tem por fim uma mera conferência do cumprimento espontâneo da norma tributária, e não a solução de uma lide. Lide poderá haver em momento posterior, se for o caso, na hipótese de ser efetuado um lançamento” (Processo Tributário, 3ª Ed. Editora Atlas)

Assim, embora não se exija que um procedimento de fiscalização assegure prévia oportunidade de defesa ao contribuinte, para que a relação jurídica de crédito e débito nascida com o lançamento tributário entre os sujeitos ativo e passivo da relação se efetive, a Autoridade Fiscal deve seguir um procedimento calcado na legalidade (lei formal).

Do mesmo modo, sob pena de cometer ilegalidade, quando requerido o contribuinte deve exhibir seus livros, documentos e controles fiscais e contábeis (CTN: Art. 195).

Tanto o início da ação fiscal como a ciência do contribuinte sobre a existência do Auto de Infração resultante ocorreram na forma regulamentar e alcançaram os objetivos propostos. O primeiro, com o Termo de Arrecadação de Livros e Documentos (fl. 11 – RPAF: Art. 26, I) assinado por preposto do contribuinte (Contador), apresentando documentos considerados na ação fiscal e autuados às fls. 28-50 do PAF, e a segunda, via DT-e, em conformidade com o art. 108, do RPAF.

Quanto à competência do Autuante ter lavrado o Auto de Infração em apreço, sendo Agente de Tributos Estaduais, registre-se seu aspecto legal em face da modulação dos efeitos do julgamento da ADI 4233/BA, entendimento ratificado pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia – PGE, em despacho no processo 013.1308.2021.0008266-93.

Rejeito, pois, as nulidades suscitadas.

Do que consta nos autos, vejo que o lançamento em sede de revisão neste órgão administrativo judicante, bem como o PAF que o conduz, atenderam aos princípios de regência, tais como: Legalidade, Inquisitório, Devido Processo Legal e seus corolários de Ampla Defesa e Contraditório.

É de se ter em vista, tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

A exação, repito, decorre de erro de apuração do tributo devido e declarado em PGDASDs transmitidas pelo contribuinte autuado (Infração 01) e omissão de receita tributável comprovada pela existência de suprimentos de caixa sem comprovação da origem de numerário (Infração 02), alterando os valores dos tributos devidos no regime do Simples Nacional e, conforme o caso, a consequente alíquota aplicada/declarada pelo contribuinte nas suas PGDASDs, mediante aplicação do sistema de auditoria PRODIFE.

Observe, por oportuno, que a opção pelo Simples Nacional implica na aceitação do Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar nº 123/06, cuja forma de arrecadação é a prevista no seu art. 18 e §§, tendo como pressuposto básico a “receita bruta”, quer para determinação da alíquota aplicável, como para a determinação da base de cálculo. Assim, o valor do imposto

calculado pelo Simples Nacional não perquire cada saída específica, mas um montante que servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos.

A Lei Complementar 123/2006, estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere à apuração e recolhimento dos seus respectivos tributos, mediante regime único de arrecadação, e cumprimento de obrigações acessórias.

O valor devido mensalmente pelos contribuintes optantes pelo Simples Nacional é determinado com aplicação das alíquotas efetivas, calculado a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V da LC 123/2006, sobre a base de cálculo de que trata o § 3º do Art. 18, observado o disposto no § 15 do art. 3º. Para tanto, o sujeito passivo deve utilizar a receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração.

Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 e seguintes, da LC citada devem ser pagos, por meio de documento único de arrecadação, sendo que o valor não pago até a data do vencimento sujeitar-se-á à incidência de encargos legais na forma prevista na legislação do imposto sobre a renda.

Quanto às obrigações fiscais acessórias, o contribuinte deve apresentar anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil, declaração única e simplificada de informações socioeconômicas e fiscais, que será disponibilizada aos órgãos de fiscalização tributária e previdenciária, observados prazos e modelo aprovados pelo CGSN.

Essa declaração constitui confissão de dívida e instrumento hábil e suficiente para a exigência de tributos e contribuições que não tenham sido recolhidos, resultantes das informações nela prestadas.

Obviamente, também estão obrigadas a emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com as instruções expedidas pelo Comitê Gestor do Simples Nacional, devendo manter em boa ordem e guarda os documentos que fundamentam a apuração dos impostos e contribuições devidos, enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes.

Pois bem. Cobrando-se apenas o valor devido à Bahia, cuja apuração se vê retratada nos demonstrativos suportes de fls. 24-27, a exação decorre de reapuração do imposto nos exercícios 2017, 2018 e 2020, usando o sistema PRODIFE em auditoria em que se confrontam as informações contidas nas PGDASDs transmitidas pelo contribuinte autuado ao fisco, com as informações da movimentação empresarial do contribuinte contidas no banco de dados da SEFAZ e demais informações dos documentos apresentados pelo contribuinte no curso da ação fiscal, frente à legislação tributária. Nesse sentido, chamo atenção para o disposto no artigo 123 do RPAF que trata do direito de defesa administrativa, especialmente em seus §§ 1º e 5º (§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez; § 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que: I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente; III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos, exceções que não cabe no caso.

Para as acusações presentes nos autos, assim se apresenta a legislação de enquadramento:

Infração 01

LC 123/06

Art. 21. Os tributos devidos, apurados na forma dos [arts. 18 a 20 desta Lei Complementar](#), deverão ser pagos:

I - por meio de documento único de arrecadação, instituído pelo Comitê Gestor;

...

Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.

Lei Federal 9.430/96

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

Infração 02

LC 123/06

Art. 34. Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.

Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.

Lei 7.014/96

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º.

§ 1º Para efeito de determinação da alíquota nominal, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração.

§ 1º A. A alíquota efetiva é o resultado de:

I - RBT12: receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao período de apuração;

II - Aliq: alíquota nominal constante dos Anexos I a V desta Lei Complementar;

III - PD: parcela a deduzir constante dos Anexos I a V desta Lei Complementar.

§ 1º-B. Os percentuais efetivos de cada tributo serão calculados a partir da alíquota efetiva, multiplicada pelo percentual de repartição constante dos Anexos I a V desta Lei Complementar, observando-se que:

I - o percentual efetivo máximo destinado ao ISS será de 5% (cinco por cento), transferindo-se eventual diferença, de forma proporcional, aos tributos federais da mesma faixa de receita bruta anual;

II - eventual diferença centesimal entre o total dos percentuais e a alíquota efetiva será transferida para o tributo com maior percentual de repartição na respectiva faixa de receita bruta.

...

§ 4º-A. O contribuinte deverá segregar, também, as receitas

I - decorrentes de operações ou prestações sujeitas à tributação concentrada em uma única etapa (monofásica), bem como, em relação ao ICMS, que o imposto já tenha sido recolhido por substituto tributário ou por antecipação tributária com encerramento de tributação;

...

III - sujeitas à tributação em valor fixo ou que tenham sido objeto de isenção ou redução de ISS ou de ICMS na forma prevista nesta Lei Complementar;

IV - decorrentes da exportação para o exterior, inclusive as vendas realizadas por meio de comercial exportadora ou da sociedade de propósito específico prevista no art. 56 desta Lei Complementar;

§ 12. Na apuração do montante devido no mês relativo a cada tributo, para o contribuinte que apure receitas mencionadas nos incisos I a III e V do § 4º-A deste artigo, serão consideradas as reduções relativas aos tributos já recolhidos, ou sobre os quais tenha havido tributação monofásica, isenção, redução ou, no caso do ISS, que o valor tenha sido objeto de retenção ou seja devido diretamente ao Município

Art. 21. Os tributos devidos, apurados na forma dos arts. 18 a 20 desta Lei Complementar, deverão ser pagos:

I - por meio de documento único de arrecadação, instituído pelo Comitê Gestor;

...

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

...

§ 20. As demais microempresas e as empresas de pequeno porte, além do disposto nos incisos I e II do caput deste artigo, deverão, ainda, manter o livro-caixa em que será escriturada sua movimentação financeira e bancária.

Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.

Lei Federal 9.430/96

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...
§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:
...

I - saldo credor de caixa;

Lei Federal 9.430/96

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata.

Então, vê-se nos demonstrativos autuados o pleno atendimento das disposições acima e o correto enquadramento das infrações, todas constatadas mediante auditoria com uso do sistema PRODIFE. É de saber que nessa auditoria, identificando-se irregularidade em face de correções nas discriminações de receitas por faturamento, incorretamente declarado em PGDASD pelo sujeito passivo, ou em caso de não declaração de receita obtida – como nesse caso -, é possível se constatar variadas infrações à legislação tributária do Simples Nacional, como se veem identificadas no relatório da auditoria suporte deste lançamento de ofício, com possibilidade de segregar o ICMS apurado devido, por infração (DEMONSTRATIVO C1 – DEMONSTRATIVO DA FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS DEVIDO SOBRE O FATURAMENTO – SIMPLES NACIONAL – fls. 24-25 e DEMONSTRATIVO C2 – DEMONSTRATIVO DA FALTA DE PAGAMENTO OU PAGAMENTO A MENOR DO ICMS DEVIDO SOBRE O FATURAMENTO – SIMPLES NACIONAL – fls. 26-27).

É que tal procedimento fiscal contempla 03 etapas:

1. Levantamento da receita proveniente das vendas de mercadorias:

Fase em que se compara as vendas registrados nos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte (PGDAs – Colunas Receitas Declaradas dos demonstrativos), com as informações relativas ao contribuinte, constantes no banco de dados da SEFAZ. Do resultado desse confronto, apura-se o valor da receita equivocadamente declarada e/ou omitida em PGDASD transmitida.

Procede-se, então, ao levantamento da real receita total da empresa, de modo a apurar a base de cálculo do ICMS devido.

2. Cálculo do valor do ICMS devido

A base de cálculo encontrada é submetida às alíquotas constantes do Anexo I a V da LC 123/06.

3. Determinação do valor do débito confrontando o ICMS devido X ICMS declarado.

Conforme a alíquota real pertinente se calcula o valor do imposto devido, segregado por infração.

Assim, neste caso, apurado o valor do ICMS devido, este foi confrontado com o ICMS declarado e exposto nos extratos do Simples Nacional, de forma que, durante o período fiscalizado, acumulou-se diferenças de ICMS a recolher. Neste caso, determinadas mensalmente, tais diferenças foram desmembradas por infração.

Portanto, feitas essas gerais digressões a respeito do Simples Nacional, é de se ressaltar que a Impugnante, não demonstrando a forma como calculou os tributos devidos no período objeto da autuação, acompanhado de elementos documentais de prova, nem objetivamente apontando equívoco nos números do levantamento fiscal, de modo a contrastar a reapuração do fisco efetuada com vistas a homologar os prévios procedimentos do sujeito passivo, apenas ratifica o acerto do levantamento fiscal, até porque todos os dados e documentos para tal fim estão na posse do contribuinte. Aplica-se ao caso, portanto, a disposição contida no artigo 140 do RPAF:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.”

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 93 a 98), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, onde, após um breve relato dos fatos, suscitou a nulidade das notificações porque a intimação foi efetuada via DT-e, sendo que o parágrafo único, do Art. 26 do RPAF/99 não considera como início de procedimento fiscal o envio, via DT-e, de comunicado dando conhecimento de inconsistência verificada em análise.

Também arguiu a nulidade do Auto de Infração por incompetência do Autuante, conforme o julgamento pelo STF da ADI nº 4.233, e por cerceamento de defesa em razão da falta de clareza do Auto de Infração.

Disse que o Autuante descreveu a realização de reconstituição da conta caixa, incluindo os

valores das notas fiscais de aquisição lançadas no Sistema Nacional da NF-e, as quais foram consideradas como quitadas nas datas de vencimento das respectivas faturas, mas que, ao examinar os demonstrativos, verificou que não foi efetuada nenhuma reconstituição, visto que não partiu dos dados escriturados em sua contabilidade.

Requeru a nulidade do Auto de Infração por incompetência do Autuante, imprecisão e ambiguidade da acusação fiscal, falta de robustez das provas e demonstrativos, aplicação de presunção não prevista em lei, cerceamento do direito de defesa e afronta ao princípio do devido processo legal.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência do Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS e multa em razão do recolhimento a menor do imposto devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor e por falta de recolhimento do imposto em razão de saídas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais, presumidas pela constatação de saldo credor de caixa.

O Recurso Voluntário apresentado não traz fatos novos em relação aos argumentos já expostos em sua Defesa.

O STF concluiu o julgamento dos Embargos de Declaração opostos pelo Governador do Estado da Bahia e pela Assembleia Legislativa do Estado da Bahia (ALBA), relativos à ADI nº 4.233, no Plenário, em Sessão Virtual ocorrida no período de 10 a 20/11/2023.

Na decisão da Corte, os ministros acompanharam, à unanimidade, o voto do Relator (Ministro Alexandre de Moraes), oportunidade em que acolheram parcialmente os Embargos de Declaração para modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade anteriormente publicada, conforme abaixo.

“Voto: Diante do exposto, NÃO CONHEÇO dos Embargos de Declaração opostos pelo Sindicato dos Servidores da Fazenda do Estado da Bahia SINDSEFAZ e pela Federação dos Trabalhadores Públicos do Estado da Bahia FETRAB e ACOLHO PARCIALMENTE os Embargos de Declaração opostos pelo Governador do Estado da Bahia e pela Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, para, modulando os efeitos da decisão embargada, conceder-lhe efeitos ex tunc, a partir da data da publicação do acórdão embargado.” (grifo nosso)

Assim, como base na decisão tomada no dia 20/11/2023, é possível concluir que a Corte Suprema modulou os efeitos da sua anterior decisão de mérito (Data de Publicação DJE 29/04/2021 - Ata nº 70/2021. DJE nº 80) para que somente produzisse efeitos a partir do dia 29/04/2021, em diante, sem, portanto, retroagir.

Nesse sentido, os Autos de Infração lavrados pelos Agentes de Tributos Estaduais, anteriores ao dia 29/04/2021, NÃO são afetados pela decisão do STF, ou seja, são plenamente constitucionais.

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.

A comunicação eletrônica entre a Secretaria da Fazenda e o sujeito passivo de tributos estaduais por meio de portal de serviços na rede mundial de computadores, denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, foi instituída pelo Art. 2º da Lei nº 13.199/14, que incluiu o Art. 127-D na Lei nº 3.956/81 (COTEB), *in verbis*:

“Art. 127-D. Fica instituída a comunicação eletrônica entre a Secretaria da Fazenda e o sujeito passivo de tributos estaduais por meio de portal de serviços na rede mundial de computadores, denominado Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, sendo que:

I - a Secretaria da Fazenda utilizará a comunicação eletrônica para, dentre outras finalidades:

a) identificar o sujeito passivo de quaisquer tipos de atos administrativos;

b) encaminhar notificações e intimações;

c) expedir avisos em geral;

II - a comunicação eletrônica somente será implementada após credenciamento do sujeito passivo na forma prevista em regulamento;

III - ao sujeito passivo credenciado será atribuído registro e acesso ao DT-e com tecnologia que preserve o sigilo, a identificação, a autenticidade e a integridade das comunicações.

Parágrafo único. A comunicação eletrônica nos termos deste artigo será considerada pessoal para todos os efeitos legais, observando-se o seguinte:

I - considerar-se-á realizada no dia em que o sujeito passivo acessá-la;

II - nos casos em que o acesso se dê em dia não útil, será considerada como realizada no primeiro dia útil seguinte;

III - caso o acesso não seja realizado no prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de seu envio, será considerada realizada no dia útil seguinte ao término desse prazo;

IV - no interesse da Administração Pública, a comunicação com o sujeito passivo credenciado poderá ser realizada mediante outras formas previstas na legislação.” (grifo nosso)

O parágrafo único do Art. 26 do RPAF/99 se refere à malha fiscal, quando o contribuinte pode corrigir espontaneamente inconsistências verificadas em análise ou cruzamento de informações econômico-fiscais existentes no banco de dados da SEFAZ, que lhe são comunicadas via DT-e, pois se tais comunicações fossem consideradas como início de procedimento fiscal, teria que ser aplicada multa por infração.

Por lei, os arquivos eletrônicos encaminhados à SEFAZ devem refletir a real movimentação empresarial com repercussão tributária, implicando, portanto, em repercussões jurídicas que geram provas a favor e contra o Autuado.

O Autuado não apresentou nenhuma prova da imprecisão ou ambiguidade nas infrações apontadas, implicando na aplicação do disposto no Art. 143 do RPAF/99, o qual dispõe que a “simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Quanto à falta de robustez das provas e demonstrativos, não assiste razão ao Autuado, pois foram anexados demonstrativos analíticos das infrações (fls. 12 a 27) e documentos de comprovação de despesas com salários e consumo de energia e água (fls. 28 a 50), todos apresentados ao Autuado juntamente com mídia onde constam também os documentos de arrecadação (fls. 51 a 55).

Caso o Autuado discordasse de algum valor contido nos demonstrativos, poderia de forma plena e objetiva apontar quais valores estavam equivocados ou deveriam ser acrescentados para elidir a acusação.

Quanto à inexistência de previsão legal para a aplicação da presunção, também não assiste razão ao Autuado, já que, conforme indicado no enquadramento legal da Infração 02, há a previsão no Art. 4º, § 4º, I da Lei nº 7.014/96, conforme transcrito abaixo:

“§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

...” (grifo nosso)

No presente caso, é do Autuado o ônus da prova para destituir a presunção legal prevista no § 4º do Art. 4º da Lei nº 7.014/96, que estabelece “salvo prova em contrário”, conforme destacado acima, cabendo-lhe comprovar, no caso concreto, a improcedência do saldo credor de caixa, apresentando, por exemplo, aporte financeiro advindo de bancos ou empréstimos, saldo inicial da conta Caixa não considerado, despesas não realizadas e receitas não consideradas.

No caso sob análise, através do “Demonstrativo A – Movimento Mensal de Caixa” (fls. 12 a 23), verifica-se que o Autuante consignou, em 01/01/2017, “Saldo Inicial de CAIXA – Conforme consta no livro Caixa (1)” o valor zerado, não tendo o Autuado se insurgido sobre o valor que o Autuante disse ter colhido no “livro Caixa (1)”.

Sendo assim, nos termos do Art. 140 do RPAF/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico, se o contrário não resultar do conjunto das provas, do que ainda pode o Autuado se valer do controle da legalidade junto à PGE, conforme previsto no Art. 113 do RPAF/99.

Diante do exposto, afasto as nulidades suscitadas e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 217365.0005/21-2, lavrado contra **VIDA EMBALAGENS EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 36.071,23**, acrescido da multa de 75%, prevista no Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06 e no Art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS