

PROCESSO - A. I. N° 206896.0009/17-5
RECORRENTE - SAL E BRASA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO – Acórdão 2ª CJF nº 0368-12/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/04/2024

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0119-12/24-VD**

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. COMERCIALIZAÇÃO DE REFEIÇÕES. REGIME DE APURAÇÃO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. 2. MULTA. FORNECIMENTO DE ARQUIVOS MAGNÉTICOS. OMISSÃO DE OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES. Restou comprovado nos autos que em relação a infração 5, foi apreciado a preliminar de mérito da decadência em Primeira Instância que foi reformado na segunda instância, mas a matéria de fato e os fundamentos de direitos não foram apreciados na decisão da Primeira e Segunda Instâncias, que reformou a decisão de preliminar de mérito da decadência acolhida na Primeira Instância. Modificada a Decisão recorrida. Pedido **CONHECIDO E ACOLHIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Reconsideração interposto em relação ao Acórdão CJF nº 0368-12/22-VD, que reformou a Decisão proferida no Acórdão JJF nº 0239-02/21, em sede de Recurso de Ofício, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 20/06/2017, acusando o cometimento de cinco infrações, sendo objeto do pedido as infrações 2 e 5, que indicam:

Infração 02. 02.04.02. Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS relativo a comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, no montante de R\$ 27.968,36, multa de 60% (2012/2013/2014/2015. **Informa o autuante:** “valores obtidos através do processamento dos arquivos magnéticos MFDs, extraídos dos Equipamentos Emissores de Cupom Fiscal, fornecidos pelo contribuinte, processados e confrontados constatando saídas de produtos tributáveis com o informado como sendo não tributáveis, código 11, constantes na planilha eletrônica Excel ‘Sal e Brasa Al Cruzamentos E14 x E15 x E21 0846 e 3963’, alça 11 0846 e 3963’ fornecida ao mesmo”.

...
Infração 05. 16.12.22. Forneceu arquivos magnéticos, enviados via internet através do programa Validador/Sintegra, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações ou prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, aplicada multa percentual de 5%, que monta R\$ 134.036,37, ocorrência em 31/12/2012, uma vez ter, de acordo com o seguinte relato do autuante: “Omitiu o lançamento dos Registros 54 – Produtos/Mercadorias por item – Entradas e Saídas, durante todo o exercício de 2012”.

Inicialmente ressalto que de um modo geral no Pedido de Reconsideração foi solicitado:

- i) NULIDADE da decisão e retorno a primeira instância para promover novo julgamento;
- ii) MÉRITO subsidiariamente que reformasse a decisão quanto as infrações 2 e 5, inclusive reapreciação da preliminar de DECADÊNCIA.

Para proporcionar objetividade ao relatório apresenta se uma síntese da:

A) DECISÃO PROFERIDA EM PRIMEIRA INSTÂNCIA:

1. CIÊNCIA: Considerou legal a adoção do DTE, para intimações;
2. DECADÊNCIA: Afastou os valores exigidos em relação a:

2.1 Infração 01 - maio, junho, novembro/2013, fevereiro, julho a novembro/2014, janeiro, março e abril/ 2015.

- 2.2 Infração 02 – janeiro/2012, junho a dezembro/2013, janeiro a dezembro/2014, janeiro a maio/2015.
2.3 Infração 03 – janeiro/dezembro/2012, janeiro/dezembro/2013, janeiro/dezembro/2014, janeiro/maio/2015.
2.4 Infração 04 – agosto/outubro/novembro/2013, fevereiro/maio, julho/agosto/2014, janeiro e março/2015.
2.5 Infração 05 – fica excluída do lançamento por inteiro.

Ainda em razão do posicionamento acima adotado, a preliminar (infração 05) resta prejudicada.

MÉRITO:

...

Infração 02, a defesa firmou posição de não admitir tamanhas diferenças na apuração da receita bruta, e que iria levantar a motivação que levou o autuante a supor tal diferença, exceto para junho de 2015, ao passo que este sustentou que efetivou o lançamento com base nas informações apresentadas pelo contribuinte, bem como em documentos outros obtidos.

Fato é que a defesa apenas e tão somente negou a prática de que foi acusada, sem trazer aos autos qualquer fato, argumento ou documentos em sentido contrário ao da acusação formulada.

Neste sentido, caminha a disposição do artigo 142 do RPAF/99, no sentido de que “a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”, o que reforça a tese da autuante, em detrimento da posição da autuada, que simplesmente poderia fazer ela própria a constatação de sua afirmativa, trazendo os elementos para os autos.

De igual modo, há de prevalecer o disposto no artigo 143 do RPAF/99, segundo o qual:

“Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Ao não o fazer, concorre para o não acolhimento das suas razões defensivas, e robustece a acusação fiscal, a qual, excluído o período abarcado pela decadência parcial, já acima indicada, ainda que oportunizado pelas diversas manifestações produzidas, bem como a reabertura do prazo de defesa, e o longo tempo de tramitação do feito, subsiste em parte em R\$ 20.429,91, nos seguintes meses e valores:

2015: Junho-R\$ 19.744,36; Julho- R\$ 661,01; Agosto-R\$ 11,64; Setembro - R\$ 8,34; Outubro - R\$ 4,56

Infração 05 - Acolheu a decadência (jan/dez/2012). Reduziu de R\$ 134.036,37 para R\$ 0,00.

B) VOTO VENCIDO NA SEGUNDA INSTÂNCIA:

Reformou o entendimento da decisão de piso quanto a intimação do Auto de Infração no dia 09/06/2020 para 30/06/2017, concluindo que:

Pelo exposto, tendo sido ofertado todos os elementos necessários ao exercício do contraditório e da ampla defesa apenas no dia 05/04/2018, concluo que foi a partir desta data que o contribuinte pode exercer com plenitude a sua defesa e, portanto, admito esta data como marco temporal para fins de aferição da suscitada decadência.

Pelo exposto, entendo que se operou a decadência do direito de a Fazenda Estadual lançar o tributo para os fatos geradores anteriores a 05/04/2013.

Neste sentido, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente Recurso de Ofício, conforme tabela abaixo:

INFRAÇÃO 01- INTEGRALMENTE PROCEDENTE

INFRAÇÃO 02- PARCIALMENTE PROCEDENTE (decaído fato gerador JAN/2012)

INFRAÇÃO 03- PROCEDENTE EM PARTE (decaídos os valores exigidos até 05/04/2013)

INFRAÇÃO 04- INTEGRALMENTE PROCEDENTE

INFRAÇÃO 05- IMPROCEDENTE (decaído fato gerador único 31/12/2012)

No mérito, decidi não incorrer em bis in idem nas infrações 02 e 03.

Ato contínuo, salienta a recorrente para suposto bis in idem nas infrações 02 e 03. Ocorre que, se observada a imputação da infração 02 é de se convir que se trata de débito declarado (foi lançado pelo contribuinte em sua ECF, não obstante ter lançado como receita não tributada pelo ICMS), enquanto a infração 03 reclama crédito tributário em razão de valores efetivamente omitidos pela recorrente (valores omitidos extraídos das informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito).

A decisão de piso rechaçou os argumentos de defesa, conforme trecho abaixo reproduzido:

“Quanto a arguição de bis in idem formulada pela defesa, com as infrações 01 e 02, conforme esclarecido pelo autuante, nestas os dados foram retirados das operações declaradas pela empresa em seus registros, ao passo que na infração 03 as operações não foram registradas, o que por si só, já afasta tal possibilidade.”

Corroboro, pois, com os fundamentos trazidos pela decisão de piso quanto a procedência da infração 03.

INFRAÇÃO 5: Apreciou que:

As razões do recurso em relação à infração 5 ficam prejudicadas, pois foram acolhidas as questões de decadência.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício e pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

C) VOTO VENCEDOR (Recurso de Ofício)

Com relação a decadência tendo como marco inicial o dia 30/06/2017, apreciou que:

Logo, deve ser aplicada a regra do Art. 150, § 4º do CTN, ou seja, contagem iniciada a partir da ocorrência do fato gerador para as Infrações 01, 02 e 04, as quais são relativas a operações declaradas pelo Autuado em sua escrituração, mas cujo ICMS não foi recolhido. Neste sentido, o Recurso de Ofício deve ser provido em relação às operações ocorridas a partir do mês de junho de 2012, com vencimento do recolhimento não efetuado previsto para momentos após 01/07/2012.

Neste diapasão, somente deve ser mantida a declaração de decadência em relação à ocorrência do mês de janeiro de 2012, no valor de R\$ 34,42, na Infração 02, sendo esta Infração julgada procedente em parte no valor de R\$ 27.933,93, e as Infrações 01 e 04, julgadas procedentes, nos respectivos valores de R\$ 9.716,33 e R\$ 12.094,29.

Por outro lado, deve ser aplicada a regra do Art. 173, I do CTN, ou seja, contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, e, portanto, seriam decaídas apenas as operações relativas a fatos geradores ocorridos anteriormente a 01/01/2012, tanto para a Infração 03, as quais são relativas a operações não registradas pelo Autuado em sua escrituração, quanto para a Infração 05, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Neste sentido, não há decadência para ambas as Infrações 03 e 05, devendo o Recurso de Ofício ser provido em relação às mesmas, sendo ambas julgadas procedentes nos valores respectivos de R\$ 62.073,94 e R\$ 134.036,37.

Concluiu:

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, de forma a restabelecer quase que integralmente o valor do Auto de Infração, salvo em relação ao valor de R\$ 34,42, na Infração 02, em relação ao mês de janeiro de 2012, alcançado pela decadência.

No que se refere ao Recurso Voluntário, concordo com as razões externadas pela ilustre Relatora no sentido do seu NÃO PROVIMENTO, e, conforme já exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício interposto para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração no valor de R\$ 245.854,86, conforme demonstrado a seguir:

| Infração | A. Infração | 2ª JJF | 2ª CJF | Multa | Resultado |
|-----------------|--------------------|------------------|-------------------|--------------|---|
| <i>Infr. 01</i> | 9.716,33 | 9.633,99 | 9.716,33 | 60% | <i>Procedente - RO Provido/RV Não Provido</i> |
| <i>Infr. 02</i> | 27.968,35 | 20.429,91 | 27.933,93 | 60% | <i>Proc. Parte - RO Parc. Prov/RV Não Provido</i> |
| <i>Infr. 03</i> | 62.073,94 | 3.695,91 | 62.073,94 | 100% | <i>Procedente - RO Provido/RV Não Provido</i> |
| <i>Infr. 04</i> | 12.094,29 | 399,84 | 12.094,29 | 60% | <i>Procedente - RO Provido/RV Não Provido</i> |
| <i>Infr. 05</i> | 134.036,37 | - | 134.036,37 | - | <i>Procedente - RO Provido/RV Não Provido</i> |
| V. Total | 245.889,28 | 34.159,65 | 245.854,86 | | |

No Pedido de Reconsideração (fls. 278/284) interposto por meio do advogado Fernando Marques Villa Flor, OAB/BA nº 11.026, inicialmente renova o pedido de que todas as intimações e notificações sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos.

PRELIMINARMENTE suscita a nulidade da decisão recorrida, sob alegação de “supressão da primeira instância administrativa”, cerceando o direito de defesa, visto que 2ª JJF acatou a preliminar de “decadência” e foi solicitado que se a CJF entendesse diferente, o PAF retornasse à primeira instância para deliberação dos demais pontos suscitados, com ênfase na infração 5.

Argumenta que em situação idêntica, que no mérito majorou a condenação a 2ª CJF no Acórdão CJF 0367-12/22-VD determinou o retorno do PAF à primeira instância, justamente pelo afastamento da “decadência”, acolhido pela JJF, e não apreciação integral pela JJF.

Alega que no caso em tela, a CJF ingressou diretamente no mérito e aumentou o valor da condenação, ficando sem ter o direito de ver suas alegações apreciadas em primeira instância,

como preconiza o art. 1.013, § 3º, III do CPC, norma subsidiária ao RPAF/BA.

Afirma que o fato de infração 5 tratar de multa por descumprimento de obrigação acessória não retira do Contribuinte o direito a “dupla instância administrativa”, inclusive do pedido de dispensa ou redução, formulado desde a defesa (item 17) que deveria que ser apreciado pela JJF.

Conclui que no que se refere à Infração 05, a CJF se posicionou apenas sobre a “decadência” (Recurso de Ofício) e “data da ocorrência” (Recurso Voluntário), que se encontram interligados, não fazendo qualquer alusão aos demais pontos arguidos pela defesa, de acordo com o que consta na fl. 13, do acórdão recorrido, que teve “voto vencido”, em razão do Recurso de Ofício.

Discorre sobre a supressão de instância com respaldado no art. 1.103, § 4º, do CPC, necessidade de retorno à 1ª instância para julgar a infração 05, que além de prejudicial ao Contribuinte, colide com o Acórdão CJF nº 0367-12/22-VD, prolatado na mesma sessão, demonstrando de forma expressa a supressão e instância e o cerceamento do direito de defesa.

Ressalta que pela simples leitura do dispositivo que a CJF tentou usar como amparo, pode se concluir com relação a apreciação dos pedidos, foram levantados pontos que ninguém apreciou conforme itens 14, 15 e 16; manifestação data de 04/06/2018 – itens 17, 18 e 19; manifestação de 30/09/2020 – itens 12, 13, 14, 15, 16 e 17, quanto a exigência e o disposto na Instrução Normativa nº 55/14, inclusive, jurisprudência do CONSEF apresentadas.

Recorre ao CPC, decisão contida no Acórdão CJF nº 0367-12/22-VD relativo a AI lavrado contra o mesmo contribuinte e julgado na mesma sessão, ressalta a previsão contida nos artigos 154 e 155, § único do RPAF/BA, enfatizando que vencida a questão preliminar, deve ser posta em discussão a matéria principal, a menos que a análise do mérito seja favorável ao contribuinte.

Neste contexto, argumenta que a CJF manejou as “datas de ocorrências”, causando prejuízo em relação ao cálculo da multa indevidamente aplicada, cuja sanção seria sobre *“o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso, e não sobre o total das saídas declaradas pelo Contribuinte em sua DMA consolidada”*, aplicado no AI.

Pelo exposto, requer que seja decretada a NULIDADE da decisão recorrida, a fim de que o PAF seja saneado e submetido e novo julgamento em primeira instância, com a efetiva apreciação de todos os argumentos defensivos, no que concerne ao mérito, notadamente quanto a Infração 05.

MÉRITO: Com relação à Infração 02, majorado pela CJF, não pode se admitir que a autuada, em junho de 2015, tenha omitido informações de vendas de R\$ 493.609,00, ratifica que o lançamento é improcedente, visto que pagou ICMS a maior, conforme demonstrativos apresentados que demonstrou ter recolheu R\$ 101.673,79 e não foi considerado na apuração.

Argumenta que a apuração implica no refazimento da conta corrente fiscal, comparando valores apurados e pagos, não podendo concentrar nas “diferenças negativas”, mesmo identificando “diferenças positivas” superiores, conforme decisões contidas nos Acórdãos CJF 0058-11/15; JJF 0152-02/02 cujas ementas transcreveu às fls. 281/282.

Discorre sobre os saldos apurados na infração 2, indicando receitas e aplicação do percentual de (alíquota) de 3%, livro que indicou as receitas e repercussão na apuração do saldo devedor do mês, que não ocasionou prejuízo ao Erário, conforme demonstrativos juntado aos autos, que no mínimo, deveria determinar realização de diligência para apuração dos valores (declarados e tributados), inclusive em confronto com o TEF diário, pois mais de 90% das vendas, no setor de “restaurantes”, são recebidas através de cartões de crédito/débito.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, juntada de demonstrativos, documentos, revisão de valores em busca da verdade material. Requer que seja declarada a nulidade da decisão recorrida, com saneamento do PAF e novo julgamento em primeira instância. Caso a CJF aprecie, e acate, as alegações defensivas, de mérito, quanto a Infração 05, pede pela aplicação do disposto no art. 155, § único do RPAF. Requer, ainda, que a infração 02 seja considerada improcedente, ou, no máximo, procedente em parte, nesse caso com

a base de cálculo do mês de junho/15 fixada em R\$ 233.346,50.

Registrada presença na sessão de videoconferência, o advogado Dr. Fernando Marques Villa Flor que exerceu o seu direito regimental de sustentação em defesa do contribuinte.

VOTO

Inicialmente, dou CONHECIMENTO ao recurso do Pedido de Reconsideração, com efeito suspensivo, das decisões em processo administrativo fiscal para as Câmaras de Julgamento do CONSEF, tendo em vista a pertinência a decisão da Câmara que em julgamento de Recurso de Ofício, reformou no mérito, a de primeira instância em processo administrativo fiscal, nos termos do art. 169, I, “d” do RPAF/BA.

Em termos gerais o recorrente alega que em relação as infrações 2 e 5:

- i) Requereu preliminar de decadência e apresentou razões de mérito, sendo que na primeira instância foi acolhido a preliminar e não apreciado o mérito.
- ii) Na segunda instância, foi dado provimento ao Recurso de Ofício, reformulando a preliminar de decadência acolhida em primeira instância, sem apreciação também do mérito, o que implicou em supressão de instância e não aplicação do duplo grau de jurisdição, com preterição do direito de defesa nos termos do art. 2º, II do RPAF/BA.

Pela análise dos elementos contidos nos Acórdãos JJF 0239-02/21 (fls. 189/207) e CJF 0368-12/22-VD, no que se refere às infrações 2 e 5 constato que:

A) RELATÓRIO DO ACÓRDÃO JJF 0239-02/21 (relativo às infrações 2 e 5) fls. 189 a 207.

Argumenta que a decadência fulminou os valores pertinentes aos itens 02, 03 e 05, cujos fatos aconteceram até 30/06/2012, ressaltando quanto ao item 05, que a ocorrência foi alocada no lançamento, indevidamente, em “21/12/2012”, contudo a apuração deveria ser mensal, ou seja, em cada período de apuração, como delineado pelo próprio artigo 42, inciso XIII-A, “i”, da Lei 7.014/96, invocado como infringido.

Aponta que seguindo o texto legal, e em consonância com a “Relação dos Arquivos Recepcionados” (mensal), e mais ainda, de acordo com o teor da acusação fiscal, da infração 05, a ocorrência haveria que seguir igual a apuração mensal, sendo impossível se cobrar multas até 30/06/12, em razão da decadência.

Ainda em preliminar, sustenta a nulidade do item 05, em decorrência de irregular apuração sobre o que resta caracterizada pela adoção de “data de ocorrência” ilegal, importando em absoluta insegurança na apuração da base impositiva. Com efeito, se é verdade que o texto da Lei 7.014 determina uma apuração mensal, também é verdade que se constitui vício a utilização do total das saídas, informado na DMA consolidada de 2012, para fins de aplicação do percentual de 1%.

Justifica tal argumento, pelo fato de que haveria que se levantar os totais mensais, disponíveis no sistema da SEFAZ, além do que a lei prevê a pena máxima de 1%, “calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas ou sobre o valor das divergências, conforme o caso”, sendo que as “divergências” dizem respeito ao comparativo entre as informações prestadas e os documentos fiscais (primeira parte da redação do artigo 42, XIII-A, “i” da Lei 7.014/96: “...ou neles informados com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais...”). Tal fato não se aplica ao caso concreto, eis que os registros 54 foram declarados “zerados”, aduz.

Diz que o caso concreto também não é de “omissão”, posto que o Registro 54, conforme elucidado no próprio lançamento, diz respeito aos dados dos “produtos/mercadorias/por item”. Assim, as entradas e saídas, sobre as quais, no caso de omissão a lei autoriza a aplicação da multa percentual, foram sim declaradas, pelos totais. O que faltou foi apenas o detalhamento das mesmas informações, prestadas ao Fisco, inclusive via a DMA que serviu para o levantamento da irregular base impositiva. Portanto, não há segurança na determinação da infração, enquadramento legal e apuração da base de cálculo, o que enseja a nulidade da infração 05, arremata.

Menciona sobre tema idêntico, o CONSEF já decidiu, na forma dos Acórdãos JJF 0099-01/16 e CJF 0216-12/16.

Aponta outra motivação para a nulidade da infração 05, consubstanciada na ausência de intimação, com concessão do prazo regular de 30 dias, para a retificação das omissões apontadas.

Por isso, requer, depois de aplicada a decadência até 30/06/12, que seja o item declarado nulo, citando, julgado do CONSEF, através do Acórdão CJF 0284-12/14 transcrito em sua Ementa.

...

No mérito, começa abordando a **infração 05**, argumentando que ainda fosse regular a possibilidade de se aplicar multa sobre o período de julho a dezembro de 2012, os fatos narrados não caracterizam a inconsistência dos arquivos magnéticos transmitidos pela Autuada, a teor da Instrução Normativa nº 55/14, em cujo item 3.1 se encontram exauridas as motivações que ensejam a inconsistência do arquivo eletrônico, não se vislumbrando no caso presente qualquer relação entre a norma e os fatos narrados, até porque não foram realizados os “testes” recomendados.

Decorre, também, considerando ainda a sua atividade (restaurante/transformação de produtos/forte existência de produtos isentos e regidos pela substituição tributária), o exagero da multa aplicada, de mais de R\$ 134.000,00, donde arremata que além de não existir nexo entre os fatos e o enquadramento legal utilizado, o que, por si só, enseja também a improcedência da cobrança, a hipótese seria de atenuação da sanção, conforme tem decidido o CONSEF em casos similares.

De outra parte, sendo a atividade da autuada de “restaurante”, utilizava o sistema eletrônico apenas para escrituração fiscal e emissão de Cupom Fiscal, sendo aplicável a decisão do CONSEF constante do Acórdão CJF 0229/11-05, reproduzida em sua Ementa.

Por cautela, caso alguma parcela da multa seja mantida, de logo protesta pela aplicação do disposto no artigo 42, § 7º da Lei 7.014/96, ou seja, pela dispensa ou redução da pena (em 95%), de acordo com entendimento exarado no Acórdão CJF 0322-11/12, copiando a sua Ementa.

Sobre a **infração 02**, fala ser impossível admitir tamanhas diferenças na apuração da receita bruta, e como não teve condições de identificar, até o momento, a origem das divergências apontadas, irá acatar os valores apresentados, exceto para o mês de junho/15, por não ser plausível admitir que R\$ 493.609,00, foram omitidos, cujo valor significa praticamente o faturamento total da empresa no período. Assegura que irá levantar a motivação que levou o Autuante a supor tal diferença, solicitando desde já a posterior juntada de demonstração e/ou documentos.

...

Além disso, se acatada a ilegal presunção de omissão de receita, o item caracteriza “bis in idem”, em confronto com as infrações 01 e 02, períodos coincidentes, já que não se pode afirmar que seriam receitas diversas daquelas já apontadas como omitidas, nos itens anteriores (01 e 02). Os três itens se reportam a “omissão de receita” e, por isso mesmo, nos meses que são coincidentes no máximo caberia a manutenção do maior valor, já que não se pode dizer que seriam operações distintas, argui.

Por fim, assevera irá investir na conferência dos valores que ofertou à tributação, de logo solicitando a posterior juntada de demonstrativos e documentos, e acaso a fiscalização possuir informações resumidas, sofre o ônus de tentar apurar tudo de forma detalhada, sendo humanamente impossível fazê-lo em sessenta dias. Não podendo precisar prazo, tentará ofertar mais elementos ao Julgador até a fase final do julgamento.

Outro ponto a ser observado é referente à alíquota cobrada, linear de 4%, quando a partir de janeiro de 2014 deveria ser de 3%, conforme AI 206896.0010/17-3, lavrado pelo próprio autuante e em decorrência da mesma ação fiscal, e com o qual também enseja “bis in idem” (cópia anexa).

B) VOTO DA 2ª JJF RELATIVO AS INFRAÇÕES 2 e 5

Isso não significa que este órgão não tenha adotado a posição externada pelo STF, STJ ou até mesmo a orientação da PGE/PROFIS, mas simplesmente o fato de a autuada ter praticado atos que não se enquadram na determinação do artigo 150, § 4º do CTN, mas sim, na do artigo 173, inciso I de tal diploma legal, motivo pelo qual, em função dos já externados argumentos acolho parcialmente a questão prejudicial posta, até a data limite de maio de 2015.

...

Para a **infração 02**, ficam afastadas as ocorrências dos meses de janeiro de 2012, junho a dezembro de 2013, janeiro a dezembro de 2014, janeiro a maio de 2015.

...

A **infração 05** fica excluída do lançamento por inteiro.

Ainda em razão do posicionamento acima adotado, a preliminar relativa à infração 05 resta prejudicada.

De igual modo, em razão da decisão prolatada em 26/10/2021 para o Auto de Infração 206896.0010/17-3 lavrado contra a mesma empresa pelo autuante do presente feito, pela sua improcedência, vez que totalmente alcançado pela decadência, fica prejudicada a apreciação dos argumentos de cobrança em duplicidade e ocorrência de bis in idem.

Quanto a argumentação defensiva de ter sido aplicada alíquota de 4%, ao invés de 3%,

desrespeitando a norma regulamentar inserida no artigo 267, parágrafo único do RICMS/BA, esclareço que a mesma não procede, apesar de tal indicação, pois o autuante apesar de indicar tal percentual, aplicou nos demonstrativos a alíquota correta (3%).

...

Quanto ao mérito...

...

Já a **infração 02**, a defesa firmou posição de não admitir tamanhas diferenças na apuração da receita bruta, e que iria levantar a motivação que levou o autuante a supor tal diferença, exceto para junho de 2015, ao passo que este sustentou que efetivou o lançamento com base nas informações apresentadas pelo contribuinte, bem como em documentos outros obtidos.

Fato é que a defesa apenas e tão somente negou a prática de que foi acusada, sem trazer aos autos qualquer fato, argumento ou documentos em sentido contrário ao da acusação formulada.

Neste sentido, caminha a disposição do artigo 142 do RPAF/99, no sentido de que “a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”, o que reforça a tese da autuante, em detrimento da posição da autuada, que simplesmente poderia fazer ela própria a constatação de sua afirmativa, trazendo os elementos para os autos.

De igual modo, há de prevalecer o disposto no artigo 143 do RPAF/99, segundo o qual:

“Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Ao não o fazer, concorre para o não acolhimento das suas razões defensivas, e robustece a acusação fiscal, a qual, excluído o período abarcado pela decadência parcial, já acima indicada, ainda que oportunizado pelas diversas manifestações produzidas, bem como a reabertura do prazo de defesa, e o longo tempo de tramitação do feito, subsiste em parte em R\$ 20.429,91, nos seguintes meses e valores:

2015

| | |
|----------|-----------|
| Junho | 19.744,36 |
| Julho | 661,01 |
| Agosto | 11,64 |
| Setembro | 8,34 |
| Outubro | 4,56 |

...

Relativamente ao pleito para redução ou adequação da multa, não posso acolher, tendo em vista que em relação a descumprimento de obrigação principal, não cabe qualquer afastamento ou redução do percentual aplicado, conforme solicitado, uma vez que o artigo 42, § 8º da Lei 7.014/96 foi revogado pela Lei 12.605, de 14/12/12, DOE de 15 e 16/12/12, com efeitos a partir de 15/12/12.

Pelos expostos motivos, julgo o lançamento procedente em parte, de acordo como seguinte demonstrativo:

Infração 01 R\$ 9.633,99 multa 60%
Infração 02 R\$ 20.429,91 multa 60%
Infração 03 R\$ 3.695,91 multa 100%
Infração 04 R\$ 399,84 multa 60%
Infração 05 R\$ 0,00

C) VOTO DO ACÓRDÃO CJF 0368-12/22 (relativo as infrações 2 e 5) fls. 254 a 269

Conforme indicado no relatório, no tocante ao Recurso de Ofício a **Relatora, no voto vencido** reformou a decisão quanto a intimação do Auto de Infração no dia 09/06/2020 para 30/06/2017, concluindo que se operou a decadência do direito de a Fazenda Estadual lançar o tributo para os fatos geradores anteriores a 05/04/2013.

Deu PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício, pela PROCEDÊNCIA EM PARTE DA INFRAÇÃO 02 (*decaído fato gerador JAN/2012*) e manteve a IMPROCEDÊNCIA da INFRAÇÃO 05-IMPROCEDENTE (*decaído fato gerador único 31/12/2012*)

No mérito, decidiu não incorrer em bis in idem as infrações 02 e 03 fundamentando que a infração 02 se trata de débito declarado (foi lançado pelo contribuinte em sua ECF, não obstante ter lançado como receita não tributada pelo ICMS), enquanto a infração 03 reclama crédito tributário em razão de valores efetivamente omitidos pela recorrente (valores omitidos extraídos das

informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito).

E quanto a INFRAÇÃO 5, apreciou que as razões do recurso em relação à infração 5 “*ficam prejudicadas, pois foram acolhidas as questões de decadência*”.

Já no **VOTO VENCEDOR (Recurso de Ofício)** foi apreciado que a decadência tem como marco inicial o dia 30/06/2017 (Art. 150, § 4º do CTN), com a contagem iniciada a partir da ocorrência do fato gerador para as Infrações 01, 02 e 04, relativas a operações declaradas pelo Autuado em sua escrituração, mas cujo ICMS não foi recolhido, dando PROVIMENTO ao Recurso de Ofício para as operações ocorridas a partir do mês de junho de 2012, mantendo a declaração de decadência ocorrida no “mês de janeiro de 2012, no valor de R\$ 34,42, na Infração 02, sendo esta Infração julgada procedente em parte no valor de R\$ 27.933,93”, e as Infrações 01 e 04, julgadas procedentes, nos respectivos valores de R\$ 9.716,33 e R\$ 12.094,29.

Concluiu que “Neste sentido, não há decadência para ambas as **Infrações 03 e 05**, devendo o Recurso de Ofício ser provido em relação às mesmas, sendo ambas julgadas procedentes nos valores respectivos de R\$ 62.073,94 e R\$ 134.036,37”.

Por tudo que foi exposto, pode se concluir que:

- i) Com relação a INFRAÇÃO 02, houve apreciação das razões de preliminar da decadência e razões de mérito na primeira e segunda instância, conforme apreciação de fls. 265 e 266;
- ii) No tocante a INFRAÇÃO 05, ocorreu acolhimento da preliminar de decadência na decisão de primeira instância, que na apreciação do Recurso de Ofício foi mantida no VOTO VENCIDO e reformado no VOTO VENCEDOR.

Entretanto, com relação a esta infração, na decisão de Primeira Instância que acolheu a preliminar de decadência, considerou prejudicadas as razões de mérito, quanto a inconsistência dos arquivos magnéticos (Instrução Normativa nº 55/14), ausência de “testes”, base de cálculo da multa sobre o valor das divergências e não do total das entradas/saídas, atividade (restaurante/transformação de produtos/forte existência de produtos isentos e regidos pela substituição tributária), utilizava sistema eletrônico apenas para escrituração fiscal e emissão de Cupom Fiscal (CJF Nº 0229/11-05) e dispensa ou redução da multa em 95% (CJF Nº 0322-11/12).

Pelo exposto, concluo que em relação a INFRAÇÃO 05, na impugnação inicial foi solicitado acolhimento de prejudicial de mérito relativo a faculdade de o Estado constituir o crédito tributário (decadência) e de razões de mérito.

Na decisão de primeira instância só foi analisada a prejudicial de mérito relativo à decadência, que foi reformado na decisão de segunda instância (VOTO VENCEDOR), mas não houve apreciação das razões de mérito pela Relatora no Recurso Voluntário (VOTO VENCIDO), nem pelo Conselheiro que proferiu o voto vencedor que reformou o Recurso de Ofício e concordou com o NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Em conclusão, CONHEÇO o Pedido de Reconsideração e DOU PROVIMENTO para julgar NULA a Decisão do Acórdão CJF 0368-12/22-VD, com retorno do PAF à Junta de Julgamento Fiscal para análise das razões de mérito.

VOTO DISCORDANTE

Peço vênica para discordar do ilustre Relator quanto à nulidade da Decisão recorrida sob o argumento de falta de análise do mérito da Infração 05.

Foi registrado no Voto Vencedor da referida Decisão que a matéria estava madura para ser julgada, nos termos do Art. 1.013, § 3º, III do novel CPC, já que a acusação é da entrega dos arquivos magnéticos sem a inclusão dos dados do Registro 54 – Produtos/Mercadorias por item – Entradas e Saídas, com aplicação da multa por descumprimento de obrigações acessórias prevista no Art. 42, XIII-A, “i” da Lei nº 7.014/96.

Colaciono abaixo a descrição da referida Infração 05:

“Infração 05. 16.12.22. Forneceu arquivos magnéticos, enviados via internet através do programa Validador/Sintegra, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações ou prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas, aplicada multa percentual de 5%, que monta R\$ 134.036,37, ocorrência em 31/12/2012, uma vez ter, de acordo com o seguinte relato do autuante: “Omitiu o lançamento dos Registros 54 – Produtos/Mercadorias por item – Entradas e Saídas, durante todo o exercício de 2012”.”

Ora, em nenhum momento o Autuado negou a omissão dos referidos registros, nem apresentou qualquer argumento que tivesse o condão de desfazer a constatação fática do descumprimento da obrigação acessória.

O Autuado apenas apresentou a alegação de nulidade e ocorrência da Decadência, conforme consta no Relatório do Acórdão CJF nº 0368-12/22-VD, transcrito abaixo:

“Não obstante, acaso seja provido o Recurso de Ofício quanto a infração 05, salienta que o processo deve retornar à Primeira Instância, para deliberação das demais razões apresentadas pela Autuada, quanto a decadência dos fatos geradores.”

E a não ocorrência da Decadência foi exatamente o motivo para o provimento do Recurso de Ofício, conforme o seguinte trecho do Voto Vencedor:

“Por outro lado, deve ser aplicada a regra do Art. 173, I do CTN, ou seja, contagem iniciada a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência do fato gerador, e, portanto, seriam decaídas apenas as operações relativas a fatos geradores ocorridos anteriormente a 01/01/2012, tanto para a Infração 03, as quais são relativas a operações não registradas pelo Autuado em sua escrituração, quanto para a Infração 05, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Neste sentido, não há decadência para ambas as Infrações 03 e 05, devendo o Recurso de Ofício ser provido em relação às mesmas, sendo ambas julgadas procedentes nos valores respectivos de R\$ 62.073,94 e R\$ 134.036,37.”

Diante do exposto, voto pelo CONHECIMENTO e NÃO PROVIMENTO do Pedido de Reconsideração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **CONHECER** e **PROVER** o Pedido de Reconsideração apresentado para modificar a Decisão recorrida e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 206896.0009/17-5 lavrado contra **SAL E BRASA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros(as): Gabriel Henrique Lino Mota, Fernando Antonio Brito de Araújo, Igor Lucas Gouveia Baptista, Camila Magnavita da Fonseca Camargo e Eduardo Ramos de Santana.

VOTO DISCORDANTE – Conselheiro: Marcelo Mattedi e Silva.

Sala Virtual de Sessões do CONSEF, 21 de março de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA - VOTO DISCORDANTE

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS