

PROCESSO	- A. I. N° 206915.0004/23-9
RECORRENTE	- A & C MINIMERCADO COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA. (A&C APOIO ADMINISTRATIVO LTDA.)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0211-01/23-VD
ORIGEM	- DAT NORTE / INFAS AGRESTE

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0301-12/24-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DO COMPETENTE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO REFERIDO CRÉDITO. O contribuinte lançou créditos em sua EFD, acima dos valores efetivamente recolhidos a título de antecipação parcial, não comprovando a origem dos referidos créditos. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Ausência de competência do CONSEF para apreciar questões relacionadas à constitucionalidade na legislação tributária emanada por autoridade superior. Mantidas as multas aplicadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário (fls. 71 a 79) em face da Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 10/06/2023 e notificado ao Sujeito Passivo (Inscrição Estadual n° 136.656.841 ME) em 28/06/2023 (fl. 17), para exigir ICMS no montante histórico de R\$ 551.692,04, referente a períodos de apuração salteados dos exercícios de 2019 a 2021, agravado por multa de 60% sobre o valor lançado, e acréscimos legais.

A acusação do cometimento de uma infração foi enunciada da seguinte maneira:

Infração 01 – 001.002.042: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. O contribuinte lançou Créditos Fiscais de ICMS nos seus Registros Fiscais de Apuração do ICMS - EFD, na coluna Crédito Ajuste Apuração, acima dos valores de Créditos Fiscais da Antecipação Parcial (código 2175) efetivamente recolhidos, não comprovando a origem dos referidos créditos, diminuindo, por conseguinte, o ICMS Normal mensal apurado e recolhido, conforme Relatórios SIAF e Planilhas anexas ao auto de infração, cujas cópias foram fornecidas ao Contribuinte através do DTE. [...]. Enquadramento legal: Art. 31 da Lei 7.014/96 C/C art. 309 do RICMS aprovado pelo Decreto n° 13.780/2012. Multa aplicada: Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei 7.014/96.

O contraditório desenvolveu-se de modo regular em primeiro grau de julgamento, com **Defesa** (fls. 19 a 27, mais documentos e mídia de fls. 29 a 48), aduzindo nulidade da citação pessoal, ofensa ao contraditório e à ampla defesa, princípio da busca da verdade real, e aplicação da razoabilidade e proibição do efeito confiscatório à multa combinada; e **Informação Fiscal** (fls. 51 a 53).

A 1ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente, consoante voto acolhido à unanimidade e redigido nos seguintes termos:

VOTO

Inicialmente constato que não há vícios na lavratura do Auto de Infração, tampouco no decorrer da instrução processual, não tendo ocorrido qualquer das hipóteses previstas no artigo 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n° 7.629/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício em questão.

Como bem frisou o autuante em sua informação fiscal, a ciência do Auto de Infração se deu de forma tácita em 28/06/2023, via DT-e (fl. 14), que se fez acompanhar também dos demonstrativos e planilhas que embasaram a autuação.

A intimação do sujeito passivo via Domicílio Tributário Eletrônico - DT-e, está prevista no art. 108, § 2º, do RPAF/Ba (Decreto nº 7.629/99), sendo que o § 3º, inciso III, desse mesmo dispositivo, ainda dispõe que a comunicação por meio do DT-e será considerada recebida no dia útil seguinte após o prazo de 05 (cinco) dias, contados da data de envio da comunicação, caso não ocorra o acesso nesse prazo.

Destarte, descabe a pretensão defensiva de que a citação só poderia ocorrer de forma pessoal, restando evidente que foi possibilitado ao sujeito passivo exercer de forma plena o seu direito ao exercício do contraditório.

Portanto, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN e 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99, não havendo do que se falar de nulidade da autuação.

No mérito, é imputado ao autuado a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito.

Entretanto, o sujeito passivo não apontou explicitamente qualquer erro do levantamento fiscal, nem apresentou qualquer documento ou planilha que refutasse a ocorrência da infração que lhe foi imputada.

Por outro lado, o autuante, através das planilhas às fls. 07 a 11, elaboradas com base nos registros do Sped Fiscal, NF-e e recolhimentos do contribuinte, demonstrou que o mesmo lançou créditos Fiscais de ICMS nos seus Registros Fiscais de Apuração do ICMS - EFD, na coluna Crédito Ajuste Apuração, acima dos valores de Créditos Fiscais da Antecipação Parcial (código 2175) efetivamente recolhidos, não comprovando a origem dos referidos créditos.

Vale ressaltar, que nos termos do art. 123, do RPAF-BA/99, foi garantido ao autuado o direito de fazer a impugnação do lançamento de ofício, aduzida por escrito e acompanhada das provas que possuísse, inclusive, levantamentos e documentos que pudessem se contrapor a ação fiscal, o que não ocorreu de forma a elidir a autuação.

Por fim, quanto à arguição de que a multa teria caráter confiscatório, ressalto que a mesma é definida em Lei, sendo que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, do RPAF/BA.

Do exposto, Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Regularmente intimado, o Defendente, ora Recorrente, aduziu razões recursais reiterativas da Defesa, a seguir delineadas (em síntese):

- A)** Nulidade do lançamento por ausência de citação pessoal da Recorrente, aduzindo ofensa ao art. 2º; ao art. 18, inciso II; ao art. 26, inciso III; ao art. 39, inciso X do Decreto nº 7.629/99 (RPAF/99), além de ofensa ao art. 5º, incisos LIV e LV da CF/88 (devido processo legal; contraditório e ampla defesa); e ao art. 2º do RPAF/99 (busca da verdade material), transcrevendo julgados do Supremo Tribunal Federal;
- B)** Pela ausência de citação pessoal, não poderia constatar se “*todos os requisitos e procedimentos legais intrínsecos à atividade fiscalizatória foram devidamente respeitados*”, em afronta ao disposto no art. 39 do RPAF/99;
- C)** Que a multa no percentual de 60% do crédito tributário possui efeito confiscatório, mencionando julgados do Supremo Tribunal Federal e fazendo referência ao art. 150, inciso IV, da CF/88.

Conluio requerendo intimações e notificações “*exclusivamente em nome do advogado Gleidson Rodrigo da Rocha Charão*”, com inscrição na OAB/BA e endereço profissional que declina; o julgamento pela total improcedência, diante das nulidades que aponta; sucessivamente, que seja reduzida a penalidade aplicada.

Recebidos os autos, estes foram a mim endereçados. Considerei-os devidamente instruídos e solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 24/07/2024, para julgamento, oportunidade em que se fez presente a representante da Recorrente, Dr. Philippe Augusto Ramos (OAB/BA nº 57.895) e o autuante Sr. José Joaquim de Santana Filho, que ofereceu sustentação oral na forma regimental.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque para a tempestividade e para o cabimento (arts. 169 e 171 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/1999 - o “RPAF/99”).

Nenhum dos argumentos trazidos pelo Sujeito Passivo enfrenta diretamente o mérito da ação fiscal, circunscrevendo a temas atinentes à nulidade do ato.

Sobre o requerimento de intimações *exclusivamente* em nome do advogado que declina, penso que este deve ser indeferido, conforme formulado, pois atenta contra o disposto no art. 108 do RPAF/99 que, em linha com as disposições do art. 127 do CTN e do art. 3º da Lei nº 7.014/96 induzem a um ônus e dever geral de manutenção de dados cadastrais de modo correto e atualizado, por parte do Sujeito Passivo.

O pleito é até mesmo dissonante com a tese central da defesa do Sujeito Passivo - nulidade de notificação do lançamento, por não se ter realizado de forma “pessoal”. As comunicações devem ser realizadas, isso é certo, no endereço cadastral do Sujeito Passivo - nele incluído o seu domicílio eletrônico (DT-E), cuja adesão é feita pelo Sujeito Passivo.

Constatou, outrossim, que este Conselho costumeiramente realiza intimações de atos processuais *também* em nome dos representantes do Sujeito Passivo inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, o que se constata pela busca no Diário Oficial eletrônico, que indicou o nome de um dos subscritores do Recurso Voluntário, não havendo previsão regulamentar neste caso para intimações pela via postal:

38 EXECUTIVO **DIÁRIO OFICIAL**
República Federativa do Brasil - Estado da Bahia

SALVADOR, TERÇA-FEIRA, 16 DE JULHO DE 2024 - ANO CVIII - Nº 23.951

Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF**CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL - CONSEF**
EDITAL(IS) DE CONVOCAÇÃO
(SESSÃO VIRTUAL)

O Presidente do Conselho de Fazenda Estadual, com base no art.51, do Regimento Interno, aprovado pelo Decreto n. 7.592/99 convoca os Senhores Conselheiros e Julgadores, o(s) representante(s) da PGE/PROFIS e Advogados, legalmente constituídos. Aqueles não julgados serão incluídos na(s) pauta(s) da(s) sessão(ões) seguinte(s), independente de publicação, de acordo com o art. 67, I, do Regimento Interno:

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL através de VIDEOCONFERÊNCIA - Data: 22/07/2024
às 14:00

RELATOR(A): HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA

Auto de Infração - 2069150004239 - Recurso Voluntário: Autuado(a) A & C MINIMERCADO

COMERCIO DE BEBIDAS LTDA - Autuante(s) - JOSE JOAQUIM DE SANTANA FILHO -

Advogado(s): GLEIDSON RODRIGUES DA ROCHA CHARAO

De resto, constato que o Sujeito Passivo fez contato tempestivo com a Secretaria, por meio de um de seus procuradores, de modo a se ter habilitado para participar da sessão virtual. Ou seja, toda a oportunidade de participação contraditória desenvolveu-se satisfatoriamente, e de modo regular.

Portanto, não há nulidades a acolher sobre esse tema.

Seguindo ao exame da suposta nulidade da notificação do lançamento (o CTN opta pela voz “notificação”, art. 145, reservando “citação” para os feitos judiciais - art. 174, parágrafo único, inciso I; art. 185-A, *caput*), penso que julgou corretamente o órgão de primeiro grau.

Compulso os autos, e constato à fl. 17, termo que registra “data da ciência” em 28/06/2023, da postagem que fora efetuada em 22/06/2023 (fl. 14), com a mensagem cuja reprodução se mostra de bom alvitre:

 <p>GOVERNO DO ESTADO DA BAHIA SECRETARIA DA FAZENDA SUPERINTENDÊNCIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA - SAT</p>		Mensagem							
<p>Informações Gerais</p> <p>Assunto: Auto de Infração Tipo de Documento: AUTO DE INFRAÇÃO</p> <p>Data da Emissão: 22/06/2023 20:40 Número do Documento: 2069150004239 Nº Ordem de Serviço: 50102823</p> <p>Destinatário: A & C MINIMERCADO COMERCIO DE BEBIDAS LTDA CNPJ/CPF: 26562032000174 Status da Mensagem: Mensagem nÂo Lida Tipo de Ciênci: Ciencia Táctica</p> <p>Remetente: JOSE JOAQUIM DE SANTANA FILHO MatrÃ-cula Remetente: 132069154</p> <p>Data da Ciênci: 28/06/2023 00:12 Data da Leitura: -</p>									
<p>Mensagem</p> <p>Sr. Contribuinte,</p> <p>Com o encerramento do processo de Auditoria Fiscal iniciado no dia 04/05/2023, conforme Intimação para Documentos Fiscais, enviada via DTE, em cumprimento à Ordem de Serviço nº 501028/23, foi lavrado o Auto de Infração, discriminado, cuja cópia estará à sua disposição durante o prazo legal de defesa de 60 (sessenta) dias, a partir da data da Intimação, na Inspeção Fazendária do Agreste, situada no Shopping Laguna, 1º andar, na cidade de Alagoa das Flores.</p> <p>Auto de Infração nº 2069150004239-9, com Demonstrativo de Débito e Planilhas Explicativas dos Valores Levantados no SPED Fiscal, em suas Notas Fiscais Eletrônicas (Recebidas e Emitidas), Conhecimentos de Transporte e Recolhimentos de ICMS (DAEs).</p> <p>Seguem anexo a esta Ciência arquivos em PDF do Auto de Infração lavrado, do seu Demonstrativo de Débito e de suas Planilhas Explicativas.</p> <p>Alagoa das Flores, 15 de junho de 2023.</p> <p></p> <p>Anexo(s) da Mensagem</p> <p>Descrição do Anexo</p> <table border="1"> <tr> <td>AI-2069150004239.pdf</td> </tr> <tr> <td>DD_AI-2069150004239.pdf</td> </tr> <tr> <td>ListaGeralRecolhimentoA&C19.xls</td> </tr> <tr> <td>EFD_AjApurDebitoA&C19.xls</td> </tr> <tr> <td>EFD_ApuracaoICMSNormalA&C20.xls</td> </tr> <tr> <td>EFD_ApuracaoICMSNormalA&C21.xls</td> </tr> <tr> <td>CIENCIA_TACITA.pdf</td> </tr> </table>			AI-2069150004239.pdf	DD_AI-2069150004239.pdf	ListaGeralRecolhimentoA&C19.xls	EFD_AjApurDebitoA&C19.xls	EFD_ApuracaoICMSNormalA&C20.xls	EFD_ApuracaoICMSNormalA&C21.xls	CIENCIA_TACITA.pdf
AI-2069150004239.pdf									
DD_AI-2069150004239.pdf									
ListaGeralRecolhimentoA&C19.xls									
EFD_AjApurDebitoA&C19.xls									
EFD_ApuracaoICMSNormalA&C20.xls									
EFD_ApuracaoICMSNormalA&C21.xls									
CIENCIA_TACITA.pdf									

Ora, não somente se enviou ao Sujeito Passivo, em seu DT-e, todo o conteúdo do Auto de Infração, como se registrou ao mesmo que a cópia integral se encontrava “à sua disposição durante o prazo legal de Defesa de 60 (sessenta) dias, a partir desta intimação, na Inspeção Fazendária do Agreste, situada...”.

A ciência pelo decurso do prazo de leitura da postagem em domicílio eletrônico, com a devida vênia do órgão julgador de primeiro grau, não é “tácita”. Tal notificação é pessoal, pois é realizada **na pessoa** do Sujeito Passivo (e não de um terceiro, representante), e de forma expressa, com uma leitura que a legislação presume realizada após certo decurso de tempo, visto que se atribui ao titular do endereço eletrônico o dever (e o ônus) de examinar suas postagens com frequência.

Aliás, tal dever não é desconhecido da generalidade dos profissionais do Direito, que desde a edição da Lei Federal nº 11.419, de 19/12/2006 - portanto há quase vinte anos - conhecem disposições sobre a informatização do processo judicial, e conhecem a comunicação eletrônica dos atos processuais, que mesmo na forma do § 3º do art. 5º - “A consulta referida nos §§ 1º e 2º deste artigo deverá ser feita em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, sob pena de considerar-se a intimação automaticamente realizada na data do término desse prazo.”, será sempre havida como **pessoal** - § 6º “As intimações feitas na forma deste artigo, inclusive da Fazenda Pública, serão consideradas pessoais para todos os efeitos legais.”

Notem, dignos pares, que não consta qualquer ato que já tenha impugnado com êxito a inquinar de ofensivo ao devido processo legal, ao contraditório ou à ampla defesa, tais disposições da Lei Federal em referência.

O mesmo se diga em relação à Lei nº 12.209, de 20/04/2011, que dispôs nos arts. 85 a 90 sobre a forma e os efeitos das comunicações eletrônicas de atos processuais, nos processos administrativos em curso perante o Estado da Bahia.

Assim, com a devida vênia, não viceja a alegação de nulidade do lançamento, sobremodo ao ver que o Sujeito passivo ofereceu Defesa em 17/08/2023 (fl. 18), ainda distante de que se escoasse o prazo de sessenta dias, desde 28/06/2023, para a impugnação.

Rejeito, portanto, a tese de nulidade da notificação do lançamento, que reputo regular e pessoalmente realizada por meio do domicílio tributário eletrônico (DT-e), ainda que pelo decurso do prazo de leitura, sem que tenha havido qualquer ofensa ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa.

No que se refere à menção ao princípio da verdade material (ou busca da verdade real), não se comprehende exatamente o que pretende a Recorrente ao suscitá-lo. Afinal, todas as evidências produzidas para a lavratura do Auto de Infração decorrem da sua escrita fiscal, sem que a Recorrente tivesse tecido uma só linha de dúvida em relação ao cometimento da infração, limitando-se a alegar vícios (não encontrados) na notificação do lançamento.

Sem dúvida, a CDA gera presunção relativa, mas no momento sequer se tem CDA! Tem-se o lançamento, que não foi impugnado em seu mérito (objeto e motivo), limitando-se a Recorrente a aduções sobre o seu direito ao contraditório, à ampla defesa, e ao devido processo legal. Nenhuma linha se traçou sobre o mérito: a cobrança de ICMS por uso indevido de crédito fiscal, a partir dos elementos escriturados pela Recorrente em sua escrita fiscal.

Nada há, portanto, nos autos que vulnere o princípio da busca pela verdade material.

Sobre a multa aplicada, penso que agiu com acerto o órgão de piso.

A discussão em torno da constitucionalidade da multa aplicada deve ser afastada nesta esfera administrativa. Em que pese o posicionamento pessoal desta relatoria, deve-se reconhecer que esta foi a opção política da Casa que representa o Povo da Bahia, ao não conferir ao CONSEF competência para, dentre outras, declarar constitucionalidade, e apreciar ato emanado de autoridade superior - art. 125 do COTEB (art. 167 do RPAF/99).

No caso em análise, as hipóteses das multas estão enquadradas na Lei Estadual vigente (incisos do art. 42 da Lei nº 7.014/96), não havendo adequação ou revisão a ser procedida.

Em conclusão, sou pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso, mantendo-se o Auto de Infração julgado PROCEDENTE, sendo rejeitadas as teses de nulidade aventadas pela Recorrente.

É como voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara 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 206915.0004/23-9, lavrado contra **A & C MINIMERCADO COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA.** (antiga denominação de **A&C APOIO ADMINISTRATIVO LTDA.**), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 551.692,04**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 24 de julho de 2024.

EDUARDO RAMOS SANTANA – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS