

**A. I. Nº** - 207185.0003/14-8  
**AUTUADO** - ITABUNA CALÇADOS LTDA.  
**AUTUANTE** - PAULO ROBERTO MENDES LIMA  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 23.04.2015

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0057-04/15**

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NO PRAZO REGULAMENTAR. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NOS ANEXOS 88 E 89 DO RICMS/BA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Na defesa, não foi trazido aos autos qualquer argumento ou elemento probante capaz de elidir a acusação de falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária. Infração não elidida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO UTILIZADO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Fato demonstrado nos autos. Infração caracterizada. 4. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE VENDA A CONSUMIDOR EM LUGAR DO USO DE ECF. MULTA. Infração reconhecida pelo autuado. 5. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. FALTA DE ATENDIMENTO A INTIMAÇÃO PARA ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD) A QUE ESTAVA OBRIGADO. Comprovado nos autos a falta de entrega dos arquivos eletrônicos da EFD, exigida mediante intimação, no prazo regulamentar. Cabível a multa indicada na autuação. Infração caracterizada. Afastadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 12/05/14, exige crédito tributário no valor total de R\$132.719,21, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Falta de recolhimento de ICMS, no prazo regulamentar, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Foi lançado imposto no valor de R\$ 26.959,84, mais multa de 100%. Consta que o contribuinte não apresentou arquivos da EFD (Escrituração Fiscal Digital) e que os valores foram declarados em DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS).
2. Falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionados no Anexo 88 e 89 do RICMS-BA/97. Foi lançado imposto no valor de R\$94.692,33, acrescido de multa de 60%.
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais. Foi lançado imposto no valor de R\$123,04, acrescido de multa de 60%.
4. Utilização indevida de nota fiscal modelo 1 ou modelo 1-A em substituição à nota fiscal eletrônica. Foi indicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$335,90. Consta que se trata de “Emissão de NFVC em substituição a cupom fiscal de ECF”.

5. Falta de atendimento a intimação para entrega de arquivo eletrônico da EFD, na forma e no prazo previsto na legislação tributária. Foi indicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$10.608,10. Consta que o “*Contribuinte não comprovou o envio de arquivos EFD relativos ao exercício de 2013, após regularmente intimado em 12/03/2014.*”

O autuado apresenta defesa (fls. 54 a 74) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, alegando a existência de insegurança na determinação das infrações, uma vez que não há nos autos demonstração precisa dos cálculos realizados para determinar os valores cobrados. Frisa que é imprescindível que a prática da infração fique comprovada e que haja exposição clara do dispositivo legal infringido e dos cálculos que ditam o valor da exigência fiscal. Para corroborar seu argumento, reproduz jurisprudência.

No mérito, após descrever as infrações 1, 2 e 3, afirma que a autuação não pode prosperar pois essas irregularidades não ficaram comprovadas. Salienta que a legislação determina que o dever de provar é do fisco, não bastando lançar o imposto sem a devida comprovação. Diz que a administração tributária deve velar pela legalidade dos seus procedimentos e, em consequência, devem ser trazidas aos autos provas para fundamentar suas propostas ante o órgão julgador, sob pena de se cometer injustiças. Transcreve doutrina e jurisprudências para embasar sua tese e, em seguida, afirma que o lançamento deve ser cancelado.

Diz que a infração 4 deve ser anulada de pleno direito, uma vez que não foi descrito qual dispositivo legal que fundamenta a aplicação da pena aplicada. Menciona que não embarçou a fiscalização, já que apresentou todos os documentos que foram solicitados, tanto que a autuação é feita com base em documentos da própria empresa.

No que tange à infração 5, explica que a utilização de nota fiscal modelo 1 ou 1-A foi decorrente de problema no seu sistema, que o impediu da emissão eletrônica do documento fiscal. Diz que, assim, emitiu nota fiscal modelo 1 para atender clientes que exigiam a imediata emissão do documento fiscal. Acrescenta que o autuante, em momento algum da ação fiscal, questionou o motivo dessa emissão de nota fiscal, o que diz ser obrigatório antes de se aplicar a multa.

Sustenta que a exigência fiscal referente à infração 6 não deve prosperar, pois não ocorreu a falta de envio de arquivos da EFD (escrituração fiscal digital) nos prazos regulamentares, embora, por erro do sistema, tenham sido enviados com valores zerados, consoante os recibos anexos (fls. 78 a 89). Destaca que os arquivos com a EFD foram encaminhados nos prazos legais, descabendo a acusação de falta de envio e, portanto, é improcedente a multa que lhe foi aplicada.

Afirma que, ao perceber o equívoco nos arquivos da EFD, requereu permissão para retificar e reenviar os citados arquivos (fls. 91 e 92), contudo, tal pedido foi indeferido (fl. 90).

Sustenta que, mesmo que tivesse deixado de enviar os arquivos da EFD, a multa que lhe foi imposta não seria cabível, pois essa multa decorrente de obrigação acessória seria absorvida pela pena aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, que seria a suposta falta de recolhimento de ICMS, uma vez que esta seria uma consequência direta do não cumprimento da obrigação acessória, nos termos do §5º do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Destaca que, na hipótese de não cancelamento da multa aplicada, a pena deveria ser de R\$ 1.380,00, pois essa é a penalidade cabível para a falta de entrega, no prazo previsto, de arquivos eletrônicos da EFD, conforme o art. 42, XII-A, “I”, da Lei nº 7.014/96.

Prosseguindo, diz que caso não seja cancelado todo o Auto de Infração, as multas devem ser reduzidas pois são abusivas e inconstitucionais. Frisa que as multas não podem ter o caráter de confisco, conforme previsto no nosso ordenamento jurídico. Cita doutrina e, em seguida, destaca que a imposição de tamanhas penalidades não pode prevalecer, uma vez que são confiscatórias e, além disso, não se pode punir o contribuinte a pagar quase duas vezes o que se considera devido. Discorre sobre a vedação ao confisco e cita jurisprudência. Solicita que, não sendo cancelado o Auto de Infração, as multas sejam reduzidas para o máximo de 20% do valor do tributo.

Ao finalizar, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante apresentou informação fiscal (fls. 99 a 101) e, inicialmente, afirma que a preliminar de nulidade suscitada na defesa não merece acolhimento, pelos seguintes motivos: a) os valores cobrados na infração 1 foram declarados pelo próprio autuado nas DMAs (fls. 34 a 45); b) os DANFEs que serviram de base aos valores exigidos na infração 2 foram fornecidas pelo defendente no curso da ação fiscal; c) a infração 3 trata de dados declarados pelo próprio impugnante na DMA do mês de setembro de 2013 (fl. 45); d) as intimações expedidas em 12/03/14 e 18/03/14, o Termo de Início de Fiscalização e o Termo de Ocorrência comprovam os fatos descritos; e) o autuado não apresentou nenhum documento que comprovasse a ocorrência de interrupções ou defeitos no ECF do estabelecimento, que justificassem o uso de notas fiscal de venda a consumidor final; f) diz que o autuado reconhece o fato descrito na infração 6 e, além disso, após a intimação de 12/03/14 o defendente ingressou, intempestivamente, com pedido para regularização da situação, o qual foi indeferido.

Ao tratar do mérito da lide, o autuante repete os argumentos trazidos na apreciação da preliminar de nulidade e, em seguida, acrescenta que não cabe ao CONSEF apreciar questão da alegada abusividade das multas indicadas na autuação.

Ao finalizar, sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Considerando que na intimação de fls. 51 e 52 não constava o recebimento dos demonstrativos que embasaram a autuação, o processo foi convertido em diligência, para que fosse entregue ao autuado cópia desses demonstrativos e em seguida, reaberto o prazo de defesa em trinta (30) dias.

A diligência foi atendida conforme fls. 108 e 109.

O autuado apresentou a defesa de fls. 112 a 137, na qual, inicialmente, frisa que a entrega dos demonstrativos e a reabertura do prazo de defesa não afastam a nulidade que macula o Auto de Infração. Prosseguindo, passa a repetir os mesmos argumentos trazidos na defesa inicial, os quais já constam neste relatório.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 140 e 141, na qual afirma que o autuado não comprova o pagamento de ICMS normal ou devido por substituição tributária total ou parcial. Diz que o defendente não apresentou os arquivos eletrônicos da EFD relativos ao exercício de 2013, bem como os arquivos do Sintegra e os livros fiscais escriturados normalmente.

Afirma que, na ação fiscal, teve de recorrer ao exame dos elementos disponíveis, tais como: bancos de dados da SEFAZ, contendo informações prestadas pelo próprio autuado; a planilha “Resumo Fiscal Completo” (fl. 48), com a relação de débitos mensais do ICMS normal informados pelo próprio impugnante; os DANFEs referentes às notas fiscais eletrônicas e aos CTCs apresentados pelo contribuinte e que serviram de base para a planilha “Levantamento Fiscal de Antecipação e/ou Substituição Tributária nas Entradas” (fls. 13 a 28); as notas fiscais de venda a consumidor final, identificadas na planilha de fl. 30; a planilha de cálculo da multa de 1%, pela falta de apresentação dos arquivos EFD, na forma regulamentar, sendo que o autuado reconhece em sua defesa que os arquivos teriam sido enviados “zerados”.

Sustenta que a nova defesa não apresenta qualquer impugnação efetiva, clara e objetiva que justifique a falta de pagamentos de ICMS normal e devido por substituição ou antecipação tributária ao longo de todo exercício de 2013.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## **VOTO**

Foi suscitada a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, sob o argumento de que não havia nos autos demonstração dos cálculos realizados para a determinação das infrações.

Afasto essa preliminar, pois as infrações imputadas ao autuado estão claramente descritas e os enquadramentos legais estão corretos. Além disso, o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que evidenciam a metodologia empregada e a determinação dos valores exigidos, sendo que os débitos cobrados na infração 1 constam em Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) apresentada pelo autuado. Complementando esses fatos, o processo foi convertido em diligência para a entrega ao autuado de cópia de todos os demonstrativos e documentos que embasam a autuação, tendo sido em seguida reaberto o prazo de defesa em trinta (30) dias. Dessa forma, não houve cerceamento de defesa e nem insegurança na determinação das infrações e, em consequência, afasto a preliminar de nulidade suscitada na defesa.

Trata a infração 1 de falta de recolhimento de ICMS referente a valores informados em DMAs. Em sua defesa, o autuado se limita a afirmar que a fiscalização não apresentou prova da irregularidade que lhe foi imputada.

Esse argumento defensivo não se sustenta, pois o autuante, além de descrever o fato de forma clara e precisa, teve o cuidado de acostar aos autos (fls. 34 a 45) cópia de DMAs, onde constam os valores a recolher declarados pelo autuado e que, segundo a autuação, não foram recolhidos. Para elidir a infração, o defendente deveria ter trazido aos autos a comprovação do recolhimento do ICMS em tela, o que não foi feito. Assim, a infração 1 subsiste em sua totalidade.

Cuida a infração 2 da falta de recolhimento de ICMS devido por antecipação tributária relativamente a aquisições interestaduais de calçados. Essa infração está demonstrada na planilha de fls. 13 a 28, onde são citados todos os dados envolvidos na apuração do imposto lançado. Cabia, portanto, ao autuado comprovar que o valor que lhe estava sendo cobrado não era devido ou, caso reconhecesse o débito, que já o tinha recolhido.

Visando elidir a infração que lhe foi imputada, o defendente, em síntese, diz que o autuante não apresentou prova do ilícito fiscal.

O argumento defensivo não se mostra capaz de elidir a infração em comento, pois a planilha apresentada pelo autuante demonstra, nota a nota, a falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária que trata a infração em tela. Nos termos do art. 143 do RPAF/99, “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Trata a infração 3 de utilização de crédito fiscal a mais que o devido, conforme demonstrativo à fl. 29 e documento às fls. 42 e 45.

Em sua defesa, o autuado apenas diz que não está comprovada a infração que lhe foi imputada.

Esse argumento defensivo não merece acolhimento, pois a infração foi claramente descrita, o enquadramento legal está correto e a planilha e documentos acostados aos autos comprovam o cometimento da infração em tela. Dessa forma, o autuado não se desincumbiu de comprovar a improcedência da autuação e, em consequência, a infração 3 subsiste em sua totalidade.

Na infração 4, o autuado foi acusado de ter emitido nota fiscal de venda a consumidor final em substituição a cupom fiscal.

O defendente afirma que esse item do lançamento não procede, pois a emissão da nota fiscal decorreu de problemas no seu sistema [de emissão de cupom fiscal].

Por falta de prova, não há como se acatar esse argumento defensivo. A multa indicada na autuação, equivalente a 2% do valor da operação ou prestação, está prevista no art. 42, inc. XXVI, da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente.

Trata a infração 5 de falta de atendimento “a intimação para entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD - na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária”, tendo sido aplicada multa de 1% sobre o total das saídas conforme demonstrativo fl. 31.

Argumentou o defendente que enviou os arquivos EFD nos prazos certos, embora por erro de sistema, foram enviados com valores zerados. Mencionou que, ao perceber o equívoco, solicitou à repartição fazendária de seu domicílio fiscal a autorização para retificar e reenviar os citados arquivos, contudo, tal pedido foi indeferido. Afirmar que caso devida, a multa deveria ser de R\$1.380,00, prevista no art. 42, XIII-A, "I", da Lei 7014/96.

Na informação fiscal, o autuante afirma que o autuado reconhece que não enviou os arquivos EFD nos prazos regulamentares e, na tentativa de regularizar a escrituração, entrou intempestivamente com o Processo nº 04553120140, que resultou no indeferimento do mesmo.

O fato de o autuado ter enviado os arquivos "zerados" não descaracteriza a infração que foi imputada ao autuado, qual seja, a falta e atendimento a intimação para entrega de arquivos eletrônico da EFD. O autuado deveria ter atendido as intimações de fls. 9 e 10, apresentando os citados arquivos magnéticos, o que não restou demonstrado nos autos. Uma vez que as intimações não foram atendidas, é cabível a aplicação da multa prevista no art. XIII-A, "I", da Lei 7.014/96, cujo teor transcrevo a seguir:

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*[...]*

*XIII-A - nas infrações relacionadas com a entrega de informações em arquivo eletrônico e com o uso de equipamento de controle fiscal ou de sistema eletrônico de processamento de dados:*

*[...]*

*1) R\$ 1.380,00 (um mil trezentos e oitenta reais) pela falta de entrega, no prazo previsto na legislação, de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou entrega sem as informações exigidas na legislação, devendo ser aplicada, cumulativamente, multa de 1% (um por cento) do valor das saídas ou das entradas, o que for maior, de mercadorias e prestações de serviços realizadas em cada período de apuração pelo não atendimento de intimação para apresentação do respectivo arquivo.*

O indeferimento do pedido do autuado para retificar os arquivos da EFD, conforme bem salientou o autuante nas informações fiscais prestadas, trata-se de uma providência que só foi tomada quando o autuado já se encontrava sob ação fiscal, portanto, incapaz de elidir a infração.

Em face ao acima exposto, a infração 5 subsiste integralmente.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207185.0003/14-8**, lavrado contra **ITABUNA CALÇADOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$121.775,21**, acrescido das multas de 100% sobre R\$26.959,84 e de 60% sobre R\$94.815,37, previstas no art. 42, III e II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$10.944,00**, previstas no art.42, XXVI e XIII-A, "I", da supracitada lei, e dos acréscimos moratórios conforme norma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA