

A. I. Nº - 207185.0004/14-4
AUTUADO - ITABUNA CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 02.06.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0097-05/15

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Lançamento com base nas DMAs. Impugnação genérica. Pagamentos não comprovados. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Impugnação genérica. Pagamentos não comprovados. 3. CRÉDITO FISCAL. USO INDEVIDO. Impugnação genérica. Infrações não elididas. Arts. 140 e 141 do RPAF/99. 4. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. Impugnação genérica. Mantida a penalidade proposta. b) DOCUMENTOS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTA FISCAL MODELO 1 OU MODELO 1-A EM SUBSTITUIÇÃO A NOTA FISCAL ELETRÔNICA. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO. Impugnação genérica. Arts. 140 e 141 do RPAF/99. c) FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. Aplicação do Princípio da Consunção. Não cabimento. Obrigação autônoma. Art. 113, §3º, do CTN. Infração subsistente. REDUÇÃO OU CANCELAMENTO DA MULTA PROPOSTA. Prevenção geral e específica da sanção administrativa. Argumentos genéricos. Falta de prova para a aplicação do art. 42, §7º, da Lei nº 7.014/96. Pedidos não acolhidos. Retificação dos arquivos EFD após início da ação fiscal. Não acolhimento das razões defensivas. Art. 138, Parágrafo Único, do CTN. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DA INFRAÇÃO E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. Preliminares de nulidade rejeitadas. MULTA ABUSIVA. Vedação ao confisco. Incompetência do Órgão Julgador. Art. 167 do RPAF/99. REFORMATIO IN PEJUS. Descumprimento de obrigação, após diligência. Representação para instaurar novo procedimento fiscal. Art. 156 do RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 15/05/2014, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$119.203,58, através das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - 02.01.02 - "Deixou de recolher, no(s) prazo (s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios". Consta que o contribuinte não comprovou a escrituração no Livro RAICMS e não recolheu o imposto apurado mediante levantamento fiscal no exercício de 2013. Valor Histórico de R\$26.479,19. Multa de 100%.

INFRAÇÃO 02 - 07.01.01 - "Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias

provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89". Acrescenta o autuante que o contribuinte não lançou e não recolheu o imposto devido. Valor Histórico de R\$78.941,71. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 03 - 01.02.40 - "Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento (s) fiscal (is)". Consta a expressão "créditos fiscais em valor maior que a alíquota dos Estados de origem, conforme planilha anexa....". Valor Histórico de R\$227,15. Multa de 60%.

INFRAÇÃO 04 - 16.03.01 - "Deixou de apresentar Documento(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado". Afirma o autuante que o sujeito passivo foi intimado em 11/03/2014, e não apresentou documentos e livros até 18/03/2014. Multa fixa de R\$460,00.

INFRAÇÃO 05 - 16.03.09 - "Utilização indevida da Nota Fiscal Modelo 1 ou Modelo 1-A em substituição a Nota Fiscal Eletrônica". Acrescenta o autuante que o contribuinte utilizou a NFVC em substituição ao cupom fiscal de ECF no exercício de 2013. Valor Histórico de R\$708,65. Multa de 2%.

INFRAÇÃO 06 - 16.14.03 - Deixou de efetuar a entrega de Arquivo Eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária. Afirma o autuante que o sujeito passivo não comprovou o envio de arquivos no prazo regulamentar e não atendeu intimação em 11/03 e 18/03. Valor Histórico de R\$12.386,88. Multa de 1%.

O autuado apresenta defesa, fls. 56/75. Preliminarmente, alega insegurança na determinação da infração de forma a ocasionar cerceamento do direito de defesa diante da ausência de demonstração precisa dos cálculos do autuante para apurar o valor do tributo. Assim, suscita a nulidade absoluta do lançamento por ofensa à ampla defesa e ao contraditório, em virtude da carência de elementos seguros com a finalidade de sustentar a exigência fiscal. Para corroborar seu entendimento, traz decisões de Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

Refuta e considera as infrações 01, 02 e 03 improcedentes, por ausência de prova robusta das acusações da Fiscalização, devendo ser integralmente cancelados os respectivos lançamentos. Entende que o Fisco possui o ônus da prova quanto à veracidade dos fatos alegados. Enfatiza entendimento da doutrina e decisão do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda em apoio a sua alegação.

Quanto à infração 04, afirma que o respectivo lançamento é improcedente, pelo fato de não realizar qualquer embarço à Fiscalização e por apresentar todos os documentos solicitados. Registra que a acusação fiscal está lastreada nos documentos da própria empresa.

No que pertine à infração 05, afirma a utilização justificada de notas fiscais modelo 1 e 1-A, para atender ao pedido de cliente, diante de problemas no sistema da empresa. Ressalta que o autuante não solicitou explicação dos motivos das emissões de notas fiscais, obrigatória antes de propor multa, sob a alegação de ausência de justificativa plausível e, por isso, pede seu cancelamento.

O impugnante afirma o envio dos arquivos EFD no prazo certo, conforme comprovante de protocolo anexo, embora com valores zerados por erro de sistema, ainda que o autuante não os tenha solicitado, de modo a tornar o lançamento da infração 06 improcedente.

Relata o pedido de retificação e reenvio dos Arquivos da Escrituração Fiscal Digital – EFD, do período de jan/13 a dez/13, indeferido pelo preposto fiscal. Segundo o impugnante, ainda que tenha cometido o suposto ato descrito no auto de infração, não caberia a imposição da multa.

Entende que, nos termos do art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96, a multa proposta, na infração 06, deverá ser absorvida pela multa decorrente da suposta falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator. Assim, pede o cancelamento da multa inerente à mencionada infração.

Suscita a redução da multa fixa para R\$1.380,00, na hipótese do não acolhimento do pleito relativo ao cancelamento acima exposto, com base no art. 42, inciso XII-A, alínea "I", da Lei nº 7.014/96,

além de caracterizar descabida a aplicação cumulativa de 1% das saídas, pelo fato do autuante ter lavrado intimação para apresentação dos arquivos EFD, mas apenas para entrega do SINTEGRA e pelo envio daqueles arquivos, independente de Termo de Intimação, conforme protocolo anexo.

Na hipótese do não cancelamento de todo o lançamento, nem reduzida, entende o impugnante que a multa é abusiva e inconstitucional, pois as multas propostas de 60% e 100% do valor do imposto principal, quase alcançam o dobro do valor do imposto devido, sem sustentação jurídica válida, mas tão somente como causa tornar o lançamento mais cheio, robusto com o fim de confiscar o patrimônio do sujeito passivo. Para consubstanciar suas razões, traz entendimentos da doutrina e decisões do STF. Suscita a redução para no máximo 20% (vinte por cento) do valor do tributo, caso não ocorra o cancelamento das multas propostas.

Desta forma, pede a procedência total da impugnação, cancelando o lançamento fiscal realizado.

O autuante presta informação fiscal, fls. 90/92. Quanto à preliminar de nulidade, afirma não prosperar pelo fato de entregar ao sujeito passivo cópias dos demonstrativos juntados aos autos, recebidos por AR, conforme fl. 54, além do pleno conhecimento dos fatos e documentos que respaldaram a autuação.

Informa que os valores de débitos lançados nas infrações 01 e 03 foram declarados pelo próprio contribuinte, conforme fls. 31/47. Quanto à infração 02, não cabem as alegações defensivas, pois, os documentos fiscais oriundos de outras unidades da Federação foram fornecidos pelo sujeito passivo no curso da ação fiscal. Ressalta que "o contribuinte elaborou mensalmente, planilha de cálculo dos débitos referentes à substituição tributária, a qual constava juntamente à documentação fornecida para fiscalização, mas não efetuou registros escriturais, nem procedeu aos recolhimentos".

Em relação à infração 04, menciona as Intimações lavradas em 11/03/14 e 18/03/14, além do Termo de Início de Fiscalização e do Termo de Ocorrência, como comprovantes dos fatos descritos. Afirma que o contribuinte juntou cópia de Termo de Apresentação de Livros e/ou Documentos Fiscais, entregues no protocolo da INFAZ/Itabuna, em 20/03/14, após as Intimações.

No que diz respeito à infração 05, informa que o impugnante forneceu as notas fiscais de venda ao consumidor. Ressalta que não houve apresentação, no curso da ação fiscal, muito menos na fase processual de documento para comprovar a ocorrência de interrupções ou defeitos no ECF do estabelecimento, a fim de justificar o uso inadequado daqueles documentos.

Relata que a falta de apresentação da sua escrituração fiscal em meio eletrônico - EFD caracteriza obstrução da ação fiscal, além de dificultar a apuração dos débitos. Afirma o reconhecimento pelo impugnante da falta de envio dos arquivos EFD no prazo regulamentar e destaca a inexistência de comprovação do cumprimento da obrigação nos prazos consignados nas Intimações recebidas em 11/03/14 e 18/03/14. Menciona a tentativa de regularização da escrituração, com pedido intempestivo de prazo, através do Processo nº 04555620147, que foi indeferido e cientificado ao contribuinte em 10/04/14.

Mantém a infração 06, ainda que houvesse o envio *a posteriori* de arquivos "zerados", como alega o defendente, em virtude de estar em desacordo com as normas regulamentares, o que equivale ao não envio.

Quanto ao caráter abusivo das multas propostas, afirma a incompetência do CONSEF em discutir as alegações apresentadas.

Por fim, pede a manutenção das exigências contidas no auto de infração.

Em 20/10/14, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF deliberou diligência para o autuante discriminar a comprovação das operações inerentes aos demonstrativos da infração 02, juntar documentos comprobatórios da acusação descrita na infração 03, entregar os documentos que serviram de base do lançamento de ofício promovido, com a oferta de prazo de 30 dias para a apresentação de nova defesa, fl. 98.

Em cumprimento à diligência, o autuante relata os procedimentos adotados e seus argumentos nos seguintes termos, fls. 102/107.

Após intimar o sujeito passivo, fls. 108/110, afirma terem sido, em parte, apresentados os livros e documentos necessários à realização da diligência, com destaque a falta de entrega da Escrituração Fiscal Digital - EFD do exercício de 2013.

Junta cópias do livro Registro de Entrada do exercício de 2013, fls. 112/163 e DANFE, fls. 190/544, para comprovar os lançamentos contidos na planilha "LEVANTAMENTO FISCAL DE ANTECIPAÇÃO E/OU SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NAS ENTRADAS", na qual indica a numeração da folha no mencionado Livro Fiscal da escrituração do documento, fls. 546/558, e mantém a imputação descrita na infração 02, no valor de R\$78.941,71.

Ressalta a falta de cobrança de penalidade diante da ausência de escrituração fiscal, pelo fato do sujeito passivo não apresentar o livro Registro de Entrada escriturado e os arquivos relativos da Escrituração Fiscal Digital - EFD, exercício de 2013, no curso da ação fiscal.

Anexa também cópia do livro Registro de Apuração do ICMS do exercício de 2013 - RAICMS/2013, fls. 164/189 para demonstrar os dados obtidos nas DMA, que serviram de base para a descrição da infração 01.

Afirma a procedência da infração 03 ao verificar a escrituração, no Resumo da Apuração do Imposto, de valor de crédito fiscal superior ao apurado de Imposto Creditado, no quadro Entradas, do livro Registro de Apuração do ICMS do exercício de 2013, fls. 164/189. Elabora planilha "AUDITORIA DE CRÉDITO INDEVIDO", fl. 545, na qual acrescenta a identificação das páginas do livro RAICMS/2013, para comprovar os registros de créditos fiscais indevidos. Conforme discriminação nas fls. 103/104, mantém o lançamento integral dessa irregularidade e menciona que, a partir da revisão efetuada, foram constatados novos débitos relativos aos meses de mar/13, de R\$58,66 e, ago/13, de R\$114,73, os quais deverão ser objetos de cobrança adicional, caso o contribuinte não efetue o pagamento, de forma espontânea e tempestiva, dos citados valores.

Relata a insistência do sujeito passivo em criar embaraços à cobrança dos débitos não recolhidos e ressalta a ausência de prova para afastar a autuação tendo vista apenas a negativa do cometimento das irregularidades, apesar de ter à disposição do impugnante os demonstrativos e documentos balizadores do procedimento fiscal adotado.

Conclui ao afirmar que o sujeito passivo recorre a expedientes protelatórios, de modo a postergar a decisão da manutenção plena do Auto de infração em tela e pede a total procedência do feito.

Após ser notificado da diligência e oferta do prazo de 30 dias para a produção de nova defesa, fl. 441, o sujeito passivo refuta o lançamento em peça colacionada às fls. 562/586, na qual repete as razões aduzidas na impugnação e acrescenta novos argumentos a seguir discriminados.

Relata o não atendimento da diligência do CONSEF, de forma a reforçar o seu entendimento de que o lançamento promovido não deve prosperar.

Suscita o cancelamento parcial da infração 01, por infringir o princípio da não cumulatividade. Com base na norma contida no art. 155 da Constituição Federal, transcrita, afirma a falta de dedução dos créditos fiscais relativos à entrada de mercadorias.

Por fim, reafirma seu pedido de cancelamento total do lançamento tributário.

VOTO

Inicialmente, verifico que o presente Processo Administrativo Fiscal - PAF está revestido das formalidades legais no que preceitua o Regulamento - RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09 de julho de 1999, tendo sido apurados o imposto, a multa e a respectiva base de cálculo, conforme demonstrativos e documentos juntados aos autos, inclusive, aqueles elaborados, pelo autuante, para o atendimento da diligência fiscal formulada. Há clareza quanto à indicação do

nome, endereço, qualificação fiscal do autuado, enquadramento, bem como o nítido exercício do direito de defesa e do contraditório pelo sujeito passivo, diante das condutas típicas dos ilícitos administrativos descritos. Logo, indefiro as preliminares de nulidade suscitadas pelo defendente sobre a insegurança na determinação da infração e cerceamento do direito de defesa, à exceção da infração 05 conforme a seguir aduzido.

Divirjo do impugnante ao afirmar o não cumprimento da diligência solicitada pelo CONSEF, pois o autuante colaciona, aos autos, documentos e cópias de livros fiscais de modo a provar a acusação administrativa empreendida, além da elaboração de novos demonstrativos.

Quanto às infrações 01 e 03, as provas dos respectivos fatos constitutivos constam das fls. 164/189, além daqueles juntados aos autos quando do desenvolvimento da ação fiscal, com destaque para a fl. 545 que apresenta a planilha “AUDITORIA DE CREDITO INDEVIDO”, na qual são constatados os registros de créditos fiscais indevidos, inclusive, com as respectivas identificações no livro Registro de Apuração do ICMS do exercício de 2013 - RAICMS/2013, para subsidiar a infração 03. No que concerne à infração 02, as cópias do livro Registro de Entrada do exercício de 2013, fls. 112/163, os documentos colacionados nas fls. 190/544, além da planilha “LEVANTAMENTO FISCAL DE ANTECIPAÇÃO E/OU SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NAS ENTRADAS”, na qual indica a numeração da folha no mencionado Livro Fiscal da escrituração dos documentos fiscais, fls. 546/558, são suficientes também para provar a constituição do respectivo fato jurídico-tributário, juntamente com a documentação colacionada aos autos durante o procedimento fiscal. Dessa forma, o autuante cumpriu o seu desiderato relativo ao ônus probatório da acusação fiscal consignada no auto de infração em tela, com intuito de delimitar a constituição do crédito tributário.

Por seu turno, em que pese as lições da doutrina apresentadas, o impugnante colaciona decisões não vinculantes de Órgão Administrativo e impugnação genérica, sem provar ou demonstrar fato impeditivo, modificativo ou extintivo dos lançamentos descritos no auto de infração, inclusive, na fase da diligência fiscal.

Assim, não acolho as razões defensivas para afastar as infrações 01, 02, 03, 04 e 05, pois as respectivas acusações foram devidamente constituídas, e não transformadas em pontos controvertidos específicos pelo impugnante. Logo, as mencionadas infrações estão caracterizadas, em consonância com os arts. 140 e 141 do RPAF/99, decorrentes das respostas genéricas apresentadas pelo sujeito passivo, inclusive, na fase da diligência fiscal.

A infração 06 consiste na propositura de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, de caráter autônomo, diferentemente da imputação relacionada com a infração 01 que imputa descumprimento de obrigação principal com base nas declarações - DMA, fls. 30/47. Assim, a infração 01 não decorre da inadimplência do envio dos arquivos da Escrituração Fiscal Digital - EFD, muito menos, esse ilícito agrava o descumprimento da obrigação principal. Dessa forma, não é cabível a aplicação do princípio da consunção. Com base no art. 113, §3º do Código Tributário Nacional - CTN, não acolho os efeitos da conduta espontânea inerente à retificação da EFD em virtude do início da ação fiscal em 11/03/14, conforme fl. 9, com fulcro no art. 138, Parágrafo Único, do CTN. Os pedidos de redução e cancelamento da multa proposta, também, não são acolhidos, em respeito à vontade do legislador nas prevenções geral e específica no cometimento do ilícito, traduzidas na sanção administrativa descrita. Ademais, não há enquadramento da situação fática à norma do art. 42, §7º, da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, por falta de prova - ônus do sujeito passivo. Novamente, o impugnante interpõe os lançamentos do autuante com argumentos genéricos, sem comprovar o cumprimento da obrigação tributária acessória em análise. Dessa forma, a infração resta subsistente, com a manutenção da multa proposta.

Em decorrência da norma contida no art. 167 do RPAF/99, fica prejudicada a análise quanto à inconstitucionalidade da multa considerada abusiva aventada pelo impugnante, sob o aspecto da vedação ao confisco.

Com base no art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, em virtude da informação contida no relatório da diligência fiscal do autuante, acerca da aplicação de penalidade por falta de escrituração fiscal e dos novos débitos relativos aos meses de mar/13, no valor de R\$58,66 e ago/13, de R\$114,73, conforme fls. 104 e 105 deste PAF, em consonância, inclusive, com a vedação da revisão e alteração deste lançamento de ofício para agravar a situação do sujeito passivo.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em epígrafe.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207185.0004/14-4**, lavrado contra **ITABUNA CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$105.648,05**, acrescido das multas de 100% sobre R\$26.479,19 e de 60% sobre R\$79.168,86, previstas no art. 42, II, “d”, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$13.555,53**, previstas nos incisos XIII-A, “L”, XXVI e XX do mesmo artigo e lei citados, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de maio de 2015.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR