

A. I. Nº - 300449.0009/17-3
AUTUADO - SUPERMERCADO CARISMA LTDA
AUTUANTE - ANTONIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 23/05/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0057-03/18

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES DE MATERIAIS PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Contribuinte não apresenta provas com o condão de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização. Infrações não contestadas. 3. ARBITRAMENTO. O procedimento fiscal tem fundamento no art. 22 da Lei nº 7.014/1996. Autuado não elide a acusação. Infração caracterizada. 4. FALTA DE LANÇAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BRINDES. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. a) DECLARAÇÃO INCORRETA DOS DADOS NA DMA. b) FALTA DE ATENDIMENTO PARA ENTREGA DA EFD. c) FALTA DE ENTREGA DA EFD. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL. O autuado não contesta o lançamento destas acusações. Infrações caracterizadas. Afastadas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 16/09/2017, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$1.273.647,80, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

Infração 1 – 06.02.01 - deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro, abril, maio e agosto de 2015, no valor de R\$909,02, acrescido da multa de 60%;

Infração 2 - 07.01.02 – efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de fevereiro, abril, maio, agosto, novembro e dezembro de 2015, fevereiro e março de 2016, no valor de R\$2.248,08, acrescido da multa de 60%;

Infração 3 - 07.15.02 - efetuou recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização, nos meses de janeiro de 2015 a março de 2016, no valor de R\$10.086,79, acrescido da multa de 60%;

Infração 4 - 11.02.01 - deixou de recolher o ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, nos meses de dezembro de 2015 e janeiro 2016, no valor de R\$1.006.070,12, acrescido da multa de 100%;

Infração 5 - 16.03.10 - deixou de emitir nota fiscal com lançamento de imposto no livro Registro de Saída, referente a aquisições interestaduais de Brindes, com repercussão na obrigação principal, nos meses de junho a novembro de 2015 a março de 2016, no valor de R\$145,98, acrescido da multa de 100%;

Infração 6 – 16.05.11 - declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS, no mês de dezembro de 2015, sendo aplicada a multa fixa de R\$140,00;

Infração 7 - 16.14.03 - deixou de atender intimação para entrega de arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, na forma e prazo previstos na legislação tributária, nos meses de janeiro de 2015 a maio de 2016, sendo aplicada multa de 1% sobre as operações de saídas, totalizando R\$230.587,81.

Infração 8 - 16.14.04 - deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Digital - EFD ou o entregou sem as informações exigidas e nos prazos previstos na legislação tributária, sendo aplicada a multa fixa de R\$1.380,00, em cada mês em que se verificou a omissão, nos meses de janeiro de 2015 a maio de 2016 totalizando R\$23.460,00.

O autuado, através de advogado, procuração fl.161, impugna o lançamento às fls.136/149. Embora cometa o equívoco de intitular sua peça dirigida a primeira instância de "Recurso Voluntário" nesta fase processual, depreende-se tratar-se da defesa prevista no art. 123 do RPAF/99. Repete a infração que lhe foi imputada.

Refuta a autuação contestando o arbitramento. Cita o artigo 18 da Lei Complementar 87/96. Afirma que: *o agente autuante, em várias oportunidades, com fundamento de falta de documentos ou comprovantes de entrada e saída, termina por arbitrar os valores de tais produtos, sendo uma forma de arbitramento. No entanto, não revela ao contribuinte, sob quais parâmetros foram calculados tal base de cálculo, logo ferindo princípios constitucionais, qual seja, o do contraditório e o da ampla defesa, pois assim, fica impossibilitado de se defender por não ter sido demonstrando se os parâmetros para base de cálculo estão conforme ou se distorcem a realidade.* Sobre o tema transcreve Agravo regimental improvido (STJ - AgRg no RESp:1363312MT2013/0002604-7).

Discorre exaustivamente sobre o que é e como deve ser feito o arbitramento. Afirma que arbitramento é meio excepcional de prova de que dispõem as autoridades administrativas fiscais para a apuração da base de cálculo de um tributo. Essa exceção é utilizável apenas e tão somente nos casos de omissão ou quando não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo da obrigação tributária ou pelo terceiro legalmente obrigado.

Comenta que o Código Tributário Nacional é a norma com status de Lei Complementar que disciplina o assunto. Reproduz o artigo 148 do Codex dizendo ser o núcleo central do arbitramento tributário. Frisa que em momento algum, a Autoridade Fiscalizadora mencionou expressamente, qual o possível parâmetro utilizado para a estimativa da base de cálculo do referido imposto (ICMS), ou seja, qual processo usou para chegar ao valor da base de cálculo a ser utilizada para a mensurar o tributo, fazendo tão somente menção à falta de recolhimento do ICMS antecipado, nos prazos e formas regulamentares previstos RICMS/BA.

Entende que houve descumprimento do disposto no artigo 148 do CTN, uma vez que não foi especificado, de forma clara e precisa a infringência cometida pela empresa Autuada, razão pela qual, se torna nulo os autos ora em análise. Invoca o inciso II do art.18 do RPAF/99 para pedir a nulidade do auto de infração.

Afirma que o princípio da não cumulatividade é uma técnica adotada com o escopo de evitar cascata, no ICMS, o princípio em tela se opera mediante o método da subtração "imposto sobre imposto", compensando-se, em cada operação, o imposto incidente nas operações anteriores, conforme estatui o art. 155 da CF/88.

Entende que o fisco teria burlado a sistemática do princípio supramencionado, haja vista, não ter realizado os descontos dos créditos havidos pelo contribuinte nas operações ora tributadas, pois cobra no caso de antecipação parcial, quando da compra de mercadorias em outro Estado, a alíquota total, e não a subtraída da alíquota já paga no estado de origem.

Afirma que o valor lançado de ofício sobrepuja o valor real da exação, porquanto o fisco não aplicou aos produtos aventados pela Lei Estadual 7.014/96, o art. 16, I, alíneas "a e b", que prevê alíquota de 7% (sete) por cento para produtos abrangidos da cesta básica, inclusive os produtos comestíveis resultantes do abate de aves, em estado natural, refrigerados, congelados, defumados, secos ou salgados, inclusive charque. Ou seja, quase a totalidade das mercadorias negociadas pelo contribuinte. Pelo contrário, aplicou sobre aqueles produtos a alíquota de 17% (dezesete) por cento, ao arrepio da Lei de regência.

Alega violação do princípio da legalidade em face da não obediência aos ditames da Lei 7.041/96 e do art. 59, II, da CRFB/88, os quais têm o condão de, por si só, ensejar julgamento de mérito, anulando o lançamento ante a ilegalidade.

Ressalta que o erro na regra matriz de incidência ocorrera notadamente no aspecto quantitativo (valor da alíquota). Afirma que quando o erro é a maior, equipara-se a majoração do tributo, nesse sentido, é imprescindível a necessidade de lei formal para lastrear o aumento. Entretanto, no caso em lide, houve majoração do ICMS sem espeque em lei, uma vez que a majoração fora realizada por ato administrativo plasmado no lançamento, infringindo o art.150, I, da CRFB/88. Aduz que o STF tem firmado sua jurisprudência no sentido de obstar majoração de tributo por meio de ato administrativo.

Observa que as infrações elencadas pela Fazenda Pública geraram multas de 60% a 100% sobre os valores impugnados, originados de obrigações tributárias principais e acessórias. Ressalta que as multas impostas sobressaem o valor do tributo da obrigação principal. Entretanto, diz que nos termos do art. 150, IV da Constituição Federal de 1988 é vedado aos Entes Federativos utilizar tributo com efeito de Confisco. Cita entendimento do STF, demais Tribunais Superiores e doutrinadores, de que o princípio da vedação estende-se sua aplicação inclusive às multas moratórias, haja vista que a aplicação do princípio não confiscatório é proteger o contribuinte do poder Estatal em instituir tributos com alíquotas desproporcionais e exacerbadas. Reproduz lições do professor Eduardo Sabbag. Diz que a onerosidade excessiva das multas impostas de 100% sobre os valores tende a gerar efeito confiscatório. Reproduz Acórdãos de decisões de Tribunais Superiores.

Apresenta entendimento que no caso em tela, o auto de infração fora lavrado integralmente sobre obrigações de fazer, segundo o CTN, as obrigações de fazer e não fazer são consideradas obrigações acessórias, que não cumpridas, geram multas, que se tornam obrigações principais. Entretanto, analisando o Auto de infração, observa-se que os valores discriminados pelo Fisco são exorbitantes, o que sobressaem a cobrança do ICMS.

Quanto às demais obrigações de fazer exigidas pelo Fisco, alega que o Auditor Fiscal solicitou ao Contador da Empresa, Sr. Jesuíno, que as documentações fossem apresentadas a Secretaria da Fazenda. Entretanto, solicitou mais prazo, sendo o mesmo negado. Na mesma oportunidade, o contador se disponibilizou a apresentar os SPEDs pelo SINTEGRA, pois a escrituração fiscal encontra-se na empresa regularizado, conforme o sistema para gerar os SPED-ECF-ICMS.

Requer a redução das multas aplicadas em até 20%, conforme reconhecido pelo STF em sede de Repercussão Geral em recurso extraordinário. Discorre sobre o Princípio da Proporcionalidade. Afirma ser notório o caráter confiscatório das alíquotas das multas impostas. Requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, III do CTN.

Conclui que a forma como se deu a exigência apurada por meio do Auto de Infração, não deve prosperar, tendo em vista a não ocorrência do fato gerador referente ao diferencial de alíquota a ser recolhido pela empresa Autuada. Afirma que esta infração se mostrou inexistente, não

havendo obrigação tributária que respalde exigência indevida, por ser confiscatória, bem como, por não respeitar o princípio da seletividade.

Requer: a) que seja conhecido o presente recurso voluntário, haja vista a sua tempestividade e pertinência; b) que seja reconhecida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto estiver em discussão administrativa o presente auto de infração, conforme o art. 151, III do CTN; c) que seja provido o recurso, pois a aplicação das multas, inclusive as moratórias estão investidas de inconstitucionalidade, visto que, ferem o princípio da vedação ao confisco, conforme art. 150, IV do CF; d) a redução de até 20% nas multas, conforme reconhecido pelo STF em sede de repercussão geral em recurso extraordinário. Pede a improcedência do auto de infração.

O autuante prestou a informação fiscal fl.158, nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, comentando cada item da defesa, conforme motivos a seguir expostos.

Afirma que a legislação prevê que o contribuinte terá 60 dias, contados da ciência do Auto de Infração, para apresentar defesa, no entanto, a autuada apresentou Recurso, quando deveria ter apresentado Defesa. Entende que o art. 10, § 1º, III, b, do RPAF, determina a inépcia da petição que contiver incompatibilidade entre o pedido e seus fundamentos. O fundamento aqui decorre do ato de insurgir contra a lavratura do Auto e não contra decisão de Junta de Julgamento ainda não proferida.

Afirma que por força do art. 10, § 1º, II, do RPAF/99, impõe-se a decretação da ilegitimidade de parte, porquanto a autuada não acostou aos autos o obrigatório instrumento de mandato. Assim, o subscritor não tem competência legal para representar o contribuinte. Pede a necessária apreciação do CONSEF quanto a estas preliminares, cujo acolhimento requer.

Observa que a autuada contestou especificamente, apenas a infração relativa ao arbitramento, silenciando-se quando às demais e expressamente afirmou considerar o PAF procedente em parte. Informa que ao contrário do que aduz a autuada, não arbitrou o valor de produtos, com o fundamento de falta de documentos ou comprovantes de entrada e saída. O arbitramento diz respeito à base de cálculo para apuração do imposto devido.

Afirma que o contribuinte, apesar de devida e repetidamente intimado, não apresentou a documentação solicitada nas Intimações recebidas e abaixo indicadas:

- a) Intimação 1 - para entrega de MFD, Movimento por ECF e Leitura Z, recebida em 07/08/2017, por seu sócio Diego Rossi Nogueira. Pelo não atendimento da Intimação 1, foi lavrada a Notificação n. 300449.0005/17-8;
- b) Intimação 2 - para entrega de MFD, Movimento por ECF e Leitura Z, recebida em 24/08/2017, por seu procurador André Luiz Nascimento Menezes. Pelo não atendimento da Intimação 2, foi lavrada a Notificação n. 300449.0007/17-0;
- c) Intimação 3 - para entrega de EFD, recebida em 30/06/2017, por seu sócio Diego Rossi Nogueira;
- d) Intimação 4 - para entrega de EFD, MFD, Movimento por ECF e Leitura Z, enviada em 26/07/2017, por e-mail, e recebida na mesma data por seu contador Jesuíno de Souza Oliveira;
- e) Intimação 5 - para entrega de EFD, enviada em 31/07/2017, via DT-e, e recebida em 16/08/2017;
- f) Intimação 6 - para entrega de EFD, recebida em 10/08/2017, por seu sócio Diego Rossi Nogueira;
- g) Intimação 7 - para entrega de MFD, Movimento por ECF e Leitura Z, recebida em 29/08/2017, por seu procurador André Luiz Nascimento Nogueira.

Pelo não atendimento das Intimações 3, 4, 5, 6 e 7, foi lavrada a Notificação n. 300449.0010/17-1.

Assim, aduz que por força da autorização expressa do art. 22, inciso II, da Lei 7.014/96, não restou outra alternativa senão apurar o imposto a recolher mediante o arbitramento da base de cálculo, valendo-se apenas das informações constantes das notas fiscais eletrônicas, já que a autuada, apesar de ter recebido 7 Intimações e 3 Notificações, não apresentou qualquer documento ou livro fiscal, como também, não apresentou as EFDs solicitadas.

Dessa forma, frisa que a única alternativa foi valer-se das informações constantes das notas fiscais eletrônicas, já que não teve as informações completas constantes de uma EFD do

contribuinte. Explica que as notas fiscais eletrônicas retratam apenas, parte das operações do contribuinte, mas não todas, assim a falta de informação que seria obrigatória, só favoreceu o autuado, visto que tais notas fiscais não expressam toda a movimentação de mercadorias do período. Comenta que um contribuinte pode adquirir um produto para utilizar como material de consumo e, sem a escrita fiscal, não há como certificar-se, se a mercadoria teve mesmo, esse objetivo ou se o produto foi posteriormente, comercializado.

Salienta que a legislação obriga o contribuinte a apresentar a escrita fiscal quando solicitado e, para a negativa comprovada, faculta ao fisco o arbitramento da base de cálculo (art. 22, II, da Lei 7.014/96).

Aduz que lavrou este Auto de Infração, para cobrança do imposto apurado mediante o arbitramento da base de cálculo, além de outras penalidades pertinentes aplicadas, todas amparadas na legislação e nas informações constantes das notas fiscais eletrônicas. Ressalta que o não atendimento às Intimações impediu que a fiscalização fizesse outras verificações, somente possíveis se houvesse recebido os livros e documentos fiscais solicitados, o que implicou flagrante prejuízo ao Erário.

Observa ainda, que a jurisprudência mencionada pela defesa não traz nenhuma relação com o caso em tela. Diz concordar com a autuada quando afirma que o arbitramento é meio excepcional de prova de que dispõe a autoridade administrativa fiscal para a apuração da base de cálculo de um tributo nos casos de omissão. Pergunta se deixar de atender a todas as Intimações que lhe foram dirigidas não seria motivo para aplicação do expediente; se deixar de entregar qualquer informação necessária ao trabalho de fiscalização é pouco.

Frisa que neste PAF, a autuada tanto omitiu informações (constantes dos documentos exigidos), quanto omitiu declarações (exemplo: EFDs). Frisa também, que o autuado descumpriu todas as Intimações que lhe foram entregues. Mais grave é que além de omitir tudo e não entregar nada, também não recolheu qualquer valor a título de imposto aos cofres públicos.

Por fim, menciona que o arbitramento está demonstrado com grande detalhamento no Anexo da Infração 11.02.01, em quatro páginas, tendo sido consideradas, para o efeito de determinação da base de cálculo, apenas as entradas de produtos tributados (notas fiscais eletrônicas válidas). Foram segregadas as operações com produtos da substituição tributária e com produtos isentos. Só se levou em consideração as operações tributadas, excluídas ainda, as devoluções, aplicou-se a MVA correspondente. E foi, sim, considerado o crédito fiscal das operações, como se depreende da visualização do demonstrativo respectivo.

Reitera que não é verdade que o autuante tão-somente fez menção à falta de recolhimento do ICMS antecipado. Todas as infrações e suas correlatas ocorrências estão especificadas de forma clara e precisa em todos os demonstrativos apresentados. A alegação de nulidade por cerceamento do direito de defesa é totalmente despropositada. A autuada recebeu sete intimações e três notificações, ignorou tudo isso, não apresentou qualquer livro ou documento fiscal, absolutamente nada, e agora alega cerceamento de defesa. Entre a data da primeira intimação e da data da ciência do auto de infração, passaram-se 60 dias, tempo mais do que suficiente para que a autuada pudesse providenciar o atendimento às diversas intimações recebidas.

Sobre a arguição de inobservância do princípio da não cumulatividade, observa que tanto para a infração 11.02.01 (arbitramento) quanto para as infrações relativas à substituição tributária e à antecipação parcial, conforme se verifica dos respectivos demonstrativos, foi devidamente creditado o ICMS relativo às entradas. Diz que por óbvio, em algumas operações procedeu-se à glosa determinada pelo Decreto 14.213/2012, editado pela Bahia. Nas operações sujeitas à substituição tributária provenientes de PE, MG e ES, e nas operações sujeitas à antecipação parcial provenientes de PE, MG, ES e GO.

Explica que houve redução do crédito destacado na NF, por força do mencionado decreto, nas operações provenientes de atacadista (6102) e dos seguintes Estados: (i) - GO - redução do crédito para o patamar de 9%; (ii) - MG - redução do crédito para o patamar de 3%; (iii) - ES - redução do

crédito para o patamar de 1%. Por óbvio, diz que as alíquotas de crédito indicadas foram utilizadas nas operações, nas quais a alíquota destacada na NF é maior.

A respeito da alegação de inobservância ao princípio da seletividade, nota que, no demonstrativo da infração 11.02.01, as entradas foram classificadas, de forma a somente levar em conta as mercadorias tributadas.

Comenta que o CONSEF já pacificou o entendimento de que as multas estipuladas na Lei 7014 são constitucionais. Assim, é descabida a arguição de violação ao princípio da vedação ao confisco. Aduz que para demonstrar a veracidade do que afirma, a autuada não anexou à sua petição nenhum e-mail com pedido de dilação de prazo para entrega de livros. Aliás, não anexou qualquer documento. Sequer anexou a obrigatória mídia digital contendo cópia da “defesa” apresentada. Tampouco se disponibilizou a apresentar as EFDs.

Explica que também não houve violação ao princípio da proporcionalidade. Não havia outra forma de tributar a autuada diante do mais contundente descumprimento às diversas intimações que recebeu para entrega dos livros e documentos fiscais.

Argumenta que, embora a autuada afirme que: “não há o que se falar em obrigação tributária que justifique a cobrança do diferencial de alíquota”, não explica exatamente qual a razão dessa arguição. Ou seja, especificamente, de todas as infrações, contestou apenas, a do arbitramento e a da diferença de alíquota.

Requer que o auto de infração seja julgado totalmente procedente.

VOTO

O Auto de Infração em epígrafe é composto por oito infrações arroladas pela fiscalização, conforme relatadas na inicial.

Preliminarmente, o Autuado discorreu exaustivamente sobre o arbitramento, para alegar que a Autoridade Fiscalizadora não especificou, de forma clara e precisa, qual a infringência cometida pela empresa Autuada, razão para pedir a nulidade do auto de infração.

Após analisar as peças componentes do presente PAF, afasto essa arguição, pois os aspectos formais de todas as infrações registradas pela fiscalização foram devidamente atendidos e as irregularidades apuradas estão formalmente caracterizadas, logo, verifico que a citada nulidade não se sustenta.

Observo que a impugnação cinge-se ao arbitramento, infração 04, cujo aspecto material será devidamente apreciado quando da análise do mérito. Quanto a alegação de que o Autuante deixou de especificar o parâmetro utilizado para a estimativa da base de cálculo do referido imposto (ICMS), ou seja, qual processo usou para chegar ao valor da base de cálculo a ser utilizada para mensurar o tributo, não corresponde aos fatos.

Verifico que a base de cálculo foi determinada conforme previsto na legislação tributária, art. 148 do CTN e 22 da Lei nº 7014/96. A autuação considerou as notas fiscais eletrônicas de Entradas, visto que o defendente ignorou sua obrigação de enviar para a SEFAZ os arquivos da sua EFD - Escrituração Fiscal Digital, tampouco atendeu a diversas intimações para entrega de livros e documentos fiscais neste sentido, requeridas pelo Fisco.

Saliento que consta dos autos, as diversas Intimações e Notificações Fiscais fls. 12/23, além da Relação de Notas Fiscais de Entradas Eletrônicas com chave de acesso fls. 37/40, demonstrativos de todas as infrações, fls. 42 a 81, especialmente o levantamento fiscal que dá suporte ao arbitramento fls. 67/73, além do termo de entrega destes demonstrativos ao autuado, juntamente com cópia eletrônica CD ROM, fls. 132/133. Dessa forma, foi oportunizado ao defendente o contraditório e a ampla defesa, sem qualquer cerceio ao seu direito constitucional.

O Autuante arguiu a inépcia da peça defensiva. Alegou que o autuado apresentou "Recurso Voluntário", quando deveria ter apresentado "Defesa". Afirmou que o defendente deveria se

insurgir contra a lavratura do Auto de Infração e não contra decisão da Junta de Julgamento ainda não proferida. Disse também, que se impõe a decretação da ilegitimidade de parte, porquanto a autuada não acostou aos autos, o obrigatório instrumento de mandato.

Da análise destas prejudiciais, observo que, de fato, o defendente equivocou-se ao intitular sua peça como "Recurso Voluntário" ao invés de "Defesa" à autuação. Entretanto, do teor da peça defensiva, depreende-se claramente, que o pedido pela nulidade ou improcedência ali estampados, se coadunam com o instrumento previsto no art. 123 do RPAF/99.

Assim, com base no informalismo, economicidade e celeridade processual, princípios que regem o processo administrativo fiscal, nos termos do art. 2º do retrocitado diploma legal, afasto a nulidade suscitada. Quanto à alegada falta de instrumento de mandato aos procuradores da impugnante, verifico que a procuração dos advogados apensada à fl. 161, purgou este vício.

Nessa esteira, no que tange às questões formais aqui suscitadas, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, não faltando requisitos essenciais na lavratura do auto de infração. Encontram-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos em quaisquer das hipóteses do artigo 18, do RPAF/BA.

No mérito, em ação fiscal, foram imputadas ao Autuado, oito infrações à legislação tributária. Ao invés de trazer à luz deste processo, elementos consubstanciados em provas capazes de desconstituir ou modificar a acusação fiscal, o autuado optou por apresentar entendimentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do direito tributário.

Nessa linha, o defendente citou a infração 01, falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento. Disse apenas, que não teria ocorrido o fato gerador referente ao diferencial de alíquota a ser recolhido pela empresa, portanto a infração seria inexistente. Não apontou falha no cálculo do valor devido nesta infração, nem qualquer fato ou documento que sustentasse sua assertiva.

Certamente inobservou as disposições dos artigos 142 e 143 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*, assim como, a *simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*.

O defendente rebateu a infração 04, falta de recolhimento do ICMS apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco, de documentação fiscal e contábil, nos meses de dezembro de 2015 e janeiro 2016.

Sobre esta infração, alegou que o arbitramento se constitui numa exceção utilizável apenas nos casos de omissão ou quando não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Afirmou que nesta infração o Autuante: (i) não teria demonstrado qual o processo utilizado para chegar ao valor da base de cálculo apurada para mensurar o tributo devido; (ii) não atendeu ao princípio constitucional da não cumulatividade; (iii) desconsiderou alíquota de 7% (sete) por cento para diversos produtos que assim são previstos em disposição regulamentar, aplicando sobre aqueles produtos a alíquota de 17% por cento.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, verifico no presente caso, que o Fisco ficou impedido de apurar a base de cálculo aplicando os roteiros normais de fiscalização, porque o autuado não atendeu às inúmeras intimações e notificações fiscais constantes nos Termos de Intimações Fiscais, que fazem parte deste processo. O autuante realizou diversas intimações exaustivamente detalhadas, para o fornecimento da EFD - Escrituração Fiscal Digital, para entrega de MFD, Movimento por ECF e Leitura Z, e demais documentos fiscais que sustentavam suas operações comerciais. Em nenhum momento foi atendido. Como consequência, a

fiscalização não teve outra alternativa a não ser adotar o arbitramento para determinar a base de cálculo no trabalho de auditoria realizado.

Ressalto que o arbitramento é uma medida extrema adotada para apuração da base de cálculo, com sede no próprio CTN, (artigo 148), na Lei estadual do ICMS - Lei nº 7014/96 (art. 22 § 1º incisos I e II), ora vigente. Entretanto, no presente caso, restou provada a impossibilidade de aplicação dos roteiros normais de fiscalização.

A legislação permite que a fiscalização apure a base de cálculo do imposto por meio de arbitramento, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação de informação e não for possível apurar o montante real da base de cálculo.

Na presente PAF em lide, observo que o arbitramento adotado pelo autuante, encontra amparo no artigo 22, da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, abaixo transcrito, havendo desta forma legitimidade para aplicação do arbitramento na apuração do ICMS aqui discutido. *In verbis*:

Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:

I - operação ou prestação sem emissão de documento fiscal ou com documentação fiscal inidônea;

II - falta de apresentação dos documentos fiscais e contábeis relativos às atividades da empresa, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos;

III - utilização irregular de sistema eletrônico de processamento de dados, equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) ou terminal ponto de venda (PDV), de que resulte redução ou omissão do imposto devido, inclusive no caso de falta de apresentação do equipamento;

IV - qualquer outro caso em que se comprove a sonegação do imposto.

Quanto ao procedimento para apuração do arbitramento adotado, conforme pode ser constatado da análise das planilhas fls.67/73, para efeito de determinação da base de cálculo, conforme explicou o Autuante, foram consideradas apenas as entradas de produtos tributados (notas fiscais eletrônicas válidas). Foram segregadas as operações com produtos da substituição tributária e com produtos isentos, levando-se em consideração apenas as operações tributadas, excluindo-se as devoluções e aplicando-se a MVA correspondente. Constató também, que foi considerado o crédito fiscal das operações, como se depreende do demonstrativo respectivo em questão.

Sobre a alegação do Autuado de que teria sido aplicada alíquota de 17% para produtos que a legislação de regência determina 7%, da análise do levantamento fiscal não verifico esta ocorrência. Ademais, o defendente não demonstrou objetivamente, a quais notas fiscais se referia.

Sobre a arguição de violação ao princípio da não cumulatividade, observo que, tanto para o arbitramento, quanto para as infrações relativas a substituição tributária e antecipação parcial, os respectivos créditos foram devidamente consignados.

Nestas circunstâncias, concluo que o arbitramento da base de cálculo neste processo, encontra amparo artigo 22 da Lei nº 7.014/96, pois não foi possível apurar o montante real da base de cálculo, em face da falta de entrega dos documentos necessários para a apuração *quantum* devido, cujo cálculo não merece qualquer reparo, porquanto se cumpriu as regras do dispositivo legal citado.

Dessa forma, verifico que nenhuma das alegações defensivas trazidas pelo autuado possui o condão de elidir ou mesmo modificar a autuação fiscal. Reitero que qualquer análise destes argumentos esbarra no fato de que o defendente descumpriu a obrigação de disponibilizar ao Fisco sua EFD.

Quanto ao direito invocado pelo contribuinte de fazer posterior juntada de documentos e demonstrações, a respeito desta infração, constato que até esta fase processual, este fato não ocorreu.

Reitero mais uma vez, que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Assim, concluo pela manutenção integral de todas as infrações estampadas neste PAF.

O defendente alegou ainda, que as multas aqui aplicadas seriam confiscatórias, desarrazoadas e desproporcionais violando princípios constitucionais.

Não há ilegalidade nas multas incidentes sobre o imposto devido pela autuada. O inciso V, do art.97, do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), determina que a Lei pode fixar a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos ou para outras infrações nela definidas. Aplicou o autuante para as irregularidades apuradas neste auto de infração, as multas previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, nos respectivos percentuais ali prescritos, em ajustada cominação com o descumprimento das obrigações tributárias descritas no presente Auto de Infração. Portanto, a arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco, o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Quanto ao pleito da sua redução, não cabe competência a essa Junta de Julgamento do CONSEF redução de multa por descumprimento de obrigação principal, na forma do art. 158 do RPAF/BA. Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **300449.0009/17-3**, lavrado contra **SUPERMERCADO CARISMA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.019.459,99**, acrescido das multas de 60% sobre R\$13.243,89 e de 100% sobre R\$1.006.216,10, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "f" e "d", inciso IV, alíneas "i" e "h" da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$254.187,81** previstas no art. 42 incisos, XVIII, alínea "c" e XIII-A alínea "I" do citado diploma legal e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR