

A. I. Nº - 300449.0006/17-4
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS ROSA DE OURO LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28/05/2018

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0062-03/18

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** IMPOSTO NÃO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS; ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. **b)** VALOR CREDITADO A MAIS QUE O DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. GLOSA DO VALOR EXCEDENTE. **c)** VALOR DESTACADO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. **d)** OPERAÇÕES COM AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BRINDES. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. **b)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **c)** DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O INFORMADO. **d)** ALIQUOTAS. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. **e)** BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. 3. OMISSÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **a)** NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. **b)** LEVANTAMENTO DE VENDA COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DÉBITO. **Infração reconhecida.** 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. 6. FALTA DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. **a)** DMA. FALTA DE APRESENTAÇÃO. **b)** DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. **c)** FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVOS EFD. Contribuinte não apresenta qualquer prova com o condão de modificar ou elidir qualquer das infrações. Por tratar-se de ocorrências relativamente a idêntico período e tratar-se de infrações com a mesma natureza, a infração 12 contém a infração 11, por ter maior valor. Nestas circunstâncias, a infração 11 é improcedente. Todas as demais infrações integralmente caracterizadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 14/09/2017, exige crédito tributário no valor de R\$719.013,30, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 1. - 01.02.39 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado nos documentos fiscais, no mês de agosto de 2016, no valor de R\$9,60, acrescido da multa de 60%;

Infração 2. - 01.02.40 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de abril de 2016 a maio de 2017, no valor de R\$6.238,64, acrescido da multa de 60%;

Infração 3. - 01.02.41 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, nos meses de março de 2016 a maio de 2017, no valor de R\$21.484,04, acrescido da multa de 60%;

Infração 4. - 01.02.93 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS mesmo tendo sido emitida a nota fiscal com lançamento do imposto, em operação interestadual de aquisição de brindes, sem dolo, nos meses de abril a novembro de 2016, fevereiro e maio de 2017, no valor de R\$89,65, acrescido da multa de 60%;

Infração 5 - 02.01.01 - falta de recolhimento no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de abril, maio a dezembro de 2016, janeiro a maio de 2017, no valor de R\$252.057,96, acrescido da multa de 60%;

Infração 6 - 02.01.02 - deixou de recolher nos prazos regulamentares, o ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de novembro de 2016 a maio de 2017, no valor de R\$448,87, acrescido da multa de 100%;

Infração 7 - 03.01.04. - recolhimento a menos de ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em documentos e livros fiscais e declarações econômico-fiscais ou arquivos eletrônicos, nos meses de junho de 2016 a maio de 2017, no valor de R\$792,49, acrescido da multa de 60%;

Infração 8. - 03.02.02 - recolhimento a menos de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril de 2016 a maio de 2017, no valor de R\$4.134,75, acrescido da multa de 60%;

Infração 9 - 03.02.04 - recolhimento a menos de ICMS, em razão de erro na apuração dos valores do imposto, nos meses de julho de 2016 a maio de 2017 no valor de R\$9,11, acrescido da multa de 60%;

Infração 10. - 03.02.05 - recolhimento a menos de ICMS, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril de 2016 a maio de 2017, no valor de R\$35.207,35 acrescido da multa de 60%;

Infração 11. - 05.05.01 - omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de março de 2016 a maio de 2017, no valor de R\$220.819,63, acrescido da multa de 100%;

Infração 12. - 05.08.01 - omissão de saída de mercadoria tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de maio de 2016 a maio de 2017, no valor de R\$118.110,20, acrescido da multa de 100%;

Infração 13. - 07.01.01 - falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de março e outubro de 2016 e janeiro de 2017 no valor de R\$171,45 acrescido da multa de 60%;

Infração 14. - 07.01.02 - recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de maio a dezembro de 2016 e fevereiro a maio de 2017, no valor de R\$1.818,14, acrescido da multa de 60%;

Infração 15. - 07.15.01 - falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a

comercialização, nos meses de março, junho e julho de 2016, e janeiro de 2017, no valor de R\$5.513,10, acrescido da multa de 60%;

Infração 16. - 07.15.02 - recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a comercialização, nos meses de abril, maio, agosto a dezembro de 2016, fevereiro a maio de 2017, no valor de R\$28.988,32, acrescido da multa de 60%;

Infração 17. - 16.05.04 - falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) no mês de março de 2016, sendo aplicada multa fixa de R\$460,00;

Infração 18. - 16.05.18 - declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas na DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) nos meses de abril de 2016 a maio de 2017, sendo aplicada multa fixa de R\$140,00 mensal, totalizando R\$1.960,00;

Infração 19. - 16.14.04 - falta de entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de março de 2016 a maio de 2017, sendo aplicada multa fixa de R\$1.380,00 totalizando R\$20.700,00.

O autuado impugna o lançamento fls.215/228, através de advogado, procuração fl. 236. Embora cometa o equívoco de intitular sua peça dirigida a primeira instância de "Recurso Voluntário" nesta fase processual, do teor ali contido, depreende-se tratar-se da defesa prevista no art. 123 do RPAF/99. Registra que sua defesa é tempestiva.

Afirma que o Autuante, em várias oportunidades, com o 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, demonstrando se os parâmetros para a base cálculo estão conforme ou se distorcem a realidade.

Diz ainda, que para fins do ICMS, verifica que a "arbitragem" corresponde a adoção de procedimentos probatórios utilizados pelo Fisco, para se determinar o valor das operações com a mercadoria do estabelecimento ou da prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação, com a finalidade de apurar o valor tributável, tendo em vista fundado receio de irregularidades cometidas pelo contribuinte, seja pela sua omissão em relação a sua atividade legal, seja pela prestação de atividade incompatível com a realidade econômica do fato. Comenta que o Código Tributário Nacional é a norma com status de lei complementar que disciplina o assunto. O artigo 148 do Codex é o núcleo central do arbitramento tributário. Transcreve o mencionado dispositivo. 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 no extensivo RICMS/BA, Decreto 13.780 de 16/03/2012.

Afirma que, sendo assim, restou demonstrado o não cumprimento do disposto no artigo 148 do CTN, uma vez que não foi especificado de forma clara e precisa, o tipo de ocorrência ou qual a possível infringência cometida pela Empresa Autuada, razão pela qual, nulo se torna os autos ora em análise.

Argumenta que o procedimento adotado viola o princípio da não cumulatividade, que seria uma técnica adotada, com o ICMS em cascata, principio em tela que se opera mediante o método da subtração "imposto sobre imposto", compensando-se, em cada operação, o imposto incidente nas operações anteriores, conforme estatui o II do § 2º do artigo 155 da CFRFB/88.

Entende que no caso em comento, o Fisco burlou 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.

Observa o enriquecimento ilícito do Fisco, uma vez que incorrendo a desoneração prevista na lei de regência, há em verdade, uma dupla cobrança, perpetrada pelo Fisco sobre o mesmo fato gerador, ou seja, um verdadeiro *bis in idem*, o qual é rechaçado pelo ordenamento jurídico pátrio, pela vedação do confisco. Neste caso, diz que o presente lançamento deve ser anulado. Sobre o tema reproduz acórdãos de decisões do STJ. Discorre detalhadamente, sobre o que entende a respeito de arbitramento.

Aduz que o valor imputado ao contribuinte, sobrepuja o valor real da exação, porquanto o Fisco não aplicou aos produtos aventados pela Lei Estadual 7.014/96, no art. 16, I, alíneas a e b, alíquota de 7% (sete) por cento para produtos abrangidos da cesta básica, inclusive às aves ou produtos comestíveis resultantes do seu abate, 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 18% (dezoito) por cento, ao arripio da Lei de regência.

Afirma ser patente a violação do princípio da legalidade em face da não obediência aos ditames da Lei 7.014/96 e do art. 5º, da CRFB/88.

Ressalta que, o erro na regra matriz de incidência, consoante ocorrera no auto em testilha, notadamente no aspecto quantitativo (valor da alíquota), 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. Entrementes, no caso em liça, houve majoração do ICMS sem espeque em lei, uma vez que a majoração fora aperfeiçoada por ato administrativo plasmado no lançamento.

Argui a ocorrência de efeitos confiscatórios nas multas aplicadas. Diz que no caso em questão, 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. Contra este procedimento, cita doutrina e jurisprudência.

Assevera que as alíquotas representam mais de 50% da base de cálculo, o que somada ao tributo devido, impedem o contribuinte de liquidar seus débitos junto ao Fisco Estadual, sem comprometer a continuidade de sua atividade econômica, que consequentemente resulta no Fato Gerador do ICMS. Reproduz Acórdãos do STJ nesse sentido.

Quanto as demais obrigações de fazer exigidas pelo Fisco, conforme Auditor Fiscal e o Contador da Empresa Contribuinte, Sr. Jesuíno, foi pedido prazo para que fossem apresentadas documentações em conformidade com a exigência da Secretaria da Fazenda. Entretanto, foi o mesmo negado. Na mesma oportunidade, o contador disponibilizou-se em apresentar os SPEDs pelo SINTEGRA, pois a escrituração fiscal encontrava-se na empresa, aguardando a regularização do sistema para gerar os SPED-ECF-ICMS.

Por fim, entende ser notoriamente investida de inconstitucionalidade, as multas aplicadas, ferindo os princípios da proporcionalidade, da vedação ao confisco, conforme art. 150, IV do CF, e caso não seja este o entendimento do Julgador, requer a redução das multas aplicadas em até 20%, conforme reconhecido pelo STF em sede de Repercussão Geral em recurso extraordinário. Requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, III do CTN. Diz que não há o que se falar em obrigação tributária que justifique a cobrança do diferencial de alíquota do imposto, que sequer é devido pela Empresa Autuada. Pede:

- 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, por ser a aplicação das multas e multas moratórias investidas de inconstitucionalidade, visto que, ferem o princípio da vedação ao confisco, conforme art. 150, IV do CF, bem como reconhecimento da ilegalidade das multas impostas, por estarem investidas de desproporcionalidade e caráter confiscatório, ferindo as garantias fundamentais contidos na CF/88, nos termos do art. 5º, XXII. E caso não seja esse o entendimento, requer a redução e aplicação de até 20% nas multas, conforme reconhecido pelo STF em sede de Repercussão Geral em recurso extraordinário.

Entende ser o Auto de Infração destituído de fundamentação legal, solicitando a sua total improcedência e consequentemente, o seu arquivamento, por ser um ato de justiça fiscal.

O autuante presta informação fiscal fls.230/233. Diz que vem manifestar-se acerca da impugnação apresentada, nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, comentando cada item daquela peça, pelos motivos a seguir expostos.

Entende ser a peça defensiva inepta, pois a autuada apresentou Recurso, quando deveria ter apresentado Defesa. Afirmar ser o art. 10, § 1º, III, b, do RPAF/99, 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.

Por força do art. 10, § 1º, II, do RPAF/99, entende que se impõe a decretação de 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. Diz que torna-se necessária a apreciação do CONSEF quanto a estas preliminares, cujo acolhimento, requer.

Observa que a autuada contestou especificamente, apenas a infração relativamente ao arbitramento, silenciando-se quando às demais e expressamente afirmou considerar o PAF procedente em parte.

Explica que a autuada contestou um suposto arbitramento que, se houvesse sido executado neste PAF, estaria consubstanciado na Infração 11.02.01, entretanto, não existe essa mencionada infração, porque não houve arbitramento.

Com relação à arguida inobservância do princípio da não cumulatividade, observa que, tanto para as infrações relativas à substituição tributária, quanto para a antecipação parcial, como se depreende dos respectivos demonstrativos, foi devidamente creditado o ICMS relativamente às entradas.

Salienta 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. Assim, diz 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%. Portanto, as alíquotas de crédito indicadas foram utilizadas nas operações, nas quais a alíquota destacada na NF é maior.

Quanto à 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.

Lembra que o CONSEF já pacificou o entendimento de que as multas estipuladas na Lei 7014/96 são constitucionais. Assim, é descabida a arguição de violação ao princípio da vedação ao confisco. Não se trata de confisco.

Comenta 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.

Frisa que 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.

Sobre a afirmação da autuada de que “não há o que se falar em obrigação tributária que justifique a cobrança do diferencial de alíquota”, assevera que não existe nenhuma cobrança a título de DIFAL. Ou seja, especificamente, de todas as infrações, o Autuado contestou apenas, a do “arbitramento” e a da “diferença de alíquota”, ambas inexistentes neste PAF.

Entende que o Auto de Infração deva ser julgado totalmente procedente e requer seu deferimento.

VOTO

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

Preliminarmente, o Autuado discorreu exaustivamente sobre o arbitramento, para alegar que o Autuante, em várias oportunidades, com o fundamento na falta de documentos ou comprovantes de entrada e saída, termina por arbitrar os valores cobrados. No entanto, não revela ao contribuinte, sob quais parâmetros foram calculados tal base de cálculo, ferindo princípios constitucionais, qual seja, o do contraditório e o da ampla defesa, ficando impossibilitado de se defender.

Após analisar as peças componentes do presente PAF, verifico que essa argüição está totalmente dissonante dos fatos apurados nos autos. Não existe cobrança do ICMS apurada através de arbitramento da base de cálculo. Observo que 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.

Saliento que consta dos autos, a Intimação fiscal fls. 12/23, além dos demonstrativos de todas as infrações, o termo de entrega destes demonstrativos ao autuado, juntamente com cópia eletrônica CD ROM. 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. 236, 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, dezenove infrações à legislação tributária conforme segue: (i) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado nos documentos fiscais, infração 01; (ii) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, infração 02; (iii) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, infração 03; (iv) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS mesmo tendo sido emitida a nota fiscal com lançamento do imposto, em operação interestadual de aquisição de brindes, sem dolo, infração 04; (v) falta de recolhimento no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, infração 05; (vi) deixou de recolher nos prazos regulamentares, o ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, infração 06; (vii) recolhimento a menos de ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado em documentos e livros fiscais e declarações econômico-fiscais ou arquivos eletrônicos, infração 07; (viii) recolhimento a menos de ICMS, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, infração 08; (ix) recolhimento a menos de ICMS, em razão de erro na apuração dos valores do imposto, infração 09; (x) recolhimento a menos de ICMS, em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, infração 10; (xi) omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, infração 11; (xii) omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, infração 12; (xiii) falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, infração 13; (xiv) recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, infração 14; (xv) falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a comercialização, infração 15; (xvi) recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a comercialização, infração 16; (xvii) falta de apresentação da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), infração 17; (xviii) declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas na DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), infração 18; (xix) falta de entregado arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, infração 19. O defendente não contestou objetivamente qualquer das infrações que lhe foi imputada. 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 discorreu longamente sobre o "arbitramento" que reputa ser inconstitucional, no entanto, esta metodologia de apuração de base de cálculo não consta deste processo.

O defendente disse ainda, que não teria ocorrido o fato gerador referente ao diferencial de alíquota a ser recolhido pela empresa. Esta infração, também não consta dos autos. Assim, o Autuado não apontou falha no cálculo do valor devido de qualquer das infrações, 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 na impugnação abordou em linhas gerais, visto que não se percebe contestação objetiva a respeito das irregularidades que lhe foram imputadas, que 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 aos princípios constitucionais da não cumulatividade e da seletividade; (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 demonstrativos que sustentam as infrações aqui relacionadas, verifico no presente caso, que estas alegações não correspondem aos fatos aqui discutidos. Observo que o levantamento fiscal claramente demonstra a observância do princípio da não cumulatividade, como se depreende dos respectivos demonstrativos, onde foi devidamente creditado o ICMS relativamente às entradas.

Dessa forma, conforme explicou o Autuante, constato que, 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. Assim, 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%. Portanto, as alíquotas de crédito indicadas foram utilizadas nas operações, nas quais a alíquota destacada na NF é maior.

Quanto à alegação de inobservância ao princípio da seletividade, também não pode prosperar visto que no demonstrativo da infração 11, as entradas foram classificadas, de forma a somente levar em conta as mercadorias tributadas.

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, sobre quais notas fiscais se referia.

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 - Escrituração Fiscal Digital.

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.

Impende registrar, por importante, que observo neste PAF a ocorrência de 02 (duas) infrações apuradas com base na presunção legal estampada no art. 4º, § 4º da Lei nº 7014/96, *in verbis*:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimimento a caixa de origem não comprovada;

- III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;*
- IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;*
- V - pagamentos não registrados;*
- VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:*
 - a) instituições financeiras;*
 - b) administradoras de cartões de crédito ou débito;*
 - c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;*
- VII - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.*

No caso em análise, verifico que a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, infração 11 e a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, infração 12, se sustentam na regra de incidência estabelecida nos incisos IV e VII, respectivamente, do dispositivo legal retro reproduzido.

Nestas circunstâncias, deverá ser excluída a infração 12, no valor de R\$118.110,20, por se constituir de ocorrências da mesma natureza e relativamente a idêntico período da infração 11. Como esta infração possui maior valor, considera-se que tal importância contém o débito apurado na infração 12. Assim, concluo pela improcedência da infração 12.

Dessa forma, concluo que as demais infrações são integralmente subsistentes.

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 EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300449.0006/17-4**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS ROSA DE OURO LTDA.** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$577.783,10**, acrescido das multas de 60% sobre R\$356.514,60 e 100% sobre R\$221.268,50, previstas no inciso VII, alínea “a”, inciso II, alíneas “a”, “b”, “d” e “f”, e inciso III, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$23.120,00**, previstas no inciso XV, alínea “h”, XVIII, alínea “c”, e XIII-A, alínea “I” do artigo 42 do citado diploma legal.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2018.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR