

A. I. N° - 281105.0008/17-7
AUTUADO - EXPRESSO LINHA VERDE LTDA. - ME
AUTUANTE - JALON SANTOS OLIVEIRA
ORIGEM - INFAC ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04.06.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N° 0080-02/18

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA. MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Razões de defesa não elidem a acusação. Infração caracterizada. 2. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). MULTA FIXA POR PERÍODO DE APURAÇÃO. O autuado não traz aos autos elementos capazes de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Afastada a preliminar de nulidade. Não acolhida a arguição de decadência. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2017, exige crédito tributário no valor histórico de R\$105.221,73, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - 16.01.01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a dezembro de 2012 e janeiro a dezembro de 2013. Foi indicada multa no valor de R\$88.661,73, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias não registradas.

INFRAÇÃO 02 - 16.14.04. Deixou o contribuinte de efetuar a 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 janeiro a dezembro de 2013. Foi indicada multa mensal no valor de R\$ 1.380,00, totalizando R\$16.560,00.

O autuado apresenta defesa (fls. 69 a 97) e, inicialmente, explica que é uma pessoa jurídica de direito privado que se dedica a transporte rodoviário coletivo de passageiros, com itinerário fixo, interestadual, organização logística do transporte de carga, locação de outros meios de transporte não especificados anteriormente, revestindo-se, assim, da condição de contribuinte do ICMS.

Suscita a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa, sob o argumento de que não pode aferir a exatidão dos procedimentos adotados pelo autuante, pois não conhece a origem dos valores e quais são as divergências que lastreiam a autuação. Diz que na Infração 01, o autuante não aponta, de maneira clara e precisa, a origem dos erros e valores que lastreiam as referidas divergências. Transcreve o disposto nos artigos 142, do CTN, e 18, do RPAF-BA, e, em seguida, pontua que o lançamento é um ato formal que deve ser praticado com observância dos requisitos legais, sendo que a indeterminação dos elementos precitados implica cerceamento do direito de defesa. Assevera que há ausência de clareza e certeza nas informações trazidas pelo autuante. Arremata, afirmando que é imperiosa a declaração da nulidade do lançamento, por afronta ao disposto nos artigos 142, do CTN, e 18, IV, “a”, do RPAF-BA, pois não há uma descrição detalhada

das operações consideradas, o que diz impedir de se definir com segurança as infrações apontadas, violando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Argui a decadência do direito de lançamento do crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a abril de 2012, pois a contagem do prazo decadencial deve ser feita nos termos do art. 150, §4º, do CTN, já que o ICMS é um imposto sujeito ao lançamento por homologação. Discorre sobre o instituto da decadência, transcreve o disposto no art. 150, §4º, do CTN, e, em seguida, afirma que tendo o contribuinte apurado e recolhido, quando devido, o ICMS de cada mês, reputa-se tacitamente homologado o procedimento previamente efetivado e extinto o crédito tributário ao final de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador. Aduz que o prazo de decadência de tributo lançado por homologação desvia-se da regra geral, amoldando-se em norma específica. Destaca que, no caso em tela, foi intimado acerca do Auto de Infração em 31/03/2017, quando já havia transcorrido mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores do ICMS, relativamente ao período de 01.01.2012 a 31.03.2012, sendo certo que o transcurso do referido prazo implicou homologação tácita da apuração e dos pagamentos realizados. Prosseguindo, sustenta que no caso em exame a autuação trata de situações em que o sujeito passivo prestou declaração ao Fisco e efetuou o pagamento de parte do imposto nos períodos apurados, casos que remetem para aplicação da regra do art. 150, § 4º, do CTN. Reproduz jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem com doutrina e precedente do Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba.

Prosseguindo, afirma que há necessidade da realização de diligência, para que este órgão julgador tenha certeza da efetiva natureza da operação realizada pelo impugnante. Pontua que a análise profunda da natureza das operações que ensejaram a glosa dos créditos pela Fiscalização não pode ser feita por mero cruzamento de dados ou investigação desprovida de fundamentação e lastro probatório. Destaca que o Auto de Infração resultou de uma auditoria, da qual não constam quais livros ou documentos fiscais foram analisados para a glosa dos créditos. Sustenta que, para demonstrar a infração, a Fiscalização deveria ter realizado diligência ao seu estabelecimento ou, no mínimo, lhe intimado a prestar esclarecimentos visando averiguar se a operação em questão é relativa à incidência de ISS ou ICMS. Aduz que a Fiscalização escolheu o caminho mais cômodo, tendo se limitado a presumir, com base em informações equivocadas, e efetuar o lançamento, deixando para o impugnante o ônus de provar sua inocência. Menciona que o seu processo produtivo é composto por uma série de fases complexas, sendo que todo esse processo produtivo está submetido à fiscalização da Agerba.

Adentrando ao mérito da lide, diz que faz jus a um tratamento diferenciado por ser uma empresa de pequeno porte, nos termos do art. 179 da Constituição Federal. Aduz que as penalidades indicadas pelo autuante não são aquelas específicas para uma microempresa, pois existem penalidades para estabelecimentos do seu porte.

Assevera que o autuante, além de aplicar penalidades pela falta de entrega da EFD, cobrou cumulativamente 1% sobre as entradas dos períodos, o que diz conflitar com o lançado na NFe. Diz que foram desclassificados os serviços que escriturou como isentos/não tributados/outros, tendo o autuante presumido que se tratava de serviço sujeito ao ICMS.

Afirma que, da análise das planilhas que embasaram a autuação, verifica-se que o motivo do lançamento foram erros ocorridos na geração dos arquivos digitais, tais como: a) notas fiscais de entradas eletrônicas escrituradas na EFD de 2012 e 2013 sem o número da chave e com erro na indicação do modelo do documento; b) divergências na indicação da série escriturada em relação a série da nota fiscal; c) erro na indicação das datas das notas fiscais de entrada.

Assegura que essas inconsistências são banais e não foram sequer apontadas por ocasião da geração dos arquivos, os quais foram validados sem qualquer ressalva e não ocasionaram falta de pagamento do tributo ou embaraço à fiscalização. Diz que não pode ser apenado com tão pesada multa, em razão das tão insignificantes divergências. Aduz que tais penalidades destinam-se

àqueles contribuintes que adulteraram a sua escrituração com o intuito de burlar o Fisco, o que diz não ter ocorrido no presente caso.

Destaca que não assiste razão à Fiscalização quando lhe imputa pagamento de ICMS em decorrência de operações que não se concretizaram, tendo sido o imposto estadual recolhido, conforme documentos fiscais juntados. Diz que a autuação deve ser julgada improcedente.

Prosseguindo, afirma que as multas indicadas na autuação afrontam o princípio constitucional que proíbe a instituição de tributo com efeito confiscatório. Diz que o autuante não indicou uma penalidade específica para uma microempresa, em consonância com o disposto do art. 179 da Constituição Federal. Pontua que a multa fixa aplicada atinge elevado percentual do seu faturamento e afronta os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e de vedação de confisco. Discorre sobre a caracterização de confisco. Reproduz fártas doutrina e jurisprudência. Pugna pelo reenquadramento das multas aplicadas no Auto de Infração, com o cancelamento das penalidades ou, subsidiariamente, a sua redução para patamares aceitáveis.

Ao finalizar, solicita a decretação da nulidade do Auto de Infração. Contesta a incidência de multas superiores às previstas. Protesta pela juntada de comprovantes de recolhimento de ISS. Requer que seja acolhida a arguição de decadência. Pugna pela improcedência do Auto de Infração. Pede que seja intimado para a realização de sustentação oral. Protesta pela juntada posterior de documentos, bem como pela realização de diligências fiscais.

Ao prestar a informação fiscal (fls. 392 a 395), o autuante inicialmente faz uma síntese da defesa e, em seguida, passa a apreciar os argumentos defensivos, conforme passo a relatar.

Afirma que, no Auto de Infração, não houve ofensa aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do não confisco, bem como não há inexatidão ou insegurança dos valores exigidos no lançamento. Diz que a autuação foi processada como manda a legislação, contendo memórias de cálculo e demonstrativos das infrações, colocados à disposição do impugnante. Aduz que as penalidades foram descritas e calculadas criteriosamente, de acordo com o enquadramento à norma que rege cada uma delas, respeitando os princípios constitucionais que amparam o contribuinte e lhe garantem o direito ao devido processo legal.

Assevera que a arguição de decadência não se aplica ao caso em tela, pois, havendo omissão do contribuinte, a regra aplicada é a do art. 173 do CTN, ou seja, o direito de constituição do crédito tributário se esgotaria com o decurso do prazo de cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício de 2013, para os fatos geradores ocorridos no exercício de 2012. Diz que, portanto, foi tempestiva a lavratura do presente Auto de Infração em 31.03.2017.

Menciona que não há motivo para a realização da diligência, uma vez que o lançamento do crédito tributário está embasado na legislação fiscal pertinente.

Aduz que o enquadramento como microempresa não confere o direito de descumprimento de obrigações acessórias ou principais, como a transmissão da Escrituração Fiscal Digital - EFD.

Pontua que, mediante um rápido olhar nas contas do deficiente, verifica-se que as suas movimentações extrapolam os limites anuais estabelecidos para enquadramento como microempresa, R\$ 3.600.000,00, a exemplo dos movimentos de saídas em 2012 e 2013, de R\$ 9.442.855,00 e R\$ 8.957.984,00, respectivamente, constantes nas DMAs consolidadas transmitidas pelo autuado nos períodos fiscalizados, que acostou ao processo.

Quanto ao alegado conflito de infrações, decorrente da cobrança de multa fixa mensal, por omissão de EFD, mais multa de 1% sobre o total das entradas ou saídas, o que for maior, explica que se trata de uma argumentação inócula, pois a cumulatividade se encontra amparada no artigo 42, inciso XIII-A, alínea “j”, da Lei 7014/96, cujo teor transcreveu.

Ao concluir seu arrazoado, diz que as argumentações do deficiente são vagas e desprovidas de amparo legal, além de inconsistentes no tocante às provas elencadas. Sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Notificado acerca da informação fiscal, o autuado não se pronunciou.

VOTO

Foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, sob o argumento de que não havia uma descrição detalhada dos ilícitos fiscais, impedindo, assim, que se verificasse a ocorrência das infrações. Foi alegado que, na Infração 01, não teriam sido apontados a origem e os valores que lastrearam a suposta irregularidade. Foi sustentado que não havia como se aferir a exatidão dos procedimentos do autuante, pois não se conhecia a origem dos valores e as divergências que embasaram a autuação.

Ao se examinar as peças que compõem o processo, especialmente o Auto de Infração e os demonstrativos que embasaram a autuação, verifico que as infrações imputadas ao autuado estão descritas de forma clara e precisa, sendo as descrições utilizadas pelo autuante as rotineiramente empregadas pela Fiscalização quando são constatadas as irregularidades que foram objeto do lançamento em tela. O enquadramento legal das infrações está correto, o que facilita o entendimento dos ilícitos fiscais apurados. O autuante elaborou demonstrativos que evidenciam a apuração das multas, sendo que nesses demonstrativos constam todos os dados envolvidos na determinação dessas penalidades e, conforme fls. 66 e 67, o autuado recebeu cópia desses demonstrativos. Especificamente quanto à Infração 01, o demonstrativo de fl. 14 a 61 indica todos os dados - número das notas, chaves de acesso, datas, emissores, produtos, valores, percentual da multa, etc. - que foram utilizados na determinação da infração e dos valores lançados pelo autuante. Dessa forma, afasto essa preliminar de nulidade, pois não houve o alegado cerceamento de defesa.

O autuado também arguiu a decadência do direito de a Fazenda Pública Estadual constituir o crédito tributário relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de janeiro a abril de 2012, pois entende que a contagem do prazo decadencial deve ser feita nos termos do art. 150, §4º, do CTN, já que o ICMS é um imposto sujeito ao lançamento por homologação e que efetuou o recolhimento do imposto nos períodos apurados.

Não há como se acolher essa arguição de decadência, pois o Auto de Infração em comento não trata de falta de recolhimento ou de recolhimento a menos de imposto, mas, sim, de descumprimento de obrigações acessórias. Nessa situação, as obrigações tributárias acessórias em tela não foram cumpridas, portanto, não havia o que se homologar e, portanto, não se podia aplicar o disposto no art. 150, §4º, do CTN. Ademais, há que se observar que o autuado, nos exercícios de 2012 e 2013, apesar de apresentar movimentações que extrapolavam os limites anuais estabelecidos para o enquadramento como microempresa, continuou enquadrado como tal conforme se observa nas DMAs acostadas aos autos na informação fiscal, o que evidencia um procedimento doloso que corrobora a não aplicação do estabelecimento no art. 150, §4º, do CTN.

No caso em tela, a contagem do prazo decadencial se faz a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 173, I, do CTN. Na situação em análise, para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2012 a Fazenda Pública Estadual tinha até o dia 31/12/17 para constituir o crédito tributário e que o Auto de Infração em tela foi lavrado em 31/03/17, não ocorreu a decadência arguida na defesa.

Com fulcro no art. 147, I, “a”, “b”, do RPAF-BA/99, indefiro a solicitação de diligência, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para o deslinde das questões. Ademais, os elementos probantes atinentes às acusações descritas no Auto de Infração estão relacionados à escrituração fiscal do contribuinte e, portanto, deveriam ter sido trazidos aos autos junto com a defesa, o que não foi feito.

No mérito, quanto à Infração 01 - entrada de mercadorias não tributáveis sem registro na escrita fiscal -, em toda a sua defesa o sujeito passivo não comprova a escrituração de qualquer uma das

notas fiscais relacionadas pelo autuante no demonstrativo de fls. 14 a 61. Dessa forma, fica caracterizado o ilícito fiscal imputado ao autuado.

A alegação defensiva atinente ao tratamento diferenciado por ser uma empresa de pequeno porte [microempresa] não é capaz de elidir a infração em comento, pois o autuado está inscrito no cadastro de contribuinte do ICMS (inscrição estadual nº 053.211.442) e, nessa situação, está obrigado a registrar em seu livro Registro de Entradas as operações de entradas de mercadorias ou bens ocorridas em seu estabelecimento (artigos 212 e 217, do RICMS-BA/12).

Ao deixar de cumprir a obrigação acessória citada acima, independentemente de sua condição de empresa de pequeno porte [microempresa], o autuado ficou sujeito à penalidade prevista no art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96, equivalente a 1% do valor comercial da mercadoria ou bem que entrou no estabelecimento sem registro da escrita fiscal, não cabendo a este órgão julgador apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade dessa legislação estadual, nos termos do art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB).

O fato de o autuado ser também contribuinte do ISS não o desobriga de, para fins do ICMS, registrar em seus livros fiscais as entradas, realizadas a qualquer título, de mercadorias e bens em seu estabelecimento.

Na apuração da infração em tela, não houve a alegada “desclassificação” de serviços escriturados como isentos/não tributados/outros. Assim, esse argumento defensivo não se mostra capaz de elidir a acusação que foi imputada ao autuado.

Em sua defesa, o impugnante sustenta que a autuação teria sido decorrente de alguns erros cometidos em sua escrita fiscal. Contudo, a acusação que foi imputada ao sujeito passivo é clara - entrada de mercadorias não tributáveis no estabelecimento sem registro na escrita fiscal - e, portanto, esses citados equívocos não têm qualquer pertinência com a infração.

Em face ao acima exposto, os argumentos trazidos na defesa não se mostram capazes de elidirem a acusação imputada ao autuado e, em consequência, a Infração 01 é procedente.

Na Infração 02, o autuado foi acusado de ter entregado arquivos eletrônicos da EFD sem as informações exigidas, conforme se depreende do demonstrativo de fl. 62.

Em sua defesa, o autuado não traz qualquer prova capaz de desconstituir essa acusação. Assim, o ilícito fiscal imputado ao defensor resta devidamente caracterizado, sendo cabível a multa indicada na autuação, mesmo sendo o autuado uma empresa de pequeno porte ou microempresa.

A alegação de que a multa indicada nessa infração conflitaria com a penalidade tratada na infração anterior não procede, pois, o disposto no art. 42, XIII-A, “I”, da Lei nº 7.014/96, expressamente, prevê que a multa de R\$ 1.380,00 deve ser aplicada cumulativamente com a multa de 1% do valor das entradas de mercadorias em cada período de apuração.

No que tange às alegações de que as multas indicadas na autuação teriam o caráter de confisco, ressalto que as penalidades em tela são as indicadas na Lei nº 7.014/96, para as infrações apuradas, não cabendo a este CONSEF a apreciação de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 125, I, do COTEB.

Não há como se reduzir ou dispensar as multas indicadas pelo autuante, pois não há como se afirmar, com segurança, que as irregularidades apuradas não tenham acarretado falta de pagamento de imposto, uma das condições necessárias para a concessão do benefício previsto no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281105.0008/17-7**, lavrado contra

EXPRESSO LINHA VERDE LTDA. - ME, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no total de **R\$105.221,73**, previstas no artigo 42, XI e XIII-A, “I”, da Lei nº 7.014/96, e dos e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2018.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR