

A.I. Nº - 2329430007/17-3
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS ROSA DE OURO LTDA.
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COELHO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 25.07.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0114-04/18

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. VALOR INFORMADO EM DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS. Restou comprovado a inexistência de pagamento do imposto declarado pelo próprio sujeito passivo. Afastadas as arguições de nulidades. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/09/2017, exige o crédito tributário no valor de R\$145.002,93, acrescido da multa de 60%, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Na descrição dos fatos consta a informação de que foram apuradas as seguintes irregularidades:

“- *Pagamento a menor do ICMS devido por Antecipação Parcial em operações de aquisição interestadual de mercadorias destinadas a comercialização.*

- *Omissão de recolhimento do ICMS normal, devidamente escriturado nos livros próprios.*

O autuado através de advogado legalmente habilitado apresentou defesa (fls. 74 a 80) asseverando que o autuante, com fundamento na falta de documento ou comprovante de entrada, terminou por aplicar um arbitramento não revelando quais parâmetros foram utilizados na apuração da base de cálculo, ferindo princípios constitucionais, qual seja, o do contraditório e o da ampla defesa, ficando impossibilitado de se defender.

Afirma que o arbitramento é meio excepcional de prova que dispõem as autoridades administrativas fiscais para a apuração da base de cálculo do tributo. Essa exceção é utilizada apenas e tão somente nos casos de omissões 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.

Entende que o arbitramento é o processo feito por árbitros ou peritos para determinar o valor ou preço dos bens, direitos, serviços ou atos jurídicos em conteúdo econômico, de maneira a atender os critérios quantitativos da regra de incidência dos tributos, somente nos casos em que não haja informação confiável prestada por pessoa legitimada pelo sistema a prestá-la, ou haja omissão de informação.

Diz que o Código Tributário Nacional é a norma com status de lei complementar que disciplina o assunto. Cita e transcreve o teor do art. 148, afirmando que não restou demonstrado o não cumprimento do disposto no mencionado dispositivo legal, uma vez que não foi especificado de forma clara e precisa a ocorrência e qual a possível infringência cometida, razão pela qual se torna nulo o Auto de Infração, como dispõe o art. 18 do RPAF/BA.

Assevera que não foi observado o princípio da Não Cumulatividade, por não ter o Fisco realizado os descontos dos créditos havidos nas operações ora tributadas, pois cobra nos casos de antecipação parcial, na compra de mercadorias em outros Estados a alíquota total e não a subtraída da alíquota já paga no Estado de origem, configurando enriquecimento ilícito do Fisco,

havendo uma dupla cobrança sobre o mesmo fato gerador, ou seja, um *verdadeiro bis in idem*, o qual é rechaçado pelo ordenamento jurídico, pela vedação do confisco.

Pede a nulidade sob este fundamento.

Diz ainda que não foi observado o princípio da seletividade, pois não foi aplicado aos produtos aventados pela Lei 7.014/96, no art. 16, I, alínea a e b, que prevê a alíquota de 7% para os itens que indicou, ou seja, quase a totalidade dos produtos que a empresa negocia. Pelo contrário, aplicou a alíquota de 17% para todos os produtos.

Ressalta que o erro na reger matriz da incidência, equipara-se à majoração do tributo, sendo imprescindível a necessidade de lei formal, para lastrear a majoração, infringindo o art. 150, I da CRFBB/88, cujo teor transcreveu.

Aduz que o STF tem firmado jurisprudência no sentido de obstar majoração de tributo por meio de ato administrativo e conclui que o erro perpetrado pelo Fisco ao não estabelecer à alíquota de 7%, prevista na Lei 7.014/96, para os produtos abrangidos pela cesta básica, majorou indevidamente o valor do tributo ao aplicar a alíquota de 17% sobre o valor da nota, não ofertando a devida compensação.

Fala sobre a violação do princípio da vedação do confisco, conforme art. 150, IV da Constituição Federal e do princípio da proporcionalidade. Caso não seja esse o entendimento requer a redução das multas aplicadas em até 20%, conforme reconhecido pelo STF em sede de Repercussão Gera, em recurso extraordinário.

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 não deve proceder, tendo em vista a não ocorrência do fato gerador referente ao diferencial de alíquota, que se mostrou inexistente, não havendo obrigação tributária que respalde a exigência indevida, bem como a exacerbação da multa confiscatória, bem como não respeitar o princípio da seletividade.

Finaliza formulando os seguintes pedidos:

- a) Seja reconhecido o presente recurso voluntário, haja vista a tempestividade e pertinência;
- b) Reconhecimento da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto estiver em discussão administrativa, conforme o art. 151, III do CTN;
- c) Provimento do Recurso, por ser a aplicação das multas investidas de inconstitucionalidade, visto que, ferem o princípio da vedação do confisco, conforme art. 150, IV da CF, bem como reconhecimento da ilegalidade das multas impostas, por estarem investidas de desproporcionalidades e caráter confiscatório. Caso não seja este o entendimento, solicita a redução e aplicação de até 20% das multas, conforme reconhecido pelo STF em sede de Repercussão Geral, em Recurso Extraordinário.

Finaliza solicitando a Improcedência da autuação.

O autuante ao prestar a informação fiscal à fl. 89, diz que o contribuinte foi autuado em razão de ter deixado de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.

Faz um resumo dos argumentos defensivos, nos seguintes termos:

I – “O agente 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...” Discorre sobre as regras para arbitramento da base de cálculo do ICMS

II – Não houve observância do” Princípio da não Cumulatividade” pelo Fisco.

III – Não houve observância ao “Princípio da Seletividade” vez que “quase a totalidade” dos produtos comercializados pela Autuada estão sujeitos a alíquota de 7%.

IV – Houve violação ao “Princípio da Vedação ao Confisco” e discorre sobre “alíquotas desproporcionais e exacerbadas “ das multas.

Após, transcrever o teor do art. 143 do RPAF/BA, externa o entendimento de que a defesa apresentada é claramente procrastinatória e desatenta, pois trata de tema não tratado no Auto de Infração.

Explica que em nenhuma oportunidade o Autuante alegou falta de documentos ou comprovantes de entrada e saída, nem tampouco arbitrou valores para os produtos. Os valores reclamados no auto de infração foram escriturados nos livros fiscais da empresa (fls. 005 a 026 e 028 a 067 do PAF), mas, não devidamente recolhidos.

Pelas razões expostas diz que ficam prejudicados os itens II e III da defesa, pois não se aplicam ao presente Auto de Infração e não compete ao Autuante discutir sobre a proporcionalidade ou exacerbação das multas aplicadas.

Finaliza mantendo a exigência do crédito tributário reclamado.

O contribuinte foi cientificado e se manifesta à fl. 95, dizendo que o fiscal não leva em consideração que todos os livros fiscais de entradas e saídas e apuração do ICMS em escrituração fiscal contidas no SPED-EFD-ICMS, foram apresentados para o período fiscalizado, inclusive com apoio das DMAs, logo os valores autuados não correspondem aos por ele apurados, e requer a revisão da autuação, conforme razões expostas em sua defesa preliminar, não levada em consideração pelo auditor.

Em segundo plano, e em sequência, requer a realização de diligências no sentido de confirmar as suas alegações.

O processo foi encaminhado a este Conselho e posteriormente remetido à Inspeção de origem, para que fosse anexada a Procuração da defesa, fl. 53, conforme determinação contida no art. 8º, § 3º do RPAF/99. À fl. 100, foi anexado o documento solicitado.

VOTO

A infração está posta da seguinte forma: “*Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.*”, sobre a qual me manifestarei.

Em sua defesa, o autuado argui a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que a fiscalização presumiu uma falta de recolhimento de ICMS, sob o fundamento de falta de documentos de entrada e saída, ferindo os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Essa tese defensiva não merece acolhimento, pois o imposto ora exigido é decorrente da própria declaração e apuração do imposto e não recolhidos, informados nos livros fiscais do sujeito passivo, constantes em sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, cujos arquivos foram enviados ao Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), conforme se verifica nas cópias dos documentos anexados às fls. 05 a 26 e 28 a 67.

O defendente também argui a nulidade do lançamento, pois considera que não foi observado o princípio da não cumulatividade, em razão de não ter realizado os descontos dos créditos havidos pelo contribuinte, no cálculo da antecipação parcial, pois não foi subtraída a alíquota já paga no Estado de origem. Alega também a inobservância do princípio da seletividade, porque o Fisco aplicou para os produtos da cesta básica a alíquota de 17%, quando a previsão contida na legislação é de 7%.

Mais uma vez essas arguições de nulidade não podem prosperar, pois como esclarecido no tópico anterior, a exigência não recaiu sobre a falta de pagamento da Antecipação Parcial e sim sobre o imposto declarado pelo contribuinte em seus livros fiscais, e não recolhido.

No que diz respeito à alegação de desproporcionalidade da penalidade imposta, caracterizando o caráter abusivo e confiscatório da multa aplicada, o que é vedado expressamente pela Constituição Federal, esta arguição deve ser rechaçada, pois este órgão colegiado não possui competência para declarar a inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I do RPAF/BA.

Assim sendo, não acolho as nulidades arguidas, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 - aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, capaz de invalidar o ato de lançamento de ofício.

Quanto ao pedido de cancelamento ou redução da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, de acordo com os artigos 158/159, do RPAF/BA

No mérito, como já esclarecido anteriormente, a irregularidade apontada diz respeito à falta de pagamento do imposto declarado pelo próprio contribuinte em sua escrita fiscal, constantes em sua Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Conforme disposto no art. 247 do RAICMS/12, a Escrituração Digital- EFD, se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte. A EFD substitui a escrituração e impressão dos livros fiscais, inclusive o livro Registro de Apuração do ICMS, que se destina a registrar o lançamento mensal dos totais dos valores contábeis e os dos valores fiscais relativos ao ICMS, das operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como das prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação utilizados ou prestados, extraídos dos livros próprios.

Baseado nas informações do referido livro, a fiscalização constatou a inexistência de pagamento dos saldos devedores ali apurados, nos meses objeto do presente lançamento.

Na defesa apresentada, o impugnante apesar de negar o cometimento da infração, não trouxe nenhum documento comprovando o pagamento do imposto ora exigido. Considerando que se trata de comprovação que está em seu poder, deveria ter juntado aos autos juntamente com a impugnação, nos termos do art. 123 do RPAF/BA, não cabendo a este órgão julgador promover diligências no sentido de obter provas, cuja obrigação de apresentar é do defendente, razão pela qual considero subsistente a infração.

Ante o exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232943.0007/17-3**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS ROSA DE OURO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$145.002,93**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso II, alínea “F”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de julho de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR