

A. I. Nº - 206837.0008/17-0
AUTUADO - TECNICO COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS S/A.
AUTUANTE - RAIMUNDO SANTOS LELA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 06.08.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-02/18

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. **1.** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS; **b)** FALTA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO. **2.** FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS; **b)** OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS; **c)** ANTECIPAÇÃO TOTAL NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO E/OU DO EXTERIOR; **d)** OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. **3.** RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O APURADO NOS LIVROS FISCAIS; **b)** ANTECIPAÇÃO TOTAL NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO E/OU DO EXTERIOR. **IV.** MULTA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** FALTA DE REGISTRO DE ENTRADA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS; **b)** FALTA DE REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS; **c)** DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS EM DMA; **d)** APRESENTAÇÃO DE DMA FORA DO PRAZO REGULAMENTAR; **e)** FALTA DE ENTREGA DE EFD OU ENTREGA SEM AS INFORMAÇÕES NA FORMA E NOS PRAZOS LEGAIS. Infrações não elididas em impugnação genérica que não contém as específicas questões veiculadas nas infrações consubstanciadas em provas de documentos aportados pelas Autoridades administrativas e constatadas em documentos produzidos pelo próprio sujeito passivo, bem como a partir de suas NFs de entrada e saídas, cujos dados, elementos e cálculos determinantes da exação fiscal não foram contestados. Rejeitada a nulidade suscitada. Infrações subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/09/2017, exige o valor de R\$190.615,76, acusando o cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 – 01.02.40: Utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado no(s) documentos(s) fiscal(is). Valor: R\$5.262,62. Período: Janeiro, Fevereiro e novembro de 2012. Enquadramento legal: Art. 93, §§ 2º e 5º, do RICMS-BA/97 e arts. 29 e 31, da Lei 7.014/96. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei 7.014/96.

Infração 02 – 01.02.42 – Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito. Valor: R\$23.727,79. Período:

Setembro de 2012. Enquadramento legal: Art. 31, da Lei 7.014/96, C/C/ art. 309 do RICMS-BA. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a”, da Lei 7.014/96.

Infração 03 – 02.01.02 – Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Valor: R\$56.497,85. Período: Fevereiro e Agosto de 2012. Enquadramento legal: Arts. 50, 124, I, 322, 323 e 936 do RICMS-BA/97; Art. 2ª, I, e 32, da Lei 7.014/96, c/c art. 332, I, § 6º do RICMS-BA/2012. Multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei 7.014/96.

Infração 04 – 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor: R\$1.376,87. Período: Agosto e Dezembro de 2012. Enquadramento legal: Art. 2º, I, e 32, da Lei 7.014/96, C/C/ art. 332, I, do RICMS-BA. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96.

Infração 05 – 03.01.01 – Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Valor: R\$4.692,54. Período: Março, Abril, Julho, gosto, Outubro a Dezembro de 2012. Enquadramento legal: Arts. 24 a 26, da Lei 7.014/96; arts. 116, 124, I, e 331, § 8ª, do RICMS-BA/97. Multa: 60% prevista no art. 42, II, “b”, da Lei 7.014/96.

Infração 06 – 07.01.01 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior. Valor: R\$30.571,09. Período: Agosto de 2012. Enquadramento legal: Arts. 8º, II, e § 3º do art. 23 da Lei 7.014/96 c/c art. 289, do RICMS-BA/97. Multa: 60% prevista no art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96.

Infração 07 – 07.01.01 - Efetuou o 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 e/ou do exterior. Valor: R\$40.521,90. Período: Janeiro, Fevereiro, Julho, Setembro a Novembro de 2012. Enquadramento legal: Arts. 371, 125, II, “b”, c/c o art. 61, do RICMS-BA/97; Art. 8º, II e § 3º e art. 23 da Lei 7.014/96, c/c/ art. 289 da Lei 7.014/96. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, da Lei 7.014/96.

Infração 08 – 07.02.01 – Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizadas neste estado. Valor: R\$1.018,69. Período: Fevereiro e Agosto de 2012. Enquadramento legal: Arts. 353, II, 126, I, do RICMS-BA/97; Art. 8º, II, da Lei 7.014/96. Multa: 150% prevista no art. 42, V, “a”, da Lei 7.014/96.

Infração 09 – 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: R\$3.247,13 relativo à multa de 1% sobre o valor das operações. Período: Fevereiro a Outubro e Dezembro de 2012. Enquadramento legal: Art. 322, do RICMS-BA/97; Arts. 217 e 247 do RICMS-BA/2012; Multa: Art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96 (reduzida retroativamente – Lei nº 13.461/ c/c a alínea “c”, do inciso II e art. 106, do CTN).

Infração 10 - 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável (eis) sem o devido registro na escrita fiscal. Valor: R\$2.699,28 relativo à multa de 1% sobre o valor das operações. Período: Janeiro a Novembro de 2012. Enquadramento legal: Art. 322, do RICMS-BA/97; Arts. 217 e 247 do RICMS-BA/2012; Art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96.

Infração 11 – 16.05.11 – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais através da DMA. Valor: R\$ 1.680,00. Enquadramento Legal: Art. 333, § 1ª, I, do RICMS-BA/97; Art. 255, §1º, I, do RICMS-BA/2012. Multa prevista no art. 42, XVIII, “c”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 12 – 16.05.02 – Apresentação da Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA, fora do prazo regulamentar. Valor: R\$2.760,00. Período: Janeiro a Junho de 2012. Enquadramento legal: Art. 333 do RICMS-BA/97; Art. 255 do RICMS-BA/2012. Multa prevista no art. 42, XV, “h”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 13 – 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. Valor: 16.560,00. Período: Janeiro a Dezembro de 2012. Enquadramento legal: Arts. 247 a 250 do RICMS-BA/2012. Multa prevista no art. 42, XIII-A, “I”, da Lei 7.014/96, c/c a Lei nº 12.917/13 e art. 106 e 112 do CTN.

O sujeito passivo apresenta defesa às fls. 47-61 –verso. No item “I. DOS FATOS”, reproduzindo as infrações, diz ser comerciante varejista contribuinte do ICMS e, descrevendo oito generalizações alega haver vícios de nulidade na exação fiscal (a. ser empresa conservadora e idônea com regularidade fiscal; b. flagrante irregularidade do lançamento; c. sua regularidade fiscal estaria configurada em seus livros e documentos fiscais; d. o lançamento estaria baseado em presunções; e. dúvida fiscal quanto aos ilícitos autuados; f. existência de erros materiais por errônea metodologia na apuração do crédito tributário; g. carácter confiscatório da multa imposta; h. indevido uso da SELIC como índice de atualização do crédito impugnado; i. incapacidade técnica da Autoridade Fiscal autuante).

Ainda no item citado, além de excertos de doutrina, reproduz os arts. 69, 380 e 381 do RICMS-BA/2012 que diz referir-se a aspectos não devidamente considerados pela Autoridade autuante para dizer que, na sua visão, o cancelamento do AI se impõe.

No item “II. DO DIREITO”, novamente reproduz as 13 infrações; diz que o autuante não demonstra a ocorrência das infrações, como: a) utilização indevida utilização de crédito fiscal, senão por meio de simples planilhas, baseadas em “presunções fáticas”, pois quando reporta à divergência entre o imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, não os descreve, o que, entende, ferir “as mais mezinhas normas de Direito Tributário”, nem menciona quais mercadorias o sujeito passivo ingressou sem a regular escrituração fiscal.

Ademais, alega que a multa de 60% seria desproporcional. Neste ponto, alega sua boa-fé, diz não ter praticado ato com dolo, fraude ou simulação e que por ter recolhido todos os seus tributos, afirma ocorrer a situação prevista no art. 42, § 7º - que trata da possibilidade de redução de multa por descumprimento de obrigações acessórias -, pugna pelo cancelamento das multas aplicadas.

No item “III. DA PRECARIÉDADE DAS PROVAS E INDEVIDA AUTUAÇÃO COM BASE EM PRESUNÇÕES”, fala que a fiscalização não comprovou a ocorrência do fato gerador, tendo por base mera suposição de estoque e de saída de mercadoria, pois não consta dos autos diligência fiscal junto aos destinatários das mercadorias, à empresa transportadora, nem junto às pessoas responsáveis pelas negociações comerciais entre as partes, para apuração e prova dos fatos, presunção que, segundo ele, afronta o art. 142 do CTN, bem como o art. 373 do CPC, conforme excertos doutrinários e ementas de decisões administrativas paulistas e jurisprudencial sobre o ônus probatório, que reproduz. Aduz que o AI estaria embasado apenas em suposições de estoques da Impugnante.

No item “IV. DA DÚVIDA QUANTO AO ILÍCITO IMPUTADO À AUTUADA E SUA BOA-FÉ”, afirma que, no caso da presunção que entende constituir o AI, se deve analisar a conduta da autuada, a fim de averiguar se ela agiu de boa ou má-fé, onde somente as provas materiais e objetivas possuem relevância e que em caso de dúvida deve prevalecer a interpretação da norma em favor do contribuinte especialmente pelo disposto no art. 112 do CTN. Chama atenção do Julgador para o princípio da presunção de inocência do contribuinte ou, ainda, do “*in dubio contra fisco*”, pois sobre este aspecto, é a interpretação do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo, a exemplo da ementa de decisão que cola à peça de defesa.

No item “V. DA INDEVIDA APLICAÇÃO DA MULTA”, alega não ter havido falta de recolhimento de ICMS, ou recolhimento a menos, razão pela qual a exigência de multa e de juros seria indevida, pois: a) trata de hipótese em que o órgão julgador deverá relevar a multa lançada; b) ser evidente o carácter confiscatório da multa de 60%; c) a multa não atende a proporcionalidade e à

razoabilidade; d) há violação ao princípio da capacidade contributiva, também aplicável às sanções impostas.

No item “V.1. DA POSSIBILIDADE/NECESSIDADE DE REDUÇÃO OU DE EXCLUSÃO DA MULTA”, afirma que se mantida a autuação, que a multa seja relevada, haja vista “a comprovada ausência de dolo, fraude ou simulação”; que a Impugnante não seria reincidente, e que não teria ocorrido dano ao erário, nos termos do § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que novamente reproduz.

No item V.2. DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA APLICADA E DA VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE”, após reproduzir dispositivos da CF/88 (arts. 150, IV e 5º, XXII), transcrevendo ementas de decisões judiciais e administrativas, bem como excertos de doutrina, fala: a) de liminar concedida pelo STF em ADIN promovida pela FECOMERCIO para suspender a vigência do art. 3º, Parágrafo Único, da Lei Federal nº 8.846/94 – dispõe sobre a emissão de documentos fiscais e o arbitramento da receita mínima para efeitos tributários, e dá outras providências – que cominava multa de 300% para a hipótese de venda de mercadoria sem a emissão de NF; b) o STF julgou inconstitucional de lei do Rio de Janeiro que determina aplicação de multa desproporcional ao valor do tributo.

No item “V.3. DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE”, alega que não se deve analisar as leis somente sob o prisma do princípio da legalidade, mas também se levando em conta o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Reproduz parte de voto de Ministro do STF sobre o tema, bem como o art. 2º da Lei Federal nº 9.784/99 - Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal – que diz também aplicar-se ao caso e diz que a aplicação de multa de 100% é exorbitante e desproporcional, devendo, portanto, ao menos ser reduzida, em caso de permanência da imposição.

No item “V.4. DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA”, argumenta que, considerando a inexistência de falta de recolhimento e a boa-fé do contribuinte, não se pode admitir a multa imputada sob pena de violação ao princípio da capacidade contributiva.

No item “VI. DAS PROVAS”, afirma que provará a alegação defensiva e no item “VII. DOS PEDIDOS”, requer: a) que a Impugnação Administrativa seja julgada procedente para cancelar o AI; b) que, alternativamente, seja reconhecido seu direito à relevação ou redução da multa aplicada.

O autuante presta informação fiscal às fls. 75-82 dos autos. Relata que o PAF resultou de orientação da Corregedoria da Fazenda – COFIS que a partir de procedimentos internos constatou existência de débitos de ICMS do contribuinte. Diz que o sujeito passivo foi inicialmente intimado pela COFIS e depois por ele, Autoridade fiscal autuante, concedendo-lhe prazos para conhecimento e apresentação de contra prova para as ocorrências apontadas pela COFIS.

Aduz que como se vê a partir dos e-mails presentes no CD-ROM de fl. 41, estabeleceu intenso contato com prepostos do sujeito passivo, ocorrendo flexibilização de prazos para que todos os questionamentos fossem esclarecidos pelas partes. Registra que o sujeito passivo foi representado pela Sra. Lhuia Fernanda Fernandes, pessoa que cientificou o AI. Nesse reexame manteve 12 das 14 infrações constatadas pela COFIS e identificou uma nova infração, oportunidade em que o valor total das infrações constatadas passou de R\$ 285.348,88 para R\$190.615,75.

Com relação à peça defensiva afirma não haver qualquer prova, cálculos ou revisão de valores que elida a exação fiscal, já que apresenta apenas considerações de ordem argumentativa com menção a dispositivos constitucionais, legislação tributária, doutrinas, decisões administrativas e judiciais, especialmente relativas ao fisco paulista. Informa que a defesa se estrutura em nove argumentos em que se elenca 13 tópicos genéricos, dos quais o Impugnante trata apenas dos tópicos I, III, IV, V, VI e VII.

No item “3. ESCLARECIMENTOS ÀS ALEGAÇÕES DE DEFESA” diz que o Impugnante não contesta objetivamente qualquer das infrações; não aponta qualquer erro, omissão ou inconsistências nos levantamentos e cálculos que suportam as infrações ou aos dispositivos nos quais elas se

enquadram, de modo que entende a peça defensiva ter sido elaborada para procrastinar o pagamento da exação fiscal.

Mais uma vez ressalta que a auditoria partiu dos resultados obtidos da revisão dos procedimentos de fiscalização realizados pela Coordenação de Revisão Fiscal - COFIS, aduzindo que a COFIS lhe encaminhou CD-ROM com a metodologia adotada, assim como os procedimentos, papéis de trabalho, as fontes e relatórios da SEFAZ, contendo as informações e inconsistências fiscais dos quais resultou o AI, cujos demonstrativos constam do CD-ROM de fl.41, do qual encaminhou cópia também à COFIS para demonstrar o reexame de todas as infrações inicialmente apontadas. Frisa que o trabalho revisional foi efetuado com a participação do sujeito passivo como resultado de intensa interação, apresentando-lhe resultados parciais, buscando esclarecimentos para eliminação de dúvidas, apenas emitindo o AI quando não mais houve dúvida ou elementos de prova pendentes em razão das alegações por parte da representante da autuada, conforme documentos que constam do CD de fl. 41.

Nas considerações finais estranhas o fato de a autuada objetar infrações antes reconhecidas pela representante da mesma no curso do procedimento fiscal ou ainda identificadas a partir dos documentos fiscais e contábeis apresentados e produzidos pelo próprio sujeito passivo.

Ressalta o pouco respeito que o Impugnante dedica aos profissionais do fisco envolvidos no caso e registra o aspecto colaborativo e profissional dos funcionários da empresa autuada no curso da fiscalização, prestando informações, esclarecimentos e sendo esclarecidos quanto a questionamentos levantados, ao tempo que volta a falar que a peça defensiva é redundante/repetitiva, sem objetivamente refutar as infrações, nem apresentar provas capazes de elidi-las. Conclui mantendo a autuação.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz 13 (treze) infrações pelas quais exige o valor de R\$190.615,76.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 07, 11, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 35, 37, 38, 39, 40 e 42, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 08-40 e CD de fl. 41); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Ademais, tendo em vista: a) as disposições da seção XV do RICMS-BA que disciplina a Escrituração Fiscal Digital – EFD (arts. 247 a 256); b) que no curso da fiscalização e antes da lavratura do AI o sujeito passivo foi exaustivamente instado a esclarecer e corrigir dúvidas e/ou incorreções constatadas nos prévios procedimentos de natureza tributária a seu cargo e informadas ao fisco - como atestam os documentos de fls. 26 e CD de fl. 41, dos autos -, a ponto de, ao final, o sujeito passivo declarar o acerto dos dados transmitidos e ajustados como correto reflexo de sua movimentação empresarial com repercussão no ICMS, rejeito o pedido de nulidade formulado, ainda que, como veremos, a Defesa ser um tanto ambígua e titubeante, nela o Impugnante não tenha sido explícito quanto a tal intento.

De pronto, ressalto tratar-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a

prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Neste caso, cabe também frisar que o procedimento do qual resultou o AI deu-se mediante aplicação de regulares roteiros de Auditoria Fiscal com base nos arquivos eletrônicos informados pelo sujeito passivo, contendo os registros de sua Escrituração Fiscal, bem como nas suas NF-es de entradas e saídas e demais informações acerca de sua movimentação empresarial, integrantes da base de dados da SEFAZ.

Cabe salientar que, neste caso, a constatação das infrações que culminaram no AI em juízo administrativo neste órgão judicante decorreu de largo e profundo procedimento investigatório de auditoria, inicialmente levado a cabo pela corregedoria da SEFAZ que, não tendo a necessária competência para tanto, encomendou ao órgão próprio de circunscrição do sujeito passivo o reexame das suas constatações de modo a concretizar o crédito tributário e aplicar a consequente sanção.

O art.123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia – RPAF informa que a impugnação relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser impugnada de uma só vez, apresentando-se, nessa oportunidade, toda a prova documental a sustentar suas alegações, precluindo o direito para tanto, salvo: I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; II - se refira a fato ou a direito superveniente; III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Contudo, embora contendo 13 (treze) distintas e bem identificadas infrações, o Impugnante, em desacordo com o mandamento regulamentar acima citado, sem contestá-las individual ou objetivamente contestar seus valores e dados, neles apontando inconsistência ou irregularidade, limita-se a reproduzir as 13 infrações em duas partes da sua longa e ambígua peça defensiva, cheia de obscuridades, já que apenas apresenta esparsas considerações relacionadas a dispositivos constitucionais, legislação tributárias, doutrinas, e decisões administrativas e judiciais – especialmente relacionadas com questões ocorridas no Estado de São Paulo – desvinculadas das matérias veiculadas no presente PAF.

Em resumo, vê-se que elencando a Defesa em 13 (treze) tópicos que diz relativos ao Direito (fls. 50-51), alega que a autuação decorre de presunções sem provas; que há dúvida quanto ao ilícito e à boa fé da autuada; que a multa aplicada é indevida; fala da possibilidade de redução ou exclusão da multa que alega violar o direito de propriedade por entendê-la com caráter de confisco; que a exação fiscal viola o princípio de capacidade contributiva; sem nada aportar com vistas a sustentar seu argumento diz que os provará e, colmatando sua confusão argumentativa, como que traindo seu intento, de certo modo ratifica as obrigações tributárias convertidas no crédito veiculado no AI, pois se restringe a pedir: a) que a impugnação – e não o AI – seja julgada totalmente procedente; b) alternativamente, que a multa proposta seja relevada ou reduzida.

Vê-se no demonstrativo resumo de fl. 27 - cuja cópia foi entregue ao contribuinte autuando – assim como dos demais demonstrativos suporte das infrações -, que as acusações fiscais são claras, de fácil compreensão e caso houvesse contraprova em favor do autuado, não só poderia contestar as infrações especificadamente de modo objetivo, como deveria ter consubstanciado os argumentos com provas documentais quando da impugnação, senão vejamos.

A Infração 01 se refere a uso de crédito fiscal em valor maior que o destacado nas NFs de entrada identificadas no demonstrativo de fl. 28, documentos na posse do autuado; a Infração 02 se refere a crédito registrado pelo autuado sob o título de “outros créditos” no seu LAICMS sem que tenha comprovado os documentos de origem, como se vê à fl. 29; a Infração 03 se refere a ICMS

destacado nas NF-es emitidas pelo autuado, identificadas e relacionadas no demonstrativo de fl. 30, mas que ele não as escriturou nos livros fiscais próprios para efeito de apuração do imposto devido e não recolhido oportunamente; A Infração 04 se refere ao ICMS destacado nas NFs válidas, identificadas e relacionadas no demonstrativo de fl. 31, emitidas pelo autuado, mas, aqui objetivamente contrariando o argumento de boa fé do sujeito passivo exposto na Impugnação, as informou ao fisco como “canceladas” ou “denegadas”; a Infração 05 se refere a débito de ICMS que o autuado escriturou nos livros fiscais próprios em valor menor que o destacado nas NFs identificadas e relacionadas no demonstrativo de fl. 32, emitidas pelo autuado, documentos na sua posse; as Infrações 06, 07 e 08 se referem a ICMS ST devido pelo autuado e decorrente das operações de venda consubstanciadas e identificadas nas NFs emitidas pelo autuado, conforme demonstrativo de fl. 41 e arquivos do CD de fl. 41, também na sua posse; as Infrações 09 e 10 se referem a sanção por entradas de mercadorias no estabelecimento, cujas NFs identificadas e relacionadas nos demonstrativos de fls. 34-37, o autuado não registrou nos livros próprios; a Infração 11 se refere a sanção por elaboração e apresentação das DMAs, conforme demonstrativo de fl. 38, feita pelo autuado com valores divergentes ao de sua real movimentação empresarial; Idem, para a Infração 12, conforme demonstrativo de fl. 39, mas por apresentação de DMAs fora do prazo regulamentado; a infração 13 se refere a sanção por atraso na apresentação da Escrituração Fiscal Digital – EFD, por parte do autuado.

Assim, compulsando os autos observa-se que todas as infrações decorrem de incongruências detectadas em documentos produzidos pelo próprio sujeito passivo, corroboradas por vastas e específicas provas oportunamente aportadas pela Autoridade fiscal para constituir o AI, procedimento fiscal que, por ser regido pelo princípio da inquisitorialidade, contou com a participação do sujeito passivo, ainda dela pudesse prescindir sem prejuízo a direito do contribuinte.

Pois bem, conforme já aventado na apreciação preliminar, tendo em vista a colaboração determinada pelo art. 6º do Código do Processo Civil (que subsidiariamente se aplica ao processo administrativo) e especificada em direitos e deveres do administrado (arts. 3º e 4º da Lei nº 9.784/99, que embora regule o processo administrativo no âmbito federal, também se aplica ao processo administrativo dos demais entes federativos), seja na fase contenciosa em face da previsão constitucional do art. 5º, LIV e LV da CF/88, seja na fase procedimental culminada pelo lançamento que estabelece a relação jurídica (ainda que predominantemente seja regida pelo princípio inquisitório), vê-se que a exação fiscal em apreço ocorreu com ampla interação da Autoridade Fiscal autuante com o sujeito passivo.

Nesse sentido, cabe matizar que a colaboração e cooperação mútua existe em face do princípio da confiança e boa-fé que devem reinar entre a autoridade fiscal e o contribuinte, já que em face da ordem constitucional vigente, ambos estão estreitamente ligados com noções éticas, expedindo diretrizes comportamentais pautadas em valores reinantes na moral e bons costumes que orientam o agir da Administração Pública e que balizam o comportamento do contribuinte, pois os atores envolvidos na relação obrigacional tributária respondem pela incolumidade do patrimônio alheio, ou seja, a Autoridade fiscal pelo patrimônio particular e o administrado pelo patrimônio do público em geral, representado pelo bem e interesse comum, razão maior de existência do Estado e que a Administração, por comando da própria sociedade, tem a irrenunciável função de concretar.

É que, como já insinuado na apreciação preliminar desse caso, o art. 123 do RPAF assegura o direito de impugnar o AI de uma só vez, oportunidade em que o sujeito passivo deverá pontuar e apresentar todas as provas que lhe favoreçam, sustentando seu direito. Ocorre que, como visto, isso não ocorreu nesse caso.

Ocorre que com a inserção da Escrituração Fiscal Digital (EFD) pelo Ajuste SINIEF 02/09 e prevista no art. 247 do RICMS/2012, toda escrituração fiscal do contribuinte passou a ser feita por ele em ambiente digital que se culmina no Sistema Público de Escrituração Digital (SPED), administrado pela Receita Federal e compartilhado com as administrações tributárias estaduais.

Neste aspecto, o autuado está obrigado à escrituração fiscal digital usando o SPED, único formato legal de escrituração fiscal-contábil para efeito de prova a favor do autuado, desde 01/01/2011.

É que tal sistema consiste na centralização da sistemática do cumprimento das obrigações - principais e acessórias transmitidas pelo contribuinte às administrações tributárias e aos órgãos fiscalizadores, utilizando-se da certificação digital para fins de assinatura dos documentos eletrônicos, garantindo assim a validade jurídica dos mesmos apenas na sua forma digital.

No que interessa para o instante, o Ajuste SINIEF 02/09, dispõe o seguinte:

Cláusula décima O arquivo digital da EFD gerado pelo contribuinte deverá ser submetido à validação de consistência de leiaute efetuada pelo software denominado Programa de Validação e Assinatura da Escrituração Fiscal Digital - PVA-EFD que será disponibilizado na internet nos sítios das administrações tributárias das unidades federadas e da RFB.

§ 1º O PVA-EFD também deverá ser utilizado para a assinatura digital e o envio do arquivo por meio da internet.

§ 2º Considera-se validação de consistência de leiaute do arquivo:

I - a consonância da estrutura lógica do arquivo gerado pelo contribuinte com as orientações e especificações técnicas do leiaute do arquivo digital da EFD definidas em Ato COTEPE;

II - a consistência aritmética e lógica das informações prestadas.

§ 3º O procedimento de validação e assinatura deverá ser efetuado antes do envio do arquivo ao ambiente nacional do Sistema Público de Escrituração Digital - SPED.

§ 4º Fica vedada a geração e entrega do arquivo digital da EFD em meio ou forma diversa da prevista nesta cláusula.

Cláusula décima primeira O arquivo digital da EFD será enviado na forma prevista no § 1º da cláusula décima, e sua recepção será precedida no mínimo das seguintes verificações:

I - dos dados cadastrais do declarante;

II - da autoria, autenticidade e validade da assinatura digital;

III - da integridade do arquivo;

IV - da existência de arquivo já recepcionado para o mesmo período de referência;

V - da versão do PVA-EFD e tabelas utilizadas.

§ 1º Efetuadas as verificações previstas no caput, será automaticamente expedida pela administração tributária, por meio do PVA-EFD, comunicação ao respectivo declarante quanto à ocorrência de um dos seguintes eventos:

I - falha ou recusa na recepção, hipótese em que a causa será informada;

II - regular recepção do arquivo, hipótese em que será emitido recibo de entrega, nos termos do § 1º da cláusula décima quinta.

§ 2º Consideram-se escriturados os livros e o documento de que trata o § 3º da cláusula primeira no momento em que for emitido o recibo de entrega.

§ 3º A recepção do arquivo digital da EFD não implicará no reconhecimento da veracidade e legitimidade das informações prestadas, nem na homologação da apuração do imposto efetuada pelo contribuinte. (grifos meus)

Ora, a atual sistemática das informações fiscais tem a finalidade de possibilitar ao Fisco o conhecimento e o direto acesso à movimentação empresarial no que diz respeito às obrigações tributárias do contribuinte, de modo a que os procedimentos tributários regidos pelo princípio da inquisitorialidade, à exemplo do lançamento tributário, possam ser levados a cabo unilateralmente pela Administração ativa, até sem a necessidade da participação do contribuinte, em certos casos.

Nesse contexto, é fato que a regular EFD oferece a possibilidade para o Fisco atuar de ofício no sentido de homologar ou não as prévias atividades do contribuinte com respeito ao ICMS e, quando a EFD se apresentar inconsistente, intimar o contribuinte a regularizá-la, como aconteceu nesse caso.

Nesse sentido, a amplitude e intensidade da correspondência entre a Autoridade fiscal e prepostos do contribuinte, alertando-lhes acerca de irregularidades constatadas nos

procedimentos prévios a cargo do sujeito passivo, demonstra o empenho da Autoridade Fiscal para levar excelência à auditoria entabulada.

Assim, considerando: a) que a boa fé alegada pelo Impugnante é negada pela força das provas autuadas; b) que as provas aportadas pela Autoridade fiscal atestam inverdade no cumprimento de obrigações tributárias do sujeito passivo, tanto principais como acessórias, atitude com a qual não pode beneficiar-se em face de que a ninguém é permitido lucrar de sua conduta ilícita ou beneficiar-se de sua própria torpeza, princípio esparsamente acolhido pelo Direito brasileiro (CPC, art. 774; CC, arts. 150 e 1814); c) que ao contrário do pretendido, a própria impugnação contendo matérias genéricas e alheias aos fatos geradores do auto de infração, ao solicitar a relevação ou redução de multa - que, como pedida, por se referir a descumprimento de obrigação principal não se subsume ao disposto no dispositivo legal aventado (Lei 7.014/96: Art. 42, § 7º) -, confirma o acerto do lançamento tributário constituído pelo AI, tenho todas as infrações como subsistentes.

Quanto ao ônus probatório, ao fisco cabe provar o cometimento das infrações, o que no caso foi feito com aporte de documentação comprobatória aos autos, como já vastamente especificado. Do mesmo modo, compete ao sujeito passivo comprovar indubitavelmente as alegações defensivas, o que não ocorreu neste PAF, especialmente apontando objetiva e analiticamente todas as inconsistências que veja no procedimento fiscal. Impõe-se, portanto, as disposições expostas nos artigos do RPAF abaixo reproduzidos:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. 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.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

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 **206837.0008/17-0**, lavrado contra **TECNICO COMERCIAL DE EQUIPAMENTOS S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$163.669,35**, acrescidos das multas de 60% sobre R\$106.152,81, 100% sobre R\$56.497,85, e de 150% sobre R\$1.018,69, previstas no art. 42 Incisos V, alínea “a”, II, alíneas “a”, “b” e “d”; e III da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$26.946,41**, previstas no art. 42, IX, XI, XV “h”, XVIII, “c” e XVIII-A, do citado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2018

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

LUIZ ROBERTO DE SOUZA GOUVEA - JULGADOR