

**A. I. Nº** -281071.0007/17-4  
**AUTUADO** -IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA.  
**AUTUANTES** -SUELY CRISTINA TENORIO MUNIZ RIBEIRO, JORGE CALMON MONIZ DE BITENCOURT FILHO, NILCEIA DE CASTRO LINO e CARLOS RAMOS DE MIRANDA FILHO  
**ORIGEM** -INFEP COMERCIO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 09.11.2018

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0178-02/18

**EMENTA:** ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE SUBSTITUTO INSCRITO NA BAHIA. **a)** FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. **b)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS. A responsabilidade solidaria dos contribuintes destinatários alegada não se aplica em operações efetuadas por contribuinte substituto inscrito no cadastro de contribuintes da Bahia e, conforme regulado no art. 123 do RPAF, o sujeito passivo não se desincumbiu do ônus de provar a alegação defensiva de não prejuízo ao erário baiano em face das filiais destinatárias situadas na Bahia terem recolhido os valores correspondentes às diferenças autuadas. Infrações subsistentes. Afastado pedido de nulidade e indeferidos pedidos de diligência e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 27/09/2017 para exigir ICMS no valor principal de R\$91.539,34, contendo as seguintes imputações:

**INFRAÇÃO 01** – 08.22.02 – Procedeu a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$ 17.342,24. Período: Janeiro 2013 a Dezembro 2015, Março a Julho 2016. Enquadramento legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c Cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM 16/85. Multa: Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 02** – 08.22.03 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$ 1.013,55. Período: Fevereiro 2013, Janeiro a Julho 2014. Enquadramento legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c Cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM 16/85. Multa: Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 03** – 08.24.02 – Procedeu a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$ 2.110,05. Período: Janeiro 2013 a Agosto 2014. Enquadramento legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c Cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM 18/85. Multa: Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 04** – 08.24.03 – Deixou de proceder a retenções do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$ 906,22. Período: Março 2013, Janeiro a Julho 2014. Enquadramento legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c Cláusulas terceira e quarta do Protocolo ICM 18/85. Multa: Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 05** – 08.36.01 – Procedeu a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas

realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$ 238,42. Período: Novembro e Dezembro 2014. Enquadramento legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c Cláusulas primeira e quinta do Protocolo ICMS 106/09. Multa: Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 06** – 08.40.01 – Procedeu a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$61.060,50. Período: Outubro 2014 a Julho 2016. Enquadramento legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c Cláusulas primeira, segunda, terceira, quarta e quinta do Convênio ICMS 135/06. Multa: Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 07** – 08.40.03 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$ 492,03. Período: Março 2014. Enquadramento legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c Cláusulas primeira, segunda, terceira, quarta e quinta do Protocolo ICMS 135/06. Multa: Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 08** – 08.41.03 – Procedeu a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$ 5.060,30. Período: Janeiro, Novembro e Dezembro 2014, Janeiro a Maio, julho, Setembro, Outubro a Dezembro 2015, Janeiro a Março e Dezembro 2016. Enquadramento legal: Cláusula primeira e quinta do Protocolo ICMS 28/10. Multa: Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 09** – 08.50.02 – Procedeu a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$ 3.253,53. Período: Agosto, Novembro e Dezembro 2014, Janeiro 2015 a Dezembro 2016. Enquadramento legal: Cláusulas primeira e quarta do Protocolo ICMS 26/10. Multa: Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

**INFRAÇÃO 10** – 08.51.01 – Procedeu a retenção a menos do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Valor: R\$ 62,50. Período: Agosto 2014. Enquadramento legal: Art. 10 da Lei 7.014/96 c/c Cláusulas primeira e quinta do Protocolo ICM 29/10. Multa: Art. 42, II, “e” da Lei 7.014/96.

Devidamente notificado o sujeito passivo impugna o Auto de Infração (fls. 84-98). Diz que o estabelecimento autuado é centro de distribuição da pessoa jurídica autuada localizado em Teófilo Ottoni-MG, rede de farmácia com o nome fantasia “Farmácia Indiana”, com nove estabelecimentos na Bahia.

Afirma que por razões de logística adquire mercadorias que posteriormente distribui para suas lojas e que parte das mercadorias sujeita-se à substituição tributária por antecipação, mas que, em regra, o ICMS/ST é recolhido pelas próprias filiais baianas, antes da entrada das mercadorias, na forma do art. 322, III, “a”, do RICMS-BA, que reproduz.

Contudo, para algumas mercadorias, por força de protocolos entre a Bahia e Minas Gerais, lhe compete o dever de recolher o ICMS/ST e que, por isso, se inscreveu como sujeito passivo por ST na Bahia, na forma do art. 2º, III, “a”, do RICMS-BA, dispositivo reproduzido.

Assim, realiza o recolhimento do ICMS/ST para tais mercadorias, o que, a princípio, retiraria a responsabilidade tributária das filiais baianas, conforme o art. 290 do RICMS/BA, que também reproduz.

Não obstante, diz que por ocasião da entrada das mercadorias nos estoques das filiais baianas, elas realizam uma nova apuração do ICMS/ST, já que respondem solidariamente pela diferença. Fala que nessa apuração, após deduzidos os valores retidos e recolhidos pela Impugnante, foram recolhidas eventuais diferenças detectadas, valendo dizer que tais diferenças decorreram de inconsistências no sistema de gerenciamento de dados da Impugnante, mas não causaram efetivo

prejuízo ao erário, já que o montante do imposto devido a título de ICMS/ST teria sido recolhido pelas filiais baianas.

No item 2.2. – DO AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO, diz que após a fiscalização dos livros e documentos o fisco, sem exame das apurações de ICMS de suas filiais, detectou diferenças de recolhimento de ICMS/ST pela Impugnante, mas que o AI não pode prosperar porque estaria eivado de nulidade, pois a fiscalização se olvidou de examinar a apuração do ICMS/ST das filiais da Impugnante, procedimento que alega necessário para averiguar se haveria ou não saldo de imposto a ser recolhido.

Caso suplantada essa preliminar, pede que o PAF seja baixado em diligência para que se proceda tal exame, no tocante às operações objeto do trabalho fiscal e diz que, no mérito, o AI deve ser cancelado, uma vez que não existiria saldo devedor de ICMS/ST, como será apurado na diligência suscitada, corroborada por perícia técnica, que também requer.

Subsidiariamente, diz que ao menos a penalidade aplicada deve ser revista já que atentatória aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, conforme argumentos que aduz acerca da Lei de Execuções fiscais, CTN e doutrina a respeito de nulidade de procedimento fiscal.

No item IV – DAS RAZÕES DE MÉRITO PARA O CANCELAMENTO DO AI – INEXISTÊNCIA DE SALDO DEVEDOR DE ICMS/ST, diz que, se superada a preliminar, alega que as diferenças não recolhidas pela Impugnante foram pagas pelas suas filiais baianas.

Exemplifica que a fiscalização aponta recolhimento a menos de R\$0,23 para a NF 210.341 destinada à filial CNPJ 25.102.146/0039-41, mas essa diferença teria sido recolhida na filial 0039-41, na sua apuração de ICMS do mês de abril 2016 que resultou no recolhimento de R\$21.678,06.

Especificamente para a NF 210.341 apurou o ICMS no valor total de R\$ 592,57, compreendendo os R\$0,23 exigidos neste AI. Diz que por ter sido recolhido R\$ 37,89 pela Impugnante, a filial recolheu o valor de R\$ 554,68, que representa o total do imposto apurado com o abatimento do imposto previamente retido e recolhido pela Impugnante. Destaca que tal situação pode ser verificada em relação a todas as NFs listadas no AI.

Assim, em atenção ao princípio da verdade material, diz ser necessário que o PAF seja baixado em diligência para minucioso exame da apuração de ICMS das filiais baianas no tocante às operações fiscalizadas, isto, por aplicação do disposto no art. 150, § 3º do CTN, transcrito.

Aduz que o Impugnante não se olvida da autonomia das filiais para fins de apuração do ICMS, mas é fato que as filiais compõem a mesma pessoa jurídica autuada e que a fiscalização não pode fechar os olhos a essa realidade.

Com relação às multas aplicadas, repete serem confiscatórias por atentarem aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Fundando-se em excertos doutrinários e decisões judiciais cujas ementas reproduz, pede o cancelamento ou, ao menos que sejam reduzidas.

Concluindo, pede:

- 1) Preliminarmente, seja declarada a nulidade do trabalho fiscal, em face da fiscalização não ter se desincumbido do ônus de fiscalizar os recolhimentos realizados pelas filiais baianas da Impugnante;
- 2) Superada a arguição preliminar, seja o PAF baixado em diligência para determinar o minucioso exame da apuração do ICMS das filiais baianas em relação às operações objeto da autuação;
- 3) Seja determinada a realização de perícia contábil, a fim de comprovar a inexistência de débitos de ICMS/ST nas operações autuadas;
- 4) Acolhimento da Impugnação e cancelamento do AI;
- 5) Em qualquer das hipóteses, seja acolhido o pleito de cancelamento das penalidades impostas ou, ao menos a redução das multas, em atendimento aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

No que tange à prova pericial requerida, apresenta os seguintes quesitos:

- 1) Queira o Perito delimitar o objeto do trabalho pericial;
- 2) Queira o Perito informar se, a partir do exame das apurações e recolhimentos de ICMS das filiais baianas da Impugnante é possível dizer que, independentemente do recebimento de mercadorias com o ICMS/ST retido pela Impugnante, as filiais realizam nova apuração do imposto na entrada das mercadorias;
- 3) Em caso de reposta afirmativa ao quesito anterior, queira o Perito informar se eventuais diferenças retidas a menor na etapa anterior de circulação da mercadoria pela Impugnante foram devidamente recolhidas pelas filiais baianas, por ocasião da entrada das mercadorias;
- 4) Queira o Perito esclarecer se, diante do recolhimento das diferenças de ICMS/ST retido a menor pelas filiais baianas, haveria algum prejuízo para a arrecadação de ICMS pelo Estado da Bahia;
- 5) Queira o Perito tecer quaisquer outras considerações que julgar necessárias.

Os autuantes prestam Informação Fiscal às fls. 166-171. Resumem as razões da Impugnação e as contestam na forma a seguir.

Quanto à preliminar de nulidade, dizem que o AI foi constituído mediante estrita observância às disposições legais e não se enquadra em qualquer das hipóteses de nulidade descritas no art. 18 do RPAF; que descreveram detalhadamente os fatos geradores, inclusive, anexando demonstrativos (fls. 22-73) e CD contendo a completa relação das NFs objeto da autuação (fl. 74).

Quanto ao mérito, esclarecem que no curso da fiscalização preliminarmente identificaram divergências entre os valores retidos e os recolhidos de ICMS/ST e os calculados pela fiscalização, ocasião em que, antes da lavratura do AI, encaminharam ao sujeito passivo pedido de esclarecimento acompanhado de planilhas contendo amostra dos documentos fiscais selecionados (fl. 21) e o autuado se limitou a informar que adotava o procedimento de emitir um único DAE com os valores consolidados por Inscrição Estadual, referentes a ajustes por conta de eventuais recolhimentos a menos ou falta de recolhimento, conforme o caso (fls. 163-164), anexando diversos arquivos referentes às apurações do ICMS/ST pelos estabelecimentos destinatários, referentes ao período fiscalizado, os quais acostam aos autos (fl. 165).

Dizem que as informações fornecidas pela autuada somente fazem referência ao valor total do imposto apurado em cada NF, o que não permite verificar as divergências questionadas, pois essas foram identificadas de forma analítica para cada item de mercadoria.

Aduzem que o detalhamento é necessário porque em cada NF constam “dezenas ou mesmo centenas de itens, correspondendo a operações descritas em diversos Protocolos e Convênios distintos” e que a análise dos arquivos remetidos pela autuada não permite identificar os valores do ICMS/ST de cada item das NFs, de modo que não se pode comprovar que as apurações realizadas pelas filiais baianas efetivamente eliminariam as diferenças apontadas, evitando prejuízos ao erário.

Ademais, discordam do procedimento relatado pela autuada, qual seja, o de uma “nova apuração do ICMS/ST”, feita pelas filiais no momento da entrada das mercadorias no território deste estado, quando examinado à luz da disciplina contida na Lei 7.014/96, cujos arts. 6º, XV e 8º, § 5º, transcrevem.

Portanto, dizem, sendo inscrita no cadastro de contribuintes da Bahia na condição de substituto tributário, a autuada é quem responde pela apuração e recolhimento do ICMS/ST autuado.

Acrescentam que pelo volume das operações constantes nos demonstrativos encaminhados pela autuada evidenciam a prática de procedimento contrário às normas supracitadas e que ao afirmar que assim procede devido a “inconsistências em seus sistemas de gerenciamento de dados” (fl. 88), o contribuinte reconhece a ocorrência de erros ou falhas na apuração do ICMS-ST, no

momento da saída interestadual, deixando a cargo das filiais destinatárias a realização de nova apuração, mas não disponibiliza o detalhamento das operações, impossibilitando a análise acerca da exatidão dos recolhimentos relacionados a cada item das mercadorias à luz do Protocolo ou Convênio aplicável a cada caso.

Quanto ao exemplo apresentado pela Impugnante diz que se limita à contestação da diferença cobrada apontando como justificativa um valor recolhido que se refere ao somatório dos itens da NF, sem, contudo, identificar o valor do imposto correspondente a cada item, como lhe foi questionado, além da pretensão de estender o argumento para a totalidade dos documentos fiscais objeto da autuação.

Concluem mantendo a autuação.

Às fls. 177-184, o sujeito passivo se manifesta acerca da Informação Fiscal.

Inicialmente repisa os argumentos da Defesa e diz que as informações que produziu por amostragem comprova a correspondência entre os valores recolhidos por uma das suas filiais em complemento ao efetuado pela Impugnante. Repete que a necessidade de exame das apurações das filiais se justifica porque nas operações de remessa interestadual de mercadorias da ST regulada por protocolo, elas respondem solidariamente com a Impugnante pelos valores de ICMS/ST e que elas integram uma mesma pessoa jurídica, podendo, inclusive, transferir créditos de ICMS entre si.

Concluindo, repete o pedido de diligência e perícia.

Às fls. 187-188, os autuantes produzem uma segunda Informação Fiscal contestando a manifestação do Impugnante.

Destacam a não apresentação de novos fatos ou argumentos em relação à impugnação inicial, pois, apenas continua a sustentar a validade do procedimento adotado pelas suas filiais baianas.

Ressaltam que as operações autuadas transcorreram num período de quatro exercícios, para os quais a autuada reconhece a adoção de práticas inadequadas à legislação para o ICMS/ST.

Repisam que as informações produzidas pela autuada acerca das diferenças autuadas impossibilitam verificar a correspondência entre os valores devidos pelo sujeito passivo e os recolhidos por suas filiais, pois elas não detalham a vinculação por item e correspondente Protocolo ou Convênio.

Concluem mantendo a autuação.

## **VOTO**

Conforme relatado, o lançamento de ofício processado exige o valor de R\$ 91.539,34.

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

Assim, considerando que: a) conforme documentos de fls. 75, 76, 77, 78, 81 e 82, 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 nos artigos 15, 19, 26, 28, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e § 1º), 41, 42, 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. 22-73 e CD's de fl. 74); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise. Afasto, pois, a nulidade suscitada.

No processo administrativo fiscal o ônus probatório oportunamente se reparte entre as partes nele envolvidas.

Ao sujeito ativo compete aportar ao Auto de Infração cópias dos termos lavrados na ação fiscal, nos quais se fundamentará, demonstrativos e levantamentos elaborados pela Autoridade autuante e provas necessárias à demonstração dos fatos arguidos (RPAF: Art. 41), o que se vê nestes autos com a situação orientada no índice de fl. 07-A.

Por sua vez, ao sujeito passivo cabe o ônus de documentalmente provar as alegações defensivas no ato da impugnação, sob pena de preclusão do direito, salvo quando demonstre a impossibilidade de sua oportuna apresentação, por motivo de força maior, se refira a fato ou a direito superveniente ou se destine a contrapor fatos ou razões, posteriormente trazidos aos autos (RPAF: Art. 123, § 5º), o que não fez nesse caso, já que ainda que reconheça a incidência da substituição tributária sobre os fatos geradores acusados, bem como a sua legal condição de contribuinte substituto apto a proceder a antecipação tributária e o oportuno recolhimento do imposto devido, não fazendo a necessária comprovação para tanto, limita-se a arguir uma presumida ausência de prejuízo ao erário baiano com a simples alegação de que suas filiais baianas teriam recolhido os valores relativos à presente exação fiscal o que, segundo ele, poderia ser provado mediante a realização da diligência e/ou perícia fiscal que solicita, pedidos que indefiro com fundamento no art. 147, pois, além de considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos e vê-los destinados a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que, caso existam, estão na posse do requerente, a prova dos fatos não depende do conhecimento especial de técnicos e é desnecessária em vista da provas autuadas.

Embora distribuídas em 10 (dez) infrações, todas se referem a ocorrências relativas a obrigação tributária principal por antecipação tributária total de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (Lei 7.014/96: Art. 10, diversos protocolos e convênios interestaduais especificados nas respectivas infrações), cuja responsabilidade é exclusiva do sujeito passivo na condição de contribuinte substituto devidamente inscrito no cadastro de contribuinte da Bahia, como regulado no art. 2º, III, “a”, do RICMS-BA/2012. Portanto, sem sustentação legal o argumento de responsabilidade solidária dos seus estabelecimentos filiais na Bahia e destinatários das mercadorias que remeteu e são objeto do Auto de Infração.

De logo, observo 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).

Ressalto que o procedimento fiscal em que se constatou o cometimento de todas as infrações funda-se em dados contidos em Escrituração Fiscal Digital (EFD) efetuada e transmitida ao Fisco, constante na base de dados do Sistema de Escrituração Fiscal Digital (SPED Fiscal), dados das NF-es emitidas e recebidas pelo contribuinte autuado, bem como nos demais documentos elaborados e transmitidos, constantes na base de dados da SEFAZ.

Antes de apreciar a individualização das infrações, cabe por bem ressaltar que a auditoria foi efetuada através de ferramenta fiscal que, sem modificar os dados registrados pelo contribuinte no SPED, apenas os organiza para em roteiros específicos de auditoria fiscal, conferir a regularidade tributária do contribuinte. Frise-se que o SPED é o único sistema de escrituração fiscal com validade jurídica para provar a favor e em contra do contribuinte.

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.

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. No presente caso, registre-se que os arquivos foram recepcionados sem constatação de inconsistências.

Vê-se nos autos que utilizando-se de expediente acautelatório por parte das Autoridades fiscais, até chegar ao resultado final, a auditoria contou com participação do sujeito passivo, pois, no curso da fiscalização e antes da lavratura do AI, pedindo esclarecimentos, as Autoridades fiscais levaram ao conhecimento do sujeito passivo as irregularidades constatadas (fl. 21) e a resposta obtida foi uma genérica justificativa de adoção sistemática de procedimento interno com repercussão tributária, não previsto na legislação (fl. 163-165) e com impossibilidade de confirmar a assertiva defensiva alegada.

É que 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) ocorreu com ampla interação das Autoridades fiscais autuantes com o sujeito passivo.

Nesse sentido, cabe matizar que a colaboração e cooperação mútua deve existir 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.

Efetuada o lançamento, o art. 123 do RPAF assegura o direito de o sujeito passivo impugnar o AI de uma só vez, oportunidade em que, por imposição do ônus probatório, deverá pontuar e apresentar todas as provas que lhe favoreçam, sustentando seu direito. Ocorre que, como já visto, isto não foi feito no caso.

A *contrário sensu*, ao declarar que as diferenças “decorrem de inconsistências no sistema de gerenciamento de dados da Impugnante”, o próprio sujeito passivo atesta a veracidade dos fatos do levantamento fiscal que, como já explicitado, resultam da sua movimentação empresarial com repercussão fiscal, cuja escrituração é feita pelo próprio autuado, somada a outros seus dados constantes do banco de dados da SEFAZ, os quais não foram objetivamente contestados, razão pela qual, com fundamento nos artigos 140, 141, 142 e 143, abaixo transcritos, constato a subsistência de todas as infrações.

*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.*

Quanto às multas, são as legalmente tipificadas para as infrações e por serem relativas a descumprimento de obrigação principal não cabe guarida à solicitação de cancelamento ou redução.

Frente ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA 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 **281071.0007/17-4**, lavrado contra **IRMÃOS MATTAR & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$91.539,34**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS - JULGADOR