

A.I. Nº - 217445.0024/17-3
AUTUADO - SUPERMERCADO CARISMA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.-ME
AUTUANTES - JOAQUIM NETO DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 28.12.2018

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0219-02/18

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TOTAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Fato demonstrado e não contestado nos autos. Infração subsistente. **b)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Fato demonstrado e não contestado nos autos, mas excluídos valores das ocorrências anteriores a 31/10/2012 em face da incidência da decadência por decurso do prazo previsto no art. 150, § 4º, do CTN. Infração parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Fatos demonstrados e não contestados nos autos, mas excluídos valores das ocorrências anteriores a 31/10/2012 em face da incidência da decadência por decurso do prazo previsto no art. 150, § 4º, do CTN. Infrações parcialmente subsistentes. 3. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. **a)** LIVRO (S) FISCAL (IS). **b)** ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD. Fatos demonstrados e não contestados nos autos, mas excluídos valores das ocorrências anteriores a 31/10/2012 em face da incidência da decadência por decurso do prazo previsto no art. 150, §4º, do CTN. Infrações parcialmente subsistentes. Rejeitado pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2017, formaliza a exigência de ICMS no valor total de R\$ 29.675,05, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 (07.22.01) – Deixou de recolher ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor: R\$ 43,87. Período: Dezembro 2014. Enquadramento legal: Artigos 8º, §4º e 23, §6º, da Lei 7.014/96. Multa: Art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96.

CONFORME DEMONSTRATIVOS PLANKILHAS E MÍDIA EM ANEXO.

Infração 02 (07.22.02) – Recolheu a menos ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor: R\$ 11.223,40. Período: Janeiro 2012 a Outubro 2014. Enquadramento legal: Artigos 371, 125 e 61 do RICMS-BA/97; Artigos 8º, §4º e 23, §6º, da Lei 7.014/96. Multa: Art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96.

Infração 03 (07.22.03) – Deixou de recolher ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e

Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor: R\$ 1.044,99. Período: Janeiro 2012, Setembro e Dezembro 2014. Enquadramento legal: Artigos 352-A, 125, II e Parágrafos 7º e 8º, c/c artigo 61, IX, do RICMS-BA/97; Artigos 12-A e 23, III, da Lei 7.014/96. Multa: Art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96.

Infração 04 (07.22.04) – Recolheu a menos ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor: R\$ 5.085,57. Período: Fevereiro a Julho, Outubro e Dezembro 2012; Janeiro a Abril, Agosto a Novembro 2013, Fevereiro, Maio, Junho a Outubro 2014. Enquadramento legal: Artigos 352-A, 125, II e Parágrafos 7º e 8º, c/c artigo 61, IX, do RICMS-BA/97; Artigos 12-A e 23, III, da Lei 7.014/96. Multa: Art. 42, II, “d”, da Lei 7.014/96.

Infração 05 (16.04.01) – Deixou de apresentar Livro (s) Fiscal (is), quando regularmente intimado. Valor: R\$ 1.380,00. Período: Agosto 2017. Enquadramento legal: Artigo 34, VII e VIII, da Lei 7.014/96 c/c artigo 108 da Lei 3.956/81. Multa: Art. 42, XX, da Lei 7.014/96.

Infração 06 (16.14.02) – Deixou de entregar arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, nos prazos previstos na Legislação Tributária. Valor: R\$ 6.900,00. Período: Agosto a Dezembro 2014. Enquadramento legal: Artigo 250, §2º, do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, XIII-A, “I”, da Lei 7.014/96.

Infração 07 (16.14.03) – Deixou de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária. Valor: R\$ 3.997,22. Período: Janeiro 2012 a Dezembro 2014. Enquadramento legal: Artigos 247 a 250, do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, XIII-A, “I”, da Lei 7.014/96.

CONFORME PLANILHAS DEMONSTRATIVOS E INTIMAÇÃO EM ANEXO

Através de advogado com procuração nos autos, o autuado apresentou impugnação às fls. 35 a 48 do PAF. No item “DO DIREITO”, diz que o autuante “em várias oportunidades, com fundamento de falta de documentos ou ou comprovantes de entrada e saída, termina por arbitrar os valores de tais produtos, sendo uma forma de arbitramento, no entanto, não revela ao contribuinte, sob quais parâmetros foram calculados tal base de cálculo, logo ferindo princípios constitucionais, qual seja, o do contraditório e o da ampla defesa, pois assim fica impossibilitado do contribuinte se defender demonstrando se os parâmetros para a base de cálculo estão conforme ou se distorcem da realidade”.

Reproduz ementa de decisão judicial acerca de aplicação de pauta fiscal para dizer que o “arbitramento” sempre será “uma prova subsidiária do Fisco em relação às informações ou declarações prestadas pelo contribuinte para os efeitos de se “medir as proporções reais do fato”. Entende que o arbitramento “é o processo feito por árbitros ou peritos para determinar o valor ou preço de 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 pela pessoa legitimada pelo sistema prestá-la ou haja omissão de Informação”.

Reproduz o art. 148 do CTN para dizer que sua disposição não foi cumprida, pois o autuante não expressou o parâmetro utilizado para estimar a BC e, por isso, o AI seria nulo, nos termos do art. 18, II do RPAF, que reproduz.

Seguindo, reproduz o art. 155, § 2º, II, da CF para afirmar que o Fisco burlou o princípio da não cumulatividade do ICMS por não ter considerado os descontos dos créditos havidos pelo contribuinte, pois “cobra no caso de antecipação parcial, quando da compra de mercadorias em outro estado a alíquota total, e não subtraída da alíquota já paga no estado de origem”.

Diz, também, que o “valor cobrado sobrepuja o valor real da exação, porquanto o fisco não aplicou nos produtos aventados pela Lei 7.014/96, no art. 16, I, alínea a e b, que prever alíquota de 7% (sete) por cento para produtos abrangidos da sexta básica...”, razão pela qual o fisco haveria inobservado o princípio da seletividade e violado os princípios da legalidade, da proporcionalidade e o da vedação ao confisco, especialmente porque, diz ele, “as infrações elencadas pela Fazenda Pública geraram

multas de 60% a 100% sobre os valores impugnados...”. Neste aspecto, reproduz excerto de doutrina e ementas de decisões judiciais.

A advogada que assina a Defesa diz que “no caso em tela, o auto de infração fora lavrado integralmente sobre obrigações de fazer segundo o CTN, as obrigações de fazer e não fazer, são consideradas obrigações acessórias, que não cumpridas, geram multas, que se tornam obrigações principais”.

Em suas palavras diz que “quanto as demais obrigações de fazer exigidas pelo Fisco, conforme e-mails anexados trocados pelo Auditor Fiscal e o Contador da Empresa Contribuinte, Sr. Jesuino, foi pedido prazo para que todos as documentações fossem apresentadas em conformidade a exigência da Secretaria da Fazenda. Entretanto foi NEGADO. Na mesma oportunidade, o contador disponibilizou em apresentar os SPEDs pelo SINTEGRA, pois a escrituração fiscal encontra-se na empresa regularizado o sistema para gerar os sped-ecf-icms”.

Concluindo, pede:

- a) “Que seja conhecido o presente recurso voluntário, haja vista a sua tempestividade e pertinência”;
- b) A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto o AI estiver em discussão administrativa;
- c) Que o recurso seja provido;
- d) Que o AI seja julgado improcedente.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 50 a 56. Preliminarmente, pede a revelia do contribuinte autuado tendo em vista não haver nos autos o instrumento de procuração que habilita a advogada assinar a peça de Defesa do sujeito passivo.

Seguindo, passa a expor acerca da regularidade formal do AI e, quanto ao mérito da Impugnação, diz que o Impugnante não cumpriu com o disposto no art. 123 do RPF, já que a peça de impugnação não se fez acompanhar das necessárias provas às alegações defensivas que entende insuficientes para elidir a autuação, posto que o sujeito passivo recebeu os demonstrativos de apuração do débito e nada objetivamente trata sobre as infrações, limitando-se a alusões genéricas, destituídas de provas documentais, o que contraria o disposto no art. 143 do RPAF, que reproduz.

Fala que o exame dos demonstrativos constantes do CD de fl. 31, bem como, os de fls. 7-11 e 17-28, se constata a elaboração com base nos dados constantes dos arquivos da SEFAZ (NF-e do ambiente web, INC-Arrecadação, dentro outros), tendo em vista que a autuada não transmitiu os arquivos relativos à Escrita Fiscal Digital – EFD, conforme prova o documento de fl.14.

Afirma que o Impugnante não apresenta a verdade dos fatos e repete que a Defesa é evasiva porque não se relaciona aos fatos acusados, implica apenas em negativa de cometimento das infrações, pois, inclusive, fala de arbitramento, que não consta no procedimento fiscal.

Diz que a peça de defesa é cópia de Impugnação apresentada em processo federal que somente foi recebida como defesa neste PAF em face de disposição do RPAF não permitindo a recusa.

Concluindo, ratifica os fatos e fundamentos constantes da autuação, bem como a falta de argumentação e fundamentação legal da Impugnante (defesa evasiva e insubsistente) e que o AI seja julgado procedente.

Conforme fl. 58, atendendo ao observado pelo autuante, o CONSEF encaminhou o PAF à repartição de origem para solicitar à autuada a Procuração da Defesa e à fl. 59 consta um CONTRATO/PROCURAÇÃO sem nomeação da advogada que assina a Impugnação.

VOTO

Conforme acima relatado, o AI contém sete infrações que totalizam a exação fiscal de R\$ 29.676,05.

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. 06, 11, e 29, 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) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 17-28 e CD de fl. 31); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise. Por consequência, não há falar em nulidade do AI.

A exação fiscal decorre de obrigação tributária liquidada por Autoridade Fiscal competente do Ente tributante, mediante regular procedimento administrativo, cujos elementos determinantes previstos no art. 142 do CTN (ocorrência do fato gerador; determinação da matéria tributável, cálculo do montante do tributo devido, identificação do sujeito passivo e multa proposta) constam claramente identificados nos autos.

Ressalto tratar-se de 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).

A apuração do imposto em todas as infrações foi corretamente realizada e consta claramente demonstrada nos arquivos constantes do CD de fl.31.

Quiçá por haver outros lançamentos de ofícios exigindo ICMS por cometimento de variadas infrações, o sujeito passivo optou por produzir uma Impugnação extremadamente imprecisa, confusa, truncada, contraditória, absurda e incoerente, a ponto de denotar um certo descaso com a atuação da Administração Tributária.

É mais, em apoio à confusão descrita, a advogada que assina a Impugnação evasivamente, ainda que sem procuração nos autos, reproduz doutrinas e decisões judiciais que não se aplicam aos objetos da autuação, de modo a convencer-me que a Defesa se destina meramente a procrastinar o cumprimento do crédito devidamente constituído ou a postergar a exigibilidade por parte do sujeito ativo mediante a pertinente cobrança legal. Portanto, por não adentrar ao mérito do procedimento fiscal em apreço, a Impugnação é incapaz de produzir os efeitos pretendidos pelo sujeito passivo.

Entre as incongruências do Impugnante estão: a) alegação de um cerceamento de direito de defesa que não se deu, pois tanto o procedimento fiscal como o PAF tiveram regular curso atendendo ao devido processo legal; b) referência a uma ilegal apuração de ICMS mediante “pauta fiscal”, situação alheia ao caso concreto; c) ainda que expressamente afirme a legalidade da apuração do ICMS por arbitramento na falta de informações ou declarações prestadas pelo contribuinte ao fisco, não contesta o fato de que não repassou oportunamente ao fisco as EFDs relativas ao período compreendido pela ação fiscal, nem mesmo quando devidamente intimado para apresentação da sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, não a entregou (fls. 15-16); d) inobservância do princípio da não cumulatividade, quando o crédito fiscal destacado nas NF-es objeto da exação constam claramente informados nos papéis de trabalho suporte da autuação e abatidos do ICMS incidente sobre a saída das mercadorias; e) inobservância do princípio da proporcionalidade, quando este não cabe ao caso; f) referência a cobrança do diferencial de alíquota de ICMS, que, absolutamente, também não é o caso.

Ora, a falta de registro de notas fiscais na Escrituração Fiscal Digital – EFD, impede a realização de auditorias fiscais, não permitindo apurar se o imposto de responsabilidade do contribuinte corresponde ao efetivo movimento de mercadorias e serviços com incidência do ICMS. Em outras palavras, a falta de escrituração de notas fiscais causa dificuldades para a fiscalização desenvolver procedimentos fiscais no sentido de resguardar o interesse público, algo que, nesse caso, se leva a efeito a partir das informações acerca da movimentação de natureza tributária que contribuinte passa ao fisco como espelho de sua escrita fiscal digital, única que legalmente pode provar a favor e contra o prestador das informações. Importa à Administração tributária, portanto, manter o controle das entradas de mercadorias e prestações realizadas, e a falta de escrituração dos documentos fiscais impede o mencionado controle.

É que as obrigações acessórias se apresentam como fonte para o fisco controlar as ações dos contribuintes, sendo, em sua maioria, disponibilizados à formação da base de dados das empresas, de modo a que, cruzando informações, a Administração possa apurar possíveis irregularidades no cumprimento de obrigações tributárias principais. Possuem, portanto, um papel de relevância na aplicação das normas tributárias.

Ao que me interessa para o momento, o RPAF dispõe:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do auto de infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

...

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

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.

Portanto, considerando que recebendo cópia dos demonstrativos e do CD de fl.31, suportes detalhados das irregularidades constatadas no procedimento fiscal, relacionando os documentos fiscais em que se apurou o valor do imposto devido por regulares roteiros de fiscalização, o sujeito passivo nada diz a respeito, tenho que o caso se enquadra nas disposições dos arts. 140, 141 e 142 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.

Por fim, quanto ao argumento de inconstitucionalidade ou ilegalidade genericamente arguido, inclusive com respeito ao entendimento de confiscatoriedade da multa pelo descumprimento da obrigação tributária principal, limito-me a afirmar que é a penalidade legalmente prevista e a citar o art. 167 do RPAF que exclui da competência dos órgãos administrativos julgadores: I - a declaração de inconstitucionalidade; II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida. III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Contudo, ainda que a Impugnação seja claramente inepta para os fins que se destina, verifico a pertinência de conhecer, de ofício, duas questões legais para ajuste no lançamento em apreço, quais sejam: a) por se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação e por força do §4º, do art. 150 c/c o art. 153, V, ambos do CTN, reconheço a extinção de parte do crédito fiscal, mais especificamente os decorrentes das ocorrências anteriores a Outubro 2012; b) excluindo-se os valores relativos às ocorrências anteriores a 30/10/2012, o que implica na redução do valor para R\$2.995,66, com fundamento na Instrução Normativa 55/2014, ajusto para 07/08/2017, o vencimento penalidade relativa à Infração 07.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **217445.0001/18-1**, lavrado contra **SUPERMERCADO CARISMA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.-ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.777,06**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$11.428,67**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, “I”, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2018.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR

JOSÉ ADELSON MATOS RAMOS - JULGADOR