

**PROCESSO** - A. I. Nº 232943.0007/17-3  
**RECORRENTE** - COMERCIAL DE ALIMENTOS ROSA DE OURO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO– Acórdão 4ª JF nº 0114-04/18  
**ORIGEM** - INFAZ COSTA DO CACAU (ITABUNA)  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 23/08/2019

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C/JF Nº 0218-12/19

**EMENTA:** ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. VALOR INFORMADO EM DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS. Restou comprovada a inexistência de pagamento do imposto declarado pelo próprio sujeito passivo. Afastadas as arguições de nulidades. Indeferido pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela autuada, em razão do Acórdão da 4ª JF Nº 0114-04/18, que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 29/09/2017, para exigir créditos tributários no valor histórico 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

Da análise dos elementos trazidos aos Autos, a referida Junta de Julgamento Fiscal, decidiu, por unanimidade, pela Procedência do Auto de Infração com fundamento no voto condutor, abaixo transcrito:

### **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.*

Inconformado, o Sujeito Passivo interpôs Recurso Voluntário (fls.118/129), visando a reapreciação da Decisão de piso pelos fatos e fundamentos abaixo arrolados:

A Recorrente descreve os fatos que ensejaram a autuação, informando que se trata de Auto de Infração lavrado contra a ora Recorrente, em virtude de supostas infrações relativas ao ICMS, impondo-lhe assim “débito” no valor total de R\$145.002,93.

Informa que, em razão da improcedência da acusação, a Recorrente apresentou no prazo legal a respectiva defesa administrativa, pugnando em preliminares pela nulidade da acusação, e no mérito, pela total improcedência, tendo em vista que a metodologia empregada pelo Fiscal não se presta ao fim colimado, no que seu levantamento incorre em erro de concepção.

Reclama que 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 a 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 base de cálculo estão conforme ou se distorcem da realidade.

#### DA INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE PELO FISCO

O princípio da não cumulatividade é uma técnica adotada com o escopo de evitar a tributação em cascata no ICMS. O princípio em tela se opera mediante o método da subtração “imposto sobre imposto”, compensando-se, em cada operação, o imposto incidente nas operações anteriores, conforme estatui o II do § 2º do artigo 155 da CFRFB/88:

Do esposado depreende-se, que a não cumulatividade opera-se mediante um sistema de débitos e créditos, em uma espécie de conta corrente escritural, mantida pelo contribuinte. Ao comprar a mercadoria, o contribuinte se credita do imposto sobre ela incidente na etapa anterior, (que está embutido no preço e destaque na nota fiscal), ao transferi-la a terceiro, ele se debita do imposto calculado sobre o valor da operação que praticar, compensando o valor de crédito lançado por ocasião da entrada e recolhendo apenas a diferença.

No caso em comento, o fisco burlou a sistemática do princípio supramencionado. haja vista, não ter realizado os descontos dos créditos havidos pelo contribuinte nas operações ora tributadas, pois cobra no caso de antecipação parcial, quando da compra de mercadorias em outro estado a alíquota total, e não a sua já paga no estado de origem.

#### DA INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SELETIVIDADE

Compulsando o auto de infração em comento, infere-se que o valor imputado ao sujeito passivo, no importe de R\$145.002,93 (cento e quarenta e cinco mil e dois reais e noventa e três centavos) sobrepuja, o valor real da exação, porquanto o fisco não aplicou nos produtos aventados pela Lei Estadual 7.014/96, no art. 16, I, alínea a e b, que prever alíquota de 7% (sete) por cento para produtos abrangidos da cesta básica, a saber arroz, feijão, milho, café torrado ou moído, macarrão, sal de cozinha, farinha, fubá de milho e farinha de mandioca, gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino, inclusive os produtos comestíveis resultantes do seu abate, em estado natural refrigerados, congelados, defumados, secos ou salgados, inclusive charque, ou seja, quase a totalidade das mercadorias negociadas pelo contribuinte. Pelo contrário, aplicou sobre aqueles produtos a alíquota de 17 ou 18% (dezesete ou dezoito) por cento, ao arripio da Lei de regência.

Nesse compasso, prescindí de cálculo a aferição da cobrança indevida, irrazoável e desproporcional perpetrada pelo fisco, uma vez que, conforme auto de infração a Fazenda Pública aplicou alíquota de 17 ou 18% (dezesete ou dezoito) por cento sobre o valor total da nota, sem qualquer subtração. Razão pela qual, é factível de plano atestar a ilegalidade da cobrança ora rechaçada.

#### DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO.

No caso em questão, o Recorrente foi notificado com o Auto de Infração no valor de R\$145.002,93 pela infração 01 descrita no presente auto e impugnadas em 1ª instância. Todas devidamente impugnadas.

Entretanto, as infrações elencadas pela Fazenda Pública fizeram multas de 60% a 100% impugnados originados de obrigações tributárias principais e acessórias. Ressalte-se, que as multas impostas sobressaem o valor do tributo da obrigação principal.

Entretanto, nos termos do art. 150, IV da Constituição Federal de 1988 é vedado aos Entes Federativos utilizar tributo com efeito de Confisco.

Atualmente é considerado pelos tribunais e doutrinadores, inclusive o STF, que o princípio da vedação estende-se sua aplicação nas multas e multas moratórias, haja vista que a aplicação do princípio não confiscatório é proteger o contribuinte do poder Estatal em instituir tributos com alíquotas desproporcionais e exacerbadas impostas, com tributos que podem não respeitar o mínimo para a existência da digna e produtiva do particular.

Por todo o exposto, entendemos ser o Auto de Infração em epígrafe totalmente destituído de fundamentação legal, solicitando a sua total improcedência e, conseqüentemente, o seu arquivamento, por ser um ato de justiça fiscal.

#### VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, lavrado para exigir ICMS e multa em razão da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, determinada na decisão unânime proferida pela 4ª JF, através o Acórdão JF nº 0114-04/18, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 29/09/2017, o qual exige recolhimento de ICMS no valor principal de R\$145.002,93.

Constato que o Auto de Infração contém todos os pressupostos exigidos pelo RPAF/99, tendo obedecido o disposto nos seus Arts. 18 e 39, com os elementos de prova constituídos nos demonstrativos anexos, os quais são suficientes para a análise dos fatos geradores do crédito tributário exigido, sendo que o esclarecimento contido na Informação Fiscal apenas reforça o constante na descrição dos fatos e nos demonstrativos, sem acrescentar fatos novos.

Assim, não vislumbro nenhuma nulidade no Auto de Infração.

Face às razões da Recorrente e à falta de apresentação de provas que pudessem elidir a autuação não é possível a desconstituição do lançamento. Não prospera a alegação da Recorrente no

sentido de que o Autuante tenha arbitrado valores de produtos e deixado de revelar ao Contribuinte, sob quais parâmetros foram calculados.

O Recorrente ataca e apresenta diversas decisões sobre arbitragem, mas nada disso vale, porque o Auto de Infração em epígrafe, decorreu da falta de recolhimento do Imposto Normal, apurado pela própria Recorrente em seus livros fiscais próprios. (fls.05/09 e fls.28/38).

Em momento algum, o Recorrente questionou os valores lançados na apuração de ICMS – Operações Próprias.

Após verificação na Relação de DAES – Ano 2016 e 2017, emitido em 15/07/2019, foi possível verificar que não consta nenhum pagamento de Imposto no Código-759-ICMS Regime Normal-Comércio.

Reclama ainda da violação do Princípio da vedação ao confisco, ressaltando que as multas impostas sobressaem o valor do tributo da obrigação principal.

Observo que o art. 158 do RPAF/BA, estabelece que as multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF. Como se trata de multa aplicada por descumprimento de obrigação principal, esta Câmara não tem competência para apreciar tal pedido, motivo pelo qual não pode ser acolhido.

Deste modo, mantenho integralmente a multa.

Por fim, por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo na íntegra o acórdão recorrido.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232943.0007/17-3**, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS ROSA DE OURO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$145.002,93**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS- PRESIDENTE

PAULO SHINYASHIKI FILHO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS