

A. I. Nº - 217445.0043/17-8
AUTUADO - SUPERMERCADO CARISMA LTDA.
AUTUANTE - JOAQUIM NETO DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15.07.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0106-02/19

EMENTA: ICMS. 1. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. **a)** NÃO APRESENTOU LIVRO FISCAL QUANDO INTIMADO. **b)** EFETUAR A ENTREGA DO ARQUIVO ELETRÔNICO DE ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD. **c)** ATENDER A INTIMAÇÃO PARA A ENTREGA DO ARQUIVO ELETRÔNICO DE ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD. Defesa não elidiu as acusações. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 18/12/2017 e refere-se à cobrança de multa no valor de R\$ 75.734,47, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 16.04.01 – Deixou de apresentar livro Fiscal, quando regularmente intimado. No valor de R\$ 1.380,00, referente ao período de dezembro de 2017.

Infração 02 - 16.14.02 – Deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico de Escrituração Fiscal digital – EFD nos prazos previstos da Legislação Tributária. No valor de R\$ 22.080,00, referente ao período de julho a dezembro de 2014; março, novembro e dezembro de 2015; janeiro a março de 2016.

Infração 03 - 16.14.03 – Deixou de atender a intimação para a entrega do arquivo eletrônico de Escrituração Fiscal digital – EFD nos prazos previstos da Legislação Tributária. No valor de R\$52.274,47, referente ao período de julho a dezembro de 2014; janeiro a setembro de 2015.

Constata-se, que tempestivamente a Autuada apresentou impugnação ao lançamento, através dos documentos constantes às fls. 23 a 36, quando apresentou o arrazoado de defesa relatado a seguir.

A defesa inicia a peça defensiva descrevendo o auto de infração e diz considerar procedente em parte e passa a discorrer na temática “DO DIREITO” sob o título “1 - DA NÃO OBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS DO AUTO DE INFRAÇÃO”, onde diz que o Autuante em várias oportunidades, com o fundamento de falta de documentos ou comprovantes de entrada e saída, arbitra os valores dos produtos e não revela ao contribuinte sob quais parâmetros foram calculados tal base de cálculo, ferindo princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e cita o julgado: STJ - AgRg no REsp: 1363312 MT 2013/0002604-7 e passa a discorrer sobre a definição de arbitramento da base de cálculo.

Explica que arbitramento “corresponde à adoção de procedimentos probatórios utilizados pelo Fisco para se determinar o valor da operação relativa à saída de mercadoria do estabelecimento ou da prestação de serviços de transporte intermunicipal e interestadual e de comunicação, com a finalidade de apurar o valor tributável, tendo em vista fundado receio de irregularidades cometidas pelo contribuinte, seja pela sua omissão em relação a sua atividade legal, seja pela prestação de atividade incompatível com a realidade econômica do fato.” Cita e transcreve o art. 148 do Código Tributário Nacional.

Concluiu que por não ter o Autuante revelado ao contribuinte sob quais parâmetros foram calculados a base de cálculo, asseverando que “restou demonstrado o não cumprimento do disposto no artigo 148 do CTN, uma vez que afirma não foi especificado, de forma clara e precisa da ocorrência, qual a possível infringência cometida pela Empresa Autuada, razão pela qual

nulo se torna os autos ora em análise.” E ao final cita e reproduz o inciso II do art. 18 do RPAF, quando suplica pela nulidade, por entender que o Autuante não proporcionou ao contribuinte o exercício da ampla defesa bem com do contraditório.

Posteriormente passa a abordar acerca do título “**2 - DA INOBSERVANCIA DO PRINCIPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE PELO FISCO**” dizendo tratar-se de uma técnica adotada com o escopo de evitar a tributação em cascata, no ICMS, e explica que este princípio 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 CRFB/88, que reproduz.

Assevera que no caso em tela o fisco burlou a sistemática do princípio da não cumulatividade por não ter realizado os descontos dos créditos havidos pelo contribuinte nas operações tributadas, pois cobra no caso de antecipação parcial, quando da compra de mercadorias em outro estado a alíquota total, e não a subtraída da alíquota já paga no estado de origem.

Explica que incorrendo a desoneração prevista na lei de regência, há em verdade, uma dupla cobrança, perpetrada pelo fisco sobre o mesmo fato gerador, ou seja, um verdadeiro *bis in idem*, o qual é rechaçado pelo ordenamento jurídico pátrio, pela vedação do confisco. Pede mais uma vez pela nulidade.

Tratando do título “**3 - DA INOBSERVANCIA DO PRINCIPIO DA SELETIVIDADE**” diz que se infere que o valor imputado ao sujeito passivo, no importe de R\$ 75.734,47, 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 sexta básica, mas pelo contrário, aplicou sobre aqueles produtos a alíquota de 17% (dezessete) e 18% (dezoito) por cento, dizendo: “*ao arrepião da Lei de regência, ou então não explica qual a base de cálculo usada e qual alíquota aplicada como é o caso da infração 03.*” Afirma que no caso é patente a violação do princípio da legalidade em face da não obediência aos ditames da Lei 7.041/96 e do art. 5º, II, da CRFB/88.

Acrescenta que o erro apontado implica em majoração do tributo, sem esquecer em lei, uma vez que a majoração fora perfecabilizada por ato administrativo plasmado no lançamento, infligindo o art. 150, I, da CRFB/88, que reproduz, fazendo acompanhar de jurisprudências.

Adentrando ao título “**4 - DA VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO**”, aduz que as multas impostas de 60% a 100% sobre os valores apurados, sobressaem o valor do tributo da obrigação principal, mas que nos termos do art. 150, IV da Constituição Federal de 1988 é vedado aos Entes Federativos utilizar tributo com efeito de Confisco, diz que é orientação hodierna do STF, e cita doutrina e entende que fere a garantia fundamental de propriedade, previsto no art. 5º XXII e art. 170, II da CF/88.

Assevera 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. Entretanto, analisando o Auto de infração, observa-se que os valores discriminados pelo Fisco são exorbitantes, o que sobressaem a cobrança do ICMS.

Diz que em relação às obrigações de fazer exigidas pelo Fisco, conforme e-mails anexados trocados pelo Auditor Fiscal e o Contador da Empresa Contribuinte, Sr. Jesuíno, foi pedido prazo para que todos as documentações fossem apresentadas em conformidade a exigência da Secretaria da Fazenda, mas que, entretanto, foi negado.

Ressaltou que na mesma oportunidade, o contador disponibilizou em apresentar os SPEDs pelo SINTEGRA, pois a escrituração fiscal encontra-se na empresa regularizando o sistema para gerar os SPED-ECF-ICMS. Segue citando jurisprudência.

Adverte que o caráter confiscatório da multa desconfigura a sua própria natureza e função, pois era para servir como instrumento sancionador e inibidor do Estado e transformou-se em inequívoca fonte de arrecadação, configurando-se como verdadeiros tributos ilegais, disfarçados sob a roupagem de penalidade pecuniária.

Para defender o título “5 - DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE” diz ser este basilar para a interpretação legislativa, principalmente no que diz respeito ao direito tributário, inclusuive na aplicação do principio da vedação ao confisco, estando intimimamente ligados. Diz que o STF usa este princípio como técnica de solução de conflitos pelo Supremo Tribunal Federal, e que é composto por três elementos, *adequação, necessidade*, e pelo *princípio da proporcionalidade em sentido estrito*, através dos quais proceder-se-ia a uma ponderação de interesses, dando prevalência a um dos direitos fundamentais colidentes, passando discorrer acerca da definição doutrinária.

Concluiu o tópico dizendo que as multas impostas aos recorrentes estão eivadas de onerosidade, o que configura sua ilegalidade e caráter confiscatório, ferindo as garantias fundamentais contidos na CF/88, nos termos do art. 5º, XXII.

Requer sobre o título “6 - DA SUSPENSÃO DA EXGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO” , a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, III do CTN: “Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;”

Concluiu apresentando os pedidos:

“DOS PEDIDOS

Dante de todo exposto, Requer:

A) Que seja conhecido o presente recurso voluntário, haja vista a sua tempestividade e pertinência;

B) Que seja reconhecida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, enquanto estiver em discussão administrativa o presente auto de infração, conforme o art. 151, III do CTN;

C) Que seja provido o recurso, por ser a aplicação das multas e multas moratórias investidas de inconstitucionalidade, visto que, ferem o princípio da vedação ao confisco, conforme art. 150, IV do CF, bem como reconhecimento da ilegalidade das multas impostas, por estarem investidas de desproporcionalidade e caráter confiscatório, ferindo as garantias fundamentais contidos na CF/88, nos termos do art. 5º, XXII. E caso não seja esse o entendimento, requer a redução das multas, conforme reconhecido pelo STF em sede de Repercussão Geral em recurso extraordinário.

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

O Autuante se pronuncia às fls. 39 a 46, contesta a arguição de nulidade dizendo que os autos estão devidamente instruídos e que está constituído de todos os requisitos previstos no RPAF.

No mérito diz que a Impugnante deveria cumprir o que prescreve o art. 123 e ter apresentado as devidas provas do quanto ao que alegou. Diz que as argumentações apresentadas pela defesa são insuficientes para elidir a acusação, e que a peça impugnatória limitou-se a proferir argumentações genéricas destituídas de provas, diz ainda que as arguições da defesa não se referem ao objeto da autuação descrita nas infrações, cita o art. 143 do RPAF. Sugere que a peça defensiva não deve ser conhecida com base no inciso IV do §1º do art. 10 do RPAF, por tratar de matéria estranha ao constante da peça vestibular. Em seguida reproduz os argumentos defensivos.

Ao final diz que as infrações apontadas no Auto de Infração constam do Relatório Resumo de arquivos EFD/OIE, às fl. 12, e documentos da WEB/EFDG, fl. 13/17, e explica que os demonstrativos e todos os demais dados apurados foram entregues à Impugnante.

Pontua que o crédito tributário lançado foi apurado tomando por base os dados constantes dos arquivos da SEFAZ, tendo por base o fato de que a autuada não apresentou, apesar de intimada nesse sentido, a sua EFD.

Aponta que a defesa não apresentou argumentos condizentes com o objeto dos três itens da

autuação, e infere que a defesa apresentada é uma cópia de um recurso que nada tem de similitude com a peça contestada, e concluiu mantendo a integralidade do feito.

É o relatório.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

O Auto de Infração em lide refere-se à cobrança de multa por descumprimento de obrigação acessória pela constatação conforme infrações de 01 a 03, respectivamente: a) haver deixado de apresentar livro Fiscal, quando regularmente intimado, fl. 07 a 08; b) não ter efetuado a entrega do arquivo eletrônico de Escrituração Fiscal digital – EFD, fl. 12 a 17; c) não ter atendido a intimação para a entrega do arquivo eletrônico de Escrituração Fiscal digital – EFD, fl. 07 a 08.

Todavia, constata-se, que a Autuada apresentou impugnação ao lançamento apresentando o arrazoado de defesa, em boa parte, em absoluta desconexão ao teor das infrações que lhes foram imputadas, pois discorreu sobre os seguintes tópicos: “1 - DA NÃO OBSERVÂNCIA AOS REQUISITOS DO AUTO DE INFRAÇÃO”; “2 - DA INOBSERVÂNCIA DO PRÍCIPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE PELO FISCO”; “3 - DA INOBSERVÂNCIA DO PRÍCIPIO DA SELETIVIDADE”; “4 - DA VIOLAÇÃO DO PRÍNCÍPIO DA VEDAÇÃO AO CONFISCO”; “5 - DA VIOLAÇÃO AO PRÍNCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE”; “6 - DA SUSPENSÃO DA EXGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO”.

Contudo, a despeito de desfocadas dos objetos da autuação, registro que ainda podem ser aproveitados os últimos três tópicos, porém apenas considerando suas conotações generalistas. Registre-se, entretanto, que a arguição referente ao item 06 é auto aplicável e inócuas para fins do presente julgamento.

Ainda assim, quanto as demais, se faz mister esclarecer que não cabe competência a essa JJF para decidir sobre os temas propostos pelas arguições encerradas pelos itens 04 e 05, pois as exações aplicadas no presente auto de Infração estão calcadas na Lei 7.014/97, e pude verificar que estão absolutamente comprovadas nos autos através dos documentos acostados às fls. 12 a 17, e que foram subsumidas às penalidades aplicadas de forma escorreita.

Acrescento que a defesa não atende às exigências regulamentares básicas para fins processuais previstas no RPAF, conforme artigos, 123, 140, 143.

Destarte, voto pela procedência total deste 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 217445.0043/17-8, lavrado contra a empresa **SUPERMERCADO CARISMA LTDA**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento das multas no valor total de **R\$75.734,47**, previstas no art. 42, XX e XIII-A, alínea “L” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala de Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2019

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR