

A. I. Nº - 232948.0005/18-2
AUTUADO - RIBEIRO LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12/06/2019

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0120-03/19

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE RECOLHIMENTO. É devido o imposto, nas aquisições interestaduais de materiais para uso e consumo do estabelecimento. O autuado não traz elementos aos autos com o condão de elidir a acusação fiscal. Infração mantida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. **a)** FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS. MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. **b).** ARQUIVOS ELETRÔNICOS. EFD. FALTA DE ENTREGA. O Autuado não comprova cumprimento destas obrigações tributárias. Infrações subsistentes. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Indeferido pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 14/06/2018, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$186.992,06, pela constatação das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 06.02.01. deixou de recolher o ICMS, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo de estabelecimento, nos meses de agosto, outubro, novembro de 2014, janeiro, junho e agosto de 2015, janeiro a março, junho a agosto, outubro e novembro de 2016, no valor de R\$6.322,90 acrescido da multa de 60%;

Infração 02 – 16.01.01 – deu entrada no estabelecimento de mercadoria, bem ou serviço sujeito a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada, totalizando R\$135.129,16;

Infração 03 – 16.14.04. deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da EFD – Escrituração Fiscal Digital, nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de janeiro de 2014, a dezembro de 2015, janeiro, março, maio a outubro e dezembro de 2016, sendo aplicada multa fixa de R\$1.380,00, por cada mês de omissão, totalizando R\$45.540,00.

O autuado contesta o PAF fls.173/191. Irresignado com o Auto de Infração lavrado, vem apresentar defesa, conforme segue.

Repete a infração 01. Afirma que o Autuante deixa de observar que descabe a exigência fiscal dada a condição do autuado de inscrito como empresa de pequeno porte, cuja dispensa de pagamento do imposto encontra-se prevista no art. 272, I, “b”, do RICMS/BA/12, durante os exercícios de 2014 e 2015.

No tocante a acusação de infração 02, aduz que o Autuante não apresenta provas do ingresso das mercadorias no estabelecimento autuado. E na acusação 03, inobserva o devido processo legal, na medida em que não apresenta a listagem - diagnóstica indicativa das retificações a serem feitas

na EFD do autuado. Daí porque a Junta de Julgamento, ao decidir sobre lavratura de auto de infração, nunca deverá resolver de plano, uma vez que, faz-se necessário verificar se é devida ou indevida a exigência em comento.

Explica que o enunciado citado nos remete aos princípios de direito que invoca a Constituição Cidadã, que nos coloca no mesmo cenário político daqueles que vivenciam o estado de direito. Sendo assim, não há como olvidar os direitos e garantias fundamentais assegurados pela nossa Carta Magna.

Aduz que o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática como forma de proteger o contribuinte. Cita o artigo 112 do CTN quando se usa o princípio do *in dubio* pró-contribuinte.

Discorre longamente sobre a administração pública, a função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Frisa que a função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade. A função fiscal, exercícios do poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o seu correto pagamento está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal.

Nesse sentido, diz que não pode prosperar tal imputação de infração por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está adstrito o agente público. É por isso, que o caso “*sub examine*”, por contrariar a previsão legal deverá ser decretada sua improcedência.

Insiste que o Autuante laborou em equívoco ao pretender cobrar valores reconhecidamente isentos, como é o caso da diferença de alíquotas relativa a operações efetivadas por empresas de pequeno porte (EPP). Explica que como se vê, consta da situação cadastral da empresa na SEFAZ (Doc. 04), que a autuada se trata de “Empresa de Pequeno Porte”, fato reconhecido pelo próprio Autuante. Sobre a matéria reproduz o art. 7º, inciso V, do RICMS/BA/97, e aduz ser reafirmado no art. 272 do RICMS/BA/12.

Assim sendo, no caso em exame, como o autuado se encontrava à época dos fatos inscritos como empresa de pequeno porte, descabe a exigência que cuida a autuação. Invoca decisões deste Conselho Fazendário Baiano - CONSEF, como: Acórdão JJF Nº 0262-01/13, JJF Nº 0028-01/16, JJF Nº 0069-01/17.

No que concerne à infração 02, diz que não consta nos autos em comento, que o Autuante tenha apresentado provas do ingresso das mercadorias constantes das notas fiscais que relacionou no demonstrativo em que se funda a imputação.

Entende que o Autuante agiu à margem do Estatuto do Contribuinte, posto que ao imputar as infrações à autuada, se utiliza do Sistema Sintegra para elaborar uma relação de notas fiscais de mercadorias que, supostamente, teria entrado no estabelecimento da empresa, sem, contudo apresentar quaisquer provas do efetivo ingresso de tais mercadorias no estabelecimento, assim como, também não apresenta a própria nota fiscal que relacionou no demonstrativo que fundamenta a imputação.

Ressalta ainda, que mesmo diante da impugnação a respectiva infração, no que tange a falta de provas, ainda assim, é dever do fisco a prova da improcedência da impugnação. Nesse sentido cita lição do Professor Paulo de Barros Carvalho.

Sustenta que o suporte fático da imputação do auto de infração em apreço, deve ser transparente, corroborado com os meios de provas admitidos em direito, para que o ato possa a prevalecer, no que tange a cobrança do tributo.

Rechaça qualquer “imperatividade” às suposições dos atos administrativos, em especial a infração imputada pelo Autuante, devendo excluir do demonstrativo as aquisições de mercadorias, no que tange as notas fiscais de entradas que não se encontram materialmente comprovadas nos autos.

Ressalta que no Direito Tributário, é nulo o Auto de infração baseado em presunção fiscal, sem a devida fundamentação, vez que se converte em ficção, ferindo o princípio do ato regrado ou vinculado à Lei. Afirma que a referida imputação é desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF/99. Solicita sejam excluídas do demonstrativo das aquisições de mercadorias, mediante diligência fiscal, as notas fiscais, indicadas na relação apresentada pelo Autuante e que não estão devidamente carreadas nos autos, razão pela qual requer que esta Junta de Julgamento Fiscal declare a nulidade ou a improcedência da infração em destaque.

Prossegue afirmando que a verdade é que muitas das notas fiscais apontadas pelo Autuante nos seus demonstrativos, na verdade foram colhidas no SINTEGRA/CFAMT, pois a real comprovação só seria possível através do pedido de fornecimento, o canhoto das notas fiscais referidas com a assinatura da Autuada ou o comprovante de pagamento dos fretes referentes a ditas notas fiscais. Ressalta que a infração tributária deverá sempre ser provada. Neste sentido, cita o ensinamento do professor Clélio Berti em sua obra “O Processo Fiscal”.

Sustenta que, independentemente da necessidade de todo e qualquer ato da autoridade fiscal que exige o pagamento de um tributo *ser motivado*, isto é, indicar as causas que estão motivando a exigência do tributo, para a presunção da verdade, exigem uma *explicitação expressa* dos seus motivos, para permitirem um adequado direito de defesa, sob pena de invalidação do lançamento tributário.

Sobre a infração 03 diz que o Autuante, não observou o prazo legal de 30 dias para entrega ou retificação da EFD, conforme preceitua o artigo 247 § 4º do RICMS/BA, que reproduz. Neste caso, quando o Autuante não concede prazo correto para entrega ou retificação da EFD, deixa de observar o devido processo legal concorrendo para a nulidade da autuação. Informa que a única intimação recebida é a que consta do corpo do auto de infração, a qual não fornece o prazo de 30 (trinta) dias para apresentação dos documentos fiscais. Portanto, em relação a sua EFD, não foi estabelecido na intimação o prazo previsto no art. 247 § 4º do RICMS/BA, que estabelece que em caso de não entrega ou em entrega com inconsistências, deve ser fornecida ao contribuinte, o prazo de trinta dias para entrega ou correção da EFD.

Diz ser nula a exigência fiscal decorrente da falta de intimação, tendo sido efetuado o lançamento em desacordo com as normas que regem a matéria. Assim, tal falha é insanável, haja vista que não se trata de incorreção eventual, devido ao equívoco no procedimento fiscal, o que comprometeu a sua eficácia, implicando nulidade da autuação.

Diz que o CONSEF já firmou entendimento no sentido da nulidade da ação fiscal, quando a intimação do contribuinte se der, em desconformidade com o quanto previsto na legislação fiscal estadual. Cita Acórdãos nesse sentido. CJF Nº 0146-12/17, JJF Nº 0250-04/14.

Argui prejudicial de validade e eficácia da peça básica do processo administrativo fiscal instaurado requerendo, por isso mesmo, com amparo no princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Magna Carta (art. 5º, LV, CF/88), que a prejudicial seja apreciada e decidida, com fundamentação própria e específica conforme inteligência do art. 5º, II, 37 “caput”, da CF e doutrina de Hely Lopes Meireles, direito administrativo brasileiro.

Requer que este Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF declare a nulidade do auto de infração em apreço, por falta de previsão legal, tudo em face das razões de defesa expostas, para que se faça justiça.

O Autuante presta informação fiscal fls.222/224. Reproduz as infrações imputadas ao autuado. Sintetiza os termos defensivos. Diz que o autuado solicita a nulidade do auto de infração, sob os seguintes argumentos: (i) Infração 01 – esclarece que não tem cabimento a cobrança desta infração, visto a empresa estar cadastrada na SEFAZ, na condição de SIMBAHIA, não sendo, portanto, alcançada pela cobrança do DIFAL; (ii) Infração 02 – questiona a infração, sob a argumentação de cerceamento de defesa pela falta de apresentação de provas do ingresso das mercadorias constantes nas notas fiscais mencionadas; (iii) Infração 03 – solicita a nulidade da infração, em virtude de não ter sido respeitado o prazo estabelecido de 30 dias, exigido pelo art. 247 § 4º do RICMS/BA vigente, para a entrega ou retificação da EFD.

Presta esclarecimentos sobre as argumentações do Autuado, nos seguintes termos: (i) sobre a Infração 01 – afirma que a legislação estabelece que as empresas de pequeno porte estão dispensadas do pagamento de diferencial de alíquota, somente sobre os bens/mercadorias que deram ingresso para o ativo permanente, conforme dispositivo do RICMS/12 que transcreve; (ii) a respeito da Infração 02 – esclarece que a alegação de cerceamento não tem pertinência, visto que todos os dados elencados nos demonstrativos do auto de infração tiveram origem nos arquivos EFD disponibilizados pela própria autuada. Portanto, não tem motivos para alegar o cerceamento de defesa pela falta de apresentação, em virtude de ter à sua disposição, todos os elementos para verificar se tais notas fiscais foram ou não, registradas na sua escrita fiscal. Comenta que objetivando evitar que a autuada utilize argumentos de cerceamento, foi-lhe entregue um CD relacionando todas as planilhas anexadas ao processo, conforme recibo anexo; (iii) Infração 03 – nesta infração a autuada alega que não foi observado o prazo de 30 dias para a entrega ou retificação da EFD. Esclarece que ao contrário do que a autuada informa, foram-lhe entregues diversas intimações, conforme cópias anexas, informando-lhe da falta de entrega da escrituração digital, conforme anexo (fls.225 a 226).

Diante do exposto, solicita que o presente Auto de Infração seja julgado procedente visto que a Autuada não apresentou provas que possam ensejar o seu pedido de nulidade.

Representante legal do autuado intervém no processo fl. 219, solicitando que qualquer feito referente a este processo deverá ser enviada aos subscritores da peça defensiva, endereçada a Oliveira Advogados, aos cuidados de Dra. Jamile Oliveira.

VOTO

Preliminarmente, o defendente alegou nulidade da autuação devido à falta de motivação para sua lavratura. Acrescentou que o Autuante teria se omitido na disponibilização dos documentos fiscais que embasaram as infrações, além de não ter observado o prazo legal de 30 dias para entrega ou retificação da EFD, o que teria cerceado seu direito de defesa.

Compulsando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que não possui suporte fático ou jurídico, estas alegações. Não vislumbro na autuação, violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, que foi exercida plenamente, haja vista que o sujeito passivo recebeu os demonstrativos analíticos fls.17 a 164, que fundamentam a acusação fiscal, além de um CD contendo estas planilhas, conforme faz prova documento fl.165 deste PAF, inexistindo o alegado cerceamento do direito de defesa, por falta de fundamentação legal da autuação. A descrição dos fatos encontra-se em perfeita consonância com os demonstrativos que lhe serve de sustentação. Em verdade, os dispositivos do regulamento considerados infringidos pelo contribuinte foram indicados claramente no Auto de Infração, bem como, o dispositivo legal referente à multa indicada.

Inadmissível, igualmente, o argumento defensivo da falta de motivação no lançamento de ofício. Não há ausência de justa causa ou impropriedade na lavratura do Auto de Infração, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática, restando clara a finalidade pública, bem como, o objeto do ato que é a constituição do crédito

tributário, pretensamente não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual.

Assim, quanto aos aspectos formais do lançamento, observo que o presente Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o disposto no art. 39 do RPAF/99, e se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais. Não houve qualquer violação aos princípios constitucionais que regem o procedimento e processo administrativo fiscal, em especial, os da legalidade, da ampla defesa, e do contraditório, sendo que o contribuinte autuado apresentou razões de defesa com os argumentos que entendeu pertinente. Não verifico dessa forma, qualquer dos pressupostos de nulidades elencados no art. 18 do RPAF/99.

O defendant solicitou, fossem excluídas mediante diligência fiscal, as notas fiscais de aquisições de mercadorias, indicadas na relação apresentada pelo Autuante e que não estão devidamente carreadas aos autos.

No que tange ao pedido para realização de diligência, não vislumbro qualquer necessidade de informações ou de conhecimentos técnicos especializados, para o deslinde da matéria ora em questão, uma vez que os elementos já coligidos nos autos são suficientes para se firmar o juízo e convicção, indispensáveis para a decisão da lide. Assim, com fulcro no art. 147, inciso I do RPAF/99, indefiro o pedido de realização de diligência.

No mérito, na infração 01, o Autuado foi acusado de não recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de agosto, outubro, novembro de 2014, janeiro, junho e agosto de 2015, janeiro a março, junho a agosto, outubro e novembro de 2016, consoante demonstrativos apensados às fls. 17/21.

Nas razões defensivas, o defendant alegou que o Autuante teria deixado de observar que descabe a exigência fiscal, dada à sua condição de inscrito como empresa de pequeno porte, cuja dispensa de pagamento do imposto teria previsão regulamentar.

Sobre esta alegação, verifico que se equivoca o Autuado. Sobre a matéria, assim estabelece o inciso I, alínea “a”, item 2 do art. 272 do RICMS/2012, *in verbis*:

Art. 272. Fica dispensado o lançamento e o pagamento relativo:

I - a diferença de alíquotas:

a) nas aquisições de bens do ativo permanente destinada a:

2 – microempresas e empresas de pequeno porte; (grifei)

Da leitura do dispositivo transcreto, dúvidas não há, sobre o acerto do lançamento em análise, visto que os demonstrativos que dão amparo a acusação fiscal, relaciona apenas materiais para uso e consumo do estabelecimento.

Dessa forma, como o Autuante não trouxe aos autos qualquer elemento com o condão de desconstituir, modificar ou extinguir o lançamento em questão, a infração 01 é subsistente.

A infração 02 – 16.01.01 – trata de entrada no estabelecimento de mercadoria, bem ou serviço sujeito a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2016, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor de cada nota fiscal não registrada, consoante demonstrativo e documentos fiscais acostados às fls. 22 a 158.

Sobre esta infração, o defendant afirmou que o Autuante não apresentou provas do ingresso das mercadorias no seu estabelecimento, cerceando seu direito de defesa.

Compulsando os autos, verifico que assiste razão ao Autuante quando esclareceu que a alegação de cerceamento não tem pertinência, visto que todos os dados elencados nos demonstrativos do auto de infração, tiveram origem nos arquivos EFD disponibilizados pela própria autuada.

Observo que o demonstrativo que serve de base à autuação, é composto por notas fiscais eletrônicas. Ou seja, o defendant arguiu desconhecimento das notas fiscais que serviram de base

ao item 02 do auto de infração, e pediu que o Fisco investigasse junto aos emitentes dos documentos fiscais, os comprovantes de recebimentos das entregas e os respectivos meios de pagamentos em sua contabilidade.

Não acato a arguição defensiva de que não restou provado que teria comprado as mercadorias ou de que tenha adquirido as mesmas.

Ressalto, que em relação às notas fiscais de que cuida esta infração, constam nos respectivos demonstrativos os números das chaves de acesso, pois se tratam de notas fiscais eletrônicas, permitindo ao sujeito passivo identificar o conteúdo dos documentos fiscais. Portanto, em relação a estas notas fiscais, não há necessidade de o Fisco investigar se as compras ocorreram, pois a jurisprudência do CONSEF é pacífica, no sentido de considerar que as notas fiscais eletrônicas servem como elemento de prova das aludidas aquisições. Como o Autuado não comprovou ter registrado em seu livro de Entradas as referidas operações, a infração 02 é subsistente.

Infração 03 – 16.14.04. deixou de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da EFD – Escrituração Fiscal Digital, nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de janeiro de 2014, a dezembro de 2015, janeiro, março, maio a outubro e dezembro de 2016, sendo aplicada multa fixa de R\$1.380,00, por cada mês de omissão, consoante demonstrativos fls. 159/164.

A obrigação dos registros na forma de Escrituração Fiscal Digital – EFD, substituiu em seu primeiro módulo a escrituração e impressão dos livros fiscais Registro de Entradas; Registro de Saídas; Registro de Inventário; Registro de Apuração do ICMS, Controle do Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP (art. 247, § 1º RICMS BA-12), a partir do momento em que o contribuinte estiver obrigado.

Observo, da página do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, que o contribuinte apontado pela fiscalização, se encontra obrigado na entrega dos aludidos arquivos e deixou de fazê-lo, nos termos e prazos exigidos na legislação fiscal. Em não fazendo o envio dos referidos arquivos com sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, conforme consignou o Auditor Fiscal, incidiu o autuado, na penalidade prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “l” da lei 7014/96.

O defendant solicitou a nulidade da infração, argumentando que o Fiscal não teria respeitado o prazo estabelecido de 30 dias, exigido pelo art. 247, § 4º do RICMS/BA vigente, para a entrega ou retificação da EFD.

Analizando os elementos que compõem o presente PAF, verifico que esta alegação contraria a verdade dos fatos expostos nos autos. Observo que consta comprovante de intimação, através de DTe (domicílio Tributário Eletrônico) fls.225/226, postada em 06/07/2017, ciência 24/07/2017 e leitura 30/08/2017. Portanto, considerando que o Auto de Infração só foi lavrado em 14/06/2018, não possui suporte fático, o argumento do autuado.

Nessa esteira, caracterizado o descumprimento da obrigação acessória, a aplicação de penalidade resta subsistente, medida que se impõe, considerando que esta omissão, embaraça a fiscalização, pois impede a realização de diversos roteiros de auditoria, assim como a apuração da existência ou não, de débito perante o fisco. Infração mantida integralmente.

Representante legal do autuado intervém no processo fl. 219, solicitando que qualquer feito referente a este processo deverá ser enviada aos subscritores da peça defensiva, endereçada a Oliveira Advogados, aos cuidados de Dra. Jamile Oliveira.

Saliento que, embora não seja obrigatória a comunicação de intimações e decisões ao advogado da empresa, mas sim à parte envolvida na lide, no endereço constante do seu cadastro junto ao Estado, nada obsta de que seu pleito seja atendido pelo setor competente deste CONSEF, enviando as intimações sobre o presente processo no endereço indicado. Observo que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo, encontra-se prevista nos artigos 108 a 110 do RPAF/99, os quais guardam e respeitam o quanto estabelecido no Código Tributário

Nacional, em seu artigo 127, estipulando como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o auto de infração nº 232948.0005/18-2, lavrado contra a **RIBEIRO LOGÍSTICA E TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.322,90**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$180.669,16**, prevista no art. 42, inciso IX da lei 7014/96, c/c a Lei 12917/13 e art. 106 e 112 do CTN, lei nº 5172/66, e XIII-A, alínea “l” da Lei 7014/96, e dos acréscimos moratórios previstos pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de junho de 2019.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA - JULGADOR