

PROCESSO - A. I. Nº 217445.0024/17-3
RECORRENTE - SUPERMERCADO CARISMA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0219-02/18
ORIGEM - IFMT SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 03/07/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0081-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TOTAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Não apresentadas provas capazes de elidir as infrações. Infrações procedentes. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Não juntados aos autos qualquer elemento de prova. Infrações subsistentes. 3. MULTA. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. a) LIVRO(S) FISCAL(IS). b) ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL – EFD. Não comprovada a entrega no prazo ou do cumprimento para entregar os arquivos, mediante intimação. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Não acatado o pedido de redução ou cancelamento das multas. Mantida a exclusão dos 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 2ª JF, nos termos do art. 169, I, “b”, do RPAF/99, através do Acórdão 0219-02/18, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 30/09/2017, exigindo tributos no valor total de R\$ 29.675,05, em decorrência das seguintes infrações:

1. *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 (2014) - R\$ 43,87.*
2. *Recolheu a menos ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa não optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (2012, 2013 e 2014) - R\$ 11.223,40.*
3. *Deixou de recolher ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa não optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (2012 e 2014) - R\$ 1.044,99.*
4. *Recolheu a menos ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa não optante do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (2012, 2013 e 2014) - R\$5.085,57.*
5. *Deixou de apresentar Livro (s) Fiscal (is), quando regularmente intimado (2017) - R\$ 1.380,00.*
6. *Deixou de entregar arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD) nos prazos previstos na Legislação Tributária (08/2014 a 12/2014) - Multa R\$ 6.900,00.*
7. *Deixou de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital (EFD), na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária (Janeiro/2012 a dezembro/2014) - Multa R\$ 3.997,22.*

Na Decisão proferida (fls. 63 a 68), a 2ª JJF inicialmente afastou as nulidades suscitadas, apreciando que o lançamento atende aos requisitos formais e materiais previstos no RPAF/BA, indicando os fatos geradores, com suporte em papéis de trabalho, com descrições claramente das infrações, cujos demonstrativos foram entregues ao contribuinte.

Comentou as ilegalidades invocadas na defesa e rebateu que foram observados todos os princípios, inexistindo cerceamento de direito de defesa, não houve aplicação de “pauta fiscal” e nem arbitramento da base de cálculo, bem como não contestadas as acusações de falta de entrega de informações ou declarações (EFDs), observando os princípios (cumulatividade, proporcionalidade).

Em seguida, considerando que não foram apresentadas contestações específicas por infração, apreciou no mérito que:

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.

No Recurso Voluntário interposto (fls. 80 a 91), inicialmente, diz que não se conformando com a decisão de primeira instância, apresenta suas razões recursais, tendo em seguido reapresentado na sua quase totalidade a íntegra as alegações da impugnação inicial (fls. 36 a 48), em síntese:

1. Que o procedimento fiscal terminou por “*arbitrar os valores*” ficando sem saber como foi apurado a base de cálculo, o que impossibilitou de se defender, a exemplo da decisão contida no AgRg no REsp: 1363312 MT 2013/0002604-7/2013, cuja ementa transcreveu às fls. 80/81, em desconformidade com o art. 148 do CTN, motivo pelo qual requer que seja declarado nulo o lançamento nos termos do art. 18, II do RPAF/BA, por preterição do direito de defesa.
2. Não ter sido obedecido o princípio da não cumulatividade, previsto no do artigo 155, II, do § 2º da CF/88, indicando que “*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*”. Argumenta que esse procedimento provoca enriquecimento ilícito do fisco, gerando uma dupla cobrança, um verdadeiro *bis in idem*. Requer a anulação do lançamento, por ferir o princípio da não cumulatividade
3. Não foi observado o princípio da seletividade do ICMS, visto que aplicou para os produtos relacionados no art. 16, I, “a” e “b” da Lei nº 7.014/96, alíquota de 17% ou 18% para os produtos cuja “*alíquota é de 7% (“sexta” [cesta] básica): arroz, feijão, milho, café torrado ou moído, macarrão, sal de cozinha, farinha e 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*”, que é o caso da infração 03. Alega que a cobrança é indevida, irrazoável e desproporcional, por violar o princípio da legalidade, pela não obediência aos ditames da Lei nº 7.041/96 e do art. 5º, II da CRFB/88. Alega ter ocorrido majoração do ICMS, sem previsão em lei, “*infligindo*” [infringindo] o art. 150, I da CR/88, a exemplo da Decisão do STJ no julgamento do RE 234.605/2000.
4. Argumenta que as multas impostas sobressaem o valor do tributo da obrigação principal, materializando o efeito de confisco vedado pelo art. 150, IV da CF 88. Discorre sobre a doutrina acerca das multas tributárias, e afirma que as multas impostas com percentuais de 60% a 100% geram efeito confiscatório, comprometer o direito de propriedade (art. 5º, XXII e art. 170, II da CF/88). Transcreve ementa de diversas decisões proferidas pelo STF neste sentido (ADI 1075/2007; ADIMC-551/RJ/1991; TJ-PE - AI: 3251247 PE/2015 e TRF-4 - AC: 34248/2009). Pede que as multas aplicadas sejam reduzidas, dado o efeito confiscatório;
5. Aduz que com relação às multas aplicadas, deve ser aplicado o Princípio da Proporcionalidade na interpretação legislativa, examinado a *adequação*, necessidade e ponderação de interesses, dando prevalência a um dos direitos fundamentais colidentes;
6. Requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, III do CTN.

Por fim, requer a nulidade do lançamento, reconhecimento da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, declaração de multas ilegais ou que se faça sua redução e improcedência da autuação.

VOTO

Inicialmente, cabe apreciar as nulidades suscitadas. Observo que já tinham sido requeridas na

defesa inicial e apreciadas na Decisão ora recorrida, que foram reapresentadas.

No que se refere à nulidade suscitada sob o argumento de que foram arbitrados valores e não sabe como foi apurado a base de cálculo, observo que todas as infrações 1 a 4 acusam falta de recolhimento e recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária total e parcial, fazendo-se acompanhar dos demonstrativos correspondentes, não tendo sido aplicado arbitramento. Já as infrações 5, 6 e 7, aplicam multas por falta de apresentação de livro fiscal, falta de entrega do arquivo da EFD no prazo e por não atendimento à intimação. Portanto, também não tiveram valores arbitrados, motivo pelo qual, fica rejeitada esta nulidade, pelo fato de o argumento não se coadunar com as infrações.

Com relação à nulidade suscitada sob alegação de que não considerou o princípio da não cumulatividade na apuração do ICMS *“antecipação parcial”*, não foi subtraída da alíquota já paga *“no estado de origem*, observo que nos demonstrativos de fls. 22 e 23, relativo às infrações 3 (falta de recolhimento) e 4 (recolhimento a menos), foi indicada uma coluna de “ICMS integral” e deduzido o valor do “Crédito de ICMS”. Assim sendo, não procede o argumento de que não foi considerado o valor que foi pago no Estado de origem, ficando também rejeitada esta nulidade.

No tocante à nulidade suscitada sob o argumento de que não foi observado o princípio da seletividade (infração 3), o recorrente indicou não ter sido considerada a alíquota de produtos da cesta básica, cuja *alíquota é de 7%: arroz, feijão, milho, café torrado ou moído, macarrão, sal de cozinha, farinha e fubá de milho e farinha de mandioca; gado bovino, bufalino, suíno, ovino e caprino....* Observo que foi exigido ICMS antecipação parcial relativo aos meses de janeiro/2012 e setembro e dezembro/2014. No demonstrativo analítico gravado na mídia acostada à fl. 31, cujas cópias foram entregues ao sujeito passivo (fl. 29), numa verificação por amostragem, a exemplo do mês de janeiro/2012, constato que o demonstrativo relaciona MANTEIGA VENEZA, LEITE LONGA VIDA, QUEIJO PRATO, RICOTA e MUSSARELA, BEBIDA LACTEA, HAMBURGER, SALSICHA, LANCHE, PIZZA, PRESUNTO, BATATA PALITO, STEAK FRANGO, LOMBO CANADENSE, LINGUICA, etc.

Dessa forma, tendo o autuante no demonstrativo de apuração do ICMS antecipação parcial, relacionado as notas fiscais, os produtos e as alíquotas aplicáveis, o recorrente citou de forma genérica os produtos da cesta básica, mas não indicou qual deles foi apurado o imposto exigido, aplicando alíquota não prevista na legislação tributária. Por isso, fica indeferida a nulidade suscitada.

No mérito, o recorrente não apresentou provas específicas capazes de elidir as infrações de que foi acusado. Observo que as infrações 1 e 2 acusam falta de recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, e as infrações 3 e 4, acusam falta de recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, fazendo-se acompanhar de demonstrativos que dão suporte às infrações. Não tendo sido apresentadas provas para desconstituir, fica mantida a procedência dessas infrações.

As infrações 5, 6 e 7, aplicam multas por descumprimento de obrigações acessórias, relativas à falta de apresentação de livros fiscais, falta de entrega do arquivo eletrônico da EFD no prazo e de não atendimento à intimação para entrega do arquivo da EFD. Todas as infrações fazem-se acompanhar de demonstrativos e intimação não cumprida (fls. 13 a 16). Assim sendo, não tendo apresentado as provas necessárias capazes de elidir as infrações, fica mantida a sua procedência.

Quanto ao argumento de que as multas *“com percentuais de 60% a 100% são confiscatórias”*, observo que a multa aplicada de 60% é prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96, portanto é legal. Além disso, conforme indicado no Anexo do Demonstrativo do Débito (fls. 7 a 9), se atendidas as condições estabelecidas no art. 45-A do mencionado diploma legal, a multa aplicada poderá ter redução de até 90%. De certa forma, a depender da atitude tomada pelo estabelecimento autuado perante a infração que lhe é imputada, pode não haver ônus da multa aplicada, ou ônus menor do

que o percentual de 60% grafado no Auto de Infração.

Com relação à alegação de que a multa de caráter confiscatório é inconstitucional, ressalto que de acordo com o artigo 167, inciso I do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Por fim, embora não tenha interposto o Recurso Voluntário, observo que a Decisão da Primeira Instância afastou de ofício os valores exigidos relativos ao período de janeiro a setembro de 2004, por ter se materializado a Decadência e descumprimento de obrigações acessórias, bem como das multas aplicadas. Como não houve Recurso de Ofício, ficam mantidos os valores julgados, conforme demonstrativo abaixo:

Infração	Autuado	Julgado	Situação	Acolhido
1	43,87	43,87	Procedente	
2	11.223,40	7.883,47	Procedente em parte	Decadência
3	1.044,99	871,85	Procedente em parte	Decadência
4	5.085,57	3.977,87	Procedente em parte	Decadência
5	1.380,00	1.380,00	Procedente	
6	6.900,00	6.900,00	Procedente	
7	3.997,22	3.148,69	Procedente em parte	Decadência
Total	29.675,05	24.205,75		

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, com a exclusão, de ofício, dos valores pertinentes à materialização da Decadência.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **217445.0024/17-3**, lavrado contra **SUPERMERCADO CARISMA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.777,06**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, 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 nos incisos XX e XIII-A, “I” da mesma Lei e Artigo citados, c/c a Lei nº 12.917/13 e arts. 106 e 112 do CTN – Lei nº 5.172/66, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de abril de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA – REPR. DA PGE/PROFIS