

A. I. N º - 233080.0017/19-8
AUTUADO - M. A. MOTA SANTOS & CIA. LTDA.
AUTUANTE - ROBERTO COUTO DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/02/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0282-04/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 2. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. **b)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDA DE MERCADORIA TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Valor da diferença de saídas superior ao das entradas. **b)** OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO **b.1)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **b.2)** RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO EM FUNÇÃO DO VALOR ACRESCIDO. Acusações mantidas. Aplicado o disposto nos artigos 142 e 143, do RPAF/BA. Rejeitados os pedidos de nulidade. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado em 31/12/2018, e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$263.352,94, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento por substituição tributária no valor de R\$819,65, acrescido da multa de 60%.

Infração 02 - 03.02.02- Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas no valor de R\$19.046,65. Multa de 60%

Infração 03 - 03.02.05 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no valor de R\$9.099.06. Multa de 60%.

Infração 04 - 04.05.02 - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor inferior ao das entradas efetivas omitida, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. nos exercícios de 2017 e 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$194.861,67, acrescido da multa de 100%;

Infração 05 - 04.05.08 - Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$31.896,85, na condição de

responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2017 e 2018. Aplicada multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 - 04.05.09 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, no valor de R\$7.629,06, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, nos exercícios fechados de 2017 e 2018. Aplicada multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressa com defesa, fls. 23 a 29, inicialmente falando sobre a tempestividade da apresentação da mesma. Em seguida informa ser pessoa jurídica de direito privado, cujo objetivo social consiste na industrialização e comercialização de produtos alimentícios, sendo, dessa forma, contribuinte de ICMS.

Após transcrever o teor das infrações diz que no desenvolvimento do procedimento de fiscalização o agente fiscalizador utilizou como base de informação para lavratura do auto de infração a obrigação acessória EFD. Assim, de posse de tais informações, lavrou o presente auto de infração, exigindo-se tributo no importe de R\$533.435,82, sob alegação de falta de recolhimento de ICMS.

Frisa que o Auditor Fiscal simplesmente se apegou como fonte de informação para lavratura do mencionado auto de infração, uma obrigação acessória, sem fazer a devida investigação de sua acusação, o que entende ser um absurdo.

Entende que o Fisco não tem o direito de exigir ICMS, sob o título que menciona no Auto, sem que haja uma avaliação exaustiva de suas operações. Transcreve o disposto no art. 195 do CTN e após assevera que a quantidade de informações que devem ser apreciadas pelo agente fiscalizador, com fito de qualificar o seu procedimento de fiscalização, e com isso chegar a uma definição de que houve falta de recolhimento de ICMS, está muito além de uma simples declaração, uma vez que no caso concreto a EFD foi o único veículo de informação.

Se reporta a lições do Professor Hugo de Brito Machado, em sua obra Mandado de Segurança em Matéria Tributária (Ed. Dialética, S. Paulo, 2003), para afirmar que a simples constatação existente em obrigação acessória não autoriza o fisco exigir tributo, pois cabe a ele, antes de tudo, fazer prova de que o fato gerador do tributo de fato ocorreu, ainda que presumidamente (nesta hipótese quando está diante de presunção legal, que também não é o caso).

Conclui que desta forma, está claro que a referida autuação não merece prosperar, em decorrência que a lavratura do auto de infração fora pautada em procedimentos errôneos desde a sua origem.

Pede a realização de diligência fiscal a ser realizada por auditor estranho aos autos, com o escopo de confirmar a correta apuração do imposto devido, nos períodos descritos no Auto de Infração, por meio de fiscalização de todos os documentos contábeis e escriturais da Empresa autuada, com a devida robustez.

Acaso se faça necessário juntar novos documentos, pede que seja intimada, no prazo de lei, para trazer aos autos eventual saneamento, de forma a evitar cerceamento ao seu direito de defesa.

Fala sobre a natureza confiscatória das multas aplicadas e o princípio do não confisco, lembrando que se pensar em um gráfico e delimitar dois pontos, sendo um ponto a partir do qual o tributo se torna possível e outro ponto onde a tributação não seja mais razoável quantitativamente, torna-se inconstitucional, é inadmissível, entende-se que, no intervalo entre esses dois pontos, estará

delimitada a liberdade de atuação do legislador tributário. Esse espaço intermediário representará a capacidade contributiva”.

Nesse diapasão transcreve citações de Fábio Brun Goldschmidt, observando que no Auto de Infração que dá origem a esta Impugnação, as multas que incidem sobre os valores da suposta dívida possuem uma evidente natureza confiscatória da exequente, afinal é no mínimo impensável, para não dizer absurda e claramente constitucional tendo em vista o desrespeito aos princípios constitucionais da legalidade e da segurança jurídica trata-se de verdadeiro confisco de recursos financeiros dos contribuintes.

Afirma que o entendimento de todos os tribunais, inclusive nas instâncias superiores, já é absolutamente pacífico acerca da aplicação do princípio do não confisco nas multas relativas aos tributos como decisões do STF cujo teor transcreve.

Acrescenta haver clara desproporcionalidade entre a infração cometida e o valor excessivo atribuído a ela, porque a multa tem o objetivo de apenas penalizar a parte pelo fato de não respeitar a legislação vigente, e não de permitir que o Estado venha a insurgir sobre o patrimônio da pessoa penalizada. De fato, evidencia-se o efeito de CONFISCO na imposição da multa ora discutida. Ora, é notório que o valor cobrado a título de multa chega a praticamente 100% (CEM POR CENTO) da dívida fiscal, o que é completamente desarrazoado.

Entende ter restado comprovado o caráter confiscatório das multas apresentadas no presente Auto de Infração, evidenciando sua natureza constitucional perante o entendimento pacificado dos tribunais e a violação expressa ao Art. 150, IV da Constituição Federal.

Finaliza reiterando o pedido de realização de diligência para fins constatação dos valores constante no demonstrativo apresentado e requer a improcedência do auto de infração, face às razões de fato e de direito acima suscitadas, sendo declarada, ainda, a ilegalidade da multa patentemente confiscatória.

O fiscal autuante ao prestar a Informação Fiscal, fls. 37 a 38 diz que todo o processo foi revestido das formalidades legais, previstas no RPAF/BA e demonstradas em relatórios anexos a esse processo, cujas cópias foram entregues ao contribuinte, contra recibo apensado ao processo.

Afirma que os demonstrativos foram elaborados de forma analítica e em perfeito acordo com as disposições previstas na Lei nº 7.014/96, no Decreto nº 13.780/2012 3 na Portaria 445/1998.

Aduz que as contestações foram apresentadas de forma genérica, não questionando nenhum dos demonstrativos, os quais foram elaborados após apreciação não somente das Escriturações Fiscais Digitais - EFDS apresentadas pelo contribuinte, mas de todos os documentos e informações relacionadas às operações efetuadas no período auditado, como: notas fiscais e conhecimento de transporte que acobertaram as operações de entradas e saídas de mercadorias, documento de arrecadação dos tributos, Demonstração Mensal de Apuração - DMA, dentre outros.

As infrações detectadas através dos respectivos demonstrativos e constantes no Auto de Infração têm cada uma, o seu respectivo enquadramento legal e o dispositivo legal para a multa aplicada.

Pugna pela confirmação das infrações, sem qualquer modificação.

VOTO

Incialmente observo que as acusações estão postas de maneira clara e devidamente demonstradas de forma analítica, cujas planilhas elaboradas foram entregues ao autuado, mediante recibo, lhe possibilitando os mais amplos meios de defesa. Com isso, vejo que foram seguidas todas as normas estabelecidas pelo art. 39 do RPAF/BA.

Ademais, constato que as infrações encontram-se devidamente demonstradas de forma analítica, cujas planilhas foram entregues ao autuado, mediante recibo, conforme atesta o documento de fl. 20.

No que concerne ao pedido de realização de diligência, considero que os elementos constantes no

PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de julgadora deste Processo Administrativo Fiscal, razão pela qual tal pleito fica indeferido, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, que assim dispõe:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos”.*

É preciso ainda se observar ainda que o não deferimento do pedido não pode ser considerado como cerceamento de defesa, à vista do fato dos dados constantes no processo serem suficientes para a devida apreciação, nos termos do acima mencionado artigo 147 do RPAF/99.

No mérito, o presente lançamento está sendo exigido crédito tributário em decorrência de 06 infrações. O contribuinte na apresentação da defesa apenas nega o cometimento de todas elas sob o argumento de que a auditoria foi efetuada exclusivamente com base em informações de obrigação acessória, no caso a Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Não assiste razão ao autuado, pois de acordo informações prestadas pelo autuante, de fato a auditoria foi efetuada através da Escrituração Fiscal Digital – EFD, e 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 partir de sua base de dados, a empresa deverá gerar um arquivo digital de acordo com leiaute estabelecido em Ato COTEPE, informando todos os documentos fiscais e outras informações de interesse dos fiscos federal e estadual, referentes ao período de apuração dos impostos ICMS e IPI. Este arquivo deverá ser submetido à importação e validação pelo Programa Validador e Assinador (PVA), fornecido pelo SPED.

O contribuinte deverá manter o arquivo digital da EFD, bem como os documentos fiscais que deram origem à escrituração, na forma e prazos estabelecidos para a guarda de documentos fiscais na legislação tributária, observados os requisitos de autenticidade e segurança nela previstos.

Vale salientar, que é responsabilidade exclusiva do Contribuinte a escrituração fiscal e a remessa dos arquivos magnéticos ao banco de dados da SEFAZ, devendo espelhar com fidedignidade os documentos fiscais, cabendo ao mesmo apontar as divergências, acaso existentes, entre os mencionados documentos fiscais e as informações contidas nos arquivos enviados por meio da EFD, o que não ocorreu no presente caso.

Ademais, observo que o defendante não se reportou, especificamente, sobre qualquer documento fiscal objeto da autuação, haja vista que, de forma genérica, apenas sustentou que a fiscalização foi efetuada exclusivamente com base em informações de obrigação acessória, no caso a Escrituração Fiscal Digital - EFD, contrariando o disposto no art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, que assim estabelece; *“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”*. Como tais provas se referem a documentos e livros que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir as infrações, demonstrando as incorreções alegadas, o que não ocorreu.

Assim, considerando o teor dos art. 142 e 143, do RPAF, que rezam que 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, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da

autuação fiscal. Dessa forma as infrações são totalmente subsistentes.

No que tange à arguição de desproporcionalidade, do caráter confiscatório e de inconstitucionalidade da multa, saliento que a multa aplicada, encontra-se prevista no artigo 42, da Lei nº 7.014/96, não cabendo a este órgão julgador administrativo a apreciação de questões relacionadas à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF-BA.

Ante ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **233080.0017/19-8**, lavrado contra **M. A. MOTA SANTOS & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$263.352,94**, acrescido das multas de 60% sobre R\$36.594,42 e 100% sobre R\$226.758,52, previstas no art. 42, incisos VII, “a” e II, alíneas “a”, e “d”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2020.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR