

PROCESSO - A. I. Nº 233080.0017/19-8
RECORRENTE - M. A. MOTA SANTOS & CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0282-04/20-VD
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ CHAPADA DIAMANTINA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 08/03/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0003-11/22-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. EM FUNÇÃO DO VALOR ACRESCIDO. Acusações mantidas. Aplicado o disposto nos artigos 142 e 143 do RPAF/BA. Rejeitados os pedidos de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente processo de Recurso Voluntário, foi apresentado pela autuada em face da decisão proferida pela 4ª JJF, ao julgar Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 24.09.2019, ciente em 26.09.2019, no valor original de R\$ 263.352,94, pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.06

Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento por substituição tributária.

Valor de R\$819,65.

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.

Valor de R\$19.046,65.

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.

Valor de R\$9.099,06.

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 omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo

de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado.

Valor de R\$194.861,67.

Infração 05 - 04.05.08

Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, 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.

Valor de R\$31.896,85.

Infração 06 - 04.05.09

Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, 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, em exercício fechado

Valor R\$7.629,06.

Analisando o Auto de Infração acima identificado, a defesa apresentada pela autuada, protocolada em 26.11.2019, fls. 22 a 29, e a Informação Fiscal apresentada pelo autuante, protocolada em 18.06.2020, fls. 37 a 38, em sessão do dia 14.12.2020, através ao Acórdão JJF nº 0282-04/20-VD, fls. 43 a 47, assim decidiu a 4ª JJF:

Inicialmente 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 defendente 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.

Tendo ciência da decisão acima transcrita, inconformada e dentro do prazo que lhe assegura o RPAF Bahia, a Recorrente, devidamente assistida juridicamente pela advogada Ana Raquel de Melo Ornelas, OAB/BA nº 28.594, apresentou Recurso Voluntário, protocolado em 11.05.2021, fls. 57 a 66, pugnando pela reforma da mesma, cujas razões são objeto de minha análise.

Inicialmente, a Recorrente afirma da tempestividade da sua peça recursal, demonstrando tal preliminar (De Tempestividade), para em seguida analisar OS FATOS, quando descreve os seus objetivos sociais e reproduz as infrações que lhe foram imputadas e diz: “Ocorre que, como será aduzido a seguir, a decisão ora vergastada não merece prosperar, haja vista que esta recai em grave error in judicando ao desconsiderar toda a argumentação presente na defesa outrora apresentada”.

Sequenciando, a Recorrente, trata DO DIREITO, quando analisa DO ABUSO ATINENTE À CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO SEM AMPARO LEGAL, onde destaca que a lavratura do Auto de Infração foi efetuada pelo preposto autuante tomando por base, unicamente, os dados constantes da EFD por ela encaminhada ao fisco, o que, afirma, não poderia ter guarida pois, deveriam ser cotejados outros dados quando se veria que as infrações seriam elididas.

Desta forma, diz a Recorrente, teria o autuante a obrigação de, atendendo ao que dispõe o artigo 195, do CTN, que transcreve, fazer uma avaliação exaustiva das operações objeto da autuação e não se basear unicamente nos arquivos da EFD apresentados, por se tratar, meramente, de uma obrigação acessória, sem o condão de determinar a ocorrência de infração, como pretendeu o autuante.

E traz ensinamento do Prof. Hugo de Brito Machado, que transcreve, afirmando que tal ensinamento respaldaria o seu Recurso Voluntário, levando ao reconhecimento da improcedência da autuação.

E disse o Prof. Hugo de Brito Machado:

“O desconhecimento da teoria da prova, ou a ideologia autoritária, tem levado alguns a afirmarem que no processo administrativo fiscal o ônus da prova é do contribuinte. Isso não é, nem poderia ser correto em um estado de Direito democrático. O ônus da prova no processo administrativo fiscal é regulado pelos princípios

fundamentais da teoria da prova, expressos, aliás, pelo Código de Processo Civil, cujas normas são aplicáveis ao processo administrativo fiscal. No processo administrativo fiscal para apuração e exigência do crédito tributário, ou procedimento administrativo de lançamento tributário, autor é o Fisco. A ele, portanto, incumbe o ônus de provar a ocorrência do fato gerador”.

Com base em tal assertiva, diz a Recorrente, que a simples constatação de uma obrigação acessória, não pode levar ao fisco impor autuações como a presente objeto da sua peça recursal.

Sequenciando, a Recorrente passa a discorrer sobre as multas reclamadas na autuação considerando-as abusivas e confiscatórias, trazendo ensinamento de doutrinadores, dentre eles, Fábio Brun Goldschmidt de quem extrai o seguinte arrazoado:

“a relação necessária entre vedação de efeitos confiscatórios e capacidade contributiva encontra-se em que os tributos não podem exceder a força econômica do contribuinte”. Deve haver então clara relação de compatibilidade entre as prestações pecuniárias, quantitativamente delimitadas na lei e a espécie de fato signo presuntivo de riqueza, posto na hipótese legal.” 06-revista_07.p65 85 29/10/2007, 21:438 6 REVISTA JURÍDICA da UniFil, Ano IV - nº 4 O Princípio do Não-Confisco no Direito Tributário

Continuando, discorre sobre a impropriedade das penalidades aplicadas na autuação, quando afirma que foram impostas multas sem o respaldo na legislação vigente, sendo as mesmas confiscatórias, apresentando julgados de tribunais superiores que diz lhe amparar na pretensão de elidir tais autuações (sobre multas).

Diz haver uma flagrante disparidade entre as infrações tidas como cometidas e as multas pretendidas na autuação, apresentando, novamente, julgados de tribunais superiores que diz lhe amparar no que pleiteia.

Diante da confiscatoriedade que se identifica nas penalidades aplicadas, afirma:

“Dessa maneira, penalizam-se as atividades da empresa, que não pode abrir mão de seu capital de giro para satisfazer a sanha confiscatória do Estado. Em última análise, admitir como legítimo o dever do adimplemento de tal obrigação, seria o mesmo que condenar a propriedade privada a ser efetivamente consumida por via de um ato estatal.

Diante de todo o exposto, fica mais do que evidente o caráter confiscatório das multas apresentadas no presente Auto de Infração, evidenciando sua natureza inconstitucional perante o entendimento pacificado dos tribunais e a violação expressa ao Art. 150, IV da Constituição Federal”.

Por fim, encerrando sua peça recursal a Recorrente apresenta DOS PEDIDOS, assim demonstrados:

*“Diante das considerações acima e da documentação juntada, pugna pela **procedência total do presente RECURSO VOLUNTÁRIO**, sendo decretada a extinção do Auto de Infração nº 2330800017/19-8 e, por conseguinte, o crédito tributário nela consubstanciado, haja vista que este encontra-se maculado por ilegalidades e inconstitucionalidades.*

Por fim, coloca-se a inteira disposição para os esclarecimentos que se fizerem necessários, cumprimentos de diligências e todo e qualquer ato inerente ao andamento saudável deste procedimento administrativo”.

VOTO

Considerando que a única preliminar apresentada pela Recorrente diz respeito à intempestividade e que a mesma não ocorreu, bem como não existir Recurso de Ofício, em face de o julgamento proferido pela primeira instância a ele não se obrigar, adentro diretamente ao mérito da lide.

Foi a Recorrente notificada em processo normal de fiscalização, a recolher aos cofres estaduais a importância no valor original de R\$ 263.352,94, pelo cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.06

Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento por substituição tributária.

Valor de R\$819,65.

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.

Valor de R\$19.046,65.

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.

Valor de R\$9.099,06.

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 omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado.

Valor de R\$194.861,67.

Infração 05 - 04.05.08

Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, 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.

Valor de R\$31.896,85.

Infração 06 - 04.05.09

Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, 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, em exercício fechado

Valor R\$7.629,06.

Tanto em sua peça defensiva inicial, como no presente Recurso Voluntário, a Recorrente limitou-se a argumentar a improcedência da autuação, com base no motivo de a mesma haver sido realizada, tendo por base os dados por ela informados na EFD.

A Escrituração Fiscal Digital introduzida no projeto SPED está claramente definida no RICMS, em especial nos artigos 247 e 248, abaixo transcritos:

Art. 247. A Escrituração Fiscal 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 (Conv. ICMS 143/06).

Art. 248. A Escrituração Fiscal Digital - EFD é de uso obrigatório para os contribuintes do ICMS inscritos no cadastro estadual, exceto para o microempreendedor individual e para os contribuintes optantes pelo Simples Nacional.

Como se vê, a EFD, espelhando a ocorrência dos fatos geradores dos tributos (ICMS e IPI), de obrigação do contribuinte, desde quando por ele apresentada, deve espelhar fidedignamente a sua movimentação fiscal, sendo de sua inteira responsabilidade os dados ali apresentados.

A obrigação acessória destacada pela Recorrente como imprópria para apuração dos tributos que lhe são cobrados no presente processo, constitui-se obrigatoriamente no fornecimento de dados que servirão de base para o fisco verificar a veracidade e o cumprimento por parte dos contribuintes, das suas obrigações principais.

E a obrigação é acessória quando por força de lei, a prestação a ser cumprida é a de fazer ou não fazer alguma coisa, ou permitir que ela seja feita pelo Fisco, tudo no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (artigo 113, § 2 do CTN).

Verifico que a Recorrente, em toda sua peça recursal, em momento algum afirma não haver cometido as infrações que lhe são imputadas, limitando-se a negar a legitimidade das mesmas,

sob o argumento de lastreadas nos arquivos da sua EFD.

Em relação à ausência de qualquer comprovação por parte da Recorrente documental ou não, que possa elidir a autuação, lembro o que determina o RPAF nos artigos 140 a 143, como abaixo transcritos:

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.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

De fato, a Recorrente não contestou a acusação de cometimento das infrações de que foi acusada, a alegação de serem as mesmas baseadas nos arquivos da sua EFD só depõe a favor do fisco, se tem ela qualquer prova do não cometimento das infrações que lhe são imputadas, não trouxe ao processo, o que leva à consideração do que está expresso no artigo 143 do RPAF, acima transcrito.

Desta forma, considerando que nada trouxe a Recorrente ao processo que possa elidir, total ou em parte à autuação, convicto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário e julgo PROCEDENTE o Auto de Infração em comento, mantendo inalterada a decisão de piso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **233080.0017/19-8**, lavrado contra **M. A. MOTA SANTOS & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, 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 legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de janeiro de 2022.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS.