

PROCESSO	- A.I. Nº 233055.0904/01-0
RECORRENTE	- DISTRIBUIDORA EXTRASUL LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0024-03/02
ORIGEM	- INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET	- 05.06.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0190-12/02

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS SEM INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 4. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infrações comprovadas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração de n.º 233055.0904/01-0, que exige ICMS no valor de R\$83.696,73, decorrente das seguintes infrações:

1. falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas sem a emissão de documentos fiscais e sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie;
2. utilização indevida de crédito fiscal referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com a não incidência do imposto.
3. falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.
4. falta de recolhimento do imposto em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas;
5. falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas nos anexos 69 e 88.
6. recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas nos anexos 69 e 88.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu o seguinte:

- a) para a infração 1, disse que o contribuinte alegou genericamente que houve equívocos na apuração do imposto pelo autuante, sem mencionar quais os itens maculados, ao passo que a diferença das quantidades de saídas constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão de documentos fiscais;
- b) quanto à infração 2, não encontrou provas nos autos de que houve equívocos na apuração do imposto, de modo que considerou a exigência pertinente;
- c) no que tange às infrações 3 e 4, afirmou que foram reconhecidas pelo contribuinte;
- d) sobre a infração 5, disse que o contribuinte negou seu cometimento e que estaria providenciando a juntada de comprovante de pagamento, porém, diante da ausência deste, manteve a exigência;
- e) por fim, quanto à infração 6, apontou que o contribuinte apenas negou o cometimento da mesma, mas não apresentou documento comprobatório de sua alegação.

O contribuinte interpôs Recurso Voluntário alegando que a Decisão Recorrida aplicou pena confiscatória acima de 100% do tributo devido. Disse que o art. 112, IV, do CTN, impõe o princípio da proporcionalidade entre o prejuízo sofrido e o ato ilícito praticado para a aplicação de penalidade, algo que não ocorreu no caso em apreço. Afirmou que a pena acima de 150% aplicada é confiscatória, citando doutrina sobre a matéria e que a moderna doutrina afirma que tanto o acréscimo moratório quanto a penalidade aumenta diretamente o valor do tributo, dele fazendo parte na formação do crédito tributário. Citou jurisprudência do STF que considera confiscatória a multa de 100% sobre o valor do tributo pelo seu inadimplemento. Pede a redução do valor da multa de mora para 2% do valor devido, com base na proibição do confisco e no citado art. 112 do CTN.

No mérito, disse que o levantamento de estoques foi realizado sem a presença de seu preposto, o que provoca a nulidade da acusação. Quanto à infração 2, disse que o autuante não trouxe aos autos prova de que o suposto crédito indevido tenha sido utilizado para abater saídas subsequentes, tornando a mesma improcedente. Pediu o provimento do Recurso.

A PROFAZ, em Parecer, opina pelo Improvimento do Recurso apresentado, rejeitando a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, porque verificou claramente a assinatura do preposto do recorrente em todos os levantamentos elaborados e, cientificado de todos os atos processuais, pode o recorrente exercer amplamente o seu direito de defesa. Sobre a infração 2, constatou que os demonstrativos elaborados pelo autuante fazem provas suficientes de que o crédito fiscal utilizado referia-se a mercadorias cujas saídas foram beneficiadas com a não incidência do imposto. Por fim, salientou que as multas aplicadas às infrações encontram-se previstas na legislação tributária em vigor, estando adequadas aos casos em tela, não havendo razão para se falar em confisco.

VOTO

Em manifestação sobre a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, de que os levantamentos foram elaborados sem a presença do seu preposto, entendo que a mesma não pode

prosperar, pois a presença ou ausência de preposto de contribuinte quando da realização do levantamento não é causa para nulidade do Auto de Infração, por outro lado, consta dos levantamentos em questão a assinatura do preposto do recorrente que comprova o recebimento dos mesmos e, como foi concedido prazos para apresentações de defesa e para manifestações dos subsequentes atos processuais, o recorrente teve oportunidade suficiente para demonstrar eventuais equívocos cometidos pelo autuante, inclusive, podendo realizar seu próprio levantamento, para cotejamento com o do Fisco, portanto, não havendo cerceamento de defesa ou infringência de qualquer outro princípio de direito processual, rejeito, pois, a preliminar de nulidade suscitada.

Em relação à infração 2, o recorrente alegou que o autuante não trouxe aos autos prova da utilização do suposto crédito indevido. Ao revés, nos levantamentos do autuante a expressa verificação da utilização de crédito nas saídas subseqüente referentes a aquisições de mercadorias com saídas não tributadas, inclusive com a identificações dos números dos documentos fiscais correspondentes, restando ao recorrente fazer prova do contrário, e não somente a mera alegação de ausência de provas, sem explicitar o alegado.

Por fim, também não merece acolhida o argumento de que a penalidade aplicada pelos descumprimentos das obrigações foram de caráter confiscatório, uma vez que se encontram descritas na legislação tributária estadual vigentes à época dos fatos geradores e adequadas aos mesmos. O argumento de violação do princípio da não confiscatoriedade, põe em pauta o questionamento da própria legislação estadual em face da Constituição Federal, situação transcendente ao âmbito de análise deste Conselho.

Assim, acompanho o opinativo da Procuradoria e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 233055.0904/01-0**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA EXTRASUL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$83.696,73**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$20.249,19 e 60% sobre R\$63.447,54, previstas, respectivamente, no art. 42, III, VII, “a”, II, “a” e “d”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de Maio de 2002.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PROFUZ