

**PROCESSO** - A.I. Nº 206766.0006/02-4  
**RECORRENTE** - ANDRADE E BERGTON LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JF nº 0068/01-03  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 10/06/03

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0289-11/03

**EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. a) DIVERGÊNCIA ENTRE O VALOR DA NOTA DE PEDIDO E O DA NOTA FISCAL DE SAÍDA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Os elementos de provas trazidos aos autos evidenciam o cometimento da infração, inclusive com a comprovação de pagamentos de valores que correspondem ao consignado na nota de pedido, em importância superior ao indicado na nota fiscal pertinente àquela operação. **Infração confirmada. b) PERDA DO BENEFÍCIO DA REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A concessão do benefício da redução da base de cálculo é condicionada ao cumprimento das normas estabelecidas no Termo de Acordo firmado entre as partes (SEFAZ e contribuinte). A constatação das infrações apontadas nos itens 1, 3 e 4 da autuação, penaliza o autuado com a perda do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, em relação ao período da ocorrência dos fatos geradores. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não elidida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração subsistente. Não acolhidas as arguições de nulidade da autuação. Indeferido o requerimento para realização de diligência. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.**

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado ao Acórdão n.º 0068/01-03, da 1ª JF, que, por Decisão unânime de seus membros, julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Divergência entre os valores consignados nos pedidos e nas notas fiscais, caracterizando subfaturamento. Tudo conforme cópias dos pedidos, notas fiscais apreendidas e anexadas às fls. 119 a 141, 155 a 217, pela IFMT/SUL, confirmada no Banco de Dados do Contribuinte, na Tabela FTADIMES (fls. 218/381) que fora apreendido conforme cópias dos recibos de arquivos eletrônicos, às fls. 19/70, período de 27/09/00 a 05/03/02. Deduzido, no mês de janeiro/02, o valor de R\$554,02 de ICMS cobrado no Auto de Infração nº 92045918, lavrado pelo Trânsito, em 12/01/02, no valor total do imposto de R\$314.727,42;

2. Deixou de recolher ICMS referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. O contribuinte, tendo firmado Termo de Acordo com a Fazenda Estadual para redução em 41,176% da base de cálculo nas saídas de mercadorias tributadas à alíquota de 17%, infringiu ao disposto na cláusula sétima do mesmo (cópias às fls. 142 a 147). Infração consistente no subfaturamento comprovado, bem como na falta de registro nas escritas fiscal e contábil de notas fiscais de aquisição de mercadorias dos fornecedores BIC BRASIL S/A, KOLYNOS DO BRASIL S/A e BELA VISTA (cópias às fls. 2600 a 2627), ficando, sujeito à perda do benefício, com efeito retroativo à data inicial da ocorrência, nos termos do que dispõe a cláusula décima e seu parágrafo único do referido Termo de Acordo, período de setembro/00 a fevereiro/02, no valor total de R\$832.314,23;
3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, referente às Notas Fiscais nºs 541190 e 541194, e nota fiscal nº 543666, datadas de 29/09/00 e 30/09/00, tendo como fornecedor a empresa KOLYNOS DO BRASIL LTDA (fls. 2598 a 2749), no valor total de R\$25.126,24;
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. O contribuinte deixou de registrar as notas fiscais nºs 224847/856 e 228560, emitidas pela empresa Bic Brasil S/A e, notas fiscais nºs 541190/195 e 541794, emitidas pela empresa Kolynos do Brasil Ltda. O valor, das mercadorias já antecipadas na infração anterior, foi deduzido para a obtenção do valor da base de cálculo da presente infração. Sendo aplicada a penalidade de 10% sobre o valor comercial das aquisições, período de setembro/00 e outubro/00, no total de R\$10.200,98.

O recorrente, basicamente, trouxe as seguintes alegações:

1. Que a pena aplicada é confiscatória;
2. que as declarações colhidas pelo Fisco junto a clientes seus foram obtidas por meio ilícito, a dizer, que os contribuintes assinaram sob coação, intimidação consistentes na ameaça de devassa fiscal;
3. juntou cópias de cheques de seus clientes (fls. 3019 a 3031) que confirmariam que neles estão estampados valores idênticos aos das notas fiscais correspondentes, e que não foi prudente a relatora da 1ª Instância quedar silente na apreciação desta prova;
4. que a relatora, ao invés de procurar cristalizar a prova, saiu pela tangente ao afirmar que não era da sua competência a apreciação da questão do cárcere privado e sim do Juízo criminal;
5. que seu arquivo foi totalmente devassado sem a sua participação ou de técnico da sua confiança, e que, no momento em que os executores da busca e apreensão mexeram no seu computador, sem a sua participação, prejudicou a prova, já que tinham interesse na constatação de ato ilícito, e essa história de programa de computador seguro serviria única e exclusivamente para os interesses do Fisco;
6. que o dispositivo do Decreto Estadual n.º 7488/98 que retira o benefício fiscal em caso de ilícito tributário é temerário e por isso mesmo inconstitucional, constituindo-se em chantagem fiscal com violação ao direito sagrado a ampla defesa (CF, art. 5º, LV) e o cerceamento ao direito de bater às portas do judiciário para evitar lesão ou ameaça de direito (CF, art. 5º, XXXV);
7. citou lição de consagrado tributarista que discorre sobre o ônus da prova.

Concluiu requerendo que fosse dado provimento ao presente Recurso Voluntário para julgar Procedente a defesa administrativa interposta, nos termos em que foi requerida ou baixando os autos para cumprimento das diligências solicitadas na defesa.

A representante da PROFAZ se manifestou nos autos, dizendo não vislumbrar as nulidades suscitadas, pois não cabe ao CONSEF apreciar inconstitucionalidade, e o Auto de Infração foi lavrado de forma legal, contendo todos os elementos necessários a identificação do infrator, dispositivos infringidos, identificação da alíquota e sua base de cálculo, tendo sido assegurado ao contribuinte o devido processo legal, fundamentado nos princípios da ampla defesa e do contraditório previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Firmou não ser cabível a alegação de falta de fundamentação da Decisão da 1ª JF, pois está arrimada na legislação tributária e julga individualmente cada infração, e o Auto de Infração vem lastrado em farta documentação comprobatória, sendo que a defesa não conseguiu elidir a autuação.

No mérito, aduziu que o Fisco Estadual tem o arrimo jurídico para sustentar sua pretensão, pois a Constituição Federal, em seu artigo 155, § 2º, inciso XII, alínea “g”, dispõe que cabe à lei complementar regular a forma como mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados, benefício este recepcionado na legislação estadual através do Decreto do RICMS/BA, em seus artigos 11 e 13, que estabelecem a revogabilidade do benefício nos casos de não cumprimento das condições previstas para a sua concessão.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Inicialmente, indefiro o requerimento do recorrente para que fosse realizada diligência, porque os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação da minha convicção (art. 147, I, “a”, do RPAF vigente).

Corroboro com o pensamento da representante da PROFAZ ao afirmar que não vislumbrou as nulidades suscitadas, pois não cabe ao CONSEF apreciar inconstitucionalidade, e o Auto de Infração foi lavrado de forma legal, contendo todos os elementos necessários a identificação do infrator, dispositivos infringidos, identificação da alíquota e sua base de cálculo, tendo sido assegurado ao contribuinte o devido processo legal, fundamentado nos princípios da ampla defesa e do contraditório previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Com efeito, as alegações de que a penalidade imposta seria confiscatória e que o dispositivo do Decreto Estadual nº 7488/98 que retira o benefício fiscal em caso de ilícito tributário seria inconstitucional, não podem prosperar, pois o art. 167, I, do RPAF vigente, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade, e, em sendo assim, até que o órgão próprio declare a inconstitucionalidade de dispositivo legal, no caso o Supremo Tribunal Federal para que tal declaração tenha efeito *erga omnes*, o mesmo está revestido de constitucionalidade e tem eficácia.

Destarte, não acolho as nulidades suscitadas.

Também não aceito as suas arguições de que as provas foram colhidas por meio ilícito ou através de coação sob ameaça de devassa fiscal, ou que seu arquivo teria sido totalmente devassado sem a sua participação ou de técnico da sua confiança, ou ainda, que os executores da busca e

apreensão mexeram no seu computador, sem a sua participação, pois desprovidas de comprovação.

Considero, ainda, que a relatora da 1ª JJF laborou com correção ao afirmar que não era da sua competência a apreciação da questão do cárcere privado e sim do Juízo criminal. De fato, este Colegiado não é o foro próprio para tal apreciação.

No mérito, os cheques apensados ao Recurso Voluntário não se prestam para o fim pretendido, porque se tratam de amostras insuficientes para desconstituir as provas robustas do cometimento das infrações, e a perda do benefício fiscal no caso de ilícito tributário está amparada na legislação tributária estadual vigente, sendo que o recorrente não contesta os números apresentados pelo autuante.

Pelo que expus, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para homologar a Decisão recorrida, que está perfeita e fundamentada e não carece de qualquer reparo.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **206766.0006/02-4**, lavrado contra **ANDRADE E BERGTON LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.172.167,89**, sendo R\$208.613,86, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$156.680,46 e 100% sobre R\$51.933,40, previstas no art. 42, II, “a”, “d” e IV, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$963.554,03, acrescido das multas de 60% sobre R\$700.760,01 e 100% sobre R\$262.794,02, previstas no art. 42, II, “a”, “d” e IV, “d”, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$10.200,98**, atualizada monetariamente, prevista no art. 42, IX da referida lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFZ