

A. I. N° - 233055.0301/04-8
AUTUADO - IRMÃOS PIANNA LTDA.
AUTUANTE - SERGIO TERUYUKI TAIRA
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 26.07.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0263-03/04

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO ICMS. MULTA. O imposto foi pago pelo regime normal de apuração. Houve, apenas, descumprimento de obrigação acessória, apenada com multa de 60% sobre o valor do imposto pago a destempo, conforme previsão legal. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR. ERRO NA UTILIZAÇÃO DA MVA. **c)** ERRO NA UTILIZAÇÃO DA MVA. ESTOQUES DE 31/07/2001. Acusações não impugnadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 30/03/2004, exige ICMS de R\$8.193,90, e multa de R\$92.527,03, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa no valor de R\$92.527,03.
2. Efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em razão de erro na determinação da base de cálculo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Efetuou o recolhimento da antecipação a menor, em virtude de erro na utilização da MVA. ICMS no valor de R\$2.803,19
3. Efetuou o recolhimento do ICMS a menor por antecipação, em razão de erro na determinação da base de cálculo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Quando da regularização da antecipação do ICMS sobre os estoques existentes em 31/07/2001, considerou o valor dos estoques a menor, além de utilizar o MVA de 30%, onde o correto seria de 35%. ICMS no valor de R\$5.390,71

O autuado, ingressa com defesa, fls. 1434/1454 e em preliminar aduz a nulidade do lançamento, posto que a notificação foi efetivada junto a pessoa estranha aos quadros da sociedade comercial, que não possui poderes para receber notificações da Fazenda Estadual, nem figura como representante legal nos termos da Lei Instrumental. Cita os artigos 215 e 247 do CPC, pois não se pode conceber que a notificação seja recebida por pessoa não autorizada, uma vez que a sede da empresa tem endereço certo e sabido, local onde se encontram seus representantes legais, na

forma estabelecida no Contrato Social aportado á presente. Não se promoveu uma notificação válida, em discordância do devido processo legal.

Cita o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que afasta definitivamente as dúvidas acerca do tema em apreço. Requer sejam declarados nulos todos os atos, ulteriores à notificação, devendo, forçosamente ser efetivada nova notificação, numa das pessoas indicadas no Contrato Social em anexo.

No mérito, destaca que o núcleo do Auto de Infração em epígrafe, refere-se a suposta falta ou irregularidades no recolhimento do ICMS relativo a pisos e azulejos, comercializadas pela defendente, tanto que tais produtos são expressamente consignados na descrição fática contida no aludido auto. Assevera que o Estado da Bahia não mantém convênio com quaisquer dos Estados da Federação, no que refere a substituição tributária das mercadorias destacadas. Portanto inaplicável a regra da substituição tributária ante a falta de Protocolo com outros Estados da Federação, e ainda, por ser o único Estado Federativo a taxar com a regra da substituição tributária, os citados produtos. Diante da matéria, procedeu a todos os recolhimentos devidos a título de ICMS, relativo a aquisição de mercadorias abrangidas pela substituição tributária, na sistemática débito/crédito, e deste modo, a Fazenda do Estado da Bahia não sofreu qualquer prejuízo, ao contrário, teve um lucro real. Assim, ao proceder com o recolhimento na sistemática débito/crédito, aqueles foram bem superiores ao devido na antecipação tributária. Inadmissível, portanto, a aplicação de multa no percentual de 60%. Destaca que os produtos objeto da autuação, referem-se a vendas para consumidor final, não gerando portanto, crédito de ICMS para o comprador.

Diz que o suposto equívoco ocorreu na obrigação acessória, ou seja, na forma de modo de recolhimento do imposto devido. Deste modo, em havendo “descumprimento “ da obrigação acessória, inviável a aplicação da multa, no percentual indicado, mas sim, através de multa fixa.

Afirma que a cobrança da multa de 60% sobre o valor do tributo, pago sobre a forma debito/crédito, fere o direito tributário e acarreta enriquecimento sem causa para o Estado e empobrecimento ilícito do contribuinte, vítima de tributação confiscatória. Tece considerações gerais, sobre a aplicação de multas fiscais escorchantes. Também sobre a aplicação das limitações constitucionais às multas fiscais, sem abusos e dentro de limites, sob pena de nulidade da aplicação da pena. Invoca os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e discorre sobre as multas fiscais, em que o modo de combater e punir os ilícitos fiscais deve ser disposto com penalidades que guardem adequação dos meios e dos fins, sob pena de violação ao princípio da razoabilidade e a proporcionalidade.

Cita posições doutrinárias que albergam o pensamento já exposto, bem como, que o estabelecimento de multas fiscais não pode induzir à violação ao princípio do não confisco.

A final requer a improcedência do Auto de Infração e *incidenter tamtum*, a declaração de inconstitucionalidade do art. 42, inciso II, letra “d” da Lei nº 7.014/96 e suas ulteriores modificações, se houver, que instituiu o percentual da multa em debate.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 1466/1467, e com relação ao pedido de nulidade da notificação fiscal, diz que o contribuinte quando do pedido de baixa da empresa, informou através de um memorando, que os documentos fiscais estariam à disposição do Fisco, no endereço onde o estabelecimento comercializava, na Rod. Br 101, Km 854, Trevo, Teixeira de Freitas. Neste endereço se encontra a empresa PIANNA COMERCIO IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO LTDA, da qual um dos sócios também fazia parte da sociedade da empresa autuada. Como a empresa havia solicitado a baixa e não havia nenhuma pessoa responsável, pela empresa autuada, no local, foi solicitado ao gerente da empresa estabelecida que recebesse a intimação e

encaminhasse ao contador, que por coincidência é o mesmo. Dias depois os documentos foram apresentados, para que a empresa fosse fiscalizada. Ressalta que a defendente se pronunciou apenas em relação à infração 1. Opina pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo contribuinte, sob o motivo de que a pessoa que recebeu o Auto de Infração não estaria habilitada, por não pertencer ao quadro societário da empresa, nem ter autorização para tal.

Importante ressaltar que o contribuinte, quando do pedido de baixa da empresa, conforme relata o autuante na informação fiscal, declarou, através de um memorando, que os documentos fiscais estariam à disposição do Fisco, no endereço onde o estabelecimento comercializava, na Rod. Br 101, Km 854, Trevo, Teixeira de Freitas. Neste endereço se encontra a empresa PIANNA COMERCIO IMPORTAÇÃO EXPORTAÇÃO LTDA., da qual um dos sócios também fazia parte da sociedade da empresa autuada.

De fato, o CTN, demonstrando a preocupação em salvaguardar os interesses do contribuinte, e com a regularidade do procedimento administrativo fiscal, atendendo ao princípio da cientificação, dispõe que:

Art. 196: A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daqueles.

No caso em tela, verifica-se que a instrução procedimental está regular, haja vista que o procedimento fiscal teve início com a intimação ao contribuinte, para a entrega de livros e documentos fiscais, (fls. 9/10), que foi assinada pela mesma pessoa que recebeu o Auto de Infração, Sr. Afonso Giacomim, que exerce a função de Gerente, conforme documentos de fls. 9/10, além dos demonstrativos anexos ao Auto de Infração. Posteriormente, com a entrega da documentação e dos livros fiscais, pelo contribuinte, a Fazenda Pública, na pessoa do auditor fiscal competente, iniciou o procedimento de fiscalização, com o exame do material fornecido.

Portanto, com a entrega dos documentos à fiscalização, e tendo sido o contribuinte intimado através de preposto, mesma pessoa que assinou o Auto de Infração, não há que se falar em “falta de cientificação”, ou de “irregularidade procedimental”, haja vista que não houve cerceamento ao direito do contribuinte, que pode no prazo legal, vir ao processo e exercer plenamente o seu direito de defesa. Portanto, resalto que não houve prejuízo ao contribuinte, não havendo o que se falar, data vênia, em nulidade processual, pois está configurada “a certeza da ciência ao interessado”.

Quanto à finalidade da intimação para a defesa, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, no seguinte sentido (MS 6.045/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgamento em 26/05/99, DJU de 27/09/1999).

“ADMINISTRATIVO – DIREITO DE DEFESA – IMPOSSIBILIDADE DE ACESSO AOS AUTOS – INEFICÁCIA . 1 – No processo administrativo, a intimação para a defesa visa três objetivos: fixar o início do prazo; delimitar a matéria a ser impugnada e, finalmente,

determinar o local em que se encontram os autos, para exame. II – É ineficaz a intimação, se o autuado não tem acesso aos autos porque eles foram remetidos a outro local que não aquele indicado”.

Vencida a preliminar, passo ao exame do mérito. Trata-se de Auto de Infração no qual está sendo cobrado multa por descumprimento de obrigação acessória, e imposto, relativos a três irregularidades.

Na primeira infração, foi sugerida a aplicação da multa percentual, sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

As notas fiscais de aquisição foram devidamente registradas na escrita fiscal e as saídas foram tributadas normalmente; ou seja, o sujeito passivo utilizou o mecanismo de débito/crédito, quando ao adquirir mercadorias enquadradas na substituição tributária (pisos e azulejos), deveria ter efetuada a antecipação do imposto, e encerrar a fase de tributação.

O defendente alega que, como o Estado da Bahia não mantém Convênio com quaisquer estados da Federação sobre a matéria, as regras da substituição tributária são inaplicáveis. Assim, utilizou-se da sistemática de débito/crédito para recolhimento do ICMS, julgando que não causou qualquer prejuízo financeiro ao Erário, pois o imposto teria sido recolhido corretamente, inclusive a maior.

No caso em lide, ocorreu o recolhimento intempestivo do imposto sobre mercadorias enquadradas na substituição tributária, e nesta situação, o art. 42, § 1º da Lei nº 7.014/97 determina que, quando o contribuinte, sujeito ao regime normal de apuração, deixar de recolher o imposto devido por antecipação nos prazos regulamentares, será dispensada a exigência do tributo, contudo deverá ser aplicada a multa de 60% sobre o valor do tributo pago intempestivamente, multa esta prevista no art. 42, II, “d” da citada lei.

Portanto, consoante o princípio da legalidade, entendo que a exigência fiscal é pertinente e deve ser mantida a multa aplicada, não havendo o que se falar em confisco tributário.

Em processo semelhante, cuja parte passiva, inclusive, foi o autuado, a Procuradoria Estadual, manifestou-se no sentido de que “a Constituição Federal veda o tributo confiscatório, mas não se aplica às penalidades, além do que, tem o Fisco o direito de apenar com multas mais severas as condutas que o lesem, como é o caso ora em análise, pois não pode o contribuinte, ao seu bel prazer, efetuar o recolhimento dos impostos quando lhe aprouver, olvidando a legislação e menosprezando a importância do recolhimento em dia, para que o Estado possa cumprir o seu papel”. (ACÓRDÃO CJF Nº 2147-11/01)

Quanto às infrações 2 e 3, constata-se que o contribuinte não as impugnou, o que significa o reconhecimento tácito das mesmas, devendo ser mantidas as exigências fiscais.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 233055.0301/04-8, lavrado contra

IRMÃOS PIANNA LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.193,90**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, e da multa de **R\$92.527,03**, prevista no art. 42, II, “d” e §1º da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR