

**A. I. Nº** - 110427.0005/04-2  
**AUTUADO** - BIKURE SUPERMERCADO LTDA.  
**AUTUANTE** - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 15.10.04

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0383-03/07

**EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infrações caracterizadas. O órgão julgador de Primeira Instância não tem competência para declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual nem de apreciar pedido de redução de multa por descumprimento de obrigação principal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.**

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 19/04/04, para exigir o ICMS no valor de R\$80.125,59, acrescido das multas de 50% e 60%, em decorrência de:

1. Recolhimento a menos do imposto em decorrência do desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (setembro/03 – R\$64,92;
2. Falta de recolhimento do imposto, nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios (janeiro, fevereiro e março de 2004) – R\$75.278,36;
3. Recolhimento a menos do imposto, por antecipação tributária, 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 (dezembro/03, janeiro/04 e março/04) – R\$4.782,31.

O autuado apresentou defesa por meio de advogado (fls. 14 a 28), preliminarmente suscitando a inconstitucionalidade das penalidades indicadas (multa e acréscimos moratórios), sob o argumento de que são confiscatórias e que são “uma afronta ao Estado de direito conquistado por nosso povo com sacrifícios e lutas que ainda hoje persistem”. Para reforçar o seu posicionamento, traz a lume a doutrina a respeito, diz que a Câmara dos Deputados aprovou a Lei nº 9.298/96, limitando as multas no comércio a patamares nunca superiores a 2%, e, finalmente, transcreve ementas de decisões do Supremo Tribunal Federal pela inconstitucionalidade de multas.

Acrescenta que, nos dias atuais, o país tem convivido com uma inflação abaixo de 1%, não sendo aceitável a exigência de multas acima de 150% do valor do imposto, devendo prevalecer o critério da proporcionalidade da pena, sem confiscos e excessos.

No mérito, ressalta que “o Auto de Infração acima identificado lança contra a Defendente crédito tributário sob a alegação de falta de recolhimento de ICMS escriturado com a conseqüente falta de

recolhimento de imposto antecipado daí originado”, mas que “tal assertiva não pode prosperar, como se demonstrará no curso do processo administrativo fiscal em curso”.

Por fim, protesta por todos os meios de prova em direito admitidos e requer a improcedência da autuação “em razão de sua acusação não indicar hipótese de incidência de ICMS, pela absoluta falta de provas da presunção alegada, como se demonstrará no curso do processo”. Caso venha a sucumbir na presente demanda, pede que sejam reduzidos os percentuais totais das penalidades (multa de mora e acréscimo moratório) a 1% do valor do imposto devido, “alertando que tal requerimento tem como base legal a proibição de confisco (CF, art. 150, IV) e a graduação da penalidade prevista no art. 112, IV, do CTN, jamais na Lei nº 9.298/96 que foi citada apenas e tão somente para reforçar os argumentos da defendente (*ad argumentandum*)”.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 34 e 35), combate a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, alegando que as multas indicadas no lançamento, nos percentuais de 50% e 60%, estão previstas no artigo 42, inciso II, alíneas “a”, “b” e “d”, da Lei nº 7.014/96, podendo ser reduzidas no caso de recolhimento do débito nos prazos estipulados no Anexo do Demonstrativo de Débito (fl. 5).

Acrescenta que a defesa é meramente procrastinatória e que o contribuinte poderia ter quitado o valor principal e respectivos acréscimos moratórios, já que a discussão está limitada apenas às multas, uma vez que se trata de imposto escriturado em seus próprios livros fiscais.

No mérito, aduz que o autuado não carregou aos autos nenhuma prova capaz de elidir a acusação fiscal, “mesmo porque os créditos são líquidos e certos em favor do Erário Público”.

Por fim, lembra que a declaração de inconstitucionalidade, como pretende o sujeito passivo, não se inclui na competência dos órgãos julgadores e pede a procedência do Auto de Infração.

## VOTO

O autuado, em sua peça defensiva, argumentou que as multas mencionadas são confiscatórias e, portanto, inconstitucionais, entretanto, ressalto que, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Ademais, as penalidades indicadas no lançamento, nos percentuais de 50% e 60%, são aquelas previstas para as irregularidades apontadas (no artigo 42, inciso I, alínea “a” e inciso II, alíneas “b” e “d”, da Lei nº 7.014/96).

No mérito, o presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS lançado pelo próprio contribuinte em seus livros fiscais, que deixou de ser recolhido ou foi recolhido a menos (infrações 1 e 2) e em decorrência da falta de antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições de mercadorias enquadradas no citado regime e oriundas de outros Estados (infração 3).

O autuado não apresentou nenhum argumento ou prova capaz de desconstituir o lançamento e, sendo assim, deve ser aplicada a regra do artigo 143, do RPAF/99: “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Quanto ao pedido do contribuinte, de redução das multas por descumprimento de obrigação principal (50% e 60%), este órgão julgador não tem a competência para apreciá-lo, devendo o mesmo ser dirigido à Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do § 1º do artigo 169 c/c o artigo 159, do RPAF/99.

Pelo exposto, 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 110427.0005/04-2**, lavrado contra **BIKURE SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$80.125,59**, acrescido das multas de 50% sobre R\$75.278,36 e 60% sobre R\$4.847,23, previstas no art. 42, I, “a” e II, “b” e “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR