

PROCESSO - A. I. N° 279104.0006/04-1
RECORRENTE - DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF n° 0099-01/05
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 30/06/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0221-12/05

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE RETENÇÃO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. **b)** IMPOSTO RETIDO. RECOLHIMENTO A MENOS, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. O Autuado não apresentou quaisquer elementos que possibilassem desconstituir a exigência fiscal. Infrações caracterizadas. Rejeitados os requerimentos de perícia e diligência. Não acolhida a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado, que se insurge contra a Decisão da 1ª JJF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 22/12/2004, que impõe ao autuado as seguintes infrações:

1. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a junho de 2004, exigindo ICMS no valor de R\$193.231,03;
2. Reteve e recolheu a menor o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, em decorrência de divergências entre seu arquivo magnético – registro 53 e livro Registro de Apuração do ICMS e seus recolhimentos, nos meses de janeiro a dezembro de 2003 e janeiro a junho de 2004, exigindo ICMS no valor de R\$237.398,44.

Julgado em Primeira Instância, o Auto de Infração foi declarado Procedente, pelas seguintes razões:

“O presente Auto de Infração exige imposto do autuado por ter deixado de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento e o ter feito a menor, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O autuado questionou a constitucionalidade do regime de substituição tributária e da aplicação da Taxa SELIC, entretanto, a declaração de constitucionalidade não se inclui na competência deste CONSEF, conforme estabelece o art. 167, I do RPAF/99.

O autuado requereu perícia contábil ou diligência ao estabelecimento do autuado para verificar todos os documentos relacionados às notas fiscais objeto da Infração 2 sob o argumento de que é elevado o número de notas fiscais e de cópias dos respectivos livros fiscais e guias pagas, não tendo podido trazer todos os documentos aos autos e tendo feito a prova apenas por amostragem.

Verifico que o autuado não trouxe aos autos nenhum documento que indicasse haver erro nos demonstrativos elaborados pelo autuante anexados aos autos, demonstrando a necessidade

de diligência ou perícia. Portanto, indefiro as solicitações de diligência e perícia, com base no art. 147, I e II do RPAF/99, pois entendo que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de minha convicção a respeito da matéria bem como por entender desnecessária em vista dos demonstrativos anexados pelo autuante.

No mérito, constato que o autuado não trouxe nenhuma prova de existência de qualquer equívoco nos demonstrativos anexados aos autos pelo autuante, os quais caracterizam as infrações de forma detalhada. Ressalto que o autuado recebeu o demonstrativo elaborado pelos autuantes individualizando cada documento fiscal com o respectivo valor do ICMS devido, onde se vislumbra as diferenças mensais com o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS efetivamente recolhido. Desta forma, a teor do art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não o exime de elidir a acusação fiscal, sendo subsistentes ambas as infrações.

Verifico ainda que foram indicados o percentual de 60% e o art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96 na aplicação da multa referente à Infração 02. Contudo, a acusação fiscal não se refere à falta de retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, mas ao recolhimento a menor do imposto retido, o que enseja a aplicação da multa prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, no valor percentual de 150%.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão de 1^a Instância, o autuado interpôs o Recurso Voluntário que ora se examina e que aqui transcrevo:

“Esclarece que da análise das infrações acima descritas verifica-se que o senhor fiscal autuou o recorrente em razão:

- 1) *da falta de retenção de ICMS em razão do regime de substituição tributária ao qual estão sujeitos alguns produtos fabricados pelo autuado;*
- 2) *retenção e recolhimento a menor de ICMS.*

No entanto, discorda o recorrente do Auto de Infração, impugnando-o. Tendo o Acórdão proferido pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal, julgado integralmente Procedente o Auto de Infração, ora combatido, bem como majorado a multa aplicada sobre a Infração 2 para 150%. Contra tal Decisão, o recorrente vem apresentar suas razões de Recurso Voluntário, as quais deverão ser amplamente providas por essa 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, conforme se demonstrará a seguir.

A princípio o recorrente alega a inconstitucionalidade do §7º do art. 150 da Constituição Federal, motivo pelo qual, acredita que o Auto de Infração deve ser cancelado, dando consequentemente Provimento ao seu Recurso Voluntário.

Da falta de análise dos documentos fiscais – Infração 2.

Em relação à infração 2, onde o autuante cobra retenção e recolhimento a menor de ICMS nas operações com mercadorias enquadradas na substituição tributária, conforme valores obtidos no livro Registro de Apuração de ICMS e valores informados no arquivo magnético – registro 53.

Alega o autuado que embora consciente da ilegalidade e inconstitucionalidade do regime de substituição tributária, o recorrente efetuou, corretamente, a retenção e o pagamento dos valores constantes da infração 2.

Diz que o autuante limitou-se a examinar superficialmente os arquivos magnéticos do recorrente, que por algum motivo deixou de apresentar os lançamentos das notas fiscais questionadas e, consequentemente, não se verificou a retenção e o recolhimento corretos do ICMS relativo a tais notas.

No entanto, conforme se verifica da análise da nota fiscal já trazida aos autos pelo recorrente em sua peça de impugnação, bem como do livro em que foi escriturada e da respectiva guia de recolhimento do imposto, o tributo foi corretamente apurado, retido e recolhido.

Ocorre que o número de notas e cópia dos respectivos livros e guias pagas é tão grande que o recorrente não pôde trazer todos os documentos aos autos, fazendo a prova apenas por amostragem, e requerendo, desde já, seja determinada perícia contábil, ou seja, procedida à diligência na empresa a fim de verificar todos os documentos relacionados às notas fiscais, objetos da infração 2 do Auto de Infração ora combatido.

Ainda que se entenda pela manutenção da autuação, o que se admite apenas como forma de argumentação, não há como prevalecer a majoração da multa para 150%, tendo em vista não ter havido retenção de ICMS seguida de recolhimento a menor, mas suposta retenção e recolhimento a menos, bem como não há como prevalecer a atualização dos débitos do recorrente por meio da aplicação da taxa SELIC.

DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, demonstrada a extinção de parte do crédito tributário lançado e a inexigibilidade da outra parte, resta evidenciado que o Auto de Infração ora recorrido é totalmente improcedente, ferindo, assim, o princípio da verdade material, o qual deve nortear os atos da administração pública. Requer digne-se essa Colenda Câmara de determinar o cancelamento do Auto de Infração, dando-se total provimento ao presente Recurso, declarando-se a nulidade dos lançamentos efetuados e determinando-se o arquivamento do referido processo.

Caso assim não entenda essa Colenda Câmara de Julgamento Fiscal, solicita o recorrente o cancelamento da majoração da multa sobre a Infração 2 para 150%, tendo em vista tratar-se de suposta retenção e recolhimento a menor, nos termos da Lei Estadual nº 7.014/96, artigo 42, inciso, II, alínea “e”, bem como a redução dos valores ora exigidos, haja vista os argumentos acima talhados.

Protesta ainda pela produção de prova pericial para comprovar a natureza dos produtos objeto das alegações apresentadas, bem como pela ulterior juntada dos documentos comprobatórios dos fatos narrados no presente Recurso Voluntário e seja convertido em diligência.”

A PGE/PROFIS, através de sua digna representante, analisou o Recurso Voluntário e conclui que da análise dos autos, verificou que as infrações estão baseadas em dispositivo legal vigente, qual seja, o art. 8º da Lei nº 7.014/96 que tem seu fundamento no art. 150, §7º da CF/88 introduzido pela EC de 1993.

Diz que as alegações de constitucionalidade não podem ser analisadas pelo CONSEF, em razão do quanto disposto no art. 167 do RPAF/99.

Porém, convém reafirmarmos a validade do procedimento adotado, pois, como dito, encontra firme amparo legal e constitucional.

A jurisprudência tem reconhecido em reiteradas Decisões a legalidade da substituição tributária.

Quanto à infração 2, observa que os documentos trazidos, ainda que por amostragem, não motivam a diligência requerida. Entende que o recorrente não apresenta elementos suficientes para se determine a diligência solicitada.

Observa que o autuante demonstrou de forma objetiva as divergências entre os valores informados através os arquivos magnéticos, precisamente, os de código 53, e os valores registrados no livro de Apuração do Imposto. Neste caso, cabe ao autuado demonstrar os equívocos nos números entregues por ele ao Fisco por meios magnéticos. Além do que a multa aplicada pela Douta JJF está correta, à razão de 150%, pois restou demonstrada a retenção e recolhimento a menor.

Quanto a alegação referente a taxa SELIC, a Lei nº 9250/95 prevê, nos termos da autorização do art 161 do CTN, que esse será o instrumento para aplicação dos juros de mora.

Diante do exposto, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, por entender que as alegações de constitucionalidade não podem ser analisadas pelo CONSEF, em razão do quanto disposto no art. 167 do RPAF/99. Reafirmo a validade do procedimento fiscal adotado, pois encontra firme amparo legal e constitucional. A jurisprudência tem reconhecido em reiteradas decisões a legalidade da substituição tributária.

Verifico que o autuado não trouxe aos autos nenhum documento que indicasse haver erro nos demonstrativos elaborados pelo autuante, anexados aos autos, demonstrando a necessidade de diligência ou perícia. Portanto, indefiro as solicitações de diligência e perícia, com base no art. 147, I e II do RPAF/99, pois entendo que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de minha convicção a respeito da matéria bem como por entender desnecessária em vista dos demonstrativos anexados pelo autuante.

No mérito, constato que o autuado não trouxe nenhuma prova de existência de qualquer equívoco nos demonstrativos anexados aos autos pelo autuante, os quais caracterizam as infrações de forma detalhada. Ressalto que o autuado recebeu o demonstrativo elaborado pelos autuantes individualizando cada documento fiscal com o respectivo valor do ICMS devido, onde se vislumbra as diferenças mensais com o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS efetivamente recolhido. Desta forma, a teor do art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não o exime de elidir a acusação fiscal, sendo subsistentes ambas as infrações.

Verifico, ainda, que foi indicado o percentual de 60% e o art. 42, II, “e” da Lei nº 7.014/96 na aplicação da multa referente à Infração 2. Contudo, a acusação fiscal não se refere à falta de retenção do ICMS na qualidade de sujeito passivo por substituição, mas ao recolhimento a menos do imposto retido, o que enseja a aplicação da multa prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, no valor percentual de 150%.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento e NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 279104.0006/04-1, lavrado contra **DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$237.398,44**, acrescido das multas de 60% sobre R\$193.231,03 e 150% sobre R\$44.167,41, previstas no art. 42, II, “e” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de junho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ HILTON DE SOUZA CRUZ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS