

PROCESSO - A. I. Nº 269094.0128/05-0
RECORRENTE - INDÚSTRIA DE TINTAS HIDRA COLOR LTDA. (TINTAS HIDRA COLOR)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0034-02/06
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 16/11/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0385-11/06

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES DE VENDAS DE MERCADORIAS. FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS E EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS COM VALOR INFERIOR AO VALOR DA OPERAÇÃO. 2. VENDAS DE MERCADORIAS. OPERAÇÕES SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Imputações não questionadas pelo sujeito passivo em relação ao mérito das matérias objeto da autuação. Falece competência ao órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade na legislação tributária estadual. Recurso **NÃO PROVIDO**. Adequação, de ofício, da multa relativa à infração 1, de 100% para 70%. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 01/09/2005, pela constatação da ocorrência dos seguintes fatos:

1. recolhimento a menor do ICMS, decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis em razão de emissão de nota fiscal com valores inferiores as operações e de vendas de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal. Sendo cobrado imposto no valor de R\$450.916,24 e aplicada a multa de 100%;
2. falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Sendo cobrado imposto no valor de R\$30.916,28 e aplicada a multa de 60%;

Do julgamento efetuado pela ilustre 2ª JJF, ao início revelam haver a constatação de que há mais de noventa dias após a apresentação de sua peça defensiva, o autuado não carrearou aos autos qualquer manifestação acerca do mérito das acusações fiscais objeto do Auto de Infração, ora em lide.

E que, não tendo o autuado contestado nenhuma das infrações do presente PAF, prevalece o disposto no art. 142, do RPAF/99, ou seja, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, resulta na presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Aduzem que da inexistência da lide, ficam os senhores julgadores tolhidos de adentrar ao mérito das acusações fiscais.

Abordam à extensiva e minudente argumentação apresentada pelo autuado em seu arrazoado defensivo, fulcrado exclusivamente em abrandar o efeito da multa aplicada, ou seja, obter a redução dos percentuais de 100% e 60%, aplicados, respectivamente, às infrações 01 e 02.

Verificam que referidas multas, estão corretamente tipificadas na forma determinada pelas alíneas “f” e “e”, respectivamente, dos incisos IV e II, ambos do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao pleito do autuado para redução do percentual das multas, sob a alegação de serem seus valores elevados em demasia e violarem os princípios constitucionais da vedação ao confisco e da capacidade contributiva, esclarece a ilustre Junta que, não obstante as alegações defensivas, quanto ao efeito confiscatório propriamente dito da multa aplicada, estarem

impedidos de manifestar-se a respeito, em face da limitação legal imposta às Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF, concernente à apreciação de matéria que envolva cunho constitucional.

Concluem dos exames realizados nas peças dos presentes autos, a regularidade dos procedimentos adotados pela fiscalização, além do correto enquadramento legal das infrações e da adequada tipificação das multas aplicadas.

Julgam pela Procedência do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário apresentado, novamente observaram-se considerações a respeito do feito igualmente as vindas na irresignação inicial da defesa. O mérito da autuação continuou não observado ou discutido pelo recorrente.

Na longa exposição apresentada pelos advogados prepostos do recorrente, foram apreciados unicamente os percentuais das multas aplicadas, matéria esta atinente exclusivamente à legislatura.

Encerra seu pedido adiantando com respeito à equidade, a ausência de má-fé do contribuinte, e à flagrante inconstitucionalidade das multas aplicadas, rogando pela revisão das mesmas, no sentido de que sejam reduzidas para a casa dos 20%, condizentes com os ditames constitucionais, sendo esta, no seu entendimento, a melhor forma de aplicação do direito.

A PGE/PROFIS, apresenta opinativo da lavra do ilustre procurador, dr. José Augusto Martins Junior, nos termos do art. 119, § 1º do COTEB, pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário apresentado.

Aduz que o conjunto probatório acostado aos autos confirma à saciedade as infrações imputadas no lançamento de ofício em tela.

Indica que o contribuinte não se desincumbiu de provar contrariamente aos autos, limitando-se à contestação administrativa genérica, restringindo-se a apontar inconformidade com a multa aplicada, sem abordar o mérito do lançamento, de maneira que o opinativo ora apreciado, cinge-se à questão da legalidade da multa aplicada *“in casu”*.

E que não há como se discutir a onerosidade da multa, dado que a conduta do recorrente se enquadra perfeitamente ao tipo infracional previsto na Legislação Tributária Estadual. A legislação estipula a multa, cabendo ao Executivo, em cumprimento, aplicá-la, sem existir qualquer poder discricionário de entendê-la elevada ou insuficiente.

VOTO

O presente PAF reveste o lançamento de ofício, que culminou com a lavratura de duas infrações, relativas, respectivamente; a primeira ao resultado de levantamento fiscal, o qual, cotejado com a documentação fiscal e com as informações econômico-fiscais, revelou simultaneamente duas irregularidades, a da prática sistemática de subfaturamento e a de vendas de mercadorias sem a documentação fiscal prevista em Lei; a segunda infração concerne a não retenção com conseqüente não recolhimento do imposto na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes nas vendas a contribuintes situados neste Estado.

Nas oportunidades dadas à defesa, prepostos advogados do recorrente manifestaram-se unicamente com relação às multas aplicadas, por entenderem-nas onerosas, confiscatórias, e que consoante pesquisas nas citadas legislações, concluíram que referidas multas deveriam ficar situadas ao redor de 20%.

Não adentraram ao mérito do lançamento, ou mesmo conduziram ao PAF elemento novo qualquer capacitado à revisão da Decisão recorrida.

Quanto ao pleito do recorrente, de redução das penalidades para 20%, não merece ser acolhido, haja vista que não se insere na competência deste órgão julgador a redução de multa por obrigação principal.

Transcrevo na oportunidade, a essência do opinativo nestes autos trazido pelo ilustre procurador, qual seja: *“A legislação estipula a multa, cabendo ao Executivo, em cumprimento, aplicá-la, sem existir qualquer poder discricionário de entendê-la elevada ou insuficiente.”*

No mérito, restou claro que o contribuinte, em nenhum momento, contestou os valores apresentados na autuação, devendo ser aplicado, assim, o previsto no artigo 142, do RPAF/99: a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Todavia, há que se observar que o autuante realizou, em referência à infração 1, um levantamento fiscal, com base nos valores indicados em pedidos de compras, cópias de cheques, duplicatas emitidas e resumos de conferência de cargas, além dos livros nos quais foram registradas as transações comerciais - documentos apreendidos judicialmente no estabelecimento do autuado -, comparando-os com as importâncias consignadas nas notas fiscais emitidas pelo sujeito passivo. A partir do confronto entre o faturamento real apurado (oriundo das receitas totais de vendas de mercadorias), e a receita já oferecida à tributação, o preposto fiscal constatou a ocorrência de operações de saídas de mercadorias, com tributação normal e enquadradas na substituição tributária, realizadas com subfaturamento ou sem a emissão da documentação fiscal competente. Ressalte-se que as operações de saídas de mercadorias efetivadas com subfaturamento não foram quantificadas, servindo os documentos acostados aos autos apenas para demonstrar a existência da sonegação fiscal. Sendo assim, entendo que a multa de 100% indicada no lançamento está em desacordo com o trabalho desenvolvido neste lançamento, devendo ser aplicada, ao revés, a multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, que assim dispõe:

Art. 42

III - 70% (setenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;

Por outro lado, também devem ser feitas algumas ressalvas no trabalho de apuração do ICMS efetuado pelo autuante em relação à infração 1 desta autuação. Em suas notas explicativas (fls. 19 e 20), o preposto fiscal esclareceu que, tendo em vista que o autuado se encontrava inscrito como empresa de pequeno porte, na qualidade de industrial, e que a “esmagadora maioria” de suas vendas era direcionada a microempresa, estava aplicando a alíquota de 7% no cálculo do imposto com fundamento no artigo 51, inciso II, alínea “c”, do RICMS/97.

Ocorre que o RICMS/97 estabeleceu, durante todo o período fiscalizado (apenas com pequenas alterações na redação), o seguinte:

Art. 51. *Não se aplicará o disposto no inciso I do artigo anterior, quando se tratar das mercadorias e dos serviços a seguir designados, cujas alíquotas são as seguintes:*

I - 7% nas operações com:

(...)

c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste Estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, exceto em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária (art. 353, II e IV) e de mercadorias consideradas superfluas (alíneas “a” a “j” do inciso II do presente artigo);

§ 1º *Para efeito e como condição de aplicação da alíquota de 7%, em função do previsto na alínea “c” do inciso I deste artigo:*

II - o estabelecimento industrial ou a este equiparado na forma do inciso anterior obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez da de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.

Ora, como foi constatado no levantamento da fiscalização que o contribuinte praticou operações de circulação de mercadorias com valores subfaturados e sem a emissão da competente nota fiscal, torna-se impossível verificar qual o destinatário das mercadorias saídas sem tributação. Mesmo que se pudesse comprovar que foram destinadas a microempresas, ainda assim, não restou demonstrado que o autuado repassou ao destinatário das mercadorias, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício da redução de alíquota (de 17% para 7%). Assim, considero que o ICMS devido nesta autuação deveria ter sido calculado à alíquota de 17%, mesmo em se tratando de empresa de pequeno porte, conforme previsto no artigo 19, da Lei nº 7.357/98 (Lei do SimBahia).

Além disso, houve um outro equívoco do autuante em seu levantamento fiscal, no cálculo dos créditos que deveriam ter sido deduzidos do imposto devido, já que foi aplicado o percentual de 3% sobre a base de cálculo apurada (fl. 17), percentual não previsto na legislação vigente. Ao revés, deveria ter sido utilizado o percentual de 8% sobre o valor da saídas computadas na apuração do débito do imposto, nos termos do § 1º do artigo 19 da citada Lei nº 7.357/98.

A fim de apurar o real montante de ICMS a ser exigido, refiz o demonstrativo de fl. 17, uma vez que os valores não foram impugnados pelo sujeito passivo, da seguinte maneira:

PERÍODO	B. DE CÁL. APURADO	ICMS 17%	CRÉDITO 8%	ICMS DEVIDO	ICMS PAGO	ICMS A RECOLHER	ICMS EXIGIDO	ICMS A EXIGIR
2000	1.105.752,20	187.977,87	88.460,18	99.517,70	2.190,00	97.327,70	42.040,09	55.287,61
2001	1.561.258,12	265.413,88	124.900,65	140.513,23	2.190,00	138.323,23	58.170,32	80.152,91
2002	2.342.885,73	398.290,57	187.430,86	210.859,72	2.190,00	208.669,72	89.355,43	119.314,29
2003	2.518.458,46	428.137,94	201.476,68	226.661,26	2.190,00	224.471,26	90.299,33	134.171,93
2004	3.734.215,26	634.816,59	298.737,22	336.079,37	2.190,00	333.889,37	125.692,56	208.196,81
Jan a Mar 2005	1.116.023,10	189.723,93	89.281,85	100.442,08	2.190,00	98.252,08	45.358,51	52.893,57
TOTAL						1.100.933,36	450.916,24	650.017,12

Pelo exposto, represento à autoridade fazendária competente para que, em Auto de Infração complementar, efetue o lançamento dos valores das diferenças de R\$55.287,61 (2000), R\$80.152,91 (2001), R\$119.314,29 (2002), R\$134.171,93 (2003), R\$208.196,81 (2004) e R\$52.893,57 (janeiro a março de 2005), conforme demonstrado acima.

Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, retificando, de ofício, o percentual da multa indicado na infração 1 para 70%.

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 **269094.0128/05-0**, lavrado contra **INDÚSTRIA DE TINTAS HIDRA COLOR LTDA. (TINTAS HIDRA COLOR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$481.832,52**, acrescido das multas de 70% sobre R\$450.916,24 e 60% sobre R\$30.916,28, previstas no art. 42, III e II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS