

A. I. Nº - 102148.0012/07-3  
AUTUADO - GIULLIANO NÓBREGA MALTA  
AUTUANTE - MARCOS VENICIUS BARRETO MAGALHÃES  
ORIGEM - INFAS VAREJO  
INTERNET - 28. 06. 2007

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0178-01/07**

**EMENTA: ICMS.** SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. Imposto recolhido a menos, apurado no mesmo período do arbitramento constante da infração 06. Infração insubstancial. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. Multa por descumprimento de obrigação acessória, não contestada. Infração subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS EFETUADAS POR EMPRESA DE PEQUENO PORTE COMERCIAL VAREJISTA. a) RECOLHIMENTO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. De acordo com a legislação da época, a microempresa comercial varejista, ao adquirir mercadorias de outras unidades da Federação, deveria efetuar o pagamento do ICMS por antecipação até o dia 10 do mês subsequente ao da sua entrada no seu estabelecimento. Não houve contestação. Infrações subsistentes. 4. ARBITRAMENTO. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. O autuado não apresentou notas fiscais e livros contábeis obrigatórios. Não houve contestação do arbitramento. Infração subsistente. 5. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES RECOLHIDOS E LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Imposto recolhido a menos, apurado no mesmo período do arbitramento constante da infração 05. Infração insubstancial. Não foram apreciadas as arguições de constitucionalidade por estarem fora do âmbito de competência deste órgão julgador. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/03/2007, exige o débito total no valor de R\$ 180.007,66, em razão das seguintes irregularidades:

1 – Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no Regime Simplificado de apuração do ICMS, nos meses de agosto e outubro a dezembro de 2002, abril a julho e dezembro de 2003 e agosto a novembro de 2004, no valor de R\$ 1.225,32, com aplicação da multa de 50%.

2 – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), no exercício de 2002, com aplicação da multa de R\$ 140,00.

3 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, nos meses de julho a agosto e outubro a dezembro de 2004, no valor de R\$ 14.351,89 com aplicação da multa de 50%.

4 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de março a maio e setembro de 2004, no valor de R\$ 11.863,11, com a aplicação da multa de 50%.

5 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal e contábil, nos exercícios de 2002, 2003 e 2004, no valor de R\$ 152.412,71, com aplicação da multa de 100%.

6 – Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS, em janeiro de 2002, no valor de R\$ 14,63, com aplicação da multa de 60%.

O autuado às fls. 334 a 340, apresenta, através de seu representante legal, a impugnação ao presente Auto de Infração, sob o argumento de que a Secretaria da Fazenda tem aplicado multas de 50% a 100% do suposto crédito tributário efetivamente devido, o que, conforme ele, se configura em um verdadeiro confisco.

Amparado neste argumento, alega a inconstitucionalidade relativa à aplicação das referidas multas, com base no que dispõe o art. 145, §1º e 150, IV da Constituição Federal de 1988. Além, segundo ele, de ferir os princípios que norteiam o Direito Tributário, a Recorrente ressalta os da vedação do confisco e o da capacidade contributiva.

Trás a ADIMC nº 551 – RJ, a AC Nº 1999.01.00.014514-0-MG, AC nº 2000.36.00.010603-1/MT, AC nº 2001.38.00.0397447-3-MG, a MAS nº 79.835 – PE, e a MAS n. 81761 – PE, para amparar o seu argumento de inconstitucionalidade, tendo em vista o não cabimento da aplicação das multas aplicadas pela Secretaria da Fazenda, por ter caráter confiscatório e ferir a capacidade contributiva.

Reproduz o entendimento dos Desembargadores Federais Ridalvo Costa e Lázaro Guimarães, buscando, da mesma forma, ratificar seu argumento.

Pede, por fim, a anulação do presente Auto de Infração.

O autuante à fl. 350 dos autos, informa que a multa foi aplicada em conformidade com o disposto na Lei nº 7014/96, e que não está no âmbito de sua competência dar informações sobre tal matéria.

## VOTO

Após a análise dos elementos trazidos aos autos, verifico que o impugnante, através de seu representante legal, centrou sua defesa exclusivamente na inconstitucionalidade das multas aplicadas pela Secretaria da Fazenda, relativas ao presente Auto de Infração, trazendo decisões dos tribunais e dispositivos constitucionais para demonstrar que as referidas multas são confiscatórias. Além de ferir o princípio da capacidade contributiva.

Inicialmente, cabe ressaltar que a teor do disposto no art. 167 do RPAF/99, está fora do âmbito de competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade, razão pela qual me abstendo em analisar as argüições de inconstitucionalidade que se restringiu a defesa.

Em relação à legalidade da aplicação da multa, cabe ratificar os argumentos do autuante de que as multas aplicadas, às infrações em lide, estão em conformidade com a Lei nº 7.014/96, que rege a matéria.

Considerando que o autuado não rebate o mérito das infrações apontadas pelo autuante, resta entender que os fatos alegados, para todas as infrações, não foram contestados, sendo admitidos como verídicos, conforme dispõe o art. 140 do RPAF/BA.

Apesar de não haver contestação ao mérito das infrações apontadas, após análise mais detalhada do presente lançamento de ofício, foi necessário efetuar alguns ajustes em relação às infrações 1 e 06, além de considerações adicionais em relação à infração 05.

A infração 05 reclama para os períodos de 2002, 2003 e 2004, o recolhimento do ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, em virtude da falta de apresentação ao fisco de documentação fiscal (notas fiscais de entrada e saída nos exercícios de 2002 e 2003, e parte do exercício de 2004) e livro contábil (exercícios de 2002, 2003 e 2004), no valor de R\$ 152.412,71, com aplicação da multa de 100%.

Verifiquei que os recolhimentos a menos reclamados nas infrações 01 e 06 deveriam estar contemplados no arbitramento efetuado pelo autuante, já que o arbitramento apura a base de cálculo do imposto devido dos períodos reclamados por estas infrações. Não cabe, portanto, a coexistência das duas infrações, devendo serem excluídas do presente lançamento de ofício as infrações 01 e 06.

Ocorre, que o autuante antes de apurar o imposto devido através do arbitramento (infração 05) deduziu os valores reclamados das referidas infrações (01 e 06), em relação, apenas, ao exercício de 2002, conforme pode ser verificados à fl. 291 dos autos (R\$ 37.814,89 – 769,95 – 14,63 = R\$ 37.030,31). Caberia, diante desse fato, a exclusão dessas deduções do valor apurado no arbitramento do exercício de 2002.

Essas exclusões resultariam, entretanto, em um novo valor devido para o exercício de 2002 de R\$ 37.814,89, relativo à infração 05, maior, portanto, do que o valor originalmente reclamado (R\$ 37.030,31).

Não cabe reclamar a infração 05 com o aumento do valor maior do que o constate do Auto de Infração, pois importaria em uma modificação para mais do elemento quantitativo do foto gerador, só, possível através de um novo lançamento de ofício, que ora sugerido.

Sendo assim, o Auto de Infração sofreu as seguintes modificações:

- a) exclusão das infrações 01 e 06, nos respectivos valores de R\$ 1.225,32 e 14,63;
- b) manutenção do restante das infrações e seus respectivos valores originalmente reclamados.

As alterações, acima alinhadas no presente Auto de Infração, resultam na modificação do valor total reclamado de R\$ 180.007,66 para R\$ 178.767,71.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 102148.0012/07-3, lavrado contra **GIULLIANO NÓBREGA MALTA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$178.767,71**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 26.215,00 e 100% sobre R\$ 152.412,71, previstas no art. 42, inciso I, alínea “b”, item 1 e IV, “i”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 140,00**, prevista no inciso XVIII, alínea “c” da lei e artigo citado, e dos acréscimos moratórios, conforme estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR