

A. I. Nº - 115484.0002/07-7
AUTUADO - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
AUTUANTE - GISÉLIA RIBEIRO GUIMARÃES
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 24/07/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0233-03/07

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração comprovada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, devendo ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a de saídas. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO DE SAÍDA INTERNA POR TRANSFERÊNCIA. UTILIZANDO ALÍQUOTA INTERESTADUAL. Nas operações internas, em que os remetentes e os destinatários das mercadorias estejam situados neste Estado a alíquota prevista é 17%. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/04/2007, refere-se à exigência de R\$331.959,24 de ICMS, acrescido das multas de 50%, 60% e 70%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, dos meses de novembro e dezembro de 2004. Valor do débito: R\$121.303,03.
2. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadoria em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2004, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Valor do débito: R\$89.353,18.
3. Recolheu a menos o ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de novembro e dezembro de 2004. Valor do débito: R\$121.303,03

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 430 a 438), alegando que a autoridade fiscal cometeu irregularidades e contradições, o que não torna legítimo o crédito tributário por falta de liquidez e certeza. Diz que a descrição pormenorizada é atribuição que compete exclusivamente à autoridade administrativa, no caso a autuante, sob pena de causar ofensa à ampla defesa e ao contraditório, assegurados na Constituição Federal. Salienta que na infração 02, a autuante calculou o valor do imposto exigido sem considerar a entrada de mercadorias no estabelecimento, que gera direito ao correspondente crédito fiscal. Da mesma forma, a infração 03, na medida em que a autuante não identificou quais foram as mercadorias tratadas nas operações autuadas que dariam condição para o impugnante identificar se tais operações foram, de fato, tributadas pela alíquota de 17% ou outra menor, e esta irregularidade denota, iliquidez e incerteza da autuação fiscal, justificando a sua improcedência. Assegura que a falta de indicação da operação praticada pelo impugnante, não proporciona elementos suficientes

para o contribuinte se defender de tal acusação, uma vez que não há como se vislumbrar se de fato houve erro na aplicação da alíquota. Assim, o defendente entende que se impõe a descaracterização das infrações do presente Auto de Infração, bem como da penalidade aplicada. O defendente informa que recolheu o ICMS, ao contrário das alegações da autuante, e bastaria uma análise dos documentos de arrecadação que diz ter acostado aos autos para se constatar que foram recolhidos espontaneamente os valores do ICMS referentes ao período de setembro a dezembro de 2004, não havendo que se falar em insuficiência de pagamento. Assegura que as operações foram regularmente escrituradas em todo o período, não podendo, sob qualquer ótica, prevalecer a acusação fiscal, de que parte não foi escriturada e outras, ainda que foram, implicaram em pagamento parcial do ICMS. Salienta que todos os documentos e livros fiscais foram colocados à disposição da fiscalização, e que não houve erro ou falha de escrituração que pudesse dar ensejo às supostas irregularidades apontadas no Auto de Infração. Diz que, “só em tributos sobre vendas recolheu em 2006 cerca de dois bilhões de reais” e em relação ao estabelecimento autuado, no período fiscalizado, foram efetuados significativos recolhimentos do ICMS, e por isso, entende que não pode ser punido, argumentando que a autuante deveria ter analisado a documentação para que constasse que há os mencionados pagamentos, ou seja, o tributo foi recolhido no prazo conferido pela legislação, extinguindo-se a obrigação tributária, nos termos do art. 156, I, do Código Tributário Nacional. Lembra que a fiscalização teve acesso a todos os documentos do impugnante e deveria ter lastreado a acusação fiscal com provas inequívocas, não podendo alegar que desconhecia a documentação do autuado. Assim, reitera o entendimento de que o presente Auto de Infração deve ser cancelado e determinado o seu arquivamento, para que não gere quaisquer efeitos. Fala da natureza das relações jurídicas, e afirma que a infração e a penalidade têm, necessariamente, uma correlação. Diz que a exigência de multa em percentuais elevados representa um verdadeiro excesso de exação, porque pune confiscatoriamente o contribuinte, por ter adotado procedimento absolutamente legítimo, inclusive amparado por normas e princípios constitucionais e legais. Portanto, o defendente alega que os percentuais das multas aplicadas nas infrações 01, 02 e 03 revelam medida de confisco, e para fins de argumentação, diz que, ainda que seja admitida a regularidade do lançamento, as multas exigidas devem ser consideradas como ostensivamente confiscatórias, porque o seu valor não guarda qualquer respaldo do ponto de vista infracional. Salienta que o critério confiscatório do tributo e da multa está na total desproporcionalidade entre o valor da imposição e o valor tributável ou entre o valor do imposto devido. Entende que ficou provado que não houve qualquer prejuízo aos cofres do Estado, por parte de um contribuinte que sempre honrou com todos os seus compromissos e não há qualquer fundamento a exigência do principal e também confiscar-lhe o patrimônio por meio da aplicação da mencionada multa. Cita ensinamentos do Professor Sacha Calmon Navarro Coelho, e decisões do Supremo Tribunal Federal, e após reproduzir as infrações 01 e 02, transcreve os artigos do RICMS/BA indicados na autuação fiscal como infringidos, e assegura que em nada infringiu a legislação fiscal, reafirmando que todos os recolhimentos do ICMS foram devidamente efetuados. Apresenta o entendimento de que em relação às irregularidades indicadas no presente Auto de Infração a autuante deixou de detalhar e demonstrar com clareza e perfeição as infrações cometidas pelo autuado, em estrita inobservância ao art. 142 do CTN. Por fim, o defendente requer seja reconhecida a nulidade do presente lançamento, cancelando-se em decorrência a autuação, e na hipótese de não serem acolhidas as preliminares, requer o impugnante que no mérito, seja reconhecida a insubsistência da totalidade do presente Auto de Infração. Protesta pela posterior juntada de documentos, tendo em vista o grande volume de operações realizadas a que está submetido.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 483 a 486 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que a autuação fiscal foi realizada a partir dos documentos, livros e arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado; as infrações cometidas estão descritas com os elementos e fundamentação legal pertinentes, e por isso, ratifica todo o procedimento fiscal. Informa que poderá ser comprovado pelas intimações, e-mails, ofícios e documentos acostados às fls. 07 a 35, particularmente as fls. 21/22, em que o autuado responde a uma correspondência da autuante,

comprovando o contrário do que afirma o defendente, de que o “não pode ser punido pela negligência e imprudência do Sr. Agente Fiscal”. Diz que outro fato que lhe chamou a atenção refere-se à afirmação do autuado de que recolheu em 2006 cerca de dois bilhões de reais. Quanto ao argumento defensivo de que as penalidades aplicadas nas infrações revelam medida de confisco, a autuante diz que não lhe compete discutir essa e outras alegações de inconstitucionalidade, uma vez que a lei não se discute.

No que concerne à infração 01, informa que o autuado não contestou a exigência fiscal, mas, como citou a multa alegando ser confiscatória, a autuante apresenta o esclarecimento de que o imposto exigido foi apurado através da conta corrente do ICMS, utilizando os lançamentos efetuados nos arquivos magnéticos (fls. 42 e 43), programa SAFA, nas DMAs e livro RAICMS. Esclarece que as diferenças foram apuradas em virtude de o autuado ter efetuado lançamentos indevidos, sem comprovação da origem ou sem documentação fiscal e ainda, sem constar os tais lançamentos em nenhum outro livro fiscal.

Em relação ao levantamento quantitativo de estoques (infração 02), a autuante argumenta que o procedimento está perfeito e correto, e o autuado não apresentou qualquer prova, questionando apenas o preço médio obtido nas saídas de mercadorias. Salienta que o autuado não tomou conhecimento da ação fiscal, apesar de todo o esforço da autuante em informar e apresentar todos os levantamentos com antecedência, sendo entregues mediante recibo devidamente autenticado. Quanto ao argumento de que se deveria considerar o crédito fiscal nas omissões de saídas, diz que é desnecessário se manifestar.

Infração 03: Diz que o defendente não leu o PAF, uma vez que, se assim fizesse, entenderia que o imposto foi exigido por erro de aplicação da alíquota interna (17%) em operações de saídas e/ou transferências de mercadorias para este Estado, conforme demonstrativo à fl. 329, com indicação de todos os dados necessários para identificação da operação. Informa que a memória de cálculo encontra-se na mídia entregue, conforme planilhas anexadas ao PAF (fls. 330 a 350), sendo acostadas aos autos as cópias do livro Registro de Saídas de Mercadorias (fls. 351 a 405) e cópias por amostragem de Notas Fiscais (fls. 406 a 409). A autuante afirma que o valor apontado no presente processo é de fato devido, foi apurado com lisura, cuidado e responsabilidade, conforme atestado pelo contribuinte às fls. 21/22; todos os demonstrativos foram confrontados com os livros fiscais próprios conforme cópias anexas. Finaliza, pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, sob a alegação de que a descrição pormenorizada é atribuição que compete exclusivamente à autoridade administrativa, no caso a autuante, sob pena de causa ofensa à ampla defesa e ao contraditório, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a primeira infração trata da falta recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de novembro e dezembro de 2004.

O autuado alega que foram recolhidos espontaneamente os valores do ICMS referentes ao período de setembro a dezembro de 2004, não havendo que se falar em insuficiência de pagamento. Entretanto, não foi acostada aos autos qualquer comprovação dos valores exigidos no presente Auto de Infração, apurados através da conta corrente do ICMS, utilizando os lançamentos

efetuados nos arquivos magnéticos e livros fiscais (fls. 46 a 64), inclusive o livro RAICMS, sendo considerados os recolhimentos efetuados e saldo credor do ICMS no período anterior.

Como o autuado não apresentou qualquer elemento capaz de elidir a exigência do imposto, a sua alegação defensiva constitui mera negativa de cometimento da infração, e o que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da exigência fiscal, conforme art. 143, do RPAF/99. Infração subsistente.

Infração 02: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadoria em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2004, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

Observo que o levantamento fiscal está lastreado em documentos e livros fiscais, conforme demonstrativos acostados aos autos (fls. 66 a 328), e o defendente impugnou a exigência fiscal mas não apresentou qualquer elemento para contrapor os dados da autuação, alegando apenas que a autuante calculou o valor do imposto exigido sem considerar a entrada de mercadorias no estabelecimento, que gera direito ao correspondente crédito fiscal. Entretanto, como se trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis não há que se falar em créditos fiscais, e por isso, não é acatada a alegação defensiva, haja vista que os créditos fiscais relativos às entradas de mercadorias já teriam sido utilizados anteriormente.

Concluo que é subsistente a segunda infração, tendo em vista que no exercício fiscalizado, constatou-se diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributáveis, através de levantamento quantitativo de estoques, sendo devido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a de saídas, conforme art. 13, inciso I, Portaria 445/98.

Infração 03: Recolheu a menos o ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de novembro e dezembro de 2004.

O defendente alega que a autuante não identificou quais foram as mercadorias tratadas nas operações autuadas que dariam condição para o impugnante identificar se tais operações foram, de fato, tributadas pela alíquota de 17% ou outra menor, e esta irregularidade denota, iliquidez e incerteza da autuação fiscal, justificando a sua improcedência.

A autuante esclareceu na informação fiscal e está comprovado nos autos que o imposto foi exigido por erro de aplicação da alíquota interna (17%) em operação de saídas e/ou transferências de mercadorias para este Estado (CFOP 5.152), conforme demonstrativos que elaborou, com indicação de todos os dados necessários para identificação da operação. Informa que a memória de cálculo encontra-se na mídia entregue ao contribuinte, sendo acostadas ao PAF as planilhas de fls. 330 a 350, e anexadas também, cópias do livro Registro de Saídas de Mercadorias (fls. 351 a 405) e cópias por amostragem de Notas Fiscais (fls. 406 a 409).

De acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, o que não ocorreu no presente processo, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99). Mantida a exigência fiscal.

Quanto à alegação do defendente de que os percentuais das multas aplicadas nas infrações 01, 02 e 03 revelam medida de confisco, observo que a aplicação da multa é decorrente da falta de pagamento do imposto apurado no levantamento fiscal, e todos os percentuais foram indicados corretamente no Auto de Infração, de acordo com o previsto na Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que este órgão julgador não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta

competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o § 1º, do art. 169, do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Face ao 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 115484.0002/07-7, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$331.959,24**, acrescido das multas de 50% sobre R\$121.303,03, 60% sobre R\$121.303,03 e 70% sobre R\$89.353,18, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR