

A I. N ° - 207349.0001/08-0
AUTUADO - KASINKI FABRICADORA DE VEÍCULOS LTDA.(COFAVA SOC. AMAZONENSE FAB. DE VEÍCULOS LTDA).
AUTUANTES - FÁTIMA FREIRE DE OLIVEIRA SANTOS e VERA LÚCIA ANDION CORTIZO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 30. 10 .2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0352-01/08

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** IMPOSTO RETIDO A MENOS. O impugnante concedeu em suas operações normais descontos incondicionais, descontos esses que, ao invés de deduzir, manteve na base de cálculo para débito do imposto normal devido ao seu Estado de origem. Assim procedendo, aumentou o imposto devido ao seu estado de origem e reduziu a parcela do imposto recolhido ao Estado da Bahia, através do Regime de Substituição Tributária. Infração caracterizada. **b)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. O contribuinte comprovou o recolhimento de parte do ICMS-ST retido, conforme declarado nas GIAs. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhidas as arguições de nulidades e solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 13/02/2008, traz a exigência do ICMS no valor de R\$ 22.432,13, conforme infrações a seguir imputadas:

Infração 01 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta que o autuado calculou o ICMS-ST sem os descontos incondicionados, concedidos nas operações próprias, resultando em recolhimento a menos do imposto devido através do regime de substituição tributária ao Estado da Bahia. ICMS no valor de R\$ 5.674,39, acrescido de multa de 60%, relativo aos meses de janeiro, abril, junho a agosto e novembro de 2003, fevereiro, abril a agosto e outubro de 2004, março a julho de 2005, janeiro e fevereiro de 2006;

Infração 02 – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. Consta que o contribuinte não comprovou o recolhimento do ICMS-ST retido, conforme declarado nas GIAs. ICMS no valor de R\$ 16.757,74, acrescido da multa de 150%, relativo aos meses de outubro de 2004, janeiro a abril, outubro a dezembro de 2005, fevereiro e março de 2006, fevereiro e setembro de 2007.

O autuado, às fls. 143 a 153, alega, em relação à infração 01, que o desconto incondicional constante das notas fiscais, tem o intuito de incrementar as vendas. Assevera que o art. 13 da LC 87/96, dispõe que integra a base de cálculo do ICMS, apenas os descontos sob condição e não os incondicionados. Entende que o art. 47, inciso II, “a” do CTN, estabelece que a base de cálculo do ICMS é o valor da

operação de que decorrer a saída da mercadoria, comprovando que se trata do valor com desconto concedido no ato da alienação.

Cita ensinamento doutrinários de Roque Antonio Carrazza e transcreve ementa relativa ao Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 703431/SP, para ratificar seus argumentos de que o desconto incondicionado não integra a base de cálculo do imposto.

Já em relação à infração 02, alega que ocorreram equívocos das autuantes, apresenta as GIAs – ST e Relatórios de Arrecadação, às fls. 166 a 180 dos autos, para demonstrar que efetuou os recolhimentos exigidos no Auto de Infração.

Entende que está incorreto o cálculo do imposto devido, pois este foi atualizado pela taxa Selic e, sobre esse resultado, aplicou-se a multa. Sendo o correto calcular o total devido do tributo, aplicar a multa e, sobre o resultado dessa soma, aplicar a multa devida.

Assevera que a multa aplicada é confiscatória, restando sua inconstitucionalidade com base no art. 150, IV da CF.

Argúi que foi violado o Princípio de Ampla Defesa e do Contraditório, tendo em vista a existência de documentos ilegíveis, com manchas pretas (fls. 27/28 e 64/74 exemplificadamente).

Requer, por fim, a nulidade do auto de infração em razão dos equívocos de cálculos e, caso não acolhida, requer a improcedência do Auto de Infração.

As autuantes, às fls. 182 a 186, quanto a infração 01, alegam que os argumentos do autuado só reforçam a autuação, quando afirma que a LC 87/96, dispõe que somente integra a base de cálculo do imposto os descontos concedidos de forma condicional, o que não é o caso. Já a referencia ao art. 47 do CTN, se trata de legislação específica do IPI e não do ICMS, assim como o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento trata, também, do IPI, reforçando, entretanto, que não integra a base de cálculo do ICMS os descontos incondicionais.

A seguir apresenta memória de cálculo para demonstrar que ao não deduzir da base de cálculo do imposto normal os descontos incondicionais, concedeu um crédito maior do que deveria para apurar o imposto, através do regime de substituição tributária interestadual, devido ao Estado da Bahia.

Com em relação à infração 02, consignam o seguinte entendimento, tendo em vista os comprovantes (GNREs) anexados aos autos pelo impugnante:

“O Contribuinte, na sua defesa, apresentou a GNRE (fl. 167) com R\$ 932,62 como Total a Recolher, sendo R\$ 924,82 - Valor Principal e R\$ 8,14 - Juros. e no campo 05 - Período de Referência - Abril/06, mês este que não faz parte da autuação. Por outro lado, a GIA do mês de março de 2006 (fl. 133), tem como Total do ICMS-ST a Recolher o valor de R\$ 924,62, coincidente com a GNRE apresentada. Desta forma acatamos a GNRE para quitação da omissão de pagamento referente ao mês de março/06, contudo o contribuinte deve retificar a mesma para o mês correto, assim como apresentar a GNRE referente ao mês de abril/06 (fl. 187), que neste caso passa a ficar com omissão de pagamento.

A GNRE no valor de R\$ 2.741,35 é referente a janeiro/2007 como comprova a GIA em anexo (fl. 188), não estando contida no cálculo da infração, onde só consta em 2007 em aberto os meses de fevereiro e setembro. Não entendemos o por que do contribuinte haver anexado esta GNRE, já que a mesma não é motivo de cobrança no auto de infração.

A GNRE no valor de R\$ 657,83 (fl. 171), apresentada pelo contribuinte na sua defesa, está com o campo 17 - Inscrição Estadual na UF Favorecida – em branco e o campo 18 – Endereço Completo - divergente do constante nos arquivos da SEFAZ. Salienta-se ainda que não consta nos sistemas da SEFAZ este recolhimento, o que nos faz supor que deve pertencer a outra filial da empresa.”

Argumentam que os cálculos foram efetuados corretamente, conforme o Sistema de Emissão de Auto de Infração – SEAI, aplicando o disposto no art. 102, §§1º e 2º, inciso II da Lei Estadual nº 3.956/81.

Quanto ao efeito confiscatório das multas, entendem que não lhes cabe discutir a aplicação da lei, tendo em vista o caráter vinculante de suas atribuições.

Informam que, em relação às arguições de violação ao contraditório e a ampla defesa, foram fornecidas as cópias anexadas aos Auto de Infração, ao próprio contribuinte.

Pede, por fim, a procedência parcial do Auto de Infração, tendo em vista a exclusão da exigência, em relação à infração 02, do mês de março/2006, cuja GNRE, foi, por elas acatada.

O impugnante, às fls. 194 a 196, volta a se manifestar nos autos, reafirmando os argumentos sobre o cálculo do imposto, bem como alegando que os tribunais administrativos, diferente do afirmado pelas autuantes, têm competência para apreciar as arguições de inconstitucionalidades. Ressalta a ilegitimidade dos documentos, exemplificadamente, aqueles constantes às fls. 27/28 e 64/74, sendo inservíveis para fundamentar a autuação.

VOTO

O Auto de infração em lide, exige o ICMS no valor de R\$22.757,74, relativo a duas infrações, conforme segue:

Infração 01 – Efetuou o recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia. Consta que o autuado calculou o ICMS-ST sem o desconto incondicionados, concedido nas operações próprias, resultando em recolhimento a menos do imposto devido através do regime de substituição tributária ao Estado da Bahia.

Infração 02 – Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuinte localizados no Estado da Bahia. Consta que o contribuinte não comprovou o recolhimento do ICMS-ST retido, conforme declarado nas GIAs.

Ficam, preliminarmente, rejeitadas as nulidades argüidas direta ou indiretamente pelo autuado, pois não há incorreções ou ilegalidade quanto aos cálculos das multas e acréscimos moratórios, visto que foram efetuados corretamente em atendimento ao disposto no art. 102, §§1º e 2º, inciso II da Lei Estadual nº 3.956/81, bem como não há a imprestabilidade ou ilegitimidade relativas aos documentos fiscais apontados, às fls. 27/28 e 64/74, até porque são notas de saídas, de emissão do próprio autuado, não havendo como conceber o cerceamento da defesa ou do contraditório, pois os documentos acostados aos autos estão em seu poder, além de não estarem ilegíveis como referido. Verifico que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação aos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes do processo administrativo fiscal.

Cabe consignar que os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, é desnecessária, inclusive, diligência no campo contábil ou relativas ao cálculo do imposto, conforme solicitado, já tratados no parágrafo anterior. Assim, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem requeridas de ofício para o convencimento dos julgadores.

As alegações de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não cabe pertinência. É importante lembrar que o art. 150, IV da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Alinho meu entendimento ao da Professora Mizabel Derzi, em notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519, quando afirma que o referido dispositivo

constitucional não impede, entretanto, a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que trouxe danos ao fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

Consigno que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos, não só à aplicação das aludidas multas, como também em relação aos atos normativos considerados inconstitucionais pelo autuado, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Superadas as preliminares, cabe enfrentar as arguições quanto as questões de mérito. Verifico que, no que tange a infração 01, os argumentos do autuado, bem como os ensinamentos doutrinários por ele trazidos do mestre Roque Antonio Carrza, vêm ao encontro do entendimento das autuantes, pois toda a sua defesa se alinha no sentido de afirmar que os descontos incondicionais não integram a base de cálculo do ICMS. É por esse exato motivo que está sendo exigido o ICMS recolhido a menos, pois ao efetuar a alienação de suas mercadorias com destino ao Estado da Bahia, o impugnante concedeu em suas operações normais descontos incondicionais, descontos esses que, ao invés de deduzir, manteve na base de cálculo para débito do imposto normal devido ao seu Estado de origem. Assim procedendo, aumentou o imposto debitado ao seu estado de origem e reduziu a parcela do imposto recolhido ao Estado da Bahia, através do Regime de Substituição Tributária, previsto no acordo interestadual sobre substituição tributária (Conv. 52/93), pois, com o desconto incondicional não excluído, a base de cálculo nas operações normais ficou maior do que o devido, bem como ficaram maiores os créditos do imposto normal para o cálculo do imposto devido por substituição tributária.

Aproveitando os exemplos trazidos pelas autuantes, segue a demonstração dos cálculos efetuados pelo impugnante e os que deveriam ser por ele realizados, permitindo visualizar o resultado do recolhimento a menos que foi efetuado para o Estado da Bahia.

Nota Fiscal Nº 17.462 (fls.76):

Valor das mercadorias: R\$ 21.830,00

Valor do desconto incondicionado constante da nota: R\$ 654,90

Valor Total dos Produtos: R\$ 21.830,00 – R\$ 654,90 = R\$ 21.175,10

Cálculo do ICMS devido ao Estado de origem feito erroneamente pelo contribuinte (com inclusão do valor do desconto incondicional na base de cálculo):

$R\$ 21.830,00 \times 12\% = R\$ 2.619,60$

Cálculo do ICMS próprio correto (com dedução do valor do desconto incondicional da base de cálculo):

$R\$ 21.175,10 \times 12\% = R\$ 2.541,01$

Cálculo do ICMS-ST

Valor da base de Cálculo do ICMS-ST (Preço de tabela): R\$ 26.620,00

Utilização da alíquota de 12%: $R\$ 26.620,00 \times 12\% = R\$ 3.194,40$

Subtração do ICMS Próprio Calculado: $R\$ 3.194,40 - R\$ 2.541,01 = R\$ 653,39$

Diferença de ICMS-ST a recolher: R\$ 653,39 (ICMS-ST Devido) – R\$ 574,80 (ICMS-ST destacado na nota fiscal) = **R\$ 78,59 .**

Diante do exposto, considero pertinente a exigência tributária, relativa à infração 01.

Com em relação à infração 02, diante das GNREs apresentadas pelo autuado, bem como as informações prestadas pelas autuantes, consigno que:

- a) com referencia a GNRE (R\$ 932,62 = 924,48 + 8,14 de juros), à fl. 167, tendo como mês de referência abril/06, não faz parte da presente exigência o referido mês;

- b) o valor devido e exigido no mês de março de 2006, coincide com a GNRE, acima apresentada, ou seja, tanto o valor devido indicado na GIA como o constante da GNRE, sem o juro é de R\$ 924,48, razão pela qual, em consonância com as autuantes, considero comprovado o pagamento exigido no mês de março de 2006, chamando a atenção para o pagamento que ficou descoberto no mês de abril de 2006;
- c) a GNRE no valor de R\$ 2.741,35 é referente ao mês de janeiro/2007, não exigido no presente auto de infração;
- d) a GNRE no valor de R\$ 657,83, fl. 171, estão ilegíveis a inscrição Estadual na unidade federativa de destino e o endereço completo, campo 18, além de não constar tal recolhimento nos sistemas da SEFAZ.

Sendo assim, fica, excluída da exigência tributária, relativa à infração 02, apenas, a ocorrência do mês de março/2006, no valor de R\$ 924,48, passando o imposto devido da infração 02, de R\$ 16.757,74, para R\$ 15.833,26.

Quanto aos alegados erros de cálculo do imposto, registro que foi cumprido o que determina o art. 102, §1º e 2º, inciso II da Lei Estadual 3.956/81. Calcula-se a correção monetária, soma ao valor do tributo, e calcula a multa sobre este valor. Já o acréscimo moratório é calculado sobre o valor do imposto atualizado. Assim, não se calcula a multa sobre os acréscimos moratórios, pois estes não são correções de valor, mas penalidade em razão a mora no pagamento.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE, o Auto de Infração, restando à subsidência da infração 01 e a pertinência parcial da infração 02.

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 **207349.0001/08-0**, lavrado contra **KASINKI FABRICADORA DE VEÍCULOS LTDA. (COFAVA SOC. AMAZONENSE FAB. DE VEÍCULOS LTDA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.507,65**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 5.674,39 e de 150% sobre R\$ 15.833,26, previstas nos incisos II, alínea “e” e V, alínea “a”, do art. 42 da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões CONSEF, 13 de outubro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR