

A. I. N° - 233099.2014/07-9
AUTUADO - MG MASTER LTDA.
AUTUANTE - MARCOS VINÍCIUS BORGES DE BARROS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 19/12/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0375-03/08

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS COM TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DISPENSADO ÀS OPERAÇÕES SUJEITAS AO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA PERCENTUAL CALCULADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao ICMS não antecipado em multa equivalente a 60% do imposto não antecipado. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 14/12/2007, refere-se à exigência de multa percentual no valor de R\$51.337,04, calculada sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no período de março a setembro de 2003.

O autuado, por meio de seu contador com procuração à fl. 229, apresentou impugnação (fls. 209 a 228), discorrendo inicialmente sobre a infração e tempestividade da defesa, alegando que a exigência fiscal não possui fundamentos para subsistir, por inexistência da infração, sendo indevidos o imposto e as multas, bem como os encargos pretendidos pelo Fisco Estadual. Comenta sobre o princípio da ampla defesa, citando os arts. 5º, LV e 60, IV, § 2º da Constituição Federal e ensinamentos de Celso Ribeiro de Bastos. Entende que restou garantido o direito pleno do contribuinte de se defender no processo administrativo tributário, e qualquer cerceamento a esse direito deve culminar na nulidade de todo o procedimento. Diz que o RPAF/BA positivou quais seriam os princípios norteadores da condução das lides administrativo-fiscais, conforme art. 2º, que transcreveu. Assevera que o presente Auto de Infração não preenche os requisitos legais indispensáveis, possibilitando ao impugnante o pleno exercício de seu direito de defesa. Diz que a falta de informações essenciais dificulta a elaboração de uma argumentação sólida capaz de demonstrar a improcedência da autuação fiscal. Faz comentários sobre o Auto de Infração e diz que o lançamento tributário deve obedecer aos requisitos formais destinados aos atos administrativos, como também aqueles descritos no art. 142 do Código Tributário Nacional. Salienta que o presente Auto de Infração peca por não conter o preciso enquadramento legal, sendo citada uma lista de dispositivos legais sem correlação direta com o caso, dificultando a compreensão da matéria, impondo obstáculo à atividade do próprio julgador. Diz ainda, que a forma como foi calculado o crédito tributário não restou bem definida, o que impossibilitou o impugnante de refazer os cálculos efetuados pelo Fisco para verificar se há alguma irregularidade. A título ilustrativo, o defendente cita a jurisprudência administrativa do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda; diz que não há que se falar que o Auto de Infração não deve ser anulado porque a defesa foi apresentada a contento, e que o contribuinte teria ciência da matéria em questão. Cita o art. 142 do CTN e alega que não foram observados cinco requisitos citados pela legislação, inclusive em relação à verificação da ocorrência do fato

gerador e o cálculo do montante devido e dos acréscimos moratórios. Entende que a forma adotada pela fiscalização caracteriza verdadeiro confisco de bens do contribuinte, agindo de forma contrária ao Princípio da Proporcionalidade. Afirmo que o RPAF/BA estabelece que o Auto de Infração deve conter a discriminação clara e precisa de todos os fundamentos para identificação da infração e do infrator, sob pena de nulidade. Reproduz o art. 18 do mencionado Regulamento e transcreve ementa de decisão do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro. Assim, o defendente apresenta o entendimento de que, pela ofensa ao Princípio da Ampla Defesa, deve o presente lançamento ser considerado nulo. No mérito, o autuado alega que a própria fiscalização afirma que as saídas foram tributadas normalmente, exigindo apenas a multa por descumprimento das obrigações relativas à antecipação tributária. Diz que nem mesmo a multa pode ser exigida, tendo em vista que antes de qualquer ação fiscal, em 15/12/2003, ingressou com Denúncia Espontânea de débitos do ICMS relacionados com as operações em comento. Assim, a denúncia espontânea impede a aplicação de penalidade, conforme art. 138 do CTN, que transcreveu. Saliencia que a própria jurisprudência administrativa do Estado da Bahia é enfática ao reconhecer a inexistência de penalidade diante da apresentação de denúncia espontânea, conforme ementas que transcreveu. Também cita acórdão relatado pelo Min. Humberto Gomes de Barros no Resp nº 144.718-SC. Pede que seja realizada diligência fiscal na hipótese de os documentos que acostou aos autos não bastarem para formar o convencimento do julgador administrativo, a fim de que seja demonstrado que as operações sujeitas à substituição tributária que culminaram com a multa foram englobadas na denúncia espontânea. Diz que o Processo Administrativo Fiscal deve se pautar no Princípio da Verdade Material e que não restam dúvidas de que, nesta hipótese, o presente PAF deve ser baixado em diligência para comprovar que as multas em comento devem ser excluídas. Transcreve o § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, alegando que o Auto de Infração deve ser julgado improcedente, argumentando, também, que não se pretende a declaração de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo, pelo fato de que “a impossibilidade de discussão sobre a constitucionalidade de leis não é capaz de fazer com que a aplicação de princípios e normais constitucionais não sejam questionados administrativamente”. Assevera que princípios como a ampla defesa, a moralidade, a razoabilidade, a capacidade contributiva, a vedação ao confisco e a eficiência devem ser atendidos pela autoridade administrativa em qualquer hipótese, e por isso, entende que pode requerer que a autoridade administrativa se manifeste sobre a matéria. Transcreve o art. 2º da Lei Federal 9.784/99, assegurando que houve infringência ao princípio da vedação ao confisco e da inobservância da capacidade contributiva, tendo em vista a aplicação da multa cujo valor chega ao montante de 60% do principal. Cita e transcreve ensinamentos do Prof. Sacha Calmon Navarro Coelho e do Prof. Luciano Amaro, asseverando que a multa não pode violar o princípio do não-confisco, sendo obrigatório observar a capacidade contributiva do contribuinte. Entende também, que houve infringência ao princípio da proporcionalidade, reproduzindo ensinamentos de Luiz Roberto Barroso quanto ao princípio constitucional da razoabilidade. Por fim, o defendente reafirma o pedido de nulidade do Auto de Infração, e com base no art. 42, § 7º da Lei 7.014/96, o cancelamento das penalidades aplicadas; alternativamente, que seja determinada a retirada ou redução das multas. Protesta pela produção de todos os meios de prova em Direito admitidos, principalmente pela realização de diligência fiscal, nos termos do art. 123, § 3º combinado com o art. 145 do RPAF/99.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 238 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que o defendente não apresentou nenhum documento ou demonstrativo para contrapor o levantamento efetuado pela fiscalização, culminando com a lavratura do Auto de Infração nº 233099.1004/07-0, após a constatação das irregularidades com a juntada dos demonstrativos de cálculo que embasaram o trabalho de auditoria, o que rechaça a alegação do autuado de violação ao princípio da ampla defesa. Diz que a alegação de ausência dos requisitos legais é descabida, tendo em vista que todas as infrações estão devidamente enquadradas e tipificadas no RICMS/97 e na Lei 7.014/96. Quanto à exigência da multa o autuante informa que os cálculos estão demonstrados nas planilhas detalhadas e que não procede a alegação do autuado

de que apresentou Denúncia Espontânea, uma vez que a mencionada denúncia se refere apenas ao saldo de estoque de calçados existente em 28/02/2003, considerando que todos os contribuintes que comercializam, distribuem ou industrializam calçados foram obrigados a relacionar o estoque existente no estabelecimento na referida data. Finaliza ratificando a autuação fiscal.

Considerando a alegação do autuado de que a forma como foi calculado o crédito tributário não restou bem definida, impossibilitando o impugnante de refazer os cálculos efetuados pelo Fisco para verificar se há alguma irregularidade e que não constava assinatura do autuante nos demonstrativos acostados aos autos, inexistindo comprovação de que o autuado recebeu as cópias das citadas planilhas, esta JJF, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 241), para o autuante assinar os demonstrativos de fls. 05 a 206, e a repartição fiscal intimar o autuado e lhe fornecer cópias dos mencionados demonstrativos que embasaram a lavratura do presente Auto de Infração, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal.

Foi solicitado também, a juntada aos autos de cópias do Auto de Infração de nº 233099.1004/07-0, citado na informação fiscal; da Denúncia Espontânea alegada pelo defendente, e respectivo demonstrativo referente a cada parcela da mencionada denúncia; e que na intimação ao defendente, fosse indicado o prazo de trinta dias para o mesmo se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

O autuante prestou nova informação fiscal à fl. 242, esclarecendo que assinou os demonstrativos de fls. 05 a 206 dos autos, tendo anexado cópias da Denúncia Espontânea e do respectivo demonstrativo de débito. Informa que também anexou ao presente processo cópia do PAF referente ao Auto de Infração de nº 233099.1004/07-0, citado na informação fiscal anterior por engano, tendo em vista que se trata de Auto de Infração lavrado contra a matriz da empresa MG MASTER LTDA, tendo sido julgado procedente, com infração idêntica ao presente Auto de Infração. Salienta que no ato de assinatura deste Auto de Infração pelo contribuinte, o mesmo recebeu todas as cópias dos demonstrativos de fls. 05 a 206.

Considerando que somente foi cumprida a primeira parte do pedido acima reproduzido, haja vista que embora o autuante tenha informado que o contribuinte recebeu as cópias dos demonstrativos acostados aos autos, quando tomou conhecimento do Auto de Infração, inexistia no PAF a comprovação neste sentido, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em nova diligência à Infaz de origem para fornecer ao defendente cópia das fls. 05 a 206, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, e ser concedido o prazo de trinta dias para o mesmo se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Em atendimento ao solicitado, foi expedida a intimação de fls. 258 e 261 dos autos, constando na própria intimação assinatura do procurador comprovando que recebeu cópias dos documentos de fls. 05 a 206 e tomou conhecimento da reabertura do prazo de defesa. Decorrido o prazo concedido, o autuado não apresentou qualquer manifestação.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo apurada a penalidade exigida por meio do levantamento de fls. 05 a 206 do presente PAF.

O defendente alega que a exigência fiscal não possui fundamentos para subsistir, por inexistência da infração; que o presente Auto de Infração peca por não conter o preciso enquadramento legal, que foi citada uma lista de dispositivos legais sem correlação direta com o caso, dificultando a compreensão da matéria. Entretanto, não acato as alegações do defendente, haja vista que a multa foi exigida com fundamento no o § 1º do art. 42 da Lei 7.014/96, em decorrência de o autuado não ter recolhido o imposto por antecipação tributária sobre calçados, conforme demonstrativo de fls. 05 a 206 dos autos. Quanto ao argumento de que houve equívoco no

enquadramento legal, observo que não implica nulidade da autuação, possível erro na indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal (art. 19 do RPAF/99).

O autuado assevera que a falta de informações essenciais dificulta a elaboração de uma argumentação sólida capaz de demonstrar a improcedência da autuação fiscal. Entretanto, no caso em exame foi informada a infração apurada, sendo elaborado o demonstrativo da falta de antecipação tributária, cujos valores serviram como base de cálculo na apuração da multa exigida, e os referidos demonstrativos foram fornecidos ao defendente, mediante recibo, com a indicação do prazo para o contribuinte se defender.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração se refere à multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, devidamente registrada na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente.

O autuado alegou que em 15/12/2003, ingressou com Denúncia Espontânea de débitos do ICMS relacionados com as operações em comento e que a denúncia espontânea impede a aplicação de penalidade, conforme art. 138 do CTN. Constato que o autuado não apresentou junto com a impugnação qualquer comprovação de suas alegações e a referida Denúncia Espontânea de nº 6000000.026.045-A anexada aos autos pelo autuante, por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal (fls. 243/244), corresponde à ocorrência datada de 28/02/2003, no valor de R\$253.901,41, com vencimento em 09/03/2003, enquanto o débito apurado no presente lançamento tem ocorrência a partir de 06/03/2003 (fl. 05), com vencimento em 09/04/2003. Portanto, não se trata do mesmo período de apuração e dos mesmos valores.

Observo que o art. 42, inciso II, alínea “d” do RICMS/97, abaixo reproduzido, prevê a aplicação da multa de sessenta por cento do valor do imposto não recolhido por antecipação, inclusive no caso de antecipação parcial. Portanto, no caso em exame, não se trata de exigência de imposto, e sim, aplicação de penalidade por falta de cumprimento da obrigação principal, relativamente ao recolhimento do ICMS por antecipação tributária, estando a multa exigida de acordo com a legislação em vigor.

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

....

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

...

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares”.

Vale salientar, que no caso de o contribuinte deixar de recolher o imposto por antecipação, mas que, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, a legislação prevê a dispensa de exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II da Lei 7.014/96.

Portanto, de acordo com o referido dispositivo legal, acima reproduzido, se o ICMS antecipação tributária não foi recolhido no prazo estabelecido na legislação, cabe a aplicação da mencionada multa. Se assim não fosse, ter-se-ia uma exigência de obrigação principal sem cominação de penalidade pelo seu descumprimento, o que contraria a lógica da legislação tributária.

Se não foi recolhido o imposto antecipadamente, cabe a aplicação da multa na forma estabelecida na legislação, e neste caso, não é exigido o cumprimento da obrigação principal, tendo em vista a conclusão da fiscalização de que o contribuinte efetuou o recolhimento do imposto, como informado pelo autuante e confirmado na informação fiscal, estando a penalidade exigida de acordo com o § 1º do art. 42 da Lei 7.014/96:

Art. 42.

...

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II”;

Em relação ao argumento defensivo relacionado à razoabilidade e proporcionalidade da penalidade exigida, saliento que a multa de 60% foi aplicada de acordo com o previsto na alínea “d”, inciso II, combinado com o § 1º do art. 42 da Lei 7.014/96, cuja aplicação é decorrente da falta de cumprimento da obrigação principal pelo autuado, estando correta a aplicação da penalidade.

Não acato o pedido formulado pelo defendente para que seja reduzida ou cancelada a multa exigida, tendo em vista que esta Junta de Julgamento Fiscal 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.

Quanto à inconstitucionalidade alegada pelo defendente, saliento que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Concluo pela subsistência desta infração, haja vista que o débito apurado está de acordo com o previsto no § 1º do art. 42 da Lei 7.014/96.

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 233099.2014/07-9, lavrado contra **MG MASTER LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor total de **R\$51.337,04**, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR