

PROCESSO - A. I. Nº 233099.2014/07-9
RECORRENTE - MG MASTER LTDA. (LOJAS ALMAX)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0375-03/08
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 01/07/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0164-12/09

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 subsequentes, 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF nº 0375-03/08) que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 14/12/2007, exigindo 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.

A 1ª Instância deste Colegiado decidiu pela total procedência da autuação. Preliminarmente rejeitou a preliminar de nulidade arguida pelo autuado já que o Auto de Infração preencheu 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.

Quanto às alegações de defesa de que ela não possuía fundamentos para subsistir, por inexistência da infração e que no seu enquadramento legal foi citada uma lista de dispositivos legais sem correlação direta com o caso, dificultando a compreensão da matéria, foi observado que a multa ora em combate tem 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 e, havendo equívoco no enquadramento legal, este fato não implica nulidade do lançamento fiscal tendo em vista que pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal (art. 19 do RPAF/99).

Em relação ao argumento da falta de informações essenciais, o que dificultou a elaboração de uma argumentação sólida capaz de demonstrar a improcedência da autuação, foi indicado de que a infração apurada foi descrita, *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*. Em vistas de tais considerações o entendimento foi de 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, após descrição da infração constatada pelo fisco, houve o entendimento de que a Denúncia Espontânea de nº 6000000.026.045-A anexada aos autos pelo autuante, por solicitação da JJF (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. Em assim sendo, não se tratava do mesmo período de apuração e dos mesmos valores.

Transcrevendo o art. 42, inciso II, alínea “d” do RICMS/97, onde consta prevista a aplicação da multa ora em discussão, houve a ressalta de que *se 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, conforme determinações do § 1º do citado artigo e lei, que transcreveu.*

Não foi acatado o argumento defensivo relacionado à razoabilidade e proporcionalidade da penalidade exigida, pois 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. De igual forma, sem aceitação o pedido de redução ou cancelamento da multa exigida, tendo em vista que a 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. Por fim, em relação à inconstitucionalidade alegada pelo defendente, foi informado de 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.

Após ciência da Decisão prolatada pela 1ª Instância deste Colegiado, a empresa apresenta Recurso Voluntário contra esta Decisão (fls. 276/280). Indicando a tempestividade do Recurso interposto, atacou a Decisão recorrida solicitando sua anulação ou reforma tendo em vista o não acatamento, pela 1ª Instância, da Denúncia Espontânea realizada antes da ação fiscal, sob o argumento de que ela corresponderia a fatos ocorridos em 28/2/2003 e não se tratava do mesmo período de apuração e dos mesmos valores ora exigidos.

Disse ter havido cerceamento do seu direito de defesa já que a matéria em lide somente poderia ser constatada através de prova pericial, que sequer foi objeto de exame da JJF.

Neste seu argumento, observou que o ponto central de sua defesa é a prévia existência de denúncia espontânea. Que a JJF entendeu serem distintos os fatos geradores dessa e da ação fiscal, considerando os valores e as competências de cada uma delas. Entretanto, observou, *é perfeitamente crível e até mesmo esperado que o comerciante que tenha mercadoria em estoque promova a sua venda. Aliás, essa é a razão que o leva ao exercício de sua atividade. Então, é natural que a mercadoria existente em estoque no último dia do mês de fevereiro vá ser vendida nos meses subsequentes. Também é natural que o recorrente, por se tratar de comerciante varejista que tem como clientes consumidores finais individuais, não venda a mercadoria mantida em estoque de uma só vez, mas a granel, pouco a pouco, parceladamente.* Em assim sendo, entendeu sem sustentação o argumento exposto pela JJF.

E, continuou, foi este o motivo que ensejou o seu requerimento expresso de produção de prova pericial que nem foi apreciado pela 1ª Instância de Julgamento. Entendeu que a não apreciação do pedido de produção de prova pericial feria de *morte o direito ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa do recorrente, constituindo-se em flagrante cerceamento de defesa.*

Voltando a falar sobre a denúncia espontânea feita, informou que a realizou em dezembro de 2003, comunicando ao fisco, na condição de contribuinte substituto, que havia deixado de recolher antecipadamente o ICMS sobre calçados mantidos em estoque no dia 28/2/2003, consoante determinava a legislação estadual. Mas a JJF desconsiderou a denúncia espontânea ao argumento de que a autuação se referia a fatos geradores ocorridos após a apresentação da denúncia espontânea e que o valor do tributo pago nessa era diferente do exigido no lançamento combatido. Ora, disse, *cuidando a denúncia espontânea de toda a mercadoria constante do estoque no mês imediatamente anterior àqueles a que se refere o lançamento, é de se concluir que as saídas dessa mercadoria nos meses subseqüentes não podem gerar a nova exigência de ICMS e da multa por atraso no seu recolhimento, porque já pago antecipadamente por ocasião da denúncia. Pelas razões expostas acima, é claro que não haverá coincidência de valores porque, repita-se, as vendas das mercadorias que eram mantidas em estoque foram feitas parceladamente a consumidores finais individuais nos meses posteriores. Certo é que é ilegal a exigência da multa, porque o imposto já havia sido pago, por ocasião da denúncia espontânea que, a teor do disposto no art. 138 do CTN, afasta a exigência da multa.*

Por fim, requereu que fosse conhecido e provido o Recurso Voluntário para em preliminar anular a Decisão de primeiro grau, tendo em vista a não apreciação do pedido de produção de prova pericial que se constitui em flagrante cerceamento do direito ao contraditório e de ampla defesa, pedra angular do processo administrativo tributário, e, no mérito, anulado o lançamento.

Em seu opinativo (fl. 288), a PGE/Profis após análise das peças processuais entende incabível a alegação de nulidade, uma vez que a JJF tanto apreciou o pedido de perícia que determinou a remessa dos autos ao autuante para que fosse trazida cópia da referida denúncia espontânea. E, no mérito, melhor sorte não tem o recorrente, pois cabia a ele demonstrar que a denúncia espontânea engloba os valores aqui exigidos, o que não foi feito de forma concreta e objetiva. Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão de 1ª Instância deste Colegiado e, conseqüentemente, de o desonerar do pagamento da multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativa às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriores tributadas normalmente.

O recorrente alega em preliminar a nulidade da Decisão recorrente tendo em vista que nela sequer foi apreciada sua solicitação de produção de prova pericial. Disse que este procedimento se constitui em flagrante cerceamento do direito ao contraditório e de ampla defesa

Equivoca-se o recorrente. Mesmo não adentrando no conceito do que seja uma diligência fiscal e uma perícia, o seu pedido inicial foi de realização de diligência *nos termos do art. 123, § 3º c/c art 145, Decreto Estadual nº. 7.629/99 (RPAF)*. Diante de todos os argumentos expostos pelo defendente, foi deferida a realização de diligência, levada a efeito por duas vezes (fls. 241 e 256). Em ambas, foi reaberto prazo de defesa. No mais, a produção de prova pericial, neste específico caso, é do próprio contribuinte. É ele quem deve demonstrar que sua escrita fiscal está em consonância com as determinações legais, ou que, havendo erro, ela seria passível de acerto. No mais, as provas acostadas aos autos são suficientes para a Decisão da lide, nos termos do art. 147, inciso I, itens “a” e “b” e inciso II, itens “a” e “b”, ambos do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Em vista do ora exposto, não vejo causa para se alegar cerceamento do direito ao contraditório e de ampla defesa.

No mais, a Lei nº 8.534/02 no seu art. 8º acrescentou a mercadoria “calçados” no regime da substituição tributária. Por sua vez, o RICMS/97 absorvendo estas determinações, incluiu o item 32, no inciso II, do art. seu art. 353 (Alteração nº 38 (Decreto nº 8413, de 30/12/02. DOE de 31/12/02), efeitos a partir de 01/03/03):

***Art. 353.** São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

.....

***II -** o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:*

32 - calçados - NCM 6401, 6402, 6403, 6404 e 6405 (Lei nº 8.534/02)

O Decreto nº 8.413/02 no seu art. 12 dispõe sobre as providências para ajuste dos estoques existentes, à época, às regras de substituição tributária, ou seja, os contribuintes distribuidores, atacadistas ou revendedores, inclusive varejistas de calçados, deveriam, a fim de ajustar seus estoques às regras de substituição ou antecipação tributária, adotar as seguintes providências e tratando-se de contribuintes que, em 28/2/2003, encontrem-se enquadrados no regime normal de apuração do imposto (inciso II do citado artigo): **a)** relacionar, discriminadamente, os estoques existentes no estabelecimento em 28/02/2003 e apresentar a relação correspondente, em arquivo magnético, tipo Word, Excel ou arquivo txt, na repartição fiscal do seu domicílio fiscal até o dia 09/06/2003; **b)** adicionar aos valores das mercadorias em estoque, a margem de valor adicionado de 35% (trinta e cinco por cento), tomando por base o preço de aquisição mais recente; **c)** compensar o valor do débito apurado na forma da alínea anterior com saldo credor eventualmente existente na escrita fiscal em 28/02/2003; **d)** não sendo totalmente compensado o débito, nos termos da alínea anterior, efetuar o recolhimento do saldo devedor em até 12 (doze) parcelas mensais, iguais e sucessivas, vencendo a primeira no dia 30/06/2003 e as demais no dia 20 (vinte) de cada mês.

Estas são as determinações postas da norma tributária vigente. Cabe agora observar o procedimento tomado pelo recorrente. Em qualquer momento, ao longo do exercício de 2003, o contribuinte tomou qualquer atitude para se ajustar às novas regras postas. Deu saída das mercadorias (calçados) pelo regime normal de apuração, conforme se constata nas planilhas elaboradas pela fiscalização (fls. 5/209). Em 6/1/2004 (fl. 243) apresentou denúncia espontânea dos seus estoques existentes em 28/2/2003 – Denúncia Espontânea nº 6000000026045. Em vista da atitude tomada pela empresa, situações se apresentam:

1. embora seja lógico de que nas vendas realizadas no período autuado possam ter escoado mercadorias dos estoques existentes em fevereiro de 2003, também é lógico de que existiram vendas de aquisições efetuadas ao longo do exercício já que não consta que o contribuinte não adquiriu qualquer mercadoria neste ano, nem tampouco, que encerrou suas atividades comerciais.
2. Não é crível que o contribuinte tenha dado saídas de mercadorias cujo imposto foi apurado na sua conta corrente fiscal mensal e depois ter recolhido, novamente, o imposto por substituição tributária destas mesmas mercadorias.
3. Por fim, e mesmo admitindo-se de que as vendas realizadas se constituíram exclusivamente dos estoques em 28/2/2003, pelas planilhas elaboradas pelo autuante após auditoria da escrita fiscal da empresa, bem como, pela própria prova citada pelo recorrente e base da sua defesa (denúncia espontânea citada), provado que a empresa ao não realizar os ajustes no prazo determinado na legislação, a descumpriu.

A descumprindo, determina o § 1º do art. 42, da Lei nº 7.014/99 que 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. E este foi o motivo da autuação. O contribuinte realizou vendas de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária lhe dando tratamento normal no seu conta corrente fiscal, repassando, inclusive, os seus créditos, conforme se constata nos demonstrativos elaborados pela fiscalização.

Por tudo ora exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 233099.2014/07-9, lavrado contra **MG MASTER LTDA. (LOJAS ALMAX)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$51.337,04**, prevista no art. 42, II, “d”, combinado com § 1º, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2009.

TOLSTOI SERARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS