

PROCESSO - A. I. Nº 232943.0009/08-7
RECORRENTE - CASA MERCURY LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JF nº 0095-02/09
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 05/10/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0328-11/10

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Imposto informado nas DMAS e não recolhido. Infração não elidida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com Recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos Recursos. **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **c)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **d)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Infrações caracterizadas. Não acolhidas as arguições de nulidade. Não compete ao órgão julgador administrativo para declarar inconstitucionalidade na legislação tributária estadual. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF nº 0095-02/09), que concluiu pela Procedência Infração, através do qual foram atribuídas ao sujeito passivo as seg

INFRAÇÃO 1 - deixou de recolher ICMS declarado nas DMAs relativo aos meses de dezembro/2006; junho, julho e agosto/2007. ICMS no valor de R\$ 28.904,29, multa de 50% ;

INFRAÇÃO 2 - falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - as das operações de entrada- com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. ICMS no valor de R\$ 9.069,46, multa de 70%;

INFRAÇÃO 3 - falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$ 5.549,38, multa de 70%;

INFRAÇÃO 4 - falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$32.592,00, multa de 70%;

INFRAÇÃO 5 - falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito por estar adquirindo mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. ICMS no valor de R\$11.407,20, multa de 60%.

A Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, rejeitou as preliminares suscitadas pelo sujeito passivo, sob os seguintes fundamentos: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Observou, após tais considerações, que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

Consignou que o impugnante exerceu plenamente o seu direito de defesa, sendo-lhe deferida a possibilidade de trazer aos autos os relatórios e documentos fiscais que entendesse necessários para fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual.

Entendeu não haver óbice à manifestação da defesa e, com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indeferiu a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a se produzir.

Repeliu a alegação de confiscatoriedade das multas aplicadas, lembrando que o art. 150 IV da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivo do patrimônio ou da renda.

Considerou pertinente ao caso o entendimento da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “*Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*”, 7ª edição, à fl. 519, onde está consignado que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos e que não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que lesou o fisco, prejudicando os superiores interesses da coletividade.

Registrou que o Conselho de Fazenda 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 à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Quanto às arguições da defesa acerca da SELIC, aduziu que possui previsão na Lei nº 3.956/81, com suas alterações.

Por fim, salientou que o impugnante, a quem caberia apresentar provas quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual, apesar de alegar existirem erros no levantamento de estoque, não trouxe aos autos nenhum elemento material que consubstanciasse sua alegação, assim como não carrou qualquer outra prova do recolhimento do imposto ora exigido, mantendo as exigências com espeque no art. 143 do RPAF/99.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 286/302, suscitando preliminar de nulidade do Auto de Infração, sob os seguintes argumentos: a) não foram observadas as normas específicas dadas como infringidas; b) não foi esclarecida adequadamente “a natureza”, capitulando diversos itens infringidos sem especificá-los, o que impede o exercício do contraditório e da ampla defesa; c) não consta dos autos a atividade da empresa; d) o autuante fez menção apenas a dois dispositivos, que não englobam as infrações atribuídas ao sujeito passivo; e) o demonstrativo da antecipação parcial (notas fiscais de entrada) do exercício de 2006 está incompleto, porque falta a folha 4/16, o que implica inconsistência do valor final lançado.

Discorre sobre o devido processo legal, os princípios norteadores das contribuições, a ampla defesa e o contraditório, renovando os argumentos lançados em sede preliminar.

Fala acerca da ilegalidade da substituição tributária e das multas aplicadas, impugnando o que chamou de “*suposta alegação de omissão por parte do contribuinte*” – diz, no particular, que: “*Primeiramente, dizer que o fato do contribuinte não entender como não devido o tributo e não reconhecer a obrigação que o Estado insiste em lhe imputar jamais poderia ser considerada conduta omissiva. Ninguém pode ser compelido a aceitar incumbência que lhe fere garantias, quicá se elas foram constitucionais. Não se pode falar ainda em lesão à coletividade, pois que enquanto houver devido processo legal ao Estado cabe apenas a expectativa de arrecadar. Não se trata de direito líquido e certo*”.

Pugna, ao final, pelo Provimento do apelo ofertado.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 318, opinou pelo não provimento do Recurso Voluntário, por entender que a autuação indica com precisão as infrações cometidas, assim como o enquadramento legal, se fazendo acompanhar de papéis de trabalho para a devida comprovação. Diz que o contribuinte foi intimado para defender-se e que as multas aplicadas possuem previsão legal, não cabendo a este Conselho de Fazenda apreciar a questão da ilegalidade.

VOTO

Consoante se observa do relatório, o sujeito passivo, no Recurso dedica uma linha sequer para apontar inconsistências nos trabalhos

limitando-se a suscitar preliminares genéricas que redundam, todas elas, na alegação de violação aos primados do contraditório e da ampla defesa, e a levantar dúvidas quanto à legalidade da substituição tributária e das multas impostas em decorrência das irregularidades que lhe são atribuídas.

Com relação às prefaciais de nulidade do lançamento de ofício, o que se observa dos elementos que compõem este PAF é justamente o contrário de tudo o que foi alegado pelo recorrente. As infrações estão devida e claramente descritas, tendo o autuante indicado, para cada uma delas, o extenso rol de dispositivos da legislação tributária que dão suporte à exigência do valor principal e à multa imposta, a data da ocorrência de cada fato gerador, a data de vencimento da obrigação descumprida, a base de cálculo, a alíquota, o percentual da multa pelo descumprimento da obrigação principal e, ao final, o valor lançado.

Às fls. 08/222 constam os documentos que dão lastro às acusações feitas pelos autuantes, valendo salientar que os demonstrativos elaborados às fls. 9, 10, 11, 12 e 37 espelham os valores lançados contra o sujeito passivo.

Verifica-se, portanto, que foi outorgada ao recorrente a possibilidade de exercer, com eficiência, o seu direito de defesa, fazendo juntar aos autos todos os elementos de prova tendentes a desconstituir o lançamento de ofício, como lhe impõe o art. 123, e seus parágrafos, do RPAF vigente, *in verbis*:

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

§ 1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.

§ 2º A defesa poderá referir-se apenas a parte da exigência fiscal, assegurando-se ao sujeito passivo, quanto à parte não impugnada, o direito de recolher o crédito tributário com as reduções de penalidades previstas em lei.

§ 3º A depender da evidência de erros ou da complexidade da matéria em questão, a defesa poderá requerer a realização de diligência ou perícia fiscal, nos termos do art. 145.

§ 4º A petição de defesa será entregue preferencialmente na repartição fiscal do domicílio do sujeito passivo ou na repartição do local da ocorrência do procedimento fiscal.

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

§ 6º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior.

§ 7º Caso já tenha sido proferida a Decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto Recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância.

Em tais circunstâncias, não há falar em nulidade processual por violação ao devido processo legal, de que são corolários o contraditório e a ampla defesa, daí porque fica rejeitada a preliminar suscitada.

No que concerne à ilegalidade da substituição tributária e das multas aplicadas, a matéria não se enquadra no rol competencial deste Conselho, a teor do quanto estabelece o art. 167, do RPAF, além do que não vislumbro no caso dos autos nenhum elemento que possa ensejar o afastamento excepcional de tal regra.

Ante o exposto, em conformidade com o Parecer da PGE/PROFIS voto pela rejeição das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo NÃO PROVIMENTO do Re

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 232943.0009/08-7, lavrado contra **CASA MERCURY LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$87.522,23**, acrescido das multas de 50% sobre R\$28.904,19, 60% sobre R\$11.407,20 e 70% sobre R\$47.210,84, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, “d” e III, da Lei nº 7014/06, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2010.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR/PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS