

**PROCESSO** - A. I. Nº 279459.0001/09-8  
**RECORRENTE** - BRACOL HOLDING LTDA. (BERTIN)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0341-05/09  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 22/12/2010

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0434-12/10

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS EFETUADAS SEM RECOLHIMENTO IMPOSTO. Infração não elidida. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infração parcialmente elidida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não elidida. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração parcialmente elidida. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, condenando o autuado no valor de R\$161.822,07, acrescido das multas de 60% e 70%, previstas no art. 42, incisos. II, alínea “d” VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 18/03/2009 decorre de 05 infrações, abaixo elencadas, como segue:

**Infração 1** - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária. Enquadramento: art. 97, inciso IV, alínea “b” e artigo 124 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/94. Penalidade: Art. 42, inciso VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

**Infração 2** - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Enquadramento: Art. 371; Art. 125; inciso II, alínea “b”, c/c o Art. 61- RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/94. Penalidade: Art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96:

**Infração 3** - Falta de recolhimento do imposto relativo à 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 por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando -se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário -o das saídas tributáveis. Enquadramento: Art. 124, inciso I; 201, inciso I; 218; 323; 331;c/c os Artigos 1º, inciso I; 2º, inciso I; 50; 60, inciso II, “a” e 936; 938 do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Artigos 4º e 5º da Portaria nº 445/98. Penalidade: Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

**Infração 4** - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária de passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentu

Created with

*deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada 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. Enquadramento: Artigos. 125, inciso I; "a", 322, 2º, 50, 51, 61, inc. II, "a" e § 3º do artigo 938 do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Artigo 10, inc. I, "b" da Portaria nº 445/98. Penalidade: Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.*

**Infração 5** - *Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Enquadramento Art. 124, inciso I; Art. 201, inciso I; Art. 218; Art. 322, Art. 323; Art. 331; Art. 1º, inciso I § 3º, Art. 2º, inciso I; Art. 50; Art. 60, inciso II, "b"; Art. 936; Art. 938 § 3º; aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Artigos: 6º, 7º e 8º da Portaria nº 445/98. Penalidade: Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.*

Da apreciação dos argumentos defensivos apresentados pelo autuado, além das contrarrazões do fiscal autuante, a 5ª JJF, em Decisão unânime, decidiu pela procedência parcial da autuação com os argumentos que transcrevo abaixo:

*"(...)*

*Apontou inicialmente duplicidade de lançamento de notas fiscais e erros de apuração das quantidades, quanto à infração nº 3. Quanto a este item, o autuante revisou o lançamento, elaborando novos Demonstrativos, acostados à fl. 134, passando o valor do débito de R\$ 14.768,05 para R\$ 2.135,18. Acato a revisão efetuada pelo autuante.*

*Da mesma forma, em relação ao item 5 do lançamento. Consta no demonstrativo apensado à fl. 135 deste PAF, a revisão desse item, onde foram acolhidos os erros apontados na peça defensiva, ficando a infração reduzida de R\$ 9.865,51 para R\$ 2.729,38.*

*As demais "precariedades" apontadas na impugnação administrativa não foram provadas pela defesa. O contribuinte, ressaltou erros na apuração da infração 4, atinentes a falhas operacionais na transmissão de arquivos magnéticos. Porém tal fato não foi demonstrado documentalmente, para fins de avaliação por este órgão julgador. O mesmo ocorreu em relação às exigências tributárias contidas nos itens 1, 2 e 4 do Auto de Infração, relacionados à exigência de ICMS por creditamento indevido, antecipação por substituição tributária e omissão de registro de entradas de mercadorias do regime da antecipação, respectivamente.*

*O argumento de que não foram considerados os pagamentos efetuados pela empresa não se mostrou provado através da juntada dos documentos que atestassem as alegações empresariais.*

*Por outro, o lançamento tributário também não padece do vício de falta de motivação jurídica, visto que a matéria de fato e de direito foram claramente expostas na pela acusatória através da juntada de demonstrativos, com a citação dos documentos que foram examinados na audioria fiscal e o enquadramento legal dos dispositivos infringidos e da multa aplicada, expressos no corpo do Auto de Infração. Não subsiste também a alegação de houve cerceamento do direito de defesa, pois o lançamento se encontra fundamentado nas provas documentais apresentadas pela autoridade fiscal e acostadas ao processo, existindo nexo entre os fundamentos de fato e de direito que servem de lastro para a acusação fiscal.*

*Em relação à multa, a arguição de confiscoatidade da mesma não pode ser acolhida, visto que a mesma decorre de expressa previsão da Lei nº 7.014/96, não cabendo aos órgãos administrativos de julgamento deixar de aplicar as regras que compõem o ordenamento jurídico-tributário, nos termos do que estabelece o art. 167 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.*

*Também inaplicável ao caso em exame as disposições do art. 112 do CTN, uma vez que não remanesceu dívida quanto às circunstâncias materiais do fato e a autoria da infração.*

*Pelas razões expostas, não acolho as preliminares de nulidade suscitadas pela defesa e pelas mesmas razões, não acolho as razões de mérito, fazendo-se necessária a apreciação das mesmas em conjunto, diante da forma como foi elaborada a defesa, que entrelaçou as duas questões. Ressalto, ainda, como argumento de mérito, que à exceção das infrações que foram revisadas pelo autuante, as demais não se fizeram acompanhar de provas que atestassem o acerto das razões expendidas na peça impugnatória.*

*Diante do acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.*

Protocolizado Recurso Voluntário tempestivo, fls. 277 a 287, de início, o recorrente, em sede de preliminar, argui a nulidade do lançamento com base em:

- a) "acusação e levantamento fiscal precários" - aduzindo que não documentos fiscais necessários para a devida apuração

Created with



**nitroPDF**

**professional**

download the free trial online at [nitropdf.com/professional](http://nitropdf.com/professional)

circunstâncias elementares e essenciais relacionadas à acusação que lhe pesa. Afirma que, jamais utilizou indevidamente o crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação, como, também não deixou de recolher o que era devido ao fisco. Para corroborar o que alega, afirma que na infração 3, foi lançada em duplicidade a NF nº 45099, em virtude da subtração da quantidade dos produtos de códigos 118141, 15473 e 102377, conforme documento anexado à defesa. Na infração 4, alega que em razão de falhas operacionais, alguns itens foram transmitidos no arquivo magnético, provocando divergências de valores, e na infração 5, o fiscal procedeu de maneira omissa conforme demonstrativo elaborado por ela, recorrente, ainda em sede de defesa;

- b) “levantamento precário – imposto pago” - afirma que o autuante desconsiderou vários pagamentos realizados pela empresa recorrente;
- c) “falta de provas” – afirma que o levantamento fiscal foi realizado de forma precária, sem que fossem verificados todos os documentos fiscais do recorrente;
- d) “cerceamento de defesa” – afirma que o autuante não demonstrou de forma específica, qual operação gerou o crédito tributário; e
- e) “inexistência de relação entre os fundamentos de fato e de direito” – alega que não existe relação entre os fundamentos de fato e de direito apontados no Auto de Infração. Aduz que o relatório trazido no bojo da Decisão de 1ª Instância, *“realizou fundamentação jurídica da suposta infração e da penalidade com base em dispositivos relacionados ao referido tributo – sem considerar as irregularidades apontadas nos itens acima, demonstrando inexistir relação entre os fundamentos de fato e de direito existentes na autuação.”*

No mérito, alega que não praticou a “infração tributária material” de ter deixado de recolher o ICMS com lesão ao fisco estadual e, por consequência, não pode ser exigida quanto ao pagamento de ICMS, multa e juros, como quer o fisco.

Alega ainda, que o CTN em seu art. 112 lhe garante o benefício da interpretação da norma de maneira mais favorável quanto às circunstâncias materiais do fato, à sua natureza e à sua autoria. Continua dizendo que o *“art. 5º, III da LC 939/2005”* lhe garante a aplicação do princípio da presunção da verdade, aduzindo que são verdadeiros os fatos oriundos das operações acobertadas por documentos fiscais, até que a fiscalização prove o contrário.

Por fim, contestou a proporção do valor da multa diante da suposta infração cometida pela empresa, visto que, por todo exposto na impugnação administrativa o recorrente demonstrou não ter agido com fraude contra os “interesses arrecadatários”. Ainda mencionou a natureza confiscatória do valor cobrado, não se compatibilizando com o art. 150 inciso IV da Constituição Federal.

Pede a improcedência do Auto de Infração em apreço e, alternativamente, caso não seja reformada a Decisão recorrida, seja realizada recapitulação e diminuição das multas aplicadas. Requer ainda, sejam as intimações encaminhadas ao escritório profissional do patrono que assina o Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS, através de Parecer da lavra da Dra Maria José Coelho Santa-Sé, considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido, visto que foram trazidos em razões recursais os mesmos elementos de sua defesa inicial, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário, como segue:

No que concerne às nulidades trazidas pelo recorrente, a ilustre Parecerista da PGE/PROFIS entende que as imputações fiscais estão devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação tributária atendendo a todos os requisitos descritos no art.39, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto 7.629, de 09.07.1999.

Quanto às “precariedades” aduzidas na súplica recursal, não c

ausência de provas suficientes para confirmar suas alegações, al

falhas que possam levar prejuízo ao contribuinte. Desse modo, entende a D. Procuradora que as autuações estão perfeitamente compatíveis com a norma vigente, alicerçadas em minucioso levantamento quantitativo de estoque, inexistindo, portanto, elementos capazes de reformar a Decisão recorrida.

A nobre procuradora prossegue dizendo que, no que diz respeito às alegações da inconstitucionalidade das multas, não é dada ao CONSEF a competência para tal julgamento, conforme art. 167, II do RPAF/Ba. Frisa, entretanto, que o princípio constitucional que veda a criação de tributo com efeito confiscatório não alcança as multas, em razão da sua natureza jurídica diversa. Quanto ao pedido de dispensa de multa, diz a representante da PGE/PROFIS que não é competência desta Câmara de Julgamentos, conforme art. 159 do RPAF. Entretanto, pode o contribuinte encaminhar requerimento de dispensa ou redução das multas à Câmara Superior do CONSEF.

## VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 5ª JJF deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

Passo a tratar, inicialmente, das nulidades suscitadas, que em última análise, segundo o recorrente, advém da “precariedade” da ação fiscal como um todo, quer no levantamento realizado pelo autuante, quer na alegada falta de consideração por parte do fisco quanto aos elementos trazidos aos autos.

De início, registro que os argumentos trazidos em sede de Recurso são os mesmos alegados na peça defensiva, e foram devidamente tratados pela 5ª JJF.

O recorrente indica, nas preliminares suscitadas, ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, além de indicar fragilidade nos levantamentos elaborados pelo fisco e equívoco na capitulação das infrações, que redundam na colisão com os princípios inicialmente citados.

Entendo que o recorrente faz alegações sem quaisquer fundamentos, senão vejamos, por ordem: 1. Não há quaisquer elementos que indiquem que há erro na capitulação das infrações; 2. O recorrente foi notificado de todos os acontecimentos no curso do processo, se fazendo presente em todas as fases do PAF; 3. Os elementos trazidos aos autos pelo recorrente foram devidamente considerados e redundaram em novos levantamentos com redução da exigência fiscal; 4. As alegações de pagamentos ditos realizados não passaram de meras afirmações, haja vista que não foram trazidos aos autos os comprovantes respectivos que, eventualmente, pudessem fazer alusão aos fatos tratados no auto em questão; e 5. A alegada falta de motivação jurídica do lançamento padece de fundamento, pois, todas as infrações encerram a devida fundamentação jurídica, tanto da exigência do imposto quanto da multa, além de trazerem os devidos demonstrativos.

Por tudo o quanto exposto, afasto as preliminares suscitadas, pois, entendo estarem presentes todos os requisitos descritos no art.39, do Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto 7.629/99.

No mérito, o recorrente restringe-se à alegação de que não praticou a “infração tributária material” de ter deixado de recolher o ICMS com lesão ao fisco estadual e, por consequência, não pode ser exigida quanto ao pagamento de ICMS, multa e juros.

De plano, registro que o recorrente veio aos autos trazendo elementos, aceitos pelo autuante e pela 5ª JJF, que tiveram o condão de modificar os valores inicialmente fixados. No outro lado, o recorrente se ateve a alegações que não restam comprovadas.

se, como esteio, à presunção relativa da verdade. Ocorre que o argumento trazido no Recurso Voluntário, tratando da presunção relativa da verdade nos lançamentos contidos nos livros e documentos fiscais e contábeis, quando fundamentados em documentação hábil. Entretanto, o recorrente não fez juntar aos autos os documentos e elementos necessários à aplicação desta garantia legal dada ao contribuinte. Por tudo isso, entendo correta a Decisão da 5ª JF que acatou as correções feitas nos demonstrativos relativos às infrações 3 e 5, mantendo a exigência fiscal contida nas demais infrações.

Entendo também, que diante da clareza dos elementos trazidos pela fiscalização, juntamente com o minucioso demonstrativo de débitos elaborado pelo fiscal atuante, inclusive considerando os elementos trazidos pelo contribuinte, entendo que não há dubiedade de entendimento quanto às infrações e suas capitulações, o que impede, no caso em apreço, a aplicação do art. 112 do CTN.

No tocante a multa que lhe fora aplicada, o recorrente diz ser confiscatória e recorre ao art. 150, IV da Constituição Federal, informando ser desproporcional em razão de não ter o recorrente agido com fraude contra os interesses “arrecadatórios”.

Ressalta quanto à questão de constitucionalidade, que limito-me a destacar que a rigor do art. 167, II do RPAF/BA, não é dada a esta Câmara de Julgamento Fiscal a competência para apreciar tal matéria.

Em relação à discussão da proporção da multa aplicada ao recorrente, deriva de instituto legal que trata de penalidade pelo não recolhimento do imposto por antecipação, não sendo trazida à baila a alegada fraude ou má-fé, o que torna a questão indiscutível no que tange à sua aplicação e porcentual, independentemente de qualquer juízo de valor acerca dos seus números.

Por fim, naquilo que diz respeito ao pleito de dispensa de multa, é competência da Câmara Superior deste CONSEF, a quem poderá ser dirigido o competente requerimento para dispensa ou redução das multas, observados nas regras do art. 159 do RPAF.

Ante tudo o quanto exposto, não merece qualquer reparo a Decisão recorrida e, nessa esteira, Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

## 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **279459.0001/09-8**, lavrado contra **BRACOL HOLDING LTDA. (BERTIN)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$161.822,07**, acrescido das multas de 60% sobre R\$156.957,51 e 70% sobre R\$4.864,56, previstas no art. 42, incisos II, “d” VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS