

PROCESSO - A. I. Nº 149269.0002/09-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e TRANSPORTADORA HAMMES LTDA.
RECORRIDOS - TRANSPORTADORA HAMMES LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO -Acórdão 0397-05/09
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 27/12/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0452-11/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NOVA DECISÃO. Restou provado nos autos que não foi concedido ao sujeito passivo o prazo legal para exercer seu direito de ampla defesa, após ter sido anexado ao processo novo demonstrativo de débito elaborado pelo autuante. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** da Decisão recorrida. Recursos de Ofício e Voluntário **PREJUDICADOS**. Devolvam-se os autos à Primeira Instância para proferir novo julgamento. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos em face da Decisão da 5ª JF (Acórdão nº 0397-05/09), que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, lavrado em 16/03/2009, para exigir ICMS, no valor de R\$ 151.985,42, em razão das irregularidades abaixo descritas:

1. Recolheu a menos ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no valor de R\$ 131.965,42 e multa de 60%.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 20.020,00.

Ao decidir a lide, o Colegiado de primeira instância proferiu voto nestes termos :

“Inicialmente nego o pedido de nulidade do lançamento sob o argumento de que o autuante não teria especificado a alíquota aplicada na diferença de alíquota, pois o valor de R\$ 49.686,00 foi extraído do livro Registro de Entradas do contribuinte, conforme fotocópia de fl. 19, onde consta o crédito na alíquota de 7%, mas não lançado a débito no livro Registro de Apuração do ICMS, naquele mesmo mês.

Ademais, na informação fiscal, foi prestado o esclarecimento de que na planilha relativa à “diferença de alíquota”, constam as alíquotas aplicadas de 12% e de 7%, pois de acordo com o art. 51, inciso III, alínea “a” do RICMS, a alíquota de 12% é aplicada para os bens procedentes do Estado de São Paulo, (caminhões) e as notas fiscais com a alíquota de 7%, de bens procedentes do estado do Rio Grande do Sul (implementos, carrocerias e outros). Outrossim, o autuante elaborou a planilha de fl. 45, que foi encaminhada para o contribuinte, que não mais se manifestou sobre ela no prazo de 10 (dez) dias que lhe fora concedido.

A infração 1 decorreu da utilização integral do crédito de ICMS de mercadorias do ativo imobilizado e do não lançamento da diferença de alíquota a débito no registro de apuração do ICMS, de acordo com o art. 339 do RICMS/97. Foi reconstituído a conta corrente, apurando-se o saldo devedor em janeiro/2005, de R\$ 131.465,42.

Contudo, da análise da descrição fática da infração, e em cotejo com os demonstrativos elaborados pelo autuante, constato que consta nos autos que a empresa deixou de recolher a diferença de alíquotas, nas aquisições de bens para o ativo imobilizado, mas na descrição fática está sendo exigido ICMS em virtude de recolhimento a menor, proveniente de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS. Também o autuante fez a conta corrente mensal, assim, como elaborou planilhas para constituir o IAP.

Saliento que o autuante procedeu em conformidade com a alteração ocorrida para lançar o crédito no livro Registro de Entradas referente às aquisições

qual passou a ser de 1/48 do valor destacado na nota fiscal e não mais pelo seu total como fez o autuado, conforme determinação do art. 93, §§ 12 e 17, inciso I e do § 2º do art. 339 do RICMS/97. Assim, o procedimento adotado até 31/12/2000 consistia no lançamento do crédito correspondente ao valor integral, no mês de aquisição do bem, que era posteriormente estornado em parcelas mensais de 1/60 do seu valor, observando-se a relação entre as saídas isentas e não tributadas e as saídas totais, quando deveria ser utilizada a planilha CIAP Modelo A.

De acordo com as mudanças implementadas no RICMS/97, a partir de 01/01/2001 o procedimento passou a ser o oposto, isto é, o lançamento a débito no livro RAICMS, passou a ser do total do valor referente à diferença de alíquota, com aproveitamento do crédito em 1/48 mensais, mantendo-se a obrigatoriedade da observação da proporção das operações de saídas ou prestações isentas ou não tributadas e o total das operações de saídas, devendo ser utilizado a planilha CIAP Modelo C.

Contudo, no presente caso, a descrição fática não está em conformidade com o procedimento adotado para apurar o ICMS na infração, pois o autuante refez a conta corrente fiscal, mas não há prova do pagamento do diferencial de alíquotas.

Em conclusão, verifico que não há segurança quanto à apuração da infração, o lançamento de ofício não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração, e deste modo, deve ser declarada nula de ofícios, a teor do art. 18, IV, “a” do RPAF/99, ao tempo em que represento à autoridade fazendária para refazer o lançamento, a salvo de falhas e incorreções.

Na infração 2, foi aplicada a multa de 10%, em razão de entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, relativa à Nota Fiscal nº 79.492, de 20/01/2005, conforme cópia de fl. 15 do PAF.

O sujeito passivo pleiteia a dispensa ou redução da multa, pois comprovada que a infração foi praticada sem dolo fraude ou simulação e não implicou em falta de recolhimento do imposto, a teor do disposto no § 6º do art. 915 do RICMS/97.

Contudo, com a falta de escrituração desta nota fiscal, o autuado deixou de recolher a diferença de alíquota prevista na legislação.

Assim, entendo que não pode ser aplicada a redução da multa, que se encontra prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/96. Entendo procedente a infração e mantenho a multa aplicada.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.”

No Recurso Voluntário de fls. 68/72, expôs o sujeito passivo, inicialmente, que o julgamento de primeiro grau foi pela nulidade da infração 1, mantendo a infração 2, imputando a multa de 10% por descumprimento de obrigação acessória.

Disse que o valor original do lançamento fiscal é de R\$ 20.020,00, relativo à imposição dessa multa, a qual não encontra embasamento legal, postulando a nulidade da sua imposição, arguindo, para tanto, o seguinte:

Que a empresa por utilizar o previsto no art. 93, § 17º, que permite a apuração de ICMS pelo regime de débito x crédito, se tivesse lançado a nota fiscal em sua escrita, poderia ter se aproveitado a alíquota de ICMS destacado nesse mesmo documento no percentual de 12%, que seria um crédito de 24.024,00, conforme o RICMS;

Que, se há a cobrança da “multa acessória” equivalente a 10% do valor nominal da compra do veículo, no valor de R\$ 20.020,00, mas que, em contrapartida a falta de escrituração respectiva, não foi utilizado o crédito que seria de R\$ 24.024,00 de ICMS que faria jus, ficando comprovado que não houve evasão de imposto, e que, por ser bem do ativo imobilizado, quando ocorrer a sua venda, não haverá a incidência, a teor do art. 6º, do RICMS;

E que, caso este Colegiado acatasse seus fundamentos, que os autos fossem remetidos à PGE/PROFIS para emissão de Parecer sobre a nulidade e redução da penalidade imposta.

Arguiu ainda, que a multa tem efeito confiscatório, que é inconstitucional e que há inexistência de “acessório principal”.

Arrematou dizendo genericamente que as autuações do fisco impõem “multas sucessivas”; e que o contribuinte não pode calar-se diá

considerando que a imposição suso diverge muito do que deveria ser cobrado a esse título, e que se silenciasse, estaria agindo com parcimônia frente à lesão ao seu patrimônio;

Alegou que a Carta Magna veda a utilização de tributos com fins confiscatórios;

Mencionou que, no caso presente, todos os procedimentos por si realizados não se caracterizam como infração fiscal, citando o ilustre jurista Sacha Calmon Navarro Coelho, e seu estudo acerca das multas no livro Teoria e Prática das Multas Tributárias, no qual leciona que as multas têm limite quantitativo a ser lançado, o qual é o patrimônio do contribuinte, que não pode ser dilapidado genérica e irrestritamente que venha prejudicar a sobrevivência social da empresa ou da pessoa física.

Ainda, em derredor dessa matéria, disse que as multas funcionam para evitar o “*periculum in mora*” e dissuadir os infratores, não podendo seu quantitativo chegar ao confisco, e que o Direito brasileiro contempla alguns casos de multa elevadíssima, com base de cálculo variável, e ora se baseiam no valor do imposto a pagar ou omitindo, ora no valor comercial da mercadoria, no montante do interesse, ora em unidades previamente estatuídas como a UPFEMG (unidade padrão fiscal do estado de Minas Gerais), cujos percentuais podem facilmente atingir 100%, sendo comum atingir 300%.

Arguiu que há um princípio constitucional vedando o confisco, citando o art. 5, LIV, e o art. 150. IV, da CF, prosseguindo a digressão nesse mesmo sentido, para afirmar que a aplicação de uma multa com fins de confisco, que caracteriza uma lesão ao patrimônio do contribuinte, mediante confisco indireto, é diversa da aplicação da multa legalmente permitida, passando a citar julgado da lavra de Aliomar Baleeiro e Bilac Pinto.

Por derradeiro, pugnou que a súplica recursal fosse recebida com os efeitos do art. 151, III, do CTN, suspendendo a exigibilidade do suposto crédito tributário, objeto do lançamento fiscal, e não inclusão do nome do recorrente e de seus sócios nos cadastros de devedores ou similar. Requereu, finalizando, seja declarada a nulidade, a lume dos argumentos declinados na impugnação e no Recurso Voluntário.

Por força da desoneração acerca da infração 1, declarada nula, a JJF recorreu de ofício a esta CJF, com lastro no art. 169, I, “a”, do RPAF/BA.

A d. PGE/PROFIS, à fl. 80, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, sustentando que, após ter sido julgada improcedente a infração 1, que foi imputada ao recorrente multa de 10% sobre o valor do bem, penalidade esta que entendeu pertinente, considerando que a falta do registro da nota fiscal no livro de Registro de Entrada, o que disse ser fato incontroverso, o que importou na falta de pagamento do diferencial de alíquota, sendo insustentável, portanto, a alegação do recorrente de que essa não escrituração não decorreu de dolo e nem gerou prejuízo ao erário.

Às fls. 82/83 constam documentos referentes ao requerimento, pelo sujeito passivo, do benefício da Lei nº 11.908/2010, contendo expressa desistência de quaisquer defesas ou recursos administrativos por si interpostos, havendo, conforme documento do SIGAT de fl. 87, o pagamento do débito lançado na infração 02, com os benefícios da Lei de Anistia, no valor de R\$2.002,00, do principal devido de R\$ 20.020,00, que, com acréscimo moratório de R\$ 1.008,61, resultou no pagamento de R\$ 3.010,61, concernente à multa infracional.

VOTO

Da análise dos autos, constato, de início, que o autuante no demonstrativo de fl. 08, esclareceu que o diferencial de alíquota do ativo imobilizado seria de R\$ 137.550,00, sem indicar os documentos fiscais que deram origem ao valor lançado.

Todavia, quando de sua informação fiscal de fls. 42/44, foram acostas com novo demonstrativo, às fl. 45, tendo o autuante feito a revisão

a metodologia aplicada, ao cabo de que, sugeriu, inclusive, o encaminhamento ao sujeito passivo, para ter vistas e se manifestar, com a reabertura de prazo de trinta dias, “*ex vi lege*”. Tal prazo, entretanto, não foi cumprido, sendo concedido ao autuado o prazo de apenas dez dias.

Logo, diante da presença dessa ilicitude, a resultar em cerceamento do direito de defesa do contribuinte, deve ser procedido o respectivo saneamento, para que o PAF guarde estrita consonância com o devido processo legal, resultando, daí, insofismavelmente, na declaração, de prejudicialidade do Recurso Voluntário, por força da decretação, de ofício, por esta Câmara, da nulidade da Decisão recorrida.

Do exposto, julgo PREJUDICADO o Recurso de Ofício, decretando, de ofício, a nulidade do acórdão em referência, para que os autos retornem à primeira instância, e, seguidamente, seja reaberto o prazo de lei – trinta dias-, ao autuado, para que este venha, querendo, manifestar-se sobre a revisão procedida pelo autuante, bem como sobre os documentos correlatos residentes à fl. 45, a fim de assim extirpar qualquer mácula que possa inquinare o PAF de nulidade, como prima este Colegiado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADOS** os Recurso de Ofício e Voluntário apresentados e, de Ofício, decretar **NULA** a Decisão de Primeira Instância relativa ao Auto de Infração nº **149269.0002/09-5**, lavrado contra **TRANSPORTADORA HAMMES LTDA**. Devolvam-se os autos à JF para proferir novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS