

PROCESSO - A. I. Nº 147324.0010/09-0
RECORRENTE - BRHL COMÉRCIO DE CONFECÇÕES E MODAS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0052-01/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 27/12/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0468-11/10

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. a) REGISTRO DE APURAÇÃO. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. Fato comprovado. Infração subsistente. b) REGISTRO DE SAÍDAS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração não elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Fato comprovado. Infração caracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO SISTEMA DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Restou comprovado o cometimento da infração. Infração subsistente. Indeferidos os pedidos de diligência e perícia. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, concretizada no Acórdão JJF Nº 0052-01/10, a qual, unanimemente, julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2009, para cobrar ICMS e multa percentual, no valor total de R\$14.010,51, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolher a menos ICMS caracterizado pelo desconcontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, sendo exigido o imposto no valor de R\$1.036,25, acrescido da multa de 60%;
2. Deixar de recolher, nos prazos regulamentares, o ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios, sendo exigido o imposto no valor de R\$1.300,60, acrescido da multa de 70%;
3. Multa percentual de 60% sobre o valor do imposto que deveria ser pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e devidamente registrado na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, sendo exigida a multa no valor de R\$2.691,92;
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, sendo exigido o imposto no valor de R\$8.981,74, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou, tempestivamente, a impugnação ao Auto de Infração (fls. 106 a 118), suscitando preliminares de nulidades e no mérito, a insubsistência, com a consequente inexigibilidade das mu

A autuante, às fls. 121/122, prestou a informação fiscal de praxe, contestando as questões prévias de nulidade e mantendo integralmente a autuação.

Na Decisão recorrida, a JJF, de plano, apreciou e inacolheu as preliminares de nulidade, com a fundamentação adiante transcrita:

“No que concerne ao argumento de existência de discrepância entre o histórico da autuação e os dos seus anexos e ainda entre estes e artigos do RICMS/97 dados como infringidos, verifico que a autuação se encontra revestidas das formalidades legais, estando determinados os fatos geradores, o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, que se encontram fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam a autuação. Os demonstrativos elaborados pela autuante identificam corretamente as infrações, tendo sido apontados os valores que geraram a imposição contida em cada um dos itens da autuação e às multas pertinentes às irregularidade apuradas, além de se encontrarem acompanhados dos elementos que lhes deram base e que geraram a exigência tributária em questão. Portanto, não pode prosperar pretensão defensiva quanto à esta preliminar de nulidade, haja vista que as descrições dos fatos tidos como infracionais estão claramente determinadas, inexistindo qualquer dúvida quanto à acusação fiscal e respectivo enquadramento

Quanto à alegação de ausência de Termo de Início de Fiscalização no procedimento fiscal que originou a lavratura do Auto de Infração em lide, constato que o referido termo se encontra acostados aos autos à fl. 09, conforme consignado pela autuante, não assistindo razão ao impugnante.

No que concerne ao argumento de que o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento autuado, quando deveria sê-lo no próprio local onde funciona a empresa, verifico que melhor sorte não tem o impugnante, haja vista que nos termos do art. 39, §1º do RPAF/99, abaixo reproduzido, a lavratura poderá ocorrer no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração. Ou seja, inexistente a obrigatoriedade pretendida pelo impugnante, para que a lavratura do Auto de Infração seja realizada no estabelecimento.”

De outra parte, tangente ao pedido de realização de diligência e perícia para comprovação das razões defensivas, o Decisório indeferiu o pedido, com fulcro no artigo 147, I e II, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, por não vislumbrar necessidade ou indispensabilidade de sua efetivação, considerando os elementos acostados aos autos suficientes para formação do convencimento sobre o tema.

No tocante ao requerimento do impugnante para que as intimações fossem entregues no endereço profissional localizado na Avenida Tancredo Neves, 1485, Edifício Esplanada Trade Center, Sala 1.485, CEP 41.820-021, Salvador-BA, asseverou a JJF que nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda atenda ao pleito, contudo, a falta de atendimento não caracteriza nulidade do Auto de Infração, encontrando-se disciplinadas no art. 108 do RPAF/99 as hipóteses de intimação ou ciência, ao contribuinte, da tramitação processual.

Adentrando ao mérito, a Junta, analisando a alegação defensiva de que o Auto de Infração pretende cobrar a quantia de R\$14.010,51, por recolhimento a menos do ICMS, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, aduz que tal valor diz respeito ao total das quatro infrações apontadas no Auto de Infração, sendo que a infração aludida pelo impugnante tem o valor de R\$1.036,25.

Prosseguindo na análise das razões defensivas, o Relator se posiciona nos seguintes termos:

Observe que a impugnação se apresenta de forma genérica, ou seja, o autuado diz que “o autuante deixou de considerar algumas informações relativas às operações de saídas de mercadorias, e também da natureza do tratamento fiscal dado a algumas mercadorias revendidas, informações estas que se apresentavam importantes para o fim de averiguar o montante do crédito fiscal devido, se fosse o caso.”

Considerando que esteja se referindo à infração 01, por ser a única expressamente mencionada na peça impugnatória, verifico que inexistente qualquer relação entre a imputação e a alegação acima reproduzida, haja vista que este item da autuação diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Ora, trata-se de uma situação fática, isto é, o próprio autuado escriturou o livro Registro de Apuração do ICMS, tendo apurado o imposto devido e, posteriormente, recolhido a menos fiscal. Infração subsistente.

Quanto às infrações 02, 03 e 04, constato que o impugnante além de não atacar especificamente as infrações, também não traz qualquer elemento de prova hábil capaz de elidir estes itens da autuação, inobservando, assim, as disposições dos artigos 123, 142 e 143 do RPAF/99. Infrações mantidas.

No que diz respeito à arguição de que as multas são confiscatórias, verifico que estas foram corretamente aplicadas, estando previstas na Lei nº 7.014/96. Quanto à sua redução, devo esclarecer que as multas por descumprimento de obrigação principal, podem ser dispensadas ou reduzidas ao apelo da equidade, sendo de competência da Câmara Superior deste CONSEF a sua apreciação e não desta Junta de Julgamento Fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário objetivando a reforma do Julgado (fls. 149/159).

Inicialmente, suscita a nulidade do acórdão, por cerceamento do direito de defesa, em face de não lhe ter sido dado vista da informação fiscal de fls. 121/122, inobservado o princípio constitucional da ampla defesa, assegurado no art. 5º, LV, da Constituição.

Ainda em preambular, sustenta que o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento autuado, embora devesse sê-lo no próprio local onde funciona a empresa, argumentando que a doutrina é taxativa quanto à obrigatoriedade da lavratura do Auto de Infração no local do estabelecimento fiscalizado, considerando ineficaz e inválida a peça básica do processo administrativo-fiscal, quando lavrado na própria repartição fiscal, sem motivo relevante, porquanto resta quebrada a segurança jurídica e a própria seriedade que deve existir nas relações fisco-contribuinte.

Defendeu o posicionamento de que tais procedimentos viciam e nulificam o procedimento fiscal, a teor do que dispõe o art. 18, inciso II, do RPAF/99, caracterizando verdadeiro cerceamento do direito de defesa, tornando nulo de pleno direito o presente lançamento fiscal, citando e transcrevendo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e lição de Hely Lopes Meireles.

Em seguida, em relação ao mérito, alegou que o Auto de Infração pretende cobrar a quantia de R\$14.010,51, sob o fundamento de que recolheu a menor o ICMS, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Assegurou que o autuante deixou de considerar algumas informações relativas às operações de saídas de mercadorias e, também, a natureza do tratamento fiscal dado a algumas mercadorias revendidas, elementos estes que se apresentavam importantes para o fim de averiguar o montante do crédito fiscal devido, se fosse o caso.

Afirmou que a incerteza do valor lançado na peça acusatória seria demonstrada através de perícia, a qual requeria com respaldo no art. 49 do RPAF/BA.

Também sustentou que o valor contabilizado nas vendas pelo Auto de Infração não poderia servir como base de cálculo do imposto, pois englobava mercadorias cujas saídas são isentas, não tributadas e outras tributadas através da sistemática da substituição tributária ou mesmo mercadorias devolvidas a fornecedores.

Afirmou que a exigibilidade do tributo enfocado pela notificação restaria suspenso, visto o disciplinado, quer pela legislação estadual, quer pelo art. 151 do CTN, ainda em vigor, o qual reproduziu.

Prosseguiu na sua irresignação, alegando ser a multa percentual de 50% descabida, uma vez que, não sendo devido o principal, também não seria o acessório, além de absolutamente indevida, por ser manifestamente confiscatória.

Acrescentou que, sem prova material da existência de fraude ou sonegação fiscal, como definidas em leis federais, a multa por eventual infração de regulamento fiscal, inexistindo má-fé, não poderia ser astronômica, nem proporcional ao valor da operação em vertente caso. Reiterou a inexistência de qualquer causa legítima tributária, que fere de morte o art. 150, IV, da Carta Magna.

Disse que as multas, conforme legislação vigente, somente poderiam ser de 2% sobre o valor corrigido, e não no percentual apontado no Auto de Infração, conforme dispõem os artigos 1º e 52, §1º da Lei nº 9.298/96, afirmando que a imposição de tal penalidade escaparia à capacidade contributiva das empresas brasileiras, cabendo a sua redução, se mantida a autuação, com a invocação do art. 96 do CTN.

Ainda destacou que, caso desconsideradas as alegações expostas, encontrando-se fartamente demonstrado de que não houve dolo na conduta do contribuinte, faria jus ao benefício contido no art. 60, § 4º, da Lei nº 4.825/89, previsorando a possibilidade do CONSEF reduzir ou até mesmo cancelar as multas.

Requeru, uma vez demonstrada a insubsistência e improcedência da ação fiscal, o acolhimento do Recurso Voluntário, visando ao cancelamento do débito fiscal reclamado, pois juridicamente inválida a exigência contida no referido Auto de Infração.

Por fim, pediu que, se assim não fosse entendido, se efetuasse a conversão do feito em diligência, a fim de apurar as informações prestadas no tocante aos valores auferidos pelo “Sr. Fiscal”, nos meses relacionados, objetivando comprovar as alegações de erro na apuração alocadas e, ainda, no mérito, constatada a incidência de multa superior aos previstos legalmente, que se procedesse aos recálculos do real valor, expurgando-se, também, dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos.

Ao exarar o Parecer de fl. 163, a ilustre representante da PGE/PROFIS salientou que as razões recursais não mereciam acolhimento, sustentando os seguintes fundamentos:

- a) No que pertine às nulidades suscitadas, a informação fiscal de fls. 121/122 não trazia qualquer elemento novo que justificasse a abertura de vistas ao autuado e a lavratura do AI poderia ocorrer no estabelecimento autuado, na repartição fiscal ou em qualquer outro local onde se verifique a ocorrência da infração, de acordo com o art. 39 do RPAF/99;
- b) Quanto ao mérito, a alegação se apresenta genérica, sem que tenha sido fornecido qualquer argumento ou prova de equívocos na apuração do ICMS não recolhido;
- c) No tocante à multa aplicada, essa é a prevista na legislação tributária estadual, não cabendo apreciação de alegação de confisco.

Concluiu, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário do autuado.

VOTO

Do estudo minucioso do presente PAF, verifico versar o Recurso Voluntário sobre a irrisignação do autuado com o julgamento do Auto de Infração supra identificado, onde lhe é imputado o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS, resultando na exigência do valor total de R\$14.010,51, acrescido de multas, tendo a peça recursal insurgindo-se genericamente contra a ação fiscal, porém reportando-se, de modo específico, apenas à infração 01, onde é imputado ao sujeito passivo o recolhimento a menor do ICMS, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro da Apuração do ICMS.

Consoante detalhadamente relatado, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal julgou totalmente procedente a autuação, tendo o recorrente, nas suas razões recursais, repetido os mesmos argumentos apresentados na impugnação, inclusive suscitando, mais uma vez, a questão prévia de nulidade pelo Auto de Infração ter sido lavrado fora do estabelecimento fiscalizado, acrescentando uma preliminar de nulidade do acórdão recorrido, por cerceamento do direito de defesa, em face da falta de vistas, à autuada, da Informação Fiscal de fls.121/122.

De plano, os pleitos de nulidades não podem prosperar, na medida estadual vigente não lhe socorre, inexistindo, nesse passo, qualquer

Vale ressaltar que a sustentação de nulidade por ter sido lavrado o auto fora do estabelecimento não é cabível e já foi cuidadosamente analisada no feito, sobretudo em razão do que dispõe o art. 39, §1º, do RPAF/99, *verbis*:

“Art. 39. O Auto de Infração conterá:

(...)

§ 1º O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.”

No que tange à preambular de cerceamento do direito de defesa, de igual sorte, razão não assiste ao recorrente, porquanto, verificando-se os termos e afirmações contidas na Informação Fiscal produzida pela autuante, constata-se, claramente, que a 1ª JF agiu corretamente, já que a referida informação não trouxe qualquer elemento novo capaz de alterar a ação fiscal, limitando-se, apenas, a contestar os argumentos apresentados e mantidas, na íntegra, as imputações originais, de acordo com o previsto no art. 127, §4º, do RPAF/BA, que determina:

Art. 127. O autuante terá o prazo de 30 (trinta) dias, contado da apresentação da defesa, para prestar a informação fiscal.

(...)

§ 7º Se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18.

No mérito, o Recorrente aduziu, de forma genérica, o não cometimento de nenhuma infração e alegou ter a autuante pretendido cobrar a quantia R\$14.010,51, sob a acusação de recolhimento a menos do ICMS, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Dita assertiva bem demonstra a falta de substância do conteúdo da peça recursal, visto que, efetivamente, o valor referido diz respeito ao total das quatro infrações imputadas na autuação hostilizada, enquanto a infração citada é a rotulada como de nº 01, que atribui o valor de R\$1.036,25.

De outra parte, observo que, embora a autuação trate de uma situação fática, o autuado não apresentou qualquer documento capaz de afastar a imputação, nem tampouco algum demonstrativo que indicasse períodos em que o contribuinte teria procedido corretamente, nesse contexto, elidindo a acusação imposta.

O Recurso Voluntário é um instrumento que visa, precipuamente, à desconstituição, parcial ou total, da Decisão recorrida e, para tanto, deve o recorrente apresentar argumentos e elementos ao julgamento para que tal alteração seja processada, através de Decisão da Segunda Instância, apontando as incorreções, os equívocos, os pontos da Decisão que entende devam ser objeto de nova apreciação, ou mesmo trazendo argumentos novos que permitam uma análise melhor da questão envolvida.

Assim, em consonância com o artigo 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a autuação fiscal.

No que pertine à arguição de que as multas aplicadas são confiscatórias, e fora da legalidade, não pode ser acolhida, primeiro, por não ser atribuição desta Corte a apreciação de confisco e de inconstitucionalidade, segundo, porque se verifica, estarem as mesmas corretamente aplicadas e previstas na Lei nº 7.014/96, art. 42, inciso II, “b”, inciso III, inciso II, “d” e inciso VII, “a” que regula o ICMS dentro do Estado da Bahia.

Também sobre essa temática, não assiste razão ao autuado, no pleito de redução ou dispensa, amparado no art. 60 §4º da Lei nº 4.825/89 uma vez que, é competência exclusiva da Câmara Superior desse CONSEF, a apreciação do pedido, podendo o sujeito requerer tal benefício, atentando para as condições previstas na lei

Por último, o Recorrente, na sua peça defensiva, às fls.153 manifesta que: “*DATA VÊNIA, a incerteza do valor lançado na peça acusatória será demonstrada através de perícia, que requer, com respaldo no art. 49 do RPAF/BA*”, em seguida, às fl. 159 requer que seja o feito administrativo convertido em diligência, a fim de apurar as informações e os valores auferidos pelo Fiscal nos meses relacionados.

Posiciono-me na linha do indeferimento do pedido de diligência e perícia fiscal formulado pelo contribuinte, porquanto os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação da minha Decisão da lide e também não atende o pleito, aos requisitos indispensáveis previstos nos artigos 145, parágrafo único e 147, II, “a” e “b” do RPAF, *in verbis*:

“Art. 145. O interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade.

Parágrafo único. Tratando-se de solicitação de perícia fiscal, o interessado deverá formular no pedido os quesitos a serem respondidos, sob pena de indeferimento de plano, podendo indicar, se preferir, seu assistente técnico, indicando sua qualificação e endereço.”

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

(...)

II - de perícia fiscal, quando:

a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;

b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;”

Nesse contexto, o Recurso não traz à apreciação desta Câmara qualquer fato novo, real e concreto, apresentando-se como uma repetição, *ipsis litteris*, da impugnação inicial, na medida em que se encontra o feito desacompanhado de prova documental robusta, capaz de sustentar as arguições do recorrente e promover alguma alteração no julgamento da lide.

Do exposto, com supedâneo nos elementos informativos constantes dos autos, evitando delongas desnecessárias, considero incensurável a Decisão proferida pela 1ª JF, incapaz de sofrer qualquer tipo de reforma, confirmando-a integralmente, por se encontrar em estrita consonância com os ditames legais.

Em suma, o meu voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

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 **147324.0010/09-0**, lavrado contra **BRHL COMÉRCIO DE CONFECCÕES E MODAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$11.318,59**, acrescido das multas de 60% sobre R\$10.017,99 e 70% sobre R\$1.300,60, previstas no art. 42, incisos II, “b”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.691,92**, prevista no inciso II, “d” e § 1º, do artigo e lei citados, com os acréscimos moratórios, estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR