

A. I. N °. - 206916.0066/09-1
AUTUADO - MUTHHIPER COMÉRCIO DE UTILIDADE E ELETROS LTDA.
AUTUANTE - SAMUEL PEDRO EVANGELISTA RIOS
ORIGEM - INFAS SANTO ANTONIO DE JESUS
INTERNET - 26.08.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0213-02/10

EMENTA: 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIA INCORRETA DE SALDO CREDOR. Infração subsistente, não impugnada. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração subsistente, não impugnada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. O autuado não consegue demonstrar que efetuou as saídas e recolheu o imposto através do regime normal de apuração. Infração subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. O autuado não consegue demonstrar que efetuou as saídas e recolheu o imposto através do regime normal de apuração. Infração subsistente. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. O autuado não consegue demonstrar que efetuou as saídas e recolheu o imposto através do regime normal de apuração. Ficou provado um lançamento em duplicidade, cabendo a redução do valor exigido. Infração parcialmente subsistente. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Rejeitados os argumentos de nulidade e indeferidas as solicitações de diligências. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2009, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$79.200,86, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à transferência incorreta de saldo credor do período anterior. ICMS no valor de R\$437,06. Multa de 60%;

Infração 02 - recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de Registro de Apuração. ICMS no 60%,

Infração 03 – 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. Falta de antecipação tributária, nas aquisições de calçados, nos meses de 07/2005-09/2005-10/2005-11/2005. ICMS no valor de R\$5.520,14, multa de 60%;

Infração 04 - efetuou o recolhimento a menos 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. Efetuou o recolhimento da substituição tributária, referente à compra de calçados, em valores inferiores ao apurado em suas notas fiscais de compra, nos meses de 04/2005-08/2005-12/2005. ICMS no valor de R\$435,88. Multa de 60%;

Infração 05- recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. ICMS no valor de R\$5.214,36. Multa de 60%;

Infração 06 - deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. ICMS no valor de R\$65.778,65, multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação, às folhas 72 a 94, alegando que o autuante se baseou unicamente nos dados constantes nos arquivos magnéticos, deixou de observar a documentação fiscal da autuada, aduzindo que o fisco deverá provar cabalmente seu direito aos pretensos créditos.

Sustenta que a documentação fiscal da autuada, em especial os registros de emissão dos cupons fiscais e notas fiscais de série única colacionados em anexo, fazem prova – contrariando os termos do auto de infração em tela – de que a mesma já recolheu todos os impostos que vêm sendo cobrados no presente auto de infração.

Argumenta que o caso em tela é reflexo desta realidade, onde, por total desconhecimento da necessidade de antecipar o recolhimento do ICMS em relação aos calçados, a autuada acabou apurando e recolhendo o tributo pelo regime normal de apuração, ou seja, na venda dos respectivos itens ao consumidor final.

Entende que, em casos como esse a lei 7014/96 (Lei do ICMS) prevê expressamente não ser cabível a cobrança do imposto, conforme se verifica do quanto disposto no §1º do artigo 42.

Alega boa fé, não tendo agido com dolo ou intuito de lesar o fisco estadual, sendo vítima da própria complexidade da legislação do fisco que trata de forma disforme os itens de comércio, aplicando para cada um uma modalidade de tributação, o que evidentemente gera confusão.

Sustenta haver bi-tributação, visto que recolheu o imposto nas saídas pelo regime normal de apuração, consoante registros de emissão de cupons fiscais e notas fiscais de série única colacionados em anexo.

Afirma que não lhe foi oportunizado o direito de apresentar as provas de sua regularidade, sendo-lhe imputada de logo o auto de infração em tela, eivado de nulidade. Para casos como tais, a legislação prevê ao contribuinte o direito ao cancelamento das multas, consoante disposto nos §§ 7º e 8º do artigo 42 da Lei do ICMS.

Pede diligência fiscal, por fiscal diverso ao autuante, com a finalidade de apurar os valores efetivamente recolhidos pela autuada a título do ICMS incidente sobre os calçados, no momento da venda dos mesmos, afastando, assim, a cobrança dos impostos contidos nas infrações em tela, bem como as multas, sejam elas acessórias ou principais, tendo em vista estar a autuada de boa-fé, consoante determina a legislação do ICMS.

Argumenta quanto às infrações 05 e 06, tendo em vista o equívoco no levantamento do auto de infração o autuante imputou à autuada uma cobrança em duplicidade, tributando a ocorrência com data de 31/08/2005, base de cálculo de R\$20.701,35, Valor histórico de R\$ 3.519,23 duas vezes, uma na infração 05 e outra na infração 06, conforme descrito abaixo, demonstrando os frágeis fundamentos em que permeiam o presente auto, vindicando o afastamento da exação/nulidade do auto de infração.

Considera a multa de 60% confiscatória, com base no art. 150, IV da CF, além de decisões do Supremo Tribunal Federal que sempre repeliu a cobrança de multa com caráter confiscatório: RJJ 741320; 781610; 791478 - 490; 96/1354, bem como decisão TJMG, Ac. un. da 4a Câm. Cív., em 1º-6-1981, Ap. 55.354,ADV, n.429, além de lições de Paulo Cesar Baria de Cartilho.

Alinha argumentos doutrinários quanto à natureza jurídica da multa aplicada por falta, insuficiência ou intempestividade no pagamento do tributo, questionado se a mesma é punitiva ou resarcitória.

Requer, mais uma vez, designação de diligência fiscal, nos termos do artigo 145 do RPAF, a ser realizada por preposto diverso ao autuante, com a finalidade de auditar os valores indicados pelo mesmo na referida autuação, requerendo que sejam afastadas da autuação as penalidades que não restem comprovadamente materializadas.

Pede a nulidade ou improcedência, em razão do recolhimento dos tributos, bem como o cancelamento da multa, com base no apelo de equidade, ou que, na pior das hipóteses seja substituída a multa por uma advertência/penalidade fixa, caso haja previsão legal para dita aplicação, considerando a boa-fé da autuada e o efetivo recolhimento do ICMS.

Afirma pretender provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidas para serem produzidos durante a instrução, indicados, de logo, a juntada posterior de documentos, inclusive em contra-prova; diligência para revisão de fiscalização por preposto diverso do autuante; oitiva de testemunhas, tudo, ex-vi do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

O autuante, às fls. 157 a 160, apresenta informação fiscal, rebatendo, liminarmente, as afirmações contidas na petição anexa ao processo (fl. 70), onde o Nobre Advogado da Autuada, afirma ter sido a empresa notificada dos termos do Auto de Infração em tela, sem, contudo não saber o conteúdo do mesmo, bem como não ter recebido cópias dos documentos que consubstanciaram a referida autuação. Aduz que o Advogado com esta atitude, quis menosprezar o poder intelectual do seu constituinte, admitindo que o mesmo não teve a capacidade de ler e entender o que consta no Auto o qual foi pelo mesmo assinado. Por outro lado todo o teor das infrações arroladas no curso da fiscalização foi calçado na escrita e documentação da empresa, a qual foi devolvida naquela oportunidade da assinatura do auto, bem como lhes foi entregue todos os demonstrativos, denotando desta forma, apenas o oportunismo da defesa, no sentido de ganhar tempo e postergar o andamento do processo.

Complementa que, em que pese tal atitude foi atendido o seu pedido, conforme recibo anexo ao presente processo (fl. 77), tendo sido desta forma, aberto nova contagem de prazo, não caracterizando o cerceamento de defesa nem a violação ao princípio do contraditório, com quis o mesmo afirmar em sua petição.

Contesta o argumento de que a auditoria foi levantada apenas com base nas informações fornecidas pelo sistema informatizado da Secretaria da Fazenda, visto que o contribuinte apresentou todos os livros e documentos que embasaram a autuação, que obviamente sem elas, não teria sido possível catalogar nos diversos demonstrativos, todos os dados ali relacionados (cópias de livros fiscais, nºs de notas fiscais, seus dados e etc.) o que prova a qualidade do trabalho levantado no curso da fiscalização, não tendo sido o mesmo efetuado na forma que tenta colocar o nobre defensor.

Entende que a documentação fiscal da autuada, em especial os registros de emissão de cupons fiscais e notas fiscais, acostados a defesa, que o impugnante alega fazer prova de que a mesma recolheu todos os impostos devidos pela sua comercialização e que supostamente foram cobrados novamente neste Auto, não prova o alegado, pois a emissão de documentos fiscais de vendas de mercadorias se faz necessária como exigência fiscal, emanada da legislação tributária, não caracterizando que a simples emissão da mesma, acarretou o cumprimento da obrigação tributária principal, visto que a legislação prevê outras formas de tributação, em especial as relacionadas no processo em tela como seja Substituição Tributária / Antecipação Parcial e outras.

Afirma, quanto ao argumento de que - devido a complexidade da legislação fiscal, o comerciante nem sempre tem acesso ao conhecimento da mesma, visto que o mesmo se preocupa mais com a sua atividade fim, que é a comercialização de suas mercadorias -, ninguém é dado o direito de dizer e afirmar que desconhece as leis.

Quanto ao argumento do autuado de que desconhecia a necessidade de fazer a antecipação, bem como a existência bi tributação, afirma que a cobrança de substituição tributária e antecipação parcial de mercadorias obedecem a critérios estabelecidos no Regulamento do ICMS RICMS / Dec. 6.284/97 e suas alterações, não podendo ser simplesmente modificada, alterada, descaracterizada de acordo com a conveniência do empresário. Se a norma existe, é para ser cumprida. A Substituição tributária encontra-se tratada no capítulo III Seção II, do RIMS / DEC 6.284/97, tendo como base para cálculo da mesma, índices de MVA estabelecidos no Anexo 88 do RICMS /DEC 6.284/97, portanto não sendo permitido que o contribuinte efetue a tributação dos produtos, com margens e formas diferenciadas daquela ali estabelecidas, assim como deixar de fazê-lo, pela simples alegação do desconhecimento da legislação.

Aduz que, se de fato o contribuinte tributou algumas saídas de calçados, através da emissão de cupons fiscais, atribuindo às mesmas a condição de mercadorias tributadas pelo regime normal de apuração, cabe a empresa requerer ao Estado a restituição do ICMS recolhido indevidamente, este através de um novo processo, independente dos valores aqui apurados, visto que o procedimento adotado pela mesma não a exime do cumprimento das obrigações tributárias, que geraram a lavratura do presente Auto de Infração, por conseguinte, não cabendo neste caso a necessidade de que seja determinada nova diligência fiscal, visto que todos os argumentos apresentados pela defesa se mostram fracos, desprovidos de embasamento tributário suficiente, para que o mesmo solicite a nulidade do presente processo.

Quanto às infrações 05 e 06, salienta que de fato, ao proceder à confecção do Auto em tela, foi de digitado em duplicidade os valores referentes à cobrança da Antecipação Parcial, apurada no mês de agosto de 2005, no valor de R\$ 3.519,23 (três mil quinhentos e dezenove reais e vinte e três centavos), tendo sido a mesma lançada indevidamente na Infração 06, o que neste ato concorda com a sua dedução, passando o valor da Infração em questão a ser da ordem de R\$ 62.259,42 (sessenta e dois mil duzentos e cinqüenta e nove reais e quarenta e dois centavos). Contudo deixar claro que este fato não se configura em motivo para que o nobre advogado da autuada alegue fragilidade nos fundamentos do presente Auto, solicitando mais uma vez a sua nulidade.

Sustenta que o presente processo foi todo ele lastreado em cima da escrita contábil e fiscal da empresa, documentos fiscais diversos, todos eles entregues à fiscalização, conforme afirma o nobre defensor, à fl. 10 de sua defesa. Por outro lado, lembra ao impugnante que as cópias do processo, bem como os seus anexos, não deveriam ser entregues a empresa, por ocasião da intimação da mesma e sim quando da ciência do Auto, o que foi feito em tempo hábil ao seu representante em data de 27/10/2009, bem como todos os demonstrativos, e novamente entregues quando da solicitação efetuado pelo mesmo, a qual foi atendida em data de 18/02/2010, ocasião em que foi aberto, nova contagem de prazo, para a apresentação da peça.

Diante do exposto, reitera todo o teor do presente Auto de Infração.

O autuado volta a se manifestar, às fls. 165 a 168 dos autos afirmando que, conforme parágrafo 1º do art. 42 da Lei 7014/96, não cabe a cobrança do imposto relativa a mercadorias sujeitas à antecipação do tributo e não recolhidos nesse regime, contudo, comprovadamente, efetuou a saída tributada das mesmas, cabendo apenas a multa por descumprimento da obrigação acessória. Assim, argumenta que, no presente caso, efetuou as saídas das mercadorias alvo da autuação e as tributou normalmente, conforme relação dos documentos fiscais que anexa aos autos.

Entende que o processo deve ser encaminhado para diligência, visando apurar os aludidos fatos. Reitera os argumentos da defesa efetuados anteriormente, considerando o auto de infração nulo ou improcedente.

Requer que as intimações sejam dirigidas ao advogado signatário, sob pena de nulidade processual.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a exigência da obrigação principal, relativas a 06 infrações, já devidamente relatadas.

Ficam, de forma preliminar, rejeitadas as nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: 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, visto que as cópias do processo, bem como os seus anexos, foram entregues, conforme recibos, ao seu representante em data de 27/10/2009, bem como todos os demonstrativos e novamente entregues quando da solicitação efetuado pelo mesmo, a qual foi atendida em data de 18/02/2010 (fl. 77), ocasião em que foi reaberto o prazo para defesa, observando que todos os levantamentos foram realizados com base nos arquivos, documentação e livros apresentados pelo autuado; foram corrigidos, na informação fiscal, os valores reclamados em duplicidade; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Quanto à prova das saídas tributadas, cabe análise do mérito. Assim, observo 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.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, até porque as provas que o autuado alega serem constituídas, através de diligência, são de ônus do mesmo, especialmente no que se refere à comprovação de que efetuou as saídas e tributou normalmente as mercadorias para as quais não foram efetuadas as devidas antecipações do imposto.

Observo que o autuado se restringe a impugnar as exigências constantes das infrações 03 a 06, não trazendo aos autos qualquer elemento que se oponha às infrações 01 e 02, as quais considero mantidas, haja vista que foram imputadas sem vícios formais e devidamente fundamentadas e caracterizadas em seu aspecto material.

O autuado reconhece que descumpriu a obrigação constante dos dispositivos indicados pelo autuante, relativa à antecipação, na condição de substituto tributário e a antecipação parcial do imposto, contudo, alega que efetuou as saídas subsequentes tributadas, anexando aos autos relação de cupons fiscais, notas fiscais e recolhimentos. Consoante o já alinhado na análise dos argumentos de nulidade, o autuado descumpriu a obrigação tributária imposto e cabe ao mesmo o ônus da prova de que o imposto devidamente

saída das mercadorias, através do regime normal de apuração, o que efetivamente não consegue com, apenas, a apresentação da relação dos documentos fiscais e de recolhimentos, pois o imposto devido por antecipação, inclusive parcial, ocorre em cada operação de aquisição e relativa a específicas mercadorias enquadradas no regime da antecipação. Os documentos apresentados são relativos a todas das saídas do contribuinte, havendo necessidade de que a prova se restrinja as mercadorias e operações cujas obrigações tributárias foram descumpridas.

Assim, considero que os elementos trazidos pela defesa não conseguem demonstrar que houve, quanto às aludidas saídas, a cobrança em duplicidade concernente às infrações 03 a 06, não cabendo, portanto, como alega, a exigência, apenas, da penalidade por descumprimento da obrigação acessória.

No que se refere às infrações 05 e 06, cabe razão do autuado, com acolhimento pelo autuado, no que diz respeito aos valores digitados em duplicidade, ou seja: os valores referentes à cobrança da Antecipação Parcial apurada no mês de agosto de 2005, no valor de R\$ 3.519,23 (três mil quinhentos e dezenove reais e vinte e três centavos), tendo sido a mesma lançada indevidamente na Infração 06, devendo ser efetuada a sua dedução, passando o valor da Infração em questão a ser da ordem de R\$ 62.259,42 (sessenta e dois mil duzentos e cinqüenta e nove reais e quarenta e dois centavos).

Assim, a infração 06, quanto ao mês de agosto de 2005, passa a não mais existir imposto reclamado (exclusão do valor de R\$ 3.519,23, ocorrência 31/08/2005), totalizando a infração, após a dedução, o valor de R\$ 62.259,42.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omisso que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade. As decisões dos tribunais trazidas pela defesa, além de se referirem a percentuais de multas superiores às aplicadas, não têm o condão de obstar a exigência das multas ora imputadas, por total falta de óbice legal pata tanto.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA, bem como não cabe a este órgão fracionário do CONSEF, apreciar o pedido de redução ou cancelamento das multas por descumprimento de obrigação principal.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, cabendo a homologação do quanto efetivamente recolhido, conforme consta às fls. 174 e 175 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206916.0066/09-1, lavrado contra **MUTHHIPER COMÉRCIO DE UTILIDADE E ELETROS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$75.681,63, acrescido da multa de 60%, prevista nos incisos, II, alíneas “d” e “b” VII, alínea “a” do art. 42 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o *quantum* efetivamente recolhido, conforme consta às fls. 174 e 175 dos autos.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR