

A. I. Nº - 017464.0003/10-9
AUTUADO - COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA.
AUTUANTE - BELANÍSIA MARIA AMARAL DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS
INTERNET - 10. 01. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0003-01/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Argumentos apresentados pelo sujeito passivo insuficientes para elidir a acusação fiscal. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. É devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária. Infrações subsistentes. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 1% e 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações subsistentes. 4. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE SAÍDA. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que operações tributadas foram lançadas no Registro de Saídas sem débito do imposto. Infrações caracterizadas. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTADA COMO NÃO TRIBUTADA. FALTA DE LANÇAMENTO DO DOCUMENTO FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado que documentos fiscais referentes a operações de saídas tributadas não foram lançados no livro Registro de Saídas. Infrações caracterizadas. Não acolhidas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/10, exige crédito tributário no valor total de R\$ 126.069,27, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA, nos meses de janeiro, fevereiro, maio, junho e agosto de 2008. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 15.471,47, acrescido de multa de 60%.

Em complemento à acusação, consta: *Falta de recolhimento do ICMS da Antecipação tributária referente aos produtos adquiridos em outras unidades da federação conforme planilha cálculo Antecipação Tributária do ICMS - Notas Fiscais apresentadas ICMS não Recolhido.*

2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas à comercialização, nos meses janeiro a junho, agosto, outubro e dezembro de 2008. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 23.187,34, mais multa de 60%.

Em complemento à acusação, consta: *Falta de recolhimento do ICMS da Antecipação Tributária referente aos produtos adquiridos em outras unidades da federação conforme planilha Cálculo Antecipação Tributária Parcial do ICMS Notas Fiscais apresentadas ICMS não recolhido.*

3. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal de ICMS). Foi indicada multa no valor de R\$ 140,00. Trata-se de desencontro dos valores informados nas DMAs do exercício de 2008 em confronto com os lançados no livro Registro de Apuração de ICMS.

Em complemento à acusação, consta: *Desencontro dos valores informados nas DMAs do exercício de 2008, em confronto com os lançados no Livro Registro de Apuração de ICMS, conforme planilha DMA x Apuração de ICMS anexa.*

4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, junho e julho de 2008. Foi indicada multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor de R\$1.218,80, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias.

Em complemento à acusação consta: *Multa pela falta de registro das Notas Fiscais de entradas apresentadas, conforme planilha Auditoria em Lançamentos de Documentos Fiscais - Audif 202 - Entradas Notas Fiscais de Entradas Apresentadas e Não Lançadas no LRE - Isentas e Outras.*

5. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março, agosto e outubro de 2008. Foi indicada multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor de R\$58.589,39, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias.

Em complemento à acusação consta: *Multa pela falta de registro das Notas Fiscais de entradas apresentadas, conforme planilha Auditoria em Lançamentos de Documentos Fiscais Audif 202 Entradas - Notas Fiscais de Entradas apresentadas e não lançadas no LRE - Tributadas.*

6. Realizou operações com mercadorias tributadas, caracterizadas como não tributadas, nos meses de abril e junho de 2008. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 5.286,84, mais multa de 60%. Trata-se da falta de recolhimento do ICMS referente às notas fiscais de saídas escrituradas no livro Registro de Saídas sem o lançamento do ICMS.

Em complemento à acusação, consta: *Falta de recolhimento do ICMS referente às Notas Fiscais de Saídas lançadas no LRS sem o lançamento do ICMS, conforme planilha Auditoria em Lançamentos de documentos Fiscais - Audif 202 - Saída - Notas Fiscais de Saídas sem o lançamento do ICMS no LRS.*

7. Realizou operações com mercadorias tributadas, caracterizadas como não tributadas, nos meses de abril a julho de 2008. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 538,02, mais multa de 60%. Trata-se da falta de recolhimento do ICMS referente às notas fiscais de saídas escrituradas no livro Registro de Saídas sem o lançamento do ICMS.

Em complemento à acusação, consta: *Falta de recolhimento do ICMS referente às Notas Fiscais de Saídas lançadas no LRS sem o lançamento do ICMS, conforme planilha Auditoria em Lançamentos de Documentos Fiscais - Audif 2002 - Saídas - Notas Fiscais de Saídas sem o lançamento do ICMS no LRS.*

8. Realizou operações com mercadorias tributadas, caracterizadas como não tributadas, no mês de junho de 2008. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 261,10, mais multa de 60%. Trata-se da falta de recolhimento do ICMS referente às notas fiscais de saídas escrituradas no livro Registro de Saídas sem o lançamento do ICMS.

Em complemento à acusação, consta: *Falta de recolhimento do ICMS referente às Notas Fiscais de Saídas lançadas no LRS sem o lançamento do ICMS, conforme planilha Auditoria em Lançamentos de Documentos Fiscais - Audif 202 - Saídas - Notas Fiscais de Saídas sem o lançamento do ICMS no LRS.*

9. Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de março a maio e julho de 2008. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 20.909,36, mais multa de 70%.

Em complemento à acusação, consta: *Falta de recolhimento do ICMS referente às notas fiscais de saídas não lançadas no LR, conforme planilha Auditoria em Lançamentos de Documentos Fiscais - Audif 202 - Saídas - Notas Fiscais de saídas apresentadas não lançadas no LRS.*

10. Deixou de recolher, no prazo regulamentar, ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de abril, maio e julho de 2008. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 466,95, mais multa de 70%.

Em complemento à acusação, consta: *Falta de recolhimento do ICMS referente às notas fiscais de saídas não lançadas no LRS, conforme planilha Auditoria em Lançamentos de Documentos Fiscais - Audif 202 - Saídas - Notas Fiscais de saídas apresentadas não lançadas no LRS.*

O autuado apresentou defesa (fls. 358 a 368) e, referindo-se às infrações 1 e 2, afirma que recolheu a diferença de ICMS apontada na autuação, bem como argumenta que a alíquota utilizada pela autuante apresenta incorreção quanto a diversas notas fiscais apresentadas ao fisco. Afirma que a auditora fiscal aplicou a alíquota de 17% para todas as mercadorias adquiridas, sendo que para algumas delas não era essa a alíquota cabível. Sustenta que, dessa forma, as planilhas elaboradas pela autuante contêm vícios insanáveis com relação às alíquotas aplicadas. Diz que há necessidade de revisão fiscal, a fim de corrigir esse equívoco.

Quanto às infrações 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10, o autuado assevera que não foi utilizado o critério correto para apuração do valor devido, pois, se houve falta de lançamentos de algumas notas fiscais de entradas e de saídas, a autuante deveria ter apurado o ICMS mediante o refazimento da conta corrente fiscal, a fim de verificar a existência de saldo devedor. Diz que esse fato torna nulo o Auto de Infração. Aduz que, caso não seja decretada a nulidade arguida, que a conta corrente de ICMS seja refeita com a apropriação dos créditos fiscais decorrente das notas fiscais apuradas. Requer a juntada dos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas, para demonstrar que muitas das notas fiscais lançadas se encontram com o registro nos livros próprios e, portanto, devem ser expurgadas do Auto de Infração.

Referindo-se à infração 3, o autuado diz que não restou demonstrado o desencontro entre as DMAs e o livro Registro de Apuração de ICMS. Assevera que a planilha elaborada pela autuante está viciada, pois não foram considerados os créditos referentes às notas fiscais relacionadas nas infrações 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10, de forma que a planilha deve ser refeita.

Discorre longamente acerca dos princípios da busca da verdade material e da ampla defesa, transcreve trechos de livros jurídicos e afirma que a cabia à autuante “verificar o fato e constatar os documentos e as circunstâncias, bem como refazer a apuração do ICMS, já que não apropriou os créditos das notas fiscais que alega não ter sido escrituradas”. Conclui que, assim, as infrações não podem prosperar, pois não foi observado o princípio da verdade material.

Prosseguindo em sua defesa, o autuado disserta sobre o princípio constitucional da vedação do confisco, citando dispositivos constitucionais e farta doutrina. Frisa que o princípio do não confisco, que diz atingir os tributos e as penas, deve ser analisado caso a caso, dentro da razoabilidade, pois

tal princípio é relativo e acompanha a evolução social.

Tece considerações sobre a limitação à imposição de penalidade pecuniária no âmbito do Direito Tributário, sustenta que as penalidades indicadas no Auto de Infração são confiscatórias, diz que as multas em percentuais superiores a 30% violam o disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal, faz alusão ao princípio da capacidade contributiva, cita farta doutrina e jurisprudência. Sustenta que os julgadores administrativos podem deixar de aplicar lei que seja inconstitucional e, para corroborar essa assertiva, transcreve trecho de livro jurídico. Afirma que, com base no princípio da eventualidade, as multas devem ser reduzidas ao percentual de 30%.

Ao finalizar sua defesa, o autuado solicita que o Auto de Infração seja declarado nulo ou, caso ultrapassada a preliminar de nulidade, venha a ser julgado improcedente. Diz que, caso assim não entenda este colegiado, que a multa seja reduzida para o limite de 30%. Reitera o pedido de realização de diligência.

Na informação fiscal (fls. 378 e 379), inicialmente, a autuante faz uma breve síntese do processo e, em seguida, afirma que os argumentos defensivos não merecem acolhimento.

Quanto às infrações 1 e 2, assegura que tudo que consta no Auto de Infração condiz com os documentos que lhe foram apresentados e com os dados constantes nos sistemas da SEFAZ. Diz que teve o cuidado de separar as notas com situação do ICMS recolhido, conforme as planilhas de fls. 30, 31, 32 e 33. Explica que os valores arrolados no Auto de Infração são os constantes nas notas fiscais que não tiveram o ICMS recolhido relacionados nas planilhas fls. 34, 35, 36, 37 e 38. Mantém a exigência fiscal em sua totalidade.

Referindo-se às infrações 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10, a autuante sustenta que o Auto de Infração está embasado em livros e documentos fiscais que lhe foram apresentados pelo autuado. Quanto às infrações 4 e 5, diz que as notas fiscais de entradas não foram lançadas no livro Registro de Entradas, conforme as planilhas de fls. 22 e 23. Em relação às infrações 6, 7 e 8, afirma que operações de saídas de mercadorias tributáveis foram registradas no livro Registro de Saídas sem débito de ICMS, conforme a planilha de fl. 25. Quanto às infrações 9 e 10, aduz que as notas fiscais não lançadas no livro Registro de Saídas estão relacionadas na planilha de fl. 24.

Quanto à infração 3, afirma que o desencontro entre as DMAs e o livro Registro de Apuração de ICMS está demonstrado na planilha de fl. 39.

Menciona que a autuação está em conformidade com a documentação apresentada e com a legislação pertinente. Diz que não está caracterizada a hipótese de confisco, pois tudo que foi apurado está demonstrado nas planilhas anexadas ao processo. Afirma que as multas indicadas na autuação estão em conformidade com a legislação em vigor. Frisa que a defesa não apresenta prova capaz de elidir as infrações. Solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente, saliento que não há nos autos qualquer indício de cerceamento do direito de defesa e do contraditório, nem ofensa ao princípio do devido processo legal, uma vez que o procedimento fiscal não violou as disposições legais pertinentes, as infrações foram descritas de forma clara e precisa, a apuração das irregularidades está embasada em demonstrativos, cujos dados foram extraídos de livros e documentos fiscais do próprio sujeito passivo, tendo sido determinados, com segurança, as infrações e o infrator. Além do que, o autuado impugnou o lançamento, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados nas acusações fiscais que originaram a lavratura do presente Auto de Infração.

Tratam as infrações 1 e 2, respectivamente, da falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária e por antecipação parcial. Na defesa interposta, o autuado aborda essas duas infrações em conjunto, afirmando que recolheu as diferenças que estão sendo cobradas, que foi indevidamente utilizada a alíquota de 17% e que houve erro na apuração do imposto cobrado. Diz que esses fatos acarretam a nulidade dessas duas infrações.

Afasto essa nulidade arguida, pois o ICMS cobrado nas infrações 1 e 2 foi apurado corretamente mediante a aplicação da alíquota interna (17%) sobre a base de cálculo prevista, conforme se pode verificar nos demonstrativos de fls. 38 (antecipação tributária) e 34 a 37 (antecipação parcial). Ademais, um eventual erro na aplicação da alíquota seria passível de saneamento mediante diligência realizada nos termos do § 1º do artigo 18 do RPAF/99, porém, friso que esse erro citado na defesa não ocorreu. Quanto ao alegado recolhimento do imposto, questão eminentemente de mérito, o autuado não trouxe ao processo qualquer prova que respaldasse essa sua assertiva. Nos termos do art. 143 do RPAF/99, “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Examinando os demonstrativos elaborados pela autuante e as correspondentes notas fiscais acostadas ao processo, constato que o ICMS cobrado nas infrações 1 e 2 foi corretamente apurado. Por sua vez, os argumentos apresentados pelo sujeito passivo, além de não estarem respaldados em provas, não se mostram capazes de elidir as infrações. Dessa forma, as infrações 1 e 2 subsistem integralmente.

Quanto à infração 3, o autuado alega que não está demonstrado o desencontro entre as DMAs e o livro Registro de Apuração de ICMS e que não foram considerados os créditos fiscais referentes às infrações 4 a 10.

A planilha de fl. 39 relaciona os valores mensais consignados no livro Registro de Apuração de ICMS e nas DMAs referentes ao exercício de 2008, bem como apresenta, mês a mês, as divergências existentes. A alegada falta de inclusão de créditos fiscais é um argumento que não tem pertinência com a autuação, pois foi o autuado quem efetuou a escrituração de seu livro Registro de Apuração de ICMS e quem preencheu e enviou as suas DMAs. Cabia ao autuado, que está na posse do livro Registro de Apuração de ICMS e das DMAs, comprovar a improcedência desse item do lançamento, o que não foi feito. Mantida a infração.

Em sua defesa, o autuado abordou as infrações 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10 em conjunto e, em relação a elas, argumentou que o critério utilizado na apuração do imposto cobrado não foi correto, pois deveria ter sido refeita a apuração da conta corrente fiscal, a fim de verificar a existência de saldo devedor. Diz que esse fato acarreta a nulidade do Auto de Infração.

Discordo do entendimento do autuado, pois a metodologia utilizada pela autuante na apuração dos valores cobrados nas infrações 4 a 10 está correta e, tendo em vista os tipos dos ilícitos fiscais apurados, a reconstituição da conta corrente fiscal não era capaz de elidir as infrações detectadas. Conforme os demonstrativos de fls. 19 a 21, a autuante efetuou uma Auditoria da Conta Corrente do ICMS, tendo apurada a existência de saldo credor durante o exercício de 2008 (fl. 21), porém o saldo apurado não pode ser utilizado para elidir as infrações em tela, como pleiteado na defesa.

O autuado requer a juntada dos livros Registro de Entradas e Registro de Saídas para demonstrar que muitas notas fiscais estavam registradas nos livros fiscais próprios.

Nos termos do art. 123 do RPAF/99, é garantido ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento, acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias. Até a presente data, o autuado não trouxe ao processo prova de que alguma das notas fiscais tidas como não registradas estava de fato lançada nos livros fiscais próprios. Mais uma vez, o argumento defensivo, por falta de prova, não pode ser acolhido.

Quanto aos créditos fiscais referentes às notas fiscais não registradas, o autuado poderá, após o pagamento do débito tributário correspondente, solicitar a sua apropriação, observadas as disposições regulamentares pertinentes à utilização extemporânea de crédito fiscal.

A realização de diligência destina-se a fornecer ao julgador subsídios para o deslinde de pontos controversos, sendo que o julgador não fica obrigado a decidir a lide segundo esses subsídios. A diligência é, portanto, um procedimento destinado a atender uma necessidade que venha a ter o

julgador. Quando o julgador entende que já possui elementos suficientes para proferir a sua decisão, o indeferimento do pedido de perícia não acarreta cerceamento de defesa.

No caso em tela, ao confrontar os argumentos trazidos na defesa com o Auto de Infração e seus anexos, considero que já estão presentes nos autos todos os elementos suficientes para se decidir a matéria em análise. Dessa forma, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b”, do RPAF/99, indefiro o pedido de realização de diligência.

O autuado sustenta que as multas indicadas na autuação têm o caráter de confisco, ferem o princípio da capacidade contributiva e, portanto, são inconstitucionais. Saliento que, apesar dos abalizados argumentos e doutrina trazidos na defesa, conforme previsto no art. 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores administrativos a declaração de inconstitucionalidade.

Quanto à alegada inobservância dos princípios da busca da verdade material, da ampla defesa, dentre outros, ressalto que, conforme já me pronunciei no início deste voto, o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação tributária aplicável, não havendo qualquer vício que o inquine de nulidade.

Em sua defesa, o autuado solicita que as multas sejam reduzidas ou dispensadas. Quanto às multas decorrentes de descumprimento de obrigações tributárias acessórias (infrações 3, 4 e 5), não vislumbro nos autos a presença dos elementos previstos no § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, como necessários para a concessão da dispensa ou redução pleiteada. No que tange às multas por descumprimento de obrigação tributária principal (infrações 1, 2 e 6 a 10), a concessão de dispensa ou de redução é da competência exclusiva da Câmara Superior do CONSEF, nos termos do artigo 159 do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **017464.0003/10-9**, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS MATOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$66.121,08**, acrescido das multas de 60% sobre R\$44.744,77 e 70% sobre R\$21.376,31, previstas no artigo 42, II, “d” e “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no total de **R\$59.948,19**, previstas nos incisos XVIII, “c”, IX e XI, todos do citado diploma legal, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de janeiro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR