

A. I. Nº - 124274.0162/11-3
AUTUADO - MARIA DAS GRAÇAS P. CERQUEIRA
AUTUANTE - VICENTE AUGUSTO FONTES SANTOS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 07/11/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0249-03/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE AS VIAS DAS MESMAS NOTAS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os documentos anexados aos autos comprovam a irregularidade apurada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2011, refere-se à exigência de R\$171.260,25 de ICMS, acrescido da multa de 150%, em razão de recolhimento do imposto efetuado a menos decorrente das divergências de informações entre as vias das mesmas Notas Fiscais, nos meses de maio a agosto de 2010.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 744, apresentou impugnação (fls. 727 a 742), informando que se dedica ao comércio varejista, sobrevivendo a duras penas em um mercado muito competitivo, cujo sócio maior é o Estado, em todas as suas esferas. Diz que a presente autuação, em valor que supera R\$ 456.000,00, inegavelmente irá obrigá-lo a encerrar as suas atividades, porque é impossível continuar desenvolvendo seu pequeno comércio varejista com a política confiscatória atualmente empregada pelo Governo.

O defendente apresenta preliminares de nulidade, alegando que o presente lançamento afronta princípios constitucionais albergados no RPAF/BA. Cita o art. 2º do mencionado Regulamento e diz que, quando o legislador ordinário previu a aplicação de outros princípios do direito ao processo administrativo fiscal estadual, incluiu no seu bojo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, como também o princípio do não confisco. Entende que restou evidente na presente autuação que a fiscalização não observou tais princípios, impondo ao contribuinte exação fiscal exorbitante que afronta os mais elementares conceitos dos princípios mencionados, positivados de forma intrínseca ou extrínseca na Constituição Federal. Comenta sobre o princípio da proporcionalidade, e assegura que o lançamento do ICMS com aplicação de multa em percentual de 150%, fere de morte o conceito do que seja proporcional ou razoável. Diz que é desarrazoada, desproporcional, foge a qualquer raciocínio lógico tal procedimento. Reproduz ensinamentos de Helenilson Cunha Pontes e Hugo de Brito Machado e cita o art. artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, quanto a esta matéria. Alega que uma análise superficial da escrita fiscal e contábil do autuado é suficiente para demonstrar os equívocos cometidos pelo autuante no levantamento fiscal, como também no enquadramento e tipificação da infração, o que conduzirá à reforma do auto, devendo ser considerado totalmente improcedente.

Em relação aos demonstrativos elaborados pelo autuante, alega que não conseguiu identificar os valores considerados como infração à legislação tributária, o que demonstra a imprestabilidade dos referidos demonstrativos e conseqüentemente o cerceamento ao direito de defesa do autuado. Diz que não há como identificar quais os valores que serviram para a apuração da base de cálculo para exigência do ICMS. Transcreve o art. 39 do RPAF-BA, e alega que o autuante não entregou as cópias das notas fiscais consideradas na autuação, como também não entregou os demonstrativos analíticos do débito (apenas elencou as notas fiscais), deixando de oportunizar ao defendente o direito de conferir os valores autuados, ou seja, afirma que não recebeu os

documentos que serviram de lastro para à exigência fiscal, por isso, deve ser anulada esta infração por caracterização do cerceamento do contraditório.

O defendente afirma que no presente caso, o agente fiscal, de forma abusiva, e sem ordem legal que embasasse sua conduta, apreendeu documentos e equipamentos do contribuinte, os quais foram utilizados como fundamento da suposta infração. Entende que este procedimento afronta os princípios constitucionais, da legalidade, inviolabilidade, ampla defesa e contraditório, e que não há como se admitir, em hipótese alguma, uma invasão na empresa impugnante, sem ordem judicial para tanto, e tampouco se pactuar com autuações fiscais com base em dados obtidos em documentos conseguidos nesta apreensão, tais como planilhas financeiras e outros documentos particulares, que muitas vezes sequer possuem cunho fiscal. Que não é possível vislumbrar o cabimento da prova tida como ilícita no âmbito do procedimento administrativo fiscal, devendo ser desconsiderada qualquer prova obtida por métodos defesos em lei. Tais provas são desprovidas de qualquer valor jurídico.

O autuado também alega que, acerca da inadmissibilidade da prova ilícita, também no processo administrativo tributário, deve ser aplicado o art. 5º, LVI, que prescreve serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, pois, tal dispositivo representa uma extensão ao princípio do devido processo legal em todos os âmbitos de julgamento. Sobre o tema transcreve lições de José Antônio Savaris e decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 82.788-8/RJ, cujo Relator foi o Eminentíssimo Ministro Celso de Mello, publicado no DJ de 02/06/2006, restou caracterizado que os agentes fiscais fazendários não podem, simplesmente, sem mandado judicial, invadir escritório de contabilidade e apreender livros contábeis e documentos particulares e fiscais de determinada empresa, em absoluto respeito ao Princípio da Inviolabilidade Domiciliar. Alega que a introdução de tais provas ilícitas no presente processo deve ter como consequência a declaração da sua inexistência a consequente ineficácia de qualquer ato delas decorrente, devendo o presente Auto de Infração ser anulado.

No mérito, o autuado afirma que constatou diversas inconsistências no levantamento fiscal, relativamente à forma de apurar o montante do imposto. Primeiramente, alega que as notas fiscais elencadas no demonstrativo do autuante se referem ao período de 05/2010 a 08/2010, e o valor total da autuação indicada no Auto de Infração é de R\$ 454.523,42, deixando clara a inconsistência do levantamento fiscal relativo a este período. Diz que a primeira nota fiscal descrita no demonstrativo elaborado pelo autuante indica a nota fiscal nº 20067 de 20/05/2010 e a última nota fiscal a de nº 20.087 de 16/08/2010. Que diversas mercadorias elencadas pelo autuante no seu demonstrativo têm alíquotas menores que 17%, sendo tributadas a 7% ou 12%, a exemplo de macarrão, biscoitos, açúcar, fato não considerado pela fiscalização, que exigiu todo o imposto pela alíquota única de 17%. Também alega que nas diversas notas fiscais indicadas no demonstrativo do autuante, estão presentes mercadorias com fase de tributação encerrada, isentas e outras, por terem sido adquiridas de substituto tributário, e que devem ser retiradas do levantamento fiscal. Que o trabalho realizado pelo autuante foi coletar notas fiscais supostamente emitidas pelo autuado e o cotejo com o Livro Registro de Saídas de Mercadorias, mas infelizmente tal fato não traduz a realidade fática do seu movimento fiscal, em razão de parte das notas fiscais registrarem mercadorias sem incidência do ICMS, e com fase de tributação encerrada. Entende que, independentemente do valor constante na nota fiscal de saída, não há que se falar em tributação.

Em seguida, o defendente contesta a multa aplicada, alegando que é absolutamente explícito e inequívoco o exagero na penalidade aplicada. Diz que a multa é tão elevada que assume o caráter confiscatório, a não ser que se considere absolutamente normal multas que ultrapassem os parâmetros de uma economia cuja variação monetária anual não ultrapassa a casa de um único dígito. Diz que é facultado ao julgador, diante do fato concreto, o poder de reduzir a multa excessiva aplicada pelo Fisco, e que se deve atentar para o fato de que, por mais que assumam

caráter punitivo, a multa não pode gerar a incapacidade de agir economicamente, devendo ela ser antes proporcional e corresponder a um valor compatível com a realidade dos fatos.

Por fim, o defendente reitera as seguintes preliminares de nulidade: a) afronta aos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e não confisco; b) cerceamento do direito de defesa pela falta de entrega das notas fiscais que lastrearam o presente lançamento; c) reconhecimento das provas ilícitas utilizadas para a presente exação fiscal. No mérito, o defendente pede: a) reconhecimento da inconsistência do levantamento realizado pela fiscalização; b) reconhecimento de que parte das mercadorias encontra-se com fase de tributação encerrada e com alíquotas menores que a apurada pelo autuante; c) admitir que é devido o cancelamento da multa com caráter confiscatório.

O defendente pede, ainda, que seja determinada revisão fiscal com perícia e diligência para se considerar todos os elementos quantitativos e qualitativos, ensejadores da lavratura do presente lançamento; a apresentação de todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive testemunhais e a juntada de novos documentos.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 751 a 753 dos autos. Esclarece que embora o autuado esteja cadastrado como varejista, exerce atividade como varejista e atacadista. Diz que o presente PAF está devidamente instruído com todas as cópias das notas fiscais que foram fornecidas pelo contribuinte, sendo retidas as vias originais que fazem parte do Auto de Infração. Que os demonstrativos elaborados representam o confronto entre as vias das notas fiscais, e a diferença representa os valores que foram calçados, sendo devidamente autuados. Informa que de acordo com as fls. 05, 06 e 21 do PAF, foram entregues todas as cópias das notas fiscais que serviram de base para a autuação, sendo protelatória a alegação defensiva de que não recebeu as cópias das notas fiscais. Informa que as vias originais foram retidas para fazer prova da infração apurada e que estes documentos originais foram apreendidos para que fossem preservadas as provas da infração, confrontando-se as primeiras e as segundas vias calçadas, que foram fornecidas pela INFIP. Assegura que todas as vias originais serão devolvidas quando do encerramento do processo administrativo fiscal e que estão à disposição do autuado para vistas na Inspetoria Fiscal de Feira de Santana.

Quanto ao argumento do autuado de que há inconsistências no levantamento fiscal, diz que o demonstrativo elaborado retrata o que consta nas notas fiscais. A autuação se refere ao período de maio a agosto de 2010, está lastreada em provas documentais. Nos demais meses, embora tenha sido constatada alguma evidência de calçamento, a fiscalização não dispunha de provas. Informa, ainda, que o autuado recebeu mídia contendo o livro Registro de Saídas e o demonstrativo de fl. 05, onde consta o confronto entre as vias das notas fiscais em questão, sendo identificadas as mercadorias, e aplicadas as alíquotas corretas e não de forma aleatória, como alegou o defendente. Diz que serviram de base para a autuação as mercadorias tributadas (normal e da substituição tributária). Quanto às mercadorias que o autuado alega já estarem com fase de tributação encerrada, alega que não foi comprovada a origem, por isso, não foram tributadas anteriormente. Salienta que a infração apurada configura crime contra a ordem tributária, de acordo com a Lei 8.137/90, e que em nenhum momento o contribuinte se defendeu da irregularidade apontada, limitando-se a alegar supostos erros do autuante. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

À fl. 756 esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem solicitando que o autuante elaborasse novo demonstrativo indicando, em relação a cada nota fiscal e respectiva mercadoria, a alíquota aplicada e o imposto apurado.

Quanto às mercadorias com fase de tributação encerrada, foi solicitado que o autuante intimasse o autuado a comprovar as aquisições dessas mercadorias, e que autuante apurasse se, efetivamente, são mercadorias com fase de tributação encerrada. Em caso positivo, bem como no

caso de mercadorias isentas, não incluísse os respectivos valores na apuração do imposto exigido.

Em atendimento, o autuante refez os demonstrativos, conforme fls. 757 a 759 dos autos, ficando inalterados os valores originalmente apurados.

À fl. 762 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, constando às fls. 763/764, Aviso de Recebimento comprovando a entrega ao contribuinte, de cópia da mencionada informação fiscal, demonstrativos e documentos anexados ao Auto de Infração. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

VOTO

Em relação às preliminares de nulidade suscitadas nas razões de defesa, ficam rejeitadas, pelos seguintes motivos:

- 1) O primeiro argumento do autuado é de que a autuação afronta aos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e não confisco. Não acato o argumento defensivo, haja vista que o imposto exigido no presente lançamento foi apurado com base nas notas fiscais emitidas pelo defendente, aplicando-se as alíquotas previstas na legislação.
- 2) No segundo argumento de nulidade, o defendente afirma que não lhe foram fornecidas cópias de todos os demonstrativos do Auto de Infração. Alega que o autuante não entregou as cópias das notas fiscais consideradas na autuação, como também não entregou os demonstrativos analíticos do débito. Entretanto, consta à fl. 07 do PAF recibo assinado por representante do autuado, comprovando que foi entregue arquivo eletrônico contendo o levantamento fiscal. Além disso, por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foi fornecido ao defendente, cópia da informação fiscal dos anexos ao Auto de Infração e seus demonstrativos, sendo reaberto o prazo de trinta dias para o autuado se manifestar.
- 3) Na terceira preliminar de nulidade da autuação o defendente pede o reconhecimento de que as provas utilizadas para a presente exação fiscal são ilícitas. Também não acato o argumento defensivo, haja vista que se trata de levantamento fiscal efetuado mediante o confronto das vias dos documentos fiscais emitidos pelo autuado, inexistindo qualquer ilicitude neste procedimento. O autuante informou que o presente PAF é composto das cópias das notas fiscais que foram fornecidas pelo contribuinte, sendo retidas as vias originais mediante Termo de Apreensão à fl. 06, e que os demonstrativos elaborados representam o confronto entre as vias das notas fiscais, ou seja, os documentos fiscais utilizados no levantamento fiscal são de conhecimento do defendente.

No caso em exame, as provas seriam consideradas ilícitas se fossem obtidas sem a lavratura do respectivo Termo de Apreensão. Como foi lavrado o mencionado Termo (fl. 06), não acato a alegação defensiva.

Dessa forma, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade apresentadas nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O presente processo está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

O defendente solicitou a realização de revisão, diligência e perícia. Quanto a esta alegação, observo que a deliberação para a realização de diligência ou perícia acontece quando essas providências forem necessárias à convicção dos julgadores, podendo ser indeferida quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos. Assim, quanto à alegação

defensiva de que há necessidade de perícia e diligência fiscal, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide.

No mérito, o presente Auto de Infração trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos, por divergências de informações entre as vias das mesmas notas fiscais, ou seja, o contribuinte praticou “calçamento de notas fiscais” nos meses de maio a agosto de 2010.

O autuado alegou que constatou diversas inconsistências no levantamento fiscal, relativamente à forma de apurar o montante do imposto. Disse que o trabalho realizado pelo autuante foi coletar notas fiscais supostamente emitidas pelo autuado e o cotejo com o livro Registro de Saídas de Mercadorias, mas infelizmente tal fato não traduz a realidade fática do seu movimento fiscal, em razão de parte das notas fiscais registrarem mercadorias sem incidência do ICMS, e com fase de tributação encerrada. Também alegou que não conseguiu identificar os valores considerados como infração à legislação tributária, o que demonstra a imprestabilidade dos referidos demonstrativos

Na informação fiscal, o autuante esclareceu que o demonstrativo elaborado retrata o que consta nas notas fiscais, referentes ao período de maio a agosto de 2010. Que o autuado recebeu mídia contendo o livro Registro de Saídas e o demonstrativo de fl. 05, onde consta o confronto entre as vias das notas fiscais em questão, sendo identificadas as mercadorias, e aplicadas as alíquotas corretas e não de forma aleatória, como alegou o defendente. Diz que serviram de base para a autuação as mercadorias tributadas (normal e da substituição tributária). Quanto às mercadorias que o autuado alega já estarem com fase de tributação encerrada, informa que não foi comprovada a origem, por isso, não foram tributadas anteriormente.

Observo que foi constatado pelo autuante divergência entre as diferentes vias de um mesmo documento fiscal, ou seja, foram constatadas diversas notas fiscais rasuradas nos valores das mercadorias, base de cálculo, ICMS e valor total dos produtos e quantidade. Na mesma via da nota fiscal os valores estão legíveis e inferiores se comparados com a via que foi rasurada.

Não se justifica um estabelecimento comercial emitir notas fiscais em um período de dois meses, praticando grave ilícito fiscal, e ainda alegar que o levantamento fiscal afronta aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Entendo que está comprovado nos autos o cometimento da infração apurada, conforme as vias das Notas Fiscais que foram utilizadas para instrução do PAF, e não foi apresentado pelo defendente elemento suficiente para elidir a exigência do imposto.

Quanto à alegação defensiva de que a multa aplicada afigura-se na forma de confisco, observo que a aplicação da mencionada multa no percentual de 150% está de acordo com a previsão constante no art. 42, inciso V, alínea “c” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF/99.

Quanto à inconstitucionalidade alegada pelo, saliento que não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124274.0162/11-3**, lavrado contra **MARIA DAS GRAÇAS PINTO CERQUEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor total de **R\$171.260,25**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, inciso V, alínea “c”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de outubro de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA