

A. I. N° - 279919.0011/12-7
AUTUADO - DALL EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - JOSIAS MENEZES NETO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 20. 12. 2012

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0299-01/12

EMENTA: ICMS. 1. REGIME DE APURAÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. RESTAURANTE. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **b)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infrações caracterizadas. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração subsistente 4. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração subsistente. Os documentos juntados ao processo não comprovam o pagamento do imposto exigido neste item da autuação, pois dizem respeito a outras operações que não as relacionadas nos demonstrativos elaborados pela Fiscalização. Infrações não elididas. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 05/06/2012, formaliza o lançamento de crédito tributário de ICMS no valor de R\$169.703,89, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Recolheu a menos ICMS referente à comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, nos meses de janeiro, fevereiro, abril, junho a agosto de 2009, janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, agosto, outubro e novembro de 2010, abril a outubro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$30.630,47, acrescido da multa de 60%;
2. Deixou de recolher no prazo regulamentar ICMS relativo a comercialização de refeições, apurado com base no Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, nos meses de janeiro a março e novembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$44.480,33, acrescido da multa de 60%;
3. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, nos meses de dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, janeiro a dezembro de 2009, janeiro, março a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$29.236,55, acrescido da multa de 60%;
4. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas para fins de comercialização, nos meses de dezembro de 2007, janeiro a dezembro de 2008, junho a agosto e

dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$26.911,14, acrescido da multa de 60%;

5. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares declarado na DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS -, nos meses de janeiro e dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$38.445,40, acrescido da multa de 50%.

O autuado apresentou defesa (fls. 524 a 531), sustentando que o autuante ao lavrar o Auto de Infração em lide, desconsiderou a legislação estadual que rege o tema, bem como, o pagamento de grande parte dos valores exigidos.

No que tange à infração 01, observa que se trata de uma empresa que atua no ramo de fornecimento de alimentação pronta, sendo que, no período objeto da autuação, o recolhimento se dava em função da receita bruta, e assim procedeu aplicando sobre todo o seu faturamento a alíquota de 4% para recolhimento do ICMS. Diz que agiu desse modo, porque encontrava albergue na legislação estadual que regia o ICMS até março de 2012.

Invoca e reproduz o art. 504, IV, do RICMS/97/BA, salientando que o referido dispositivo produziu efeitos no mundo jurídico até março de 2012, quando foi revogado pelo novo RICMS do Estado da Bahia.

Aduz que pelo princípio da irretroatividade da lei tributária, bem como pela teoria do *tempus regis actum*, até o mês de março de 2012, a legislação permitia que recolhesse o ICMS aplicando sobre todas as suas vendas a alíquota de 4%, conforme procedeu.

Afirma que nesse contexto a conduta descrita pelo Fisco não caracteriza infração à legislação tributária, contrariamente, caracteriza o cumprimento da legislação que possuía eficácia na época do fato.

Quanto às demais infrações que lhe foram imputadas sustenta que em sua grande parte houve o pagamento, conforme comprovante de recolhimento anexado, o qual, igualmente, se deu de acordo com a legislação que possuía eficácia à época.

Frisa que consoante se constata, ainda que superficialmente uma vez que a diligência pericial é imprescindível para o deslinde da questão, o pagamento de grande parte dos tributos ora cobrados foi realizado, conforme documentação anexa. Acrescenta que resta evidente que a pretendida exigência fiscal se encontra paga tempestivamente e, sem qualquer desrespeito à legislação pátria, e persistir com a cobrança incumbe em pagar duas vezes o mesmo imposto referente ao mesmo fato gerador, nos mesmos exercícios, o que implica em enriquecimento ilícito, instituto em todo combatido no ordenamento jurídico.

Invoca e transcreve o art. 156, inciso I, do Código Tributário Nacional – CTN, para afirmar que dessa forma, a realização do pagamento de grande parte dos tributos vergastados pelos documentos em anexo, e, demonstrado que os mesmos foram feitos em consonância com a legislação que rege o tema, extinto se encontra o presente crédito tributário, o que torna infundada a autuação, devendo ser julgada totalmente improcedente.

No respeitante às multas indicadas no Auto de Infração, diz a título de argumentação, que além da equivocada cobrança, o Fisco ainda aplicou uma multa extremamente excessiva sobre o valor do tributo a pagar, numa desobediência aos princípios constitucionais da razoabilidade, do não-confisco, da moralidade, da proporcionalidade, contidos nos arts. 5º, II, 37 e 150, IV, todos da Carta Magna de 1988, dentre tantos outros contidos naquela Lei Maior. Menciona e reproduz, nesse sentido, lições de Antônio Bandeira de Mello.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração. Requer, ainda, que caso seja ultrapassado o pedido anterior, o que admite apenas para argumentar, seja a multa reduzida a percentual compatível com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, tudo para coibir o confisco do patrimônio legítimo da Empresa. Protesta provar o alegado por todos os

meios de prova em direito admitidos, especialmente a documental (documentos que se fizerem necessários após o protocolo dessa defesa) e pericial.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 777 a 781), consignando que o questionamento sobre “*excesso de multa que lhe foi imposta*” não se sustenta, pois as multas indicadas foram 50% e 60%, e integram as menores penalidades impostas pela Lei 7.014/96 e posteriores alterações.

Destaca que se o autuado procedesse ao pagamento ou parcelamento do Auto de Infração no período de 30 dias após ciência no processo, seria beneficiada com 70% de redução das multas. Ou seja, arcaria com multas de 15% e 18%, respectivamente. Frisa que o autuado se trata de empresa organizada, com atuação em diversos Estados da Federação, que dispõe de Setor Fiscal e Contábil conhecedores das Legislações das Unidades Federadas onde atua e, consequentemente, das penalidades pelo não cumprimento de suas obrigações tributárias.

Quanto aos pagamentos aduzidos pelo impugnante, anexados ao processo, apresenta uma análise detalhada, na sequência dos comprovantes.

Conclusivamente, diz que a defesa apresentada lhe parece meramente protelatória, e que o autuado ao argumentar “*comprovada a realização do pagamento de grande parte dos tributos vergastados pelos documentos em anexo*”, já admite não ter efetuado os recolhimentos em sua totalidade.

Salienta que os comprovantes acostados às fls. 557 a 656, detalhadamente analisados, comprovam falta de recolhimento do ICMS, recolhimento parcial do ICMS, sendo que alguns meses elencados nem foram objeto da autuação. Acrescenta que, em caráter complementar, anexou cópias dos livros Registro de Saídas de Mercadorias referentes aos meses de fevereiro e agosto de 2009, janeiro de 2010 e julho a novembro de 2011, bem como partes das Notas Fiscais Eletrônicas referente a Produtos e Serviços (fls. 732 a 775), onde constam os bens de uso e consumo objeto da autuação fiscal.

No que concerne à redução das multas requerida pelo impugnante, diz que o pagamento ou parcelamento do Auto de Infração, sem protelação, traz esse benefício ao autuado.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

Intimado para conhecimento da informação fiscal (fls. 782 a 786), o autuado não se manifestou.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre cinco infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado.

Inicialmente, observo que o impugnante aduziu na peça de defesa a imprescindibilidade de realização de diligência pericial para o deslinde da questão, razão pela qual cabe-me apreciar a arguição defensiva.

É certo que a diligência não se presta para produzir provas de responsabilidade das partes ou colher juízo de terceiros sobre a matéria em litígio, mas a trazer aos autos elementos que possam contribuir para o deslinde do processo.

Nesse sentido, o art. 147 do RPAF/99 determina que, deverá ser indeferido o pedido de diligência, quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Precisamente com fundamento nesses enunciados é que não acolho o pedido de diligência formulado pelo impugnante, pois considero que este teve o tempo necessário para identificar, se fosse o caso, os equívocos porventura existentes no levantamento levado a efeito pelo autuante,

bem como para trazer aos autos os comprovantes de pagamentos relativos aos períodos objetos da autuação, o que não fez.

Diante disso, indefiro o pedido de diligência, com fulcro no art. 147, I, “a” e “b”, do RPAF/99.

No que concerne à infração 01- *Recolheu a menos ICMS referente à comercialização de refeições, apurado de acordo com o Regime de Apuração em Função da Receita Bruta* -, verifico que o autuado alega que o autuante ao lavrar o Auto de Infração em lide, desconsiderou a legislação estadual que rege o tema, bem como, o pagamento de grande parte dos valores exigidos. Diz que se trata de uma empresa que atua no ramo de fornecimento de alimentação pronta, sendo que, no período objeto da autuação, o recolhimento se dava em função da receita bruta, e assim procedeu aplicando sobre todo o seu faturamento a alíquota de 4% para recolhimento do ICMS, agindo desse modo porque encontrava albergue na legislação estadual que regia o ICMS, no caso, o art. 504, IV, do RICMS/97/BA, salientando que o referido dispositivo produziu efeitos no mundo jurídico até março de 2012, quando foi revogado pelo novo RICMS do Estado da Bahia. Aduz que pelo princípio da irretroatividade da lei tributária, até o mês de março de 2012, a legislação permitia que recolhesse o ICMS aplicando sobre todas as suas vendas a alíquota de 4%, conforme procedeu.

Observo que o autuante contesta a argumentação defensiva, afirmando que os comprovantes acostados às fls. 557 a 656, detalhadamente analisados, comprovam falta de recolhimento do ICMS, recolhimento parcial do ICMS, sendo que alguns meses elencados nem foram objeto da autuação.

De fato, o exame das razões defensivas conjuntamente com os documentos que acostou aos autos, para comprovar o pagamento do imposto exigido neste item da autuação, não guardam qualquer relação com o período autuado.

Em verdade, conforme a análise detalhada feita pelo autuante ao prestar a informação fiscal, os documentos trazidos pelo impugnante na defesa apresentada, não têm qualquer relação com o objeto da autuação.

Diversamente do que aduziu o impugnante a Fiscalização não está questionando a aplicabilidade do Regime de Apuração em Função da Receita Bruta, previsto no art. 504, IV, do RICMS/97/BA, muito menos a alíquota de 4% aplicada na apuração do ICMS devido. Claramente se verifica da descrição no Auto de Infração que a exigência fiscal diz respeito a recolhimento a menos do ICMS referente à comercialização de refeições. Ou seja, o autuado apurou o imposto na forma do art. 504, IV, do RICMS/97/BA, aplicando a alíquota de 4%, contudo, incorreu em equívoco ao apurar o valor efetivamente devido, o que resultou no recolhimento a menos, sendo esta a razão da autuação.

Também não há que se falar em princípio da irretroatividade da lei tributária, até o mês de março de 2012, conforme suscitado pelo autuado, haja vista que o período objeto deste item da autuação abrange os meses de janeiro, fevereiro, abril, junho a agosto de 2009, janeiro, fevereiro, abril, maio, julho, agosto, outubro e novembro de 2010, abril a outubro de 2011, portanto, ainda na vigência do art. 504, IV, do RICMS/97/BA, não tendo qualquer relação com o novo RICMS/12/BA.

Apenas a título ilustrativo, pois constato que a análise detalhada feita pelo autuante na informação fiscal se apresenta integralmente correta, transcrevo abaixo alguns itens da referida análise, que comprovam assistir razão ao autuante:

- "fls. 557/559 – ICMS Receita Bruta referente ao mês 03/2010 – não objeto de autuação;
 - fls. 562/564 – ICMS Receita Bruta referente ao mês 04/2010 – vide fls. 14 e 52:
Faturamento- R\$63.466,11 – Base Cálculo- R\$58.653,91 – ICMS 4% - R\$2.346,16
- Rec. Não Trib:R\$4.812,20 - Recolhido - R\$2.232,60

Diante disso, este item da autuação é integralmente subsistente. Infração mantida.

No que tange às infrações 02,03,04 e 05, verifico que o impugnante alega que em sua grande parte houve o pagamento, conforme comprovante de recolhimento anexado, o qual, igualmente, se deu de acordo com a legislação que possuía eficácia à época.

Constato que se trata de mera alegação, haja vista que os documentos de recolhimentos acostados pelo impugnante, não têm qualquer relação com a exigência de que cuidam as referidas infrações, conforme se verifica da análise dos referidos documentos e respectivos demonstrativos elaborados pelo autuante.

Na realidade, da mesma forma como ocorreu na infração 01, o autuado não trouxe aos autos qualquer elemento de prova hábil capaz de elidir a autuação.

Desse modo, as infrações 02,03,04 e 05, são integralmente subsistentes.

No que diz respeito à arguição de que as multas são confiscatórias e violam os princípios constitucionais, consigno que estas foram corretamente aplicadas ao caso da lide, estando previstas no art. 42 da Lei 7.014/96. Quanto à sua redução, requerida pelo autuado, cumpre observar que por se tratar de multas por descumprimento de obrigação principal, a sua redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

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 279919.0011/12-7, lavrado contra **DALL EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$169.703,89**, acrescido das multas de 50% sobre R\$46.705,34 e de 60% sobre R\$122.998,55, previstas no art. 42, incisos I, I, alínea “b”, item 2, II, alíneas “a”, “d”, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2012.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR