

PROCESSO - A. I. N° 298921.0014/10-5
RECORRENTE - TRAVEL ROUPAS LTDA. (SANDPIPER)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0075-03/12
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 25/02/2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0036-13/13

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. Fato em parte demonstrado nos autos. Refeitos os cálculos do imposto devido, reduzindo o valor do imposto lançado. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR CONSUMIDORES FINAIS – FALTA DE COMPROVAÇÃO. Os documentos fiscais emitidos pelo sujeito passivo para acobertar as devoluções não atendiam aos requisitos previstos no art. 653 do RICMS. Infração subsistente. 3. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. Foram aplicadas duas multas, de idêntico valor, uma por falta de apresentação de documentos, e outra por falta de apresentação de livros. O fato foi enquadrado no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96. A lei não diz que se aplique uma multa pela falta de exibição dos livros e outra pela falta de exibição dos documentos. Mantida a primeira multa, na qual já está compreendida a segunda, sendo esta indevida. Indeferidas as preliminares de nulidade e a solicitação de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVÍDO**. Decisão unânime quanto às infrações 1 e 2, e, não unânime em relação à infração 4.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (3ª JJF) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/12/10, em decorrência de cinco ilícitos fiscais, sendo objetos do presente recursos as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 - Recolhimento de ICMS efetuado a menos a título de “antecipação parcial”, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, sendo lançado imposto no valor de R\$ 58.037,23, com multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS a título de devoluções de mercadorias efetuadas por consumidores finais, sem comprovação, sendo glosado crédito no valor de R\$ 5.255,68, com multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 - Falta de apresentação de documentos fiscais, quando intimado, pois, após 4 intimações, não apresentou a totalidade das notas fiscais de entradas e saídas, sendo por isso aplicada multa de R\$ 4.140,00;

O contribuinte apresentou defesa, a informação fiscal foi prestada, o processo foi convertido em diligência, o contribuinte se pronunciou sobre o resultado da diligência e, em seguida, o Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3^a JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, no qual afirma que a Decisão de Primeira Instância merece ser reformada.

Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração, argumentando que o autuante deixou de atender ao previsto no art. 8º, §3º, do RPAF/99, cujo teor transcreveu. Diz que a falta de apresentação, em disco de armazenamento de dados, dos demonstrativos e pronunciamentos do autuante cerceou o seu direito de defesa.

No mérito, quanto à Infração 1, afirma que o ICMS devido por antecipação parcial descrito nesse item do lançamento já tinha sido recolhido, não podendo, portanto, ter sido incursão no levantamento efetuado. Diz que esse fato nulifica o lançamento, corroborando as alegações de iliquidez e incerteza.

Transcreve trecho do voto proferido pela 3^a JJF – “*O demonstrativo do débito deverá ser refeito com base nos elementos da planilha à fl. 168.*” – e, em seguida, afirma que não se vislumbra nos autos tal reparo. Diz que a falta da discriminação das notas fiscais e dos valores que serviram de amparo para a Decisão recorrida eiva de nulidade o Auto de Infração, por inobservância do disposto no art. 142 do CTN. Sustenta que foi cerceado o seu direito de defesa e que o lançamento carece de liquidez e certeza. Afirma que deve ser declarada a nulidade suscitada e, em consequência, a inexigibilidade das multas aplicadas.

Referindo-se à Infração 2, afirma que o demonstrativo apresentado pelo autuante evidencia a relação entre os documentos fiscais, as espécies de mercadorias e os correspondentes créditos de ICMS. Diz que comprovou, no curso da ação fiscal, [a improcedência desse item do lançamento], contudo a JJF deixou de considerar tal comprovação.

Prosseguindo, passa a suscitar a nulidade da autuação, sob o argumento de que está baseada em indícios não provados. Transcreve a acusação contida na Infração 4, bem como parte da Infração 5 e, em seguida, diz que o autuante não efetuou qualquer exame, preferindo ficar no terreno de meros indícios, armado de simples anotação desconhecida e não produzida pelo recorrente. Afirma que a doutrina tem rechaçado o uso indevido de indícios e de presunções a favor do fisco. Para embasar seu argumento, reproduz doutrina.

Assevera que o Acórdão recorrido não merece prosperar, pois no Auto de Infração ou na Decisão recorrida deveria constar a indicação pormenorizada dos fatos e dos elementos quantitativos e qualitativos considerados para a fixação do valor tributável, uma vez que a falta desses elementos ocasiona a nulidade do Auto de Infração.

Frisa que, caso não sejam considerados os argumentos acima, lhe seja concedido benefício contido no art. 60, §4º, da Lei nº 4.825/89, que prevê a possibilidade de o CONSEF reduzir ou cancelar multas. Diz que caso contrário, deve ser expurgada a capitalização, reduzindo as multas incidentes sobre o valor principal aos índices preconizados em lei.

Ao finalizar, solicita que seja decretada a nulidade do Auto de Infração. Pede a realização de diligência a fim de que sejam apuradas as informações prestadas. Requer que seja intimado acerca do andamento do processo.

Em Parecer às fls. 373 e 374, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que o recorrente apresenta as mesmas alegações constantes na defesa inicial e já apreciadas na Decisão recorrida, não trazendo qualquer prova ou argumento jurídico capazes de promover a modificação do julgado de Primeira Instância, com o qual diz coadunar integralmente.

Explica que o Processo Administrativo Fiscal assegura ao sujeito passivo o direito à impugnação do lançamento em sede administrativa, possibilitando a realização de qualquer prova em direito

admitida, especialmente de documentos, levantamentos e demonstrativos, o que fora feito em sede de defesa, resultando no acatamento parcial das alegações apresentadas.

Diz que os argumentos recursais não são suficientes para modificar a Decisão recorrida e, dessa forma, opina pelo Conhecimento e Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Preliminarmente, o recorrente suscitou a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa, argumentando que o autuante não apresentou os demonstrativos e pronunciamento em disco magnético, deixando, assim, de atender ao previsto no art. 8º, §3º, do RPAF/99.

Afasto essa preliminar de nulidade, pois, conforme os documentos de fls. 139 e 160, tanto os demonstrativos das infrações apuradas como a informação fiscal foram enviados pelo autuante, mediante correio eletrônico, para o endereço designado pelo Conselho de Fazenda Estadual. Conforme recibos assinados às fls. 16, 19, 22, 24, 79 e 81, o recorrente recebeu cópia dos demonstrativos que embasam o lançamento de ofício. Também se observa que, durante a fase de instrução, o processo foi convertido em diligência, tendo sido entregue ao recorrente cópia dos demonstrativos que embasam a autuação, dos documentos fiscais acostados ao processo, da informação fiscal e dos documentos e demonstrativos elaborados quando do atendimento da diligência, com posterior reabertura do prazo de defesa, tudo conforme recibo anexado à fl. 330 dos autos. Dessa forma, não houve qualquer prejuízo para o recorrente e, portanto, não há razão para a decretação da nulidade arguida.

O recorrente suscitou a nulidade do Auto de Infração, por considerar que o lançamento está baseado em indícios não provados, porém essa preliminar não merece acolhimento. As Infrações 1 e 2 estão baseadas em demonstrativos e em notas fiscais acostados ao processo; as Infrações 4 e 5, por seu turno, estão respaldadas em intimações efetuadas pelo autuante, as quais não foram atendidas pelo recorrente. Não há, portanto, com se acolher essa preliminar de nulidade.

Ainda em preliminar, foi arguida a nulidade do Acórdão JJF nº 0075-03/12, sob o argumento de que, no Auto de Infração ou na Decisão recorrida, deveria constar a indicação dos fatos e dos elementos quantitativos e qualitativos considerados na determinação do valor tributável.

Ultrapasso essa preliminar, pois a descrição dos fatos imputados ao recorrente é clara e precisa, sendo que todos os elementos considerados na determinação do valor lançado constam nos demonstrativos e documentos acostados ao processo, dos quais o recorrente recebeu cópia.

Indefiro a solicitação de diligência, pois a sua necessidade não restou devidamente demonstrada e, além disso, os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

Referindo-se à Infração 1 – recolhimento a menos de ICMS devido por antecipação parcial –, o recorrente repete que o imposto foi recolhido, acarretando, assim, falta de liquidez e de certeza.

Se além dos recolhimentos considerados pelo autuante no demonstrativo de fl. 168, o recorrente efetuou o pagamento de qualquer valor ora exigido, antes da lavratura do Auto de Infração, essa comprovação deveria ter sido trazida aos autos, o que não foi feito. 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*. Dessa forma, por falta de prova, essa alegação recursal não pode prosperar.

Afirma o recorrente que a falta de descrição das notas fiscais e dos respectivos valores que serviram de amparo à Decisão de primeira instância redunda em erro no levantamento, acarretando a nulidade do Auto de Infração por cerceamento de defesa.

Em cumprimento à diligência determinada pela Primeira Instância, o autuante elaborou o demonstrativo de fls. 169 a 174, bem como acostou ao processo as notas fiscais de fls. 175 a 280, sendo relevante salientar que o recorrente recebeu cópia desses documentos e teve ciência da reabertura do prazo de defesa em trinta dias, conforme o recibo de fl. 330. Esse demonstrativo de fls. 169 a 174 aponta, com precisão e clareza, mês a mês, todos os elementos que constituem o crédito tributário lançado na infração em comento, quais sejam: os documentos fiscais considerados; o código fiscal de cada operação; as datas de emissão das notas fiscais; a inscrição cadastral, CNPJ e unidade da Federação dos fornecedores; o valor de cada uma das notas fiscais; a base de cálculo de cada operação; o valor do ICMS, do crédito fiscal de ICMS, do ICMS pago e do ICMS a pagar. Considero, portanto, que está sobejamente demonstrada a apuração do imposto lançado, não havendo como prosperar a alegação de cerceamento de defesa.

O recorrente afirma que não se vislumbra nos autos o refazimento do demonstrativo de débito a que se refere o relator da Decisão recorrida. Mais uma vez esse argumento recusal não se sustenta, pois nesse item do lançamento o valor originariamente exigido (R\$ 58.037,23) foi reduzido para R\$ 41.932,90, conforme os demonstrativos de fls. 168 e 346.

Em face ao acima exposto, os argumentos recursais não se mostram capazes de modificar a Decisão recorrida quanto à Infração 1, a qual subsiste parcialmente, no valor de R\$ 41.932,90, como acertadamente decidiu a Primeira Instância.

Trata a Infração 2 da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a devolução de mercadorias, efetuada por consumidores finais, sem a devida comprovação.

Diz o recorrente que a planilha elaborada pelo autuante não demonstra a relação entre os documentos fiscais, as espécies de mercadorias e os correspondentes créditos lançados nas notas.

Esse argumento recursal não merece acolhimento, pois o demonstrativo elaborado pelo autuante (fls. 80 e 81) aponta todos os dados referentes ao crédito fiscal utilizado indevidamente. As notas fiscais emitidas pelo recorrente (fls. 82 a 133) é que não contêm as informações previstas no art. 653 do RICMS-BA para amparar a utilização do crédito fiscal decorrente da devolução de mercadorias. As espécies de mercadorias devolvidas não foram indicadas, pois o recorrente omitiu essa informação nas notas fiscais de devolução, conforme se pode observar pelos documentos fiscais acostados ao processo.

A mera alegação de foi comprovada a improcedência da infração no curso da ação fiscal não restou demonstrada nos autos. Ademais, uma simples análise das notas fiscais emitidas pelo recorrente e acostadas aos autos (fls. 82 a 133) põe por terra esse argumento recursal.

Em face ao acima exposto, não há reparo a fazer na Decisão recorrida quanto à Infração 2, a qual subsiste integralmente, como decidiu a Primeira Instância.

As Infrações 4 e 5 tratam, respectivamente, da falta de apresentação de documentos e de livros fiscais, quando regulamente intimado.

Ressalto que a exigência fiscal referente à Infração 5 foi afastada pela Primeira Instância. Quanto a esse item do lançamento não há, portanto, razão para a inconformidade do recorrente.

Visando modificar a Decisão de Primeira Instância, o recorrente afirma que o autuante não efetuou qualquer exame, permanecendo no campo dos indícios, armado de anotações que não eram do seu conhecimento.

Esses argumentos recursais não se mostram capazes de modificar a Decisão recorrida, pois a acusação que remanesce – a Infração 4 – está baseada em intimações que não foram atendidas ou que foram atendidas parcialmente. Essas intimações são válidas e estão assinadas pelo representante do recorrente. A falta de atendimento dessas intimações caracteriza descumprimento de obrigação acessória, o que enseja a aplicação da multa prevista no art. 42, inc. XX, da Lei nº 7.014/96.

Dessa forma, a Infração 4 subsiste integralmente, conforme decidiu a Primeira Instância.

O pedido de cancelamento ou redução de multa relativamente às Infrações 1 e 2 não pode ser acolhido, pois essas infrações tratam de descumprimento de obrigação principal, matéria da competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, mediante pedido específico, nos termos do art. 158 do RPAF/99. Quanto às multas por descumprimento de obrigações acessórias (Infrações 3 e 4), não acolho o pedido, uma vez que não há como se afirmar que a inobservância das obrigações acessórias não tenha acarretado falta de pagamento de imposto, um dos requisitos previstos no §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, para a concessão da dispensa ou redução pleiteada.

No que tange ao pedido de expurgo da capitalização, o pleito recursal não pode ser acolhido por falta de amparo legal, uma vez que os índices utilizados possuem expressa previsão legal.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, a qual não carece de qualquer reparo.

VOTO DISCORDANTE (Infração 4 – Redução da multa no valor de R\$3.220,00)

Peço vênia para discordar do voto proferido pelo relator. E inegável o cabimento da aplicação da multa, pois, por razões quaisquer que possam ter havido, restou visto o não atendimento às quatro Intimações emitidas pela SEFAZ. Nestas circunstâncias já contamos, de partida, com a caracterização da infração imputada, restando, após a quantificação (04), a valoração do fato para fins de obtenção do valor final com o qual o autuado terá de cumprir, mercê de sua inércia.

Contrariou, portanto, a cláusula XX, art. 42 da Lei nº 7014/96, a qual dispõe demonstrada uma escala de valores, múltiplos de R\$460,00, a qual enseja entender que da singela acumulação daqueles valores restaria definido o valor final da multa em questão.

Dessa forma, num primeiro momento, somando as seguintes parcelas relativas a cada não-atendimento: Intimação 01 (R\$460,00); Intimação 02 (+ R\$920,00); Intimação 03 (+R\$1.380,00); Intimação 04 (+R\$1.380,00), perfaz-se-ia a acumulação de R\$4.140,00.

Entretanto, com a devida vênia, não é com o que me deparei na citada Lei, pois em sua forma pétrea, na citada cláusula XX, observo:

- a) R\$ 460,00 (quatrocentos e sessenta reais), pelo não atendimento do primeiro pedido;
- b) R\$ 920,00 (novecentos e vinte reais), pelo não atendimento da intimação que lhe **for feita posteriormente**;

Vejo que o texto legal (em “b” acima), não especifica que R\$920,00 deverão ser aplicados *apenas* na 2ª Intimação, mas na que lhe for feita posteriormente e posteriormente indefine a quantidade de vezes, e o tempo incorrido.

A final situação (citada em “c”), não complementa ou contraria o fato em comento, revelando, portanto, redundância, assim, sendo passível de abandono.

Entendo que a Lei, em tendo estipulado em definitivo para os citados 2º e demais níveis, a parcela invariável de R\$920,00, resta quantificar a multa de que trata o presente em R\$3.220,00 (R\$460,00 + R\$2.760,00 [3 x R\$920,00]).

Assim, voto para que a multa em testilha seja a decorrente da somatória de R\$460,00 pela 1ª Intimação, mais R\$2.760,00 (R\$960,00 x 3), no montante de R\$3.220,00.

VOTO DIVERGENTE (Infração 4 – Redução da multa no valor de R\$2.760,00)

Em que pese o brilhantismo do voto do Relator, entendo que a multa aplicável à infração 4 deva ser no valor total de R\$2.760,00, pois entendo que a previsão legal é a de que no desatendimento

de uma notificação deva ser aplicada a multa de R\$460,00, no caso de dois desatendimentos, a multa deve ser de R\$920,00, no caso de três desatendimentos a multa deve ser de R\$1.380,00, e a partir do quarto desatendimento em diante deve ser aplicado R\$1.380,00 para cada um após o terceiro desatendimento.

Como no caso em análise foram quatro desatendimentos, entendo que deve ser aplicado o valor total de R\$2.760,00 (R\$1.380,00 pelos três primeiros desatendimentos) somados de R\$1.380,00 em razão do quarto desatendimento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade quanto às infrações 1 e 2 e, em decisão não unânime quanto à redução da multa em relação à infração 4, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298921.0014/10-5, lavrado contra **TRAVEL ROUPAS LTDA. (SANDPIPER)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$47.188,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.140,00**, prevista nos incisos XX do art. 42 da supracitada lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros(as): Álvaro Barreto Vieira, Osmira Freire de Carvalho Ribeiro da Silva e Fernando Antônio Brito de Araújo.

VOTO DISCORDANTE (Infração 4 – Redução da multa) Conselheiro: Oswaldo Ignácio Amador.

VOTO DIVERGENTE (Infração 4 – Redução da multa) Conselheiros(as): Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo e Vanessa de Mello Batista.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – VOTO DIVERGENTE
(Infração 4)

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – VOTO DIVERGENTE
(Infração 4)

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS