

PROCESSO - A. I. Nº 206960.0040/11-7
RECORRENTE - AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0105-04/12
ORIGEM - SAT/COPEC
INTERNET - 03/04/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0053-12/13

EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO DISTRIBUIDOR. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não tendo a empresa apresentado o livro de Apuração do ICMS, o imposto foi apurado de acordo com o refazimento da conta corrente fiscal, tendo sido considerado o crédito fiscal e os recolhimento efetuados no período. Infração subsistente. **b)** RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **c)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO. Infrações 2 e 3 não defendidas. Rejeitada a nulidade suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário que impugnou a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 31/10/11, onde exigiu ICMS no valor de R\$162.825,26 acrescido de multas de 60%, e 150%, além de multa fixa no valor de R\$ 140,00 em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Imposto retido nas notas fiscais de saída - R\$82.918,18.

Infração 02 - Procedeu a retenção a menos do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta na descrição dos fatos que o imposto foi retido a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do ICMS-ST, por ter incluído indevidamente o desconto incondicional na composição da base de cálculo do ICMS próprio, reduzindo irregularmente o ICMS-ST nas operações de saídas do produto AEHC - R\$31.085,20.

Infração 03 - Deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de nas vendas de combustíveis e lubrificantes realizadas para contribuintes localizados neste Estado - R\$48.821,88.

Infração 04 - Deixou de apresentar livro fiscal (LAICMS e REM) quando intimado. Multa. R\$460,00.

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal exarou a seguinte Decisão:

“Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade da autuação sob o argumento de que as infrações não foram descritas de forma clara, cerceando o seu direito de defesa.

Verifico que o Auto de Infração aponta infrações relativas à falta de recolhimento do imposto escriturado nos livros fiscais do próprio estabelecimento autuado, retenção a menos e falta de retenção do ICMS devido na qualidade de sujeito passivo por substituição imposto, com suporte nos demonstrativos acostados às fls. 9/29 cujas cópias foram fornecidas ao autuado.

Pelo exposto, observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os

artigos 38 a 41 do RPAF/BA, o contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbro inobservâncias formais que tenham impedido de exercer o seu direito de defesa, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

No mérito, conforme acima apreciado o Auto de Infração exige ICMS relativo à falta de recolhimento do imposto escriturado em livros, retenção a menos e falta de retenção do imposto, além de aplicar multa pela não apresentação de livros fiscais quando intimado.

Quanto à infração 1, na defesa apresentada o autuado alegou que na apuração do imposto exigido não foram considerados os valores do imposto pagos nas operações de aquisição.

Inicialmente cabe ressaltar que a infração descreve que “deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente às aquisições escrituradas nos livros fiscais próprios” e foi indicado o ICMS-ST. Na descrição dos fatos foi explicitado que se trata de falta do recolhimento do ICMS próprio, “conforme planilha de cálculo ... anexada ao Auto de Infração”. Por sua vez, a infração 4 acusa aplicação de multa por não ter apresentado o Livro de Apuração do ICMS (LAICMS) quando regularmente intimado.

Logo, não tendo apresentado o LAICMS, os autuantes apuraram o imposto devido com base nas notas fiscais de entrada e saída do período fiscalizado. Tomando como exemplo o mês de:

- a) Abril/10: relacionou o valor do ICMS próprio relativo à nota fiscal de entrada de nº 7899 conforme planilha à fl. 16 totalizando crédito de R\$1.966,04. Somaram os valores do ICMS antecipação parcial recolhido no mês conforme demonstrativo à fl. 32 totalizando R\$3.647,53 que somado totalizou crédito no mês de R\$5.613,57. No demonstrativo à fl. 11 e 11/verso apuraram o débito relativo às notas fiscais de saídas de nºs 111 a 118 totalizando débito de R\$7.177,78. Com o transporte destes valores para o conta corrente à fl. 9, resultou em saldo devedor de R\$1.534,21, valor este que foi exigido naquele mês;
- b) Maio/10: relacionaram os valores do ICMS próprio relativo às notas fiscais de entradas de números 3439, 1517, 8101, 17993, 18069, 18070 e 18076 conforme planilha à fl. 16 totalizando crédito de R\$14.930,46. Somaram os valores do ICMS antecipação parcial recolhido no mês conforme planilha à fl. 33 totalizando R\$23.327,48 que somado aos créditos totalizou no mês R\$38.257,94. No demonstrativo à fl. 11 e 11/verso apuraram o débito relativo às notas fiscais de saídas de nºs. 121 a 136 totalizando débito de R\$19.437,47.

Pelo exposto, não tendo o autuado apresentado o livro LAICMS e REM, a fiscalização apurou o ICMS próprio exigido na infração 1, apurando o crédito fiscal de acordo com os valores indicados nas notas fiscais de entrada e do ICMS antecipação parcial, confrontou com o débito indicado nas notas fiscais de saída, transportou o saldo credor para o mês seguinte e exigiu o imposto no mês em que o saldo apurado tenha sido devedor. Logo, está correto o procedimento fiscal.

Com relação ao mês de dezembro/10 verifico que os autuantes relacionaram às fls. 14/verso, 15 e 16 as notas fiscais de saídas de nºs. 299/360 totalizando débito de R\$78.419,16 o qual foi transportado para a planilha à fl. 9. Como no mês anterior foi apurado saldo credor e o relatório à fl. 68 não indica qualquer nota fiscal naquele mês não há imposto (crédito) a compensar.

Como a empresa não apresentou à fiscalização o LAICMS e REM (infração 4), foi exigido neste mês o valor total do débito apurado. Entendo que sendo o autuado detentor dos livros e notas fiscais (de entrada) caberia a ele apresentar estas provas junto com a defesa para comprovar sua alegação de que não foi considerado o crédito fiscal correspondente. Por isso, considero correto o procedimento adotado pela fiscalização. Infração procedente.

Relativamente às infrações 2 e 3, na defesa apresentada o autuado não fez qualquer contestação o que tacitamente implica no seu acatamento. Verifico que o imposto exigido na infração 2 tem como suporte o levantamento fiscal constante do demonstrativo às fls. 22/25 no qual foram relacionadas as notas fiscais de saídas e valores correspondentes do ICMS-ST e da mesma forma, na planilha às fls. 26/29 foi apurado por mês os valores do ICMS-ST devido e deduzido os valores correspondentes recolhidos. Portanto, inexistindo controvérsia devem ser mantidas as infrações 2 e 3 na sua integralidade. Infrações caracterizadas.

Da mesma forma, a infração 4 que trata da aplicação de multa pela não apresentação de livros fiscais tem como suporte a intimação à fl. 6. Como o autuado não comprovou ter entregue à fiscalização os livros LAICMS e REM, ficou caracterizada a infração. Infração procedente.

Quanto ao pedido de dispensa da multa e juros entendo que não se justifica, visto que não foi trazido ao processo qualquer prova de que tenha interpretado de forma incorreta a legislação, por ignorância da legislação tributária. De qualquer forma, não deve ser apreciado tal pedido nesta instância administrativa, visto que o pedido deve ser encaminhado à Câmara Superior do CONSEF, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos nos termos do art. 159, §§1º e 2º e art. 169, § 1º do RPAF/BA.

Ressalto que de acordo com o art. 123 do RPAF/BA, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Na situação presente não tendo apresentado qualquer prova, deve ser considerada verdadeira a acusação com base nas provas juntadas ao processo.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

No Recurso Voluntário, o autuado, ora recorrente, em sede de preliminar, esclareceu que é necessário que todo Auto de Infração seja lavrado com a presença de todos os requisitos legais, para que possa haver o pleno direito de defesa. Nesse sentido, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF, arguiu a nulidade do auto contra ele lavrado, tendo em vista que não foi descrito nos autos a forma como se creditou os impostos pagos a título de antecipação tributária quando da compra das mercadorias, sendo assim, impossibilitando saber o quantum devido no Auto de Infração.

Em mérito, o recorrente aduziu que há dupla cobrança do imposto, tornando sua atividade economicamente inviável, uma vez que pagar por imposto do qual não foi descontado o valor pago a título de antecipação parcial (creditado), tem efeito confiscatório, vedado pelo art. 150, IV da CRFB, além de ir a encontro ao princípio da capacidade contributiva.

De acordo com a peça recursal, o autuante não descreveu de forma correta e clara qual a origem do fato gerador da obrigação de pagar ICMS próprio ou sua diferença, e ainda, sendo o caso de ser pago, não trouxe aos autos provas que comprovassem que não pagou o ICMS normal quando da compra do Etanol. Ressaltou que pagar imposto descrito na notificação que já esteja pago é *bis in idem* na tributação, devendo ser comprovado, cabendo o ônus da prova a quem alega, conforme dispõe o art. 333, I, do CPC.

Segundo o recorrente, o Fisco estadual, está cobrando valor total referente ao ICMS que já foram pagos nas operações anteriores, não sendo abatidos os créditos fiscais nos supostos débitos exigidos, o que é incabível, em respeito do princípio da não-cumulatividade do ICMS previsto na Constituição Federal, art. 155, § 2º, I, como também na Lei Estadual do ICMS em seus arts. 28 e 29.

Diante do exposto, requereu que fosse afastada a aplicação de multa e dos juros, tendo em vista que não agiu de má-fé nem praticou infração que merecesse ser penalizado, à luz do art. 159, §1º, II e/ou III do RPAF.

Por fim, reiterou que fosse acatada a preliminar ora alegada, e caso assim não aconteça, seja julgado Improcedente o Auto de Infração em epígrafe.

VOTO

Na peça recursal, o recorrente argui, preliminarmente, a nulidade da autuação, por considerar que o procedimento fiscal ofende o quanto previsto no art. 18, IV, “a” do RPAF/99. Desse modo, entende que não houve o pleno direito de defesa, pois, não foi descrito nos autos a forma como se creditou os impostos pagos à título de antecipação tributária, impossibilitando saber o *quantum* devido no Auto de Infração em combate.

Acerca desta alegação preliminar, não vislumbro qualquer ofensa à legalidade do procedimento fiscal, à luz do Direito Administrativo e Tributário. Portanto, a autuação guerreada encontra-se em plena consonância com as determinações do RPAF/99, com a devida clareza e segurança do quanto, do porquê e de como se determinou o ICMS cobrado no lançamento de ofício para as infrações combatidas na peça recursal.

No mérito, os valores do ICMS apurados nas infrações 1 a 3 se baseiam em dados constantes nos autos, sem que o recorrente trouxesse aos autos quaisquer documentos capazes de elidir ou suscitar questionamentos acerca da pertinência das imputações, inclusive sem ter apresentado em 1ª Instância, nem em grau de Recurso.

Quanto à infração 1, como o recorrente não apresentou os livros RAICMS e REM, os autuantes apuraram o ICMS próprio através do levantamento do crédito fiscal de acordo com os valores indicados nas Notas Fiscais de entrada e do ICMS antecipação parcial, confrontando com o débito indicado nas Notas Fiscais de saída e transportando o saldo credor para o mês subsequente. Nesta esteira, procedeu-se o cálculo do ICMS no mês em que o saldo apurado tenha ficado devedor. Portanto, o procedimento fiscal está albergado pela legislação aplicável.

Quanto às infrações 2 e 3, apesar de na Decisão da 4ª JJF ter se asseverado que não foram objeto da defesa, em sede de Recurso, o recorrente foi genérico na sua peça recursal. Assim sendo, neste diapasão, cumpre-me, por cautela, apreciar o mérito destas imputações.

No que tange a infração 2, a mesma tem como fulcro o levantamento fiscal acostado às fls. 22/25 dos autos, onde se constata a relação das Notas Fiscais de saídas e os respectivos valores do ICMS-ST. Para a infração 3, de igual modo, na planilha às fls. 26/29 foi apurado por mês os valores do ICMS-ST devido e deduzido os valores correspondentes recolhidos.

Quanto ao caráter confiscatório alegado pelo recorrente para os lançamentos de ofício, em face ao que preceitua o art. 150, IV da CRFB, não cabe a este CONSEF, julgar questões de eventual inconstitucionalidade.

No que se refere ao pedido de cancelamento da multa e juros, feito de forma genérica, entendo que no tangente as multas e juros das infrações 1 a 3, não cabe a esta e. 2ª CJF apreciar a matéria, devendo o recorrente encaminhar, em petição própria, para Câmara Superior deste CONSEF, por se tratar de multa por descumprimento de obrigação principal.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206960.0040/11-1, lavrado contra **AROGÁS COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$162.825,26**, acrescido das multas de 60% sobre R\$114.003,38 e 150% sobre R\$48.821,88, previstas no art. 42, II, alíneas “e”, “f” e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, XX da citada Lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões CONSEF, 11 de março de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS