

**PROCESSO** - A. I. N° 299430.0003/11-7  
**RECORRENTE** - AILTON ARAÚJO DOS SANTOS (RADICAL MOTOBIKE)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0221-03/11  
**ORIGEM** - INFRAZ ATACADO  
**INTERNET** - 28.05.2013

### 3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0196-13/13

**EMENTA:** ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. FALTA DE REGISTRO DE OPERAÇÕES. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. Não acatadas as alegações preliminares. Infrações não impugnadas objetivamente pelo contribuinte. Imposto não recolhido em sua totalidade, gerando prejuízo ao erário. Correto o enquadramento na alínea “f” do inciso II do Art. 42 da Lei nº 7.014/96. Rejeitada a preliminar suscitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 3ª JJF, constante no Acórdão nº 0221-03/11, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração, lavrado em 29/06/2011, para exigir ICMS, no valor de R\$ 32.497,54, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Recolhimento a menor de ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, por ter deixado de registrar nos livros fiscais vendas realizadas através de notas de vendas. Imposto lançado: R\$ 31.539,20. Multa: 60%;

INFRAÇÃO 2 – Recolhimento a menor de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexos 88 e 89. Imposto lançado: R\$ 136,20. Multa: 60%;

INFRAÇÃO 3 – Recolhimento a menor de ICMS a título de antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização. Imposto lançado: R\$ 822,14. Multa de 60%.

Após análise dos argumentos delineados pelo autuado e pelo fiscal autuante, a 3ª JJF proferiu a Decisão transcrita abaixo (fls. 250/256):

*São três as imputações de que cuida este Auto: a) falta de recolhimento de ICMS em virtude de operações não registradas nos livros fiscais, b) recolhimento de ICMS efetuado a menos por antecipação nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e c) recolhimento de ICMS efetuado a menos a título de “antecipação parcial” nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização.*

*A defesa concentra-se basicamente no primeiro caso. Como preliminar, reclama da descrição do fato e do enquadramento legal, que teriam sido genéricos.*

*O 1º item acusa recolhimento de ICMS efetuado a menos por ter o contribuinte deixado de registrar nos livros fiscais operações realizadas através de notas de vendas. Os fiscais foram imprecisos por não explicitarem o que seriam “notas de vendas”. Nos demonstrativos às fls. 51/104 consta uma relação cujo título se refere a “Notas de Vendas [...] sem Notas Fiscais”. Na coluna “número” constam as abreviaturas “VN” seguidas de um*

número. Os fiscais poderiam ter posto uma nota de rodapé explicando o que seria “VN”. No campo “Descrição dos fatos”, no corpo do Auto de Infração, é dito que “VNs” significa “Notas de Vendas”, embora não explique o que venham a ser “Notas de Vendas”. Mas nada neste mundo é perfeito. Depreende-se que se trata de operações efetuadas sem emissão de Notas Fiscais. Quanto ao enquadramento legal, foram indicados os dispositivos regulamentares que cuidam do regime de apuração do imposto e do prazo de pagamento. Considero que a descrição dos fatos e seu enquadramento legal foram feitos de forma satisfatória.

No tocante aos cálculos, não houve objetivamente questionamento.

Quanto ao argumento da defesa de que seria impossível proceder-se à cobrança retroativa à data do desenquadramento do SimBahia, tal alegação não faz sentido, pois no período considerado – janeiro a junho de 2007 – o contribuinte se encontrava no regime normal de apuração, e foi ele próprio quem declarou sua opção pelo regime normal, não houve desenquadramento de ofício. De acordo com o instrumento à fl. 9, de 1.1.06 até 30.6.07 o contribuinte se encontrava enquadrado no regime normal de apuração.

A defesa dedica parte considerável de seu arrazoado a fatos possivelmente alheios a este processo. Diz que constaria neste Auto de Infração que a empresa autuado teria sido excluída do regime simplificado do SimBahia, ensejando a cobrança do ICMS pelas regras normais de tributação pelo fato de ter sido constatado através de investigação penal que as empresas Ailton Araújo dos Santos e Salvador Bikes alteraram o quadro societário para beneficiar-se da condição de microempresa, tendo a referida investigação deduzido que o verdadeiro proprietário da empresa em tela e de outras seria o Sr. Ailton Araújo dos Santos, e, com isso, procedeu-se à exclusão do contribuinte do citado regime.

Esses fatos podem ter sido objeto da investigação a que alude a defesa, porém o cerne da autuação é outro. O relatório de investigação cuja cópia se encontra às fls. 12/23 recomenda o desenquadramento, não do SimBahia, e sim do Simples Nacional, envolvendo portanto período posterior aos fatos objeto do lançamento em discussão neste Auto.

Por outro lado, o que foi imputado no item 1º deste Auto foi que o contribuinte deixou de escrutar em seus livros notas de vendas de mercadorias. Não faz sentido a alegação de que o Sr. Ailton Araújo dos Santos não seria o titular da empresa autuado, mas apenas seu orientador e consultor, haja vista que a inscrição cadastral nº 52.762.990 tem como titular justamente Ailton Araújo dos Santos.

No que tange ao método ou critério seguido na apuração do imposto lançado, tal alegação está prejudicada, pois a defesa se reporta ao “desenquadramento” do SimBahia, e, conforme já assinalado, o contribuinte não se encontrava inscrito no SimBahia no período compreendido no lançamento de que cuida o item 1º deste Auto.

Mantenho o lançamento do item 1º.

Quanto aos itens 2º e 3º, a defesa, no tópico em que faz a abordagem do mérito, no bojo das considerações atinentes ao item 1º, faz menção de relance à cobrança de ICMS por antecipação e por antecipação parcial, alegando que a autuação não tem amparo legal, haja vista que os valores lançados neste Auto se baseiam em informações constantes nos computadores apreendidos pela fiscalização, mas o método utilizado para apurar o suposto débito, além de deixar falhas, não corresponde à realidade dos fatos, pois é inadequado e impróprio para consubstanciar a base de cálculo utilizada para calcular o tributo lançado, porque o computador, além de ser utilizado como banco de dados para Notas Fiscais de venda, também continha orçamentos relativos a vendas que não se concretizaram. Isso, contudo, não foi provado. Não há como levar em conta meras alegações sem provas.

Mantenho igualmente os lançamentos dos itens 2º e 3º.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, com o escopo de obter a decretação da nulidade do Auto de Infração em exame.

Preliminarmente suscita cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que o recorrente não recebeu as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do suposto imposto devido, cuja obrigatoriedade está prevista no artigo 18, II do RPAF.

Diz que houve cerceamento do direito de defesa também porque na infração 1, os autuantes enquadram o contribuinte, sem citar qual artigo de lei que efetivamente fora infringido pelo autuado, gerando enquadramento legal genérico e abstrato, de modo a dificultar o conhecimento da infração, descumprindo a determinação legal prevista no artigo 39, III do RPAF.

Alega que o enquadramento legal relativo à infração 2 não refere-se de forma clara à infração cometida, contrariando o RPAF que preconiza que a infração e os dispositivos infringidos têm que ser descritos de forma clara e sucinta.

No mérito, quanto às infrações 1 e 2, argui que a base de cálculo utilizada para calcular o imposto em seu regime normal fora extraída de informações contidas nos computadores da empresa, os quais foram apreendidos na fiscalização.

Assevera que essas informações retiradas do computador não correspondem com o fluxo real de vendas realizadas pelo contribuinte, tendo em vista que o computador não era utilizado apenas como banco de dados para Notas Fiscais de venda.

Desta forma, entende que muitas informações utilizadas para a apuração da base de cálculo da infração tratam, na verdade, de pseudos-orçamentos, além de comportarem documentos de controle interno da empresa, os quais não detêm qualquer relação com as Nota Fiscal de venda.

Sustenta que as multas aplicadas nas infrações 1 e 2 são inconstitucionais, pois tem caráter confiscatório afrontando o artigo 150, IV da Constituição Federal. Pede atenção para o fato que por mais que assuma caráter punitivo, a multa não pode gerar a incapacidade de agir economicamente, devendo ser proporcional e corresponder a um valor compatível com a realidade dos fatos, requerendo sua correção.

Quanto à infração 3 alega que se não há pagamento na entrada do Estado por antecipação parcial e ocorre o recolhimento do ICMS na saída da mercadoria, não há qualquer prejuízo tributário para o Estado da Bahia, no máximo intempestividade no seu recolhimento.

Por fim, declara que à época dos fatos em análise somente havia previsão de multa para a falta de pagamento do imposto relativo à substituição tributária, não prevendo a lei multa por falta de pagamento do imposto da antecipação parcial, pelo que entende que a multa no percentual de 60% não poderá ser aplicada por ser genérica.

O representante da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Júnior, em Parecer de fls. 292/294, após tecer um breve relato do presente PAF opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

Afirma que não existiu qualquer prejuízo a defesa quanto à apresentação dos demonstrativos.

No que se refere o possível erro de capitulação legal, entende que não ocorreu no caso em tela e não se traduz em hipótese de nulidade do lançamento.

No mérito, assevera que o recorrente não se desincumbiu de provar as alegações de imprestabilidade das informações colhidas em equipamentos do autuado, cingindo sua tese em situações não provadas documentalmente.

Quanto à alegação de multa confiscatória, suscita que a medida possui amparo legal, sendo a punição modulada pelo legislador, não cabendo ao CONSEF discutir a constitucionalidade da norma penal administrativa.

No que tange a infração 3, sugere ser desarrazoada a tese recursal, por não possuir suporte fático sua premissa.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0221-03/11, prolatado pela 3<sup>a</sup> JJF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, em razão do recolhimento a menos de ICMS, em decorrência de operações não registradas nos livros fiscais; recolhimento a menos de ICMS por antecipação nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e recolhimento a menos de ICMS por antecipação parcial nas aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização.

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu a infração, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico, tendo o recorrente

recebido, cópia dos demonstrativos, conforme recibo de fl. 213.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente.

Quanto ao mérito das infrações 1 e 2, o autuado se limita a aduzir que a base de cálculo foi extraída de forma insegura e incerta e com base em “pseudos-orçamentos”, não trazendo aos autos nenhum documento que pudesse validar suas alegações. Nota-se que o autuado não adentrou no cerne da acusação que lhe fora imputada, não enfrentando objetivamente os demonstrativos analíticos elaborados pelo autuante, com amparo na documentação do próprio autuado, motivo pelo qual julgo correta a Decisão da JJF que manteve a infração.

No meu entendimento, alegar sem provar é o mesmo que nada dizer, caberia ao autuado trazer ao processo elementos comprobatórios capazes de fundamentar sua discordância.

O recorrente, por inércia própria, não exerce amplamente a sua defesa, posto que, conforme dispõe o art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, o sujeito passivo tributário tem o direito de fazer a impugnação do lançamento fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações.

Também em relação às infrações 1 e 2, afasto a alegação de inconstitucionalidade constante na peça recursal, em razão deste órgão colegiado não ter competência para declarar inconstitucionalidade, consoante art. 167, I, do RPAF.

Neste contexto, analiso que as multas aplicadas às infrações são expressamente previstas no artigo 42, II, “a” e “d” da Lei nº 7.014/96, sendo rechaçada a alegação de que tal multa é confiscatória, pois é legalmente prevista para a infração apurada.

Com referência a infração 3, o recorrente também não nega, nem impugna os demonstrativos do autuante, restringindo sua defesa em alegar que não houve prejuízo ao erário e que não havia previsão legal da multa a época do cometimento da infração.

Novamente, trata-se de alegação desprovida de provas. Partindo da mesma premissa, a mera afirmativa, não comprovada, de que o imposto teria sido recolhido ao erário, não elide a imputação.

Restou comprovado que não foi recolhido o ICMS devido por antecipação parcial em sua totalidade, e o contribuinte não contesta tal fato. Uma vez que a multa sobre o ICMS devido por antecipação parcial, está lançada sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente, está correto o procedimento adotado pelo Fisco.

Torna-se necessário observar que o fato gerou prejuízo ao erário, também sob o aspecto do planejamento tributário, na medida em que o Estado não contou, no prazo legal, com o pagamento a que está obrigado o contribuinte.

No que tange a multa, considerando que o autuado não recolheu o imposto no prazo previsto na legislação, correto o enquadramento feito pelo autuante, na alínea “f” do inciso II do art. 42 da Lei nº 7.014/96, que prevê a multa para todo e qualquer caso em que se configure hipótese de infração diversa das expressamente previstas nos demais tópicos do mencionado art. 42, e que importe descumprimento de obrigação tributária principal, sem que haja dolo.

Com base neste dispositivo legal, se o ICMS Antecipação Parcial não foi recolhido no prazo estabelecido na legislação, cabe a aplicação da mencionada multa, que está atrelada ao descumprimento da obrigação tributária principal. Se assim não fosse, ter-se-ia uma exigência de obrigação principal sem cominação de penalidade pelo seu descumprimento, o que contraria a lógica da legislação tributária, e constituiria um incentivo à sonegação.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 299430.0003/11-7, lavrado contra **AILTON ARAÚJO DOS SANTOS (RADICAL MOTOBIKE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 32.497,54, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alíneas “a”, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de maio de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

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