

PROCESSO - A. I. Nº 124274.0162/11-3
RECORRENTE - MARIA DAS GRAÇAS P. CERQUEIRA (CESTÃO SUPERMERCADOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0249-03/12
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 11/10/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0291-12/13

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte inconformado com a Decisão de 1ª Instância, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/ BA.

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2011, exige ICMS no valor de R\$171.260,25, 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.

Após análise das peças processuais e de diligência requerida, a 3ª JJF prolatou a seguinte Decisão de mérito após rejeitar as arguições de nulidade levantadas pelo impugnante:

[...]

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 defensor 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.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe Recurso Voluntário (fls. 782/790). Apresentando-se como atuante no comércio varejista e sobrevivendo a duras penas em um mercado muito competitivo, cujo sócio maior é o Estado, requer a nulidade do lançamento fiscal já que ele afronta princípios constitucionais albergados no RPAF/BA, citando o art. 2º do mencionado Regulamento. Afirma que a JJF não reconheceu, no seu julgamento, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, como também o princípio do não confisco, evidentes na autuação, lhe impondo 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 sua escrita fiscal e contábil 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.

Discordando da Decisão proferida, diz, no mérito, que constatou diversas inconsistências no levantamento fiscal, relativamente à forma de apurar o montante do imposto. Alega 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 pela empresa e o cotejo com o livro Registro de Saídas de Mercadorias, mas que 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, 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 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 assuma caráter punitivo, a multa não pode gerar a incapacidade de agir economicamente, devendo ser ela proporcional e corresponder a um valor compatível com a realidade dos fatos.

Por fim, reitera a preliminar de nulidade arguida, ou seja: afronta aos princípios constitucionais da proporcionalidade, razoabilidade e não confisco e no mérito; 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) reconhecimento das provas ilícitas utilizadas para a presente exação fiscal; d) admitir que é devido o cancelamento da multa com caráter confiscatório.

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 e a apresentação de todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive testemunhais e a juntada de novos documentos.

No seu opinativo, da lavra da n. Procuradora Maria Dulce Baleeiro Costa, a PGE/Profis (fl. 800) após abordar as teses apresentadas pelo recorrente, assim se posiciona: *Da análise dos autos, vejo que a planilha elaborada pelo autuante indica precisamente as operações em que se verificou a divergência entre as vias das notas fiscais, não tendo o Recorrente apontado de forma objetiva os equívocos alegados. A multa aplicada é a prevista em lei para a infração acusada, devendo, inclusive, ser providenciada cópia do processo fiscal para remessa ao Ministério Público da Bahia a fim de que analise a possibilidade de instauração de procedimento penal.*

Opina pelo Improvimento do Recurso interposto.

VOTO

A divergência entre as vias das mesmas notas fiscais é comumente denominada de “calçamento de nota fiscal” e consiste em alterar o valor constante de uma via da nota fiscal, normalmente, a que fica na empresa vendedora (via fixa), objetivando reduzir a incidência do tributo, e, assim, fraudar o Fisco. Também se pode detectar o contrário, ou seja, visando repassar crédito fiscal inexistente, a primeira via do documento fiscal é alterada. Para se detectar este tipo de fraude fiscal é necessário o cruzamento de informações de compradores e vendedores. Esta prática é considerada pela legislação tributária como crime de sonegação fiscal.

A infração ora em lide diz respeito a recolhimento de ICMS efetuado a menos, em decorrência de divergências entre as vias das mesmas notas fiscais, tendo sido destacado nas vias fixas dos documentos fiscais valores de vendas (e de créditos fiscais) extremamente menores do que aquelas das primeiras vias (1^a e 2^a), inclusive, e em sua maioria, com a modificação das quantidades vendidas, correspondente ao período de maio a agosto de 2010, conforme demonstrativos às fls. 21/30 dos autos. Foi realizando, também, batimento dos valores constantes nas notas fiscais e aquelas escrituradas no livro Registro de Saídas.

As notas fiscais “calçadas” foram anexadas ao processo, juntamente com as vias fixas dos talonários (fls. 31/725), permitindo-se comparar e constatar as divergências de valores lançados pelo sujeito passivo.

No mais, o Auto de Infração foi lavrado seguindo todas as determinações legais, notadamente aquelas insertas no art. 39, do RPAF/BA, tendo o recorrente exercido o seu direito de plena defesa. O imposto e sua base de cálculo foram apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos. Foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada.

Isso posto, volto-me a arguição de nulidade levantada pelo recorrente, que teve por base o seu entendimento que tanto a JJF como a fiscalização desobedeceram aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, como também, o princípio do não confisco. Diante da forma acima descrita de como foi a fiscalização realizada não existe qualquer fato motivador na ação fiscal para se sacar dos princípios acima nominados.

Em assim sendo, somente posso entender que o recorrente se volta para o percentual da multa aplicada objetivando a nulidade da ação fiscal.

Sob este aspecto, ressalto que a penalidade imposta decorre de norma expressa da legislação, inseridas no art. 42 da Lei nº 7.014/96, não podendo esta CJF, por força do que dispõe o art. 167, I, do RPAF, afastar a aplicação das mesmas sob a alegação da sua incompatibilidade constitucional

ou com os princípios dela (Constituição) decorrentes. No mais, sendo penalidade aplicada em relação à obrigação principal, somente a Câmara Superior deste Colegiado tem a competência para reduzi-la ou cancela-la, ao apelo da equidade, conforme dispõe o art. 159 , do RPAF/BA.

No mais, determina o art. 42, V, “c”, da Lei nº 7014/96:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

V - 150% (cento e cinqüenta por cento) do valor do imposto:

[...]

c) quando houver divergências de informações em vias do mesmo documento fiscal, que impliquem seu recolhimento a menos;

Pelo exposto e com base nas determinações contidas no art. 18, do RPAF/BA a arguição de nulidade arguida pelo recorrente é afastada.

Embora sem discorrer no seu Recurso (apenas na sua defesa inicial), diz o recorrente, quando citou a motivação de que entendia ser o Auto de Infração improcedente, de que as provas utilizadas na presente exação fiscal são ilícitas. Em primeiro, tal acusação não resta provada. Em segundo, as vias dos documentos fiscais foram apresentadas à fiscalização pela INFIP (Inspeção de Investigação desta SEFAZ). Em terceiro, antes da lavratura do Auto de Infração, a fiscalização, através do Termo de Apreensão e Ocorrências (fl. 06) apreendeu os talonários das notas fiscais apresentadas pela INFIP. Assim, não vejo causa para se alegar qualquer ilegalidade da ação fiscal.

Quanto ao pedido de revisão fiscal com perícia e diligência para se considerar todos os elementos quantitativos e qualitativos, ensejadores da lavratura do presente lançamento, observo, em primeiro, que tal pedido é absolutamente genérico. Em segundo, cabe ao julgador a direção do processo na fase instrutória, tendo a competência de autorizar ou rejeitar a produção de provas e na forma que entender necessária, sob o enfoque exclusivo da necessidade ou não das mesmas para o deslinde do feito. No presente caso, nenhum elemento de prova contrária àquela apresentada pelo fisco sofreu qualquer reparo por parte da empresa. Na situação, indefiro o pedido formulado com base no que dispõe o art. 147, I e II, do RPAF/BA.

No mérito, o recorrente não traz aos autos qualquer prova material contrária a autuação, como deveria fazê-lo caso constatasse algum erro cometido pela fiscalização. Esta é a disposição do art. 123, do RPAF/BA. Apenas alega que diversas mercadorias elencadas pelo autuante no seu demonstrativo têm alíquotas menores que 17%, sendo tributadas a 7% ou 12%, e que muitas delas encontravam-se com fase de tributação encerrada.

Em relação à aplicação de alíquotas errôneas, não tem qualquer razão o recorrente. A autuação encontra-se calcada nos valores e alíquotas indicadas pelo próprio recorrente nos seus documentos fiscais, quando foram aplicadas as alíquotas inerentes a cada mercadoria vendida, como se infere nos demonstrativos elaborados pela fiscalização (fls. 21/30). E se acaso o recorrente estiver se referindo ao percentual de 17% apresentado no corpo do Auto de Infração, ressalto de que por uma limitação técnica do sistema automatizado de emissão de Auto de Infração desta Secretaria de Fazenda, a alíquota indicada no corpo do Auto de Infração será sempre 17%, embora o imposto, como dito, tenha sido corretamente calculado.

E em relação ao fato de que algumas mercadorias encontrarem-se enquadradas no regime da substituição/antecipação tributária, ressalto de que este enquadramento não decorre de qualquer convênio. Em assim sendo, é da responsabilidade do primeiro adquirente (no caso o recorrente) proceder ao recolhimento do imposto. Se, acaso, as recebeu com o imposto substituído, deveria fazer prova. Nenhuma das duas situações restou provada nos autos. Teve todo o prazo legal para assim fazer, não aproveitando do mesmo. E, volto a dizer, a apuração do imposto foi realizada conforme dados lançados nas notas fiscais, inclusive com os valores de base de cálculo (e não o valor total da nota fiscal, como afirma a empresa) do imposto referente a cada nota fiscal indicado pelo próprio recorrente

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, mantendo inalterada a Decisão da JJF.

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 julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 124274.0162/11-3, lavrado contra **MARIA DAS GRAÇAS PINTO CERQUEIRA (CESTÃO SUPERMERCADOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$171.260,25**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “c”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ANGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS