

PROCESSO - A.I. Nº 279919.0011/12-7
RECORRENTE - DALL EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0299-01/12
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 11.09.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0334-13/13

EMENTA: ICMS. 1. RESTAURANTE. REGIME DE APURAÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO EM FUNÇÃO DA RECEITA BRUTA. 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**. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 279919.0011/12-7, lavrado em 05/06/2012 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$169.703,89, acrescido das multas de 50% e de 60%, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01. 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 calculado à alíquota de 4% resultando no valor histórico de imposto de R\$30.630,47, acrescido da multa de 60%.

Infração 02. 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 calculado à alíquota de 4% resultando no valor histórico de imposto de R\$30.630,47, acrescido da multa de 60%.

Infração 03. 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 histórico de R\$29.236,55, acrescido da multa de 60%.

Infração 04. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e 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 histórico de R\$26.911,14, acrescido da multa de 60%;

Infração 05. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, informado na Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA, nos meses de janeiro e dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor histórico de R\$38.445,40, acrescido da multa de 50%.

O Fisco acosta, às fls. 13 a 517, documentos que consistem em demonstrativos do levantamento fiscal realizado; Termo de Intimação; cópias de livros fiscais; cópias de Documentos Auxiliares de Nota Fiscal Eletrônica – DANFEs; espelho de dados cadastrais do autuado e Relação de DAEs de seus recolhimentos de ICMS, constantes no sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 524 a 531 (volume II), acostando documentos às fls. 532 a 657.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 777 a 781 rebatendo as alegações da impugnação e mantendo a autuação, acostando documentos às fls. 659 a 776.

Intimado para conhecimento da informação fiscal (fls. 784 e 785), o autuado não se manifestou.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0299-01/12, às fls. 788 a 792. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

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:

<i>Faturamento- R\$63.466,11 – Base Cálculo- R\$58.653,91 – ICMS 4% - R\$2.346,16</i>	
<i>- Rec. Não Trib:R\$4.812,20</i>	<i>- Recolhido - R\$2.232,60</i>
	<i>ICMS objeto da autuação- R\$ 113,56.”</i>

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.

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 812 a 821 reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em apertada síntese, o Recorrente diz contestar a decisão *a quo* e novamente descreve as imputações. Em seguida fala que em relação à imputação 01 deveria ser aplicada a legislação de regência e que no período objeto da autuação teria recolhido o imposto calculado à alíquota de 4%, por ser restaurante incluído no regime de apuração pela receita bruta, conforme artigo 504, IV, do RICMS/BA/97, então vigente. Volta a dizer que seria necessária a realização de “*diligência pericial*” para “*o deslinde da questão*”, porque teria pago “*grande parte dos tributos ora cobrados*”.

Insurge-se contra a multa aplicada, que diz seria injusta, excessiva, confiscatória, desproporcional e inconstitucional.

Conclui pedindo a admissão e provimento do Recurso Voluntário, julgamento pela insubsistência do lançamento e, se ultrapassada essa sua súplica, pede seja a multa aplicada “*reduzida a percentual compatível com os princípios da razoabilidade e da*

proporcionalidade". Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidos, especialmente documentos que se fizerem necessários após o protocolo do seu recurso, e prova pericial.

A PGE/Profis, por intermédio da Procuradora Maria Helena de Mendonça Cruz, emite Parecer às fls. 820 a 822 aduzindo que o contribuinte não trouxe provas e nem argumentos jurídicos capazes de provocarem a revisão do Acórdão recorrido. Que apenas afirma que efetuou o pagamento do ICMS devido, mas não colaciona provas, e que à situação se aplica o artigo 143 do RPAF/99.

Que, quanto às multas aplicadas, estão adequadas e previstas no artigo 42 da Lei 7014/96, existindo a possibilidade de uso do previsto no artigo 159 do RPAF/99, desde que observados os seus incisos I a IV, e §2º.

Conclui opinando pelo improvimento do Recurso Voluntário interposto.

As fls. 832 a 854 dos autos foram acostados, por setor administrativo desta SEFAZ, documentos relativos a Processo de Recuperação Judicial nº 201311402243, movido pelo contribuinte ora autuado.

Em seu pronunciamento em sessão, a Procuradora Rosana Jezler Galvão aduziu que os documentos de fls. 832 a 854 não obstam o prosseguimento regular do julgamento em fase administrativa.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações imputadas.

Preliminarmente ressalto que os documentos de fls. 832 a 854, relativos a Processo de Recuperação Judicial nº 201311402243, movido pelo contribuinte autuado, não interferem no julgamento administrativo do presente PAF.

Também preliminarmente constato que estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB. Porém ressalto, quanto ao instituto da antecipação parcial, que o Supremo Tribunal Federal – STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN nº 3426, negou a anulação do artigo 12-A da Lei Estadual nº 7.014/96, que criou a antecipação parcial do imposto para empresas que adquirirem mercadorias para comercialização em outro Estado, independentemente do regime de apuração adotado pela empresa.

No quanto pertinente às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade das multas aplicadas, sob o argumento de que teriam efeito confiscatório, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do já mencionado artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, além do que as multas aplicadas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Assinalo, por oportuno, que o pedido para redução de multas por descumprimento da obrigação principal pode ser dirigido à Câmara Superior deste CONSEF, nos termos do §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, c/c o artigo 159 do RPAF/99, inexistindo previsão normativa para sua apreciação nesta instância de julgamento administrativo fiscal, motivo pelo qual não o analiso.

Também preliminarmente, observo que o contribuinte, descumprindo o quanto previsto no artigo 145 do RPAF/99, ao pedir a realização de perícia não formula quesitos a serem respondidos. Assinalo, ainda, que a realização da mencionada perícia é desnecessária em razão de que os documentos constantes nestes autos são suficientes para a formação de meu convencimento, considerando, inclusive, que a apuração dos valores lançados de ofício deu-se a partir dos dados da documentação exibida ao Fisco pelo sujeito passivo. Pedido de perícia indeferido nos termos dos artigos 145, parágrafo único, e 147, inciso II, alínea “a”, ambos do RPAF/99.

Ainda preliminarmente, indefiro o pedido de realização de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

No mérito, não merece reparo a decisão objeto do recurso.

Tal como já dito no Parecer emitido pela PGE/Profis, e exposto no Relatório que antecede este voto, o contribuinte restringe-se a trazer, em sede de Recurso, o quanto já apreciado em primeira instância.

As alegações do autuado quanto a que teria apurado o imposto utilizando a alíquota de 4% prevista no artigo 504, IV, do RICMS/BA/97 então vigente, e que o Fisco teria agido calculando o imposto utilizando qualquer outra regra matriz, colide com a verdade dos dados documentados no processo, em especial nos demonstrativos fiscais, inclusive entregues ao autuado, tal como já dito na informação fiscal e no voto da decisão *a quo*, cujas cópias o contribuinte também recebeu. O Fisco apurou o imposto lançado de ofício utilizando a alíquota de 4%.

Ainda consoante também já dito na informação fiscal e no voto da decisão *a quo*, os documentos que o contribuinte colacionou aos autos quando de sua impugnação inicial não se prestam elidir qualquer das imputações. O Parecer da PGE/Profis, constante nos autos, também assim o confirma.

Portanto o contribuinte, ao ser intimado e ter ciência do teor da informação fiscal e do teor da decisão *a quo*, portanto tendo assim pleno conhecimento de que os documentos que houvera trazido já estavam identificados como inservíveis a fundamentar as suas alegações, embora se tenha insurgido contra a decisão de base, não só não se contrapôs apontando a incorreção de um dado sequer da análise de seus documentos, constante da informação fiscal prestada, como em grau de recurso voltou a reescrever o que já trouxera na impugnação originária, olvidando-se de mencionar a realizada análise de seus documentos, exposta também no voto da decisão de base.

Quanto à alegação de que o descumprimento de pagar tempestivamente o ICMS devido por antecipação parcial não teria causado prejuízo ao erário, observo que a legislação tributária segue o plano estatal para a organização social, tendo sido criado o instituto da antecipação parcial com o fim de proteger a economia estadual, com atos praticados dentro da constitucionalidade, tal como já decidido judicialmente. Portanto, o procedimento do contribuinte, ignorando o ditame previsto no artigo 12-A da Lei 7014/96, além de descumprir determinação legal, ataca frontalmente a política tributária estadual, que tem por fim último o bem estar social, para tanto se fazendo necessário que os impostos sejam pagos tal como legalmente previsto para que exista a repercussão social pretendida e, no caso, a proteção ao projeto de fomento da industrialização e do comércio interno do Estado, com a fixação de fornecedores dentro do território da Bahia. Portanto, o descumprimento da obrigação de pagar tempestivamente o imposto devido por antecipação parcial atinge o erário.

Ao cabo, analisando o teor do recurso Voluntário, que repete o quanto já dito na impugnação originária, sem que o contribuinte tenha acostado sequer um documento que comprove o

recolhimento do imposto lançado tal como previsto em Lei, verifica-se a adoção de estratégia processual protelatória, ainda que albergada pelas atuais disposições do RPAF/99.

Caso o contribuinte houvesse trazido, até o momento desta sessão de julgamento, documento hábil que comprovasse equívoco no lançamento de ofício, esta 3^a Câmara estaria apta a considerá-lo na análise da lide, tudo dentro do princípio da busca da verdade material.

Como não trouxe, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a 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 279919.0011/12-7, lavrado contra **DALL EMPREENDIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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, 19 de agosto de 2013

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

ROSANA JEZLER GALVÃO - REPR. DA PGE/PROFIS