

PROCESSO - A. I. Nº 269362.0402/12-0
RECORRENTE - PONSSE LATIN AMÉRICA INDÚSTRIA DE MÁQUINAS FLORESTAIS LTDA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0301-02/12
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 31.10.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 00416-13

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO ANTECIPADO DO IMPOSTO. MULTA. Comprovada a condição de comerciante atacadista, bem como não foi comprovada destinação diversa da comercialização das mercadorias alvo da exigência, cabendo observar que a autuação (multa) se ampara no fato de o imposto não ter sido recolhido por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. Dispositivos regulamentares vigentes. Caracterizada a infração. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não foi trazido aos autos qualquer elemento que elidisse a exigência. Infração caracterizada. b) SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Não foi trazido aos autos qualquer elemento que elidisse a exigência. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão de primeira instância que julgou Procedente o Auto de Infração, referente à exigência do imposto no valor R\$15.000,14, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.031,40 e de 100% sobre R\$12.968,74, previstas no art. 42, “f” e inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$307.381,18, prevista no inciso II, “d” do art. 42 do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05, em razão das seguintes supostas infrações:

Infração 01–Multa percentual sobre o imposto ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita física, com saída posterior tributada normalmente. O ICMS com valor de R\$ 307.381,18. Multa de 60%;

Infração 02 – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. O ICMS com valor de R\$ 2.031,40. Multa de 60%;

Infração 03 – falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de

mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. O ICMS com valor de R\$ 3.396,82. Multa de 100%;

Infração 04 – falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo do estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis. O ICMS com valor de R\$ 9.571,92. Multa de 100%.

A JJF julgou o auto procedente em razão do seguinte:

Consta do presente lançamento de ofício a imputação ao sujeito passivo de 04 infrações, já devidamente relatadas, em relação às quais o contribuinte não se conforma e apresenta defesa administrativa.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Cabe observar que o período fiscalizado foi de 30/07/2010 a 31/12/2011, com base nos dispositivos constantes do RICMS, Decreto 6.284/97. O aludido Regulamento do ICMS do Estado do Bahia, aprovado pelo Decreto 6.284/97, vigorou até 31/03/2012. O novo RICMS/BA, só passou a vigorar a partir de 01/04/12. Assim, fundamentou corretamente o autuante as exigências com base no RICMS/BA, Dec. 6.284/97.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de revisão (diligência ou perícia), pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas.

Quanto à análise do mérito da infração 01, realmente toda a argumentação do sujeito passivo, em sua peça defensiva, parte do pressuposto de que foi exigida, nessa infração, a antecipação integral, através do regime de substituição tributária, o que efetivamente não reproduz a exigência em lume, pois foi imputada ao autuado: Multa porcentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saída posterior tributada normalmente.

Diante do exposto, resta comprovada a condição de comerciante atacadista, bem como não foi comprovada destinação diversa da comercialização das mercadorias alvo da exigência, cabendo observar que a autuação (multa) se ampara no fato de o imposto não ter sido recolhido por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, conforme inciso II, alínea “d” da Lei 7014/96, contudo, com saída posterior tributada normalmente.

Caracterizada a infração 01.

No que alude à infração 02, foi imputado ao sujeito passivo à falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. A defesa do sujeito passivo se baseia na falta de validade do RICMS/BA, matéria já enfrentada, quando da análise das nulidades, ou seja, a legislação aplicada estava em vigor à época dos fatos geradores.

Diante do exposto, cabe a caracterização da infração 02.

Quanto à arguição defensiva relativa às infrações 03 e 04, não cabe acolhimento, na medida em que não trouxe qualquer elemento aos autos que contestasse os valores e quantidades apuradas, bem como o estorno citado pelo contribuinte no mês de Dezembro de 2011, conforme afirma o autuante, não é possível saber a que mercadorias esse estorno se refere, não existindo documento ou levantamento, trazidos aos autos, que possibilite a afirmação de que os pagamentos como sendo das mercadorias elencadas no levantamento quantitativo, considerando, inclusive, conforme lembra o autuante, que menos de 10 % das mercadorias comercializadas pelo contribuinte foram abarcadas pelo citado levantamento.

Diante do exposto, ficam mantidas as infrações 03, e 04.

Saliento, ademais, em relação às infrações 02, 03 e 04, que o art. 142, do RPAF/99, dispõe que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”

Quanto à alegação das multas serem excessivas, foram imputadas conforme a Lei 7014/96, válida e eficaz, em consonância com a gravidade de cada infração cometida.

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

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 222/232, reiterando os mesmos argumentos aduzidos em sede de impugnação, quais sejam:

Preliminarmente: Suscita a nulidade do Auto de Infração por estar fundado em dispositivos do antigo regulamento do ICMS já revogado, o que dificulta a análise dos fatos e prejudica o direito de defesa, concluindo que deveriam ser apontados os dispositivos legais vigentes.

Infração 01: Afirma não serem suas mercadorias objeto da substituição tributária, argumentando que, por se tratar de estabelecimento atacadista, estaria inserido na hipótese do art. 355, inciso I do RICMS, o que justificaria a falta de pagamento da antecipação parcial.

Infração 02: Reitera a arguição preliminar.

Infrações 03 e 04: Afirma que as diferenças apuradas em estoque foram objeto de auditoria interna, anterior ao Auto de Infração, que teria apurado diferenças objeto de estorno parcial de ICMS no valor de R\$ 21.165,10 e culminando inclusive com a demissão do funcionário responsável pelo controle de estoque.

Instada a se manifestar, a PGE/PROFIS emitiu o Parecer de fls. 252/255, da lavra da Procuradora Dra. Maria José Coelho Sento-Sé, que opinou pelo Não Provimento do Recurso, aduzindo que não foram apresentados pelo recorrente qualquer argumento ou fato capaz de elidir a autuação e ressaltando a incompetência deste e. Conselho de Fazenda para apreciar questões de inconstitucionalidade.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir imposto e multa decorrentes de supostas 04 infrações à legislação do ICMS, anteriormente relatadas.

Quanto à preliminar de nulidade do Auto de Infração por estar embasado em dispositivos regulamentares revogados, não há como acolhê-la.

A autuação ora em análise remete-se ao período de 30/07/2010 a 31/12/2011, quando ainda estava vigente o Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, que vigorou até 01/04/12. Sendo assim, a legislação aplicável aos fatos em lide deve ser obrigatoriamente aquela vigente à época de sua ocorrência. Tal regra é uma das mais elementares do direito, corolário do princípio da temporalidade e da segurança jurídica, insculpido no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal.

Em verdade, a aplicação de normas supervenientes a fatos pretéritos representaria uma violação ao direito do próprio contribuinte. Tanto que, em matéria tributária, dentre os limites do poder de tributar destaca-se o princípio constitucional da irretroatividade, insculpido no art. 150, III, alínea “a”, da Constituição Federal.

É importante ressaltar que o direito tributário admite a retroatividade das normas nas hipóteses do art. 106 do CTN. Entretanto, nenhuma das referidas hipóteses se aplica ao caso ora em análise. Até porque, registre-se, as imputações constantes no Auto de Infração não decorrem exatamente do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, mas sobretudo da Lei Estadual nº 7.014/96, que não sofreu qualquer alteração capaz de justificar a insurgência do recorrente.

Por tais razões, voto pelo não acolhimento da preliminar suscitada.

Tocante ao mérito da infração 1, comungo do mesmo entendimento esposado pela JJF. Conforme esclarecido na Decisão de piso, o recorrente não se enquadra na hipótese do art. 355, inciso I, do RICMS/97, mas sim naquela prevista no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime

de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

O recorrente sustentou, ao longo de presente PAF, que suas mercadorias estão sujeitas ao regime de substituição e, por isso, não deveria pagar a antecipação parcial do imposto. Entretanto, não se está exigindo o pagamento do imposto por substituição, mas apenas a antecipação parcial do ICMS devido pelo próprio recorrente, por força do dispositivo acima citado. Dessa forma, o contribuinte está obrigado a antecipar o pagamento do ICMS devido por ele mesmo nas operações subsequentes com a mercadoria adquirida por transferência de sua matriz localizada em outro estado, hipótese que não se confunde com substituição tributária.

Cumpra esclarecer que o Auto de Infração ora em análise exige apenas o ICMS devido nas operações de saída do próprio contribuinte, cujo pagamento deveria ter sido efetuado de forma antecipada, ou seja, no momento da saída da mercadoria do estabelecimento remetente. Em verdade, o recorrente não deixou de recolher o imposto referente à tais operações, porém efetuou o pagamento de forma “normal”, ou seja, após a saída das referidas mercadorias, contrariando a regra prevista no dispositivo acima citado, que estabelece a antecipação do critério temporal da obrigação tributária.

Observo, ademais, que a mencionada infração 1 imputa apenas a incidência de multa pelo descumprimento da obrigação tributária, inexistindo a cobrança de qualquer valor a título de tributo propriamente dito, já que o fisco reconhece o fato de que o recorrente efetivamente pagou o imposto devido, porém fora do prazo legalmente previsto; trata-se, em verdade, de uma espécie de mora moratória, capitulada em 60% do valor do imposto, conforme determina o inciso II, “d” do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Portanto, a multa em questão decorre do descumprimento de uma obrigação tributária principal, pois a antecipação parcial não se confunde com um mero dever instrumental, já que representa a obrigação nuclear de pagar o ICMS devido nas operações próprias do contribuinte autuado. Bem por isso, esta E. Câmara de Julgamento não possui competência para reduzir a penalidade aplicada, já que o § 7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96 limita as hipóteses de redução apenas aos casos de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Entretanto, registro minha inteira discordância com relação ao percentual da penalidade aplicada, pois entendo ser nitidamente desproporcional à infração cometida, que de tão simples, sequer gerou prejuízo ao erário, com exceção dos encargos moratórios (juros e correção) incidentes pelo curto período entre a data do vencimento até o efetivo pagamento do imposto. Tal desproporção representa, no meu entender, ofensa ao princípio constitucional da vedação ao confisco, que tem sido aplicado também às multas tributárias, conforme pacífico entendimento do Supremo Tribunal Federal; nesse diapasão, relembro que o próprio STF possui ampla jurisprudência no sentido de reduzir penalidades tributárias, tendo recentemente considerado confiscatória a multa moratória de 20% aplicada pelo Estado do Rio Grande do Sul, conforme aresto abaixo transcrito:

EMENTA DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. INSURGÊNCIA VEICULADA CONTRA A APLICAÇÃO DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL (ARTS. 328 DO RISTF E 543-B DO CPC). PUBLICAÇÃO ACÓRDÃO RECORRIDO EM 5.8.2010. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que incabíveis embargos de declaração opostos em face de Decisão monocrática. Recebimento como agravo regimental com fundamento no princípio da fungibilidade. O Plenário do Supremo Tribunal Federal proclamou a repercussão geral das questões relativas ao emprego da taxa SELIC para fins tributários e à avaliação da natureza confiscatória de multa moratória fixada em 20% (RE 582.461 RG), bem como o caráter infraconstitucional da controvérsia acerca da observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa nos casos de indeferimento de pedido de produção de provas em processo judicial (ARE 639.228 RG). Considerando já ter sido julgado o mérito do RE 582.461, cabe ao Tribunal de origem aplicar a orientação desta Corte, nos termos do art. 543-B, § 3º, do CPC. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (ARE 668919 ED / RS - RIO GRANDE DO SUL EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 18/12/2012, Órgão Julgador: Primeira Turma)

Assim, voto pela procedência da Infração 1, eis que configurada a irregularidade, e mantenho a penalidade legalmente prevista já que esta E. Câmara de Julgamento não possui competência para apreciar questões constitucionais, tampouco para reduzir multas por descumprimento de obrigação principal, porém registro minha insurgência com relação ao percentual da multa aplicada, que fere nitidamente o princípio da vedação ao confisco.

Tocante a infração 2, o recorrente não apresentou qualquer insurgência de mérito, restringindo-se a reiterar as dificuldades em analisar os referidos fatos por conta da aplicação do regulamento revogado. Observo que, nesse caso, a imputação consiste na ausência de pagamento da diferença de alíquota sobre mercadorias adquiridas para uso e consumo, nos termos do art. 1º, §2º, inciso IV do RICMS/97. Assim, tratando-se matéria estritamente fática e não tendo o recorrente apresentado qualquer elemento de prova que infirme a imputação, voto pela procedência da infração 2.

Quanto às infrações 3 e 4, tratam-se também de questões de ordem fáticas, não tendo o recorrente apresentado qualquer elemento capaz de justificar as diferenças de estoque apuradas pela fiscalização. Demais disso, a simples alegação de que os erros teriam sido identificados em auditoria interna e que tais diferenças teriam objeto de estorno não são suficientes para comprovar o ocorrido. Assim, voto pela procedência das infrações 03 e 04.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida, homologando a Decisão de primeira instância; fica, assim, PROCEDENTE o Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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 **269362.0402/12-0**, lavrado contra **PONSSE LATIN AMÉRICA INDÚSTRIA DE MÁQUINAS FLORESTAIS LTDA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$15.000,14**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.031,40 e 100% sobre R\$12.968,74, previstas no art. 42, incisos II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa pecuniária por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$307.381,18**, prevista no inciso II, “d”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

LEONARDO BARUCH MIRANDA DE SOUZA – RELATOR

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