

A. I. Nº - 146552.0001/13-9
AUTUADO - MULTIBEL UTILIDADES E ELTRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - PEDRO GOMES CARNEIRO
ORIGEM - IFEP - SUL
INTERNET - 27/09/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0225-03/13

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Falta de recolhimento do imposto referente a operações escrituradas no livro próprio. Comprovado nos autos que o recolhimento do imposto foi realizado após o início da ação fiscal. Infração subsistente. Rejeitada arguição preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 12/04/2013, exige crédito tributário no valor de R\$89.748,81, acrescido da multa de 60%, em razão da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Consta que “ICMS-ST declarado e não recolhido apurado no mês de fevereiro/2013, no valor de R\$89.748,81, conforme DMA e demonstrativo anexo.

O autuado apresenta defesa, fls. 16 a 31, alinhando as seguintes ponderações.

Como preliminar de nulidade sustenta que o Auto de Infração deixou de preencher os requisitos essenciais elencados no art. 39, incisos V, “a”, “b” e “c” e inciso VII, cujo teor transcreve.

Diz que o Auto de Infração não apontou o dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação, citando apenas de forma genérica o artigo de lei supostamente infringido.

Ressalta que não consta no auto de infração enumeração das situações de redução da multa, caso o contribuinte, escolhesse pelo recolhimento do tributo, antes do prazo para apresentação de defesa.

Destaca que o Auto de Infração encontra-se eivado de vício insanável, haja vista a violação a norma precisa e articulada no epígrafado decreto, assim há evidente infração a princípios fundamentais constitucionais da ampla defesa e contraditório, publicidade, isonomia, dentre outros.

Frisa ser obrigação inexorável, a indicação no Auto de Infração das situações, em que à multa aplicada poderá ser reduzida, vez que o contribuinte necessita ter conhecimento prévio das reduções pertinentes. Observa que o Auto de infração limita-se apenas a dizer: “O Débito acima está sujeito a correção monetária, acréscimo moratório e/ou redução da multa de acordo com a legislação vigente e em função da data da quitação do débito.”

Esclarece que a intenção da legislação insculpida no art. 39, inciso VII, do RPAF-BA/99 é límpida em determinar a especificação e demonstração das reduções da multa aplicada no auto de infração.

Pondera que o Auto de Infração informou que há possibilidade de redução da multa, porém não delimitou qual ou quais às reduções, tampouco estabeleceu que lei acobertava a presumível redução.

Assevera que diante dos fatos acima alocados, torna-se primordial a declaração de nulidade do auto de infração e conseqüente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais.

Observa que se o lançamento for praticado com infringência a qualquer dos pré-requisitos constantes no art.142 do CTN, ou mesmo se houver mera falha formal em sua constituição, por erro e/ ou de um dos seus elementos essenciais enunciados no art. 142 do CTN, a situação jurídica permanece inalterada e o lançamento é considerado não efetuado, por se tratar de ato nulo, ineficiente para dar o resultado de constituir o crédito tributário.

Registra que no presente Auto de Infração há a exigência de tributo já devidamente recolhido, aplicação de multa fiscal, com efeito, manifestamente confiscatório.

Frisa que a atividade administrativa de lançamento está plenamente vinculada às previsões legais e trata-se de verdadeiro preceito constitucional é atributo necessário do ato administrativo - Princípio da Legalidade.

Registra que lhe fora imputado o não recolhimento do ICMS por antecipação de mercadorias adquiridas em outras unidades da federação, referente ao mês de Fevereiro de 2013, contudo, houve recolhimento do tributo, no dia 25/04/2013. Diz que tal ocorrência preliminar é prejudicial à validade e eficácia da peça básica do processo fiscal instaurado, posto que a imputação fiscal é inexistente, já que, houve o recolhimento do tributo.

Sustenta que o Auto de Infração viola o art. 39, além do art. 41, ambos do RPAF-BA/99, bem como e ao art. 142 do CTN.

Cita jurisprudência para corroborar sua pretensão, “PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL - Nulidade do Auto de Infração. A imperfeita descrição dos fatos, aliados a falta de menção dos dispositivos legais infringidos, quando acarreta perceptível prejuízo ao direito de defesa ao contribuinte, enseja a nulidade do auto de infração”.(Ac. n.º 101-79.775/90-Revista de Estudos Tributário 2º Semestre de 1999).

Ao tratar do mérito da autuação afirma ser contribuinte de conduta ilibada, sendo que, apura seus tributos na modalidade lucro real. Acrescenta destacando ser notório que a legislação tributária impõe diversas obrigações tributárias principais e acessórias, com implicação em interpretações divergentes.

Afirma que o Auto de Infração abrangeu o período compreendido entre 01/01/2013 a 31/03/2013, sendo que, foi imposta uma infração, onde supostamente não havia sido recolhido ICMS por antecipação do mês de Fevereiro de 2013, no valor de R\$89.748,81.

Frisa que quitou o referido tributo no dia 25/04/2013, ou seja, apenas com um mês de atraso, eis que o vencimento do referido tributo foi o dia 25/03/2013. Todavia, sobre o valor historio foi acrescido mora e juros, conforme comprovante em anexo.

Diz que o procedimento adotado pela fiscalização é exacerbado, haja vista que não há que se falar em má-fé, dolo, omissão de pagamento e não houve qualquer prejuízo para o erário. Acrescenta que o autuante intenta aplicar a legislação de forma implacável, sem se atentar para os princípios norteadores do direito tributário.

Esclarece que o principal efeito do instituto da denúncia espontânea é a dispensa da multa de mora, quando o contribuinte realiza o pagamento de um tributo após o prazo do seu vencimento, mas antes do início de qualquer procedimento de fiscalização. Acrescenta que esse marco delimitador para que o contribuinte possa realizar o pagamento sem a incidência da multa de mora está definido no parágrafo único do mesmo art.138, do RPAF-BA/99 que transcreve: “Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração”.

Assegura que qualquer medida que o contribuinte adote para regularização de seus débitos, antes da lavratura do auto de infração, mesmo que após o início do procedimento de fiscalização, realmente, não será espontânea, mas, a única e possível consequência é a submissão daquele débito aos acréscimos da multa e dos juros de mora.

Destaca que no presente caso, resta comprovado o recolhimento do tributo, mas com um pequeno atraso, ao invés de se fazer a imputação de pagamento, retirando-se parte do principal e atribuindo os valores a título de acréscimos legais, o que evidenciaria apenas um pequeno remanescente do valor principal, a sanha arrecadadora do órgão fiscalizador Estadual, lavrou o Auto de Infração com se não tivesse recolhido o tributo, bem como aplicou multa de ofício de 60% sobre o valor do tributo já recolhido.

Assevera que multa além de desarrazoada, desproporcional e confiscatória é baseada em base de cálculo inexistente, haja vista que houve o recolhimento do tributo. Prossegue frisando que o princípio da proporcionalidade, ao lado do axioma da razoabilidade, são eficazes instrumentos para o controle de todo e qualquer ato que emane do Estado, sobretudo no ataque judicial das sanções político-tributárias tão rechaçadas pela jurisprudência dos Tribunais.

Sustenta que a constituição Federal no artigo 150, IV, veda a utilização de tributo que tenha efeito confiscatório e que o art. 5º, inciso LIV dispõe que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal.

Destaca que se a própria multa inviabiliza o pagamento da obrigação principal pelo contribuinte, ou porque o leve a um estado próximo da insolvência ou de penúria, ou porque seja de difícil satisfação, quando antes devam ser satisfeitas obrigações inerentes à sua subsistência, à subsistência de sua família, ou à subsistência de seus empregados, tudo isso estará a apontar para tal multa um efeito expropriatório, confiscatório.

Firma que não faz sentido, também, aplicar multa de lançamento de ofício no percentual máximo, nos casos em que a atuação do contribuinte se enquadre juridicamente em outra classe menos severa de punição. Pondera que a própria multa de lançamento de ofício seria descabida, por ter havido anterior declaração ou comunicação ao Fisco, apontando débito formalmente apurado no período, que haja deixado de recolher aos cofres públicos. Diz entender que a única multa aí aplicável seria a multa de mora.

Afirma que foi fiscalizada logo após o vencimento do tributo, assim recolheu o ICMS das mercadorias adquiridas em outros Estados da federação, no mês subsequente ao do seu vencimento, porém com todos os acréscimos legais. Observa que o autuante desconsiderou todos esses fatos e lavrou o combatido auto de infração, sem observar que houve o recolhimento do tributo e aplicando a multa de ofício.

Sustenta que o princípio da boa-fé objetiva trata-se de figura jurídica de real importância que, vem sendo aplicada nos processos administrativos fiscais. Acrescenta que os artigos 113, 187 e 442 trazidos pela reforma do Código Civil consagraram expressamente o princípio da boa-fé.

Diz que de acordo com o sentido extensivo conferido pelas cláusulas gerais, a Lei nº 9.784/1999, lei esta que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, nas dimensões de seus artigos 2º, parágrafo único, IV e art. 4º, II, previu expressamente o princípio da boa-fé, que transcreve.

Afirma que no caso em julgamento é imperioso reconhecer que a agiu com boa-fé, eis que não há qualquer fraude, dolo ou simulação.

Diz verificar que no caso posto, a regra esculpida nos artigos 158 e 159 do RPAF-BA/99, destarte, à multa aplicada devem ser extinta.

Esclarece que o processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração da ocorrência do fator gerador e a constituição do crédito tributário, por isso, destaca que o julgador, deve pesquisar se, de fato, ocorreu à hipótese abstratamente prevista na norma e, em caso de impugnação do contribuinte, verificar aquilo que é realmente verdade, independente do alegado e provado.

Ressalta que o administrador é obrigado a buscar não só a verdade posta no processo como também a verdade de todas as formas possíveis, uma vez que a própria administração produz provas a favor do contribuinte, não podendo ficar restrito somente ao que consta no processo.

Pondera que no processo administrativo, há uma maior liberdade na busca das provas necessárias a formação da convicção do julgador sobre os fatos alegados no processo. Frisa que essa maior liberdade no processo administrativo decorre do próprio fim visado como controle administrativo da legalidade, uma vez que, não havendo interesse subjetivo da Administração na solução do litígio, é possível o cancelamento do lançamento baseado e, evidências trazidas aos autos após a inicial.

Reproduz fragmento dos ensinamentos de Odete Medauar: “o princípio da verdade material ou verdade real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos”.

Requer que seja reconhecida a preliminar suscitada para anular o Auto de Infração.

Requer, também a produção de todo meio de prova admitido no RPAF-BA/99, em especial a pericial, testemunhal e interrogatório pessoal, bem como, a juntada dos documentos, intimação do autuante para apresentar informações no prazo legal e informar que foi realizado o pagamento do tributo, antes da autuação fiscal.

O autuante apresenta informação fiscal, fl. 52, sustentando que não assiste a autuada fundamentos legais para que prospere o seu arrazoado, notadamente quanto ao pedido de nulidade do auto de infração, pelas razões a seguir enunciadas.

Informa que o valor reclamado de R\$89.748,81 decorre da falta de pagamento tempestivo do ICMS devido por antecipação tributária, cuja sujeição encontra enquadrada a autuada, na qualidade de contribuinte por substituição.

Esclarece que o prazo para pagamento do tributo devido por antecipação, decorrente de aquisições de mercadorias em um determinado mês, provenientes de outras unidades da federação, segundo o regulamento, é sempre o dia 25 do mês subsequente.

Destaca que a incidência tributária ocorreu sobre as mercadorias adquiridas no mês de fevereiro de 2013, conforme demonstrativo de fls. 06.

Observa que no dia 03/04/13, às 12:15h, a autuada fora intimada formalmente para apresentar o Documento de Arrecadação Estadual - DAE do ICMS/Substituição Tributária dos meses de janeiro - fevereiro e março/2013.

Isto posto, depreende-se às fls. 41 e 42 que o imposto no valor de R\$89.748,81, com vencimento em 23/03/2013, teve o seu pagamento efetuado em 04/04/2013, por conseguinte, fora do prazo legal de 25/02/2013, restando devida a multa capitulada no demonstrativo de débito, fls. 03, com a competente homologação do valor principal consignado no presente PAF. Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado procedente, com homologação do principal recolhido.

VOTO

Inicialmente, saliento que não há nos autos qualquer indício de cerceamento do direito de defesa e do contraditório, nem ofensa ao princípio do devido processo legal, uma vez que o procedimento fiscal não violou as disposições legais pertinentes. A infração afigura-se descrita de forma clara e precisa, identificando com segurança, a infração e o infrator, precipuamente por sua natureza simples, ou seja, a falta de recolhimento do valor do imposto apurado e escriturado pelo próprio autuado em seu LRAICMS e não recolhido no prazo regulamentar.

Também não deve prosperar a pretensão do sujeito passivo ao suscitar nulidade quando aduz que não fora informada no Auto de Infração a especificação e demonstração da redução da multa sugerida. Em que pese a previsão dessa indicação no inciso VII do RPAF-BA/99, no presente caso, não vislumbro também qualquer dificuldade para o exercício da ampla defesa pelo impugnante, e por consequência, essa lacuna em nada inquina de nulidade a autuação, haja vista que no momento da ciência do Auto de Infração, nenhuma das situações para redução da multa legalmente estatuídas alcança o impugnante, como se depreende do teor do art. 45-B da Lei 7.014/96, *in verbis*:

Art. 45-B. O valor da multa referente à infração de que trata o inciso I do art. 42 desta Lei, será reduzido em:
I - 90% (noventa por cento) se o pagamento do valor do imposto declarado for efetuado até o último dia útil do mês do vencimento;
II - 35% (trinta e cinco por cento), se for pago antes da inscrição em dívida ativa;
III - 25% (vinte e cinco por cento), se for pago antes do ajuizamento da ação de execução do crédito tributário.

Desse modo, constato restar patente na própria impugnação ao lançamento, a nítida demonstração do pleno conhecimento pelo sujeito passivo dos fatos arrolados nas acusações fiscais que originaram a lavratura do presente Auto de Infração, possibilitando o exercício de ampla defesa. Assim, entendo ultrapassadas todas as questões atinentes à nulidade da autuação suscitadas pelo defendente.

O Auto de Infração cuida do ICMS-ST declarado e não recolhido, procedimento expressamente reconhecido pelo próprio impugnante em sede de defesa, ao afirmar que recolhera o imposto no mês subsequente ao do vencimento.

A imputação de imposto lançado e não recolhido é simples e objetiva, e para o contribuinte defender-se o meio é também simples e objetivo, basta juntar o comprovante do pagamento, se foi pago. Inexiste discussão em situação dessa natureza.

Logo, inexiste dúvida alguma em relação ao cometimento da infração.

Consoante consta à fl. 04 o autuado foi intimado para apresentação dos Documentos de Arrecadação em 03/04/2013, e no dia seguinte efetuou o recolhimento da antecipação relativo ao mês de fevereiro de 2013, portanto, intempestivamente e após o início da ação fiscal.

Resta indubitado nos autos que o impugnante não recolhera o ICMS ST na data prevista infringindo a na alínea “d” do inciso II da Lei 7.014/96, *in verbi*:

*“II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente :
[...]*

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;”

Depois de examinar o demonstrativo de débito elaborado pelo autuante, fls. 06 e 07, e constatar através das cópias dos DAEs, colacionadas aos autos, fls. 41 e 42, concluo pela subsistência do Auto de Infração.

No que diz respeito ao caráter confiscatório da multa indicada no Auto de Infração, alegado na defesa e veementemente refutada a sua aplicação pelo impugnante, ressalto que a multa de 60% afigura-se devidamente tipificada em face da infração comentada e é expressamente prevista na alínea “d” do inciso II da Lei 7.014/96. Quanto ao caráter confiscatório e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Quanto ao pedido do autuado para que todas as intimações sejam postadas, em nome do advogado Fernando Vaz Costa Neto, OAB/BA 25.027, com escritório na Av. Antônio Carlos Magalhães, nº 2671, Ed. Bahia Center, sala 902, Loteamento Cidadella, Pituba, Salvador, Bahia. CEP 40280-000, ressalto nada obstar que seu pleito seja atendido e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço requerido. Saliento, no entanto, que o não

atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, homologando-se o valor recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **146552.0001/13-9**, lavrado contra **MULTIBEL UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$89.748,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art.42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, homologando-se o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de setembro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR