

A. I. Nº - 203459.0107/12-2
AUTUADO - WZY COMERCIO DE UTILIDADES PARA O LAR LTDA
AUTUANTES - RICARDO FRANCA PESSOA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 26.12.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº-0298-04/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Restou comprovado que a empresa lançou crédito fiscal por antecipação tributária, porém não se constatou o devido recolhimento do imposto à Fazenda Pública do Estado. Infração caracterizada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. APURAÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS. A presunção de omissão de saídas de mercadorias foi constatada com base em omissão de entradas. A lei autoriza a presunção de que o pagamento dessas entradas foi feito com recursos decorrentes de operações (vendas, saídas de mercadorias) anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/12/2012, constitui crédito tributário no valor de R\$18.985,95, conforme demonstrativos acostados às fls. 5 a 44 dos autos, com documentos anexos, em razão da constatação de duas irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 01 – Utilizou indevidamente como crédito fiscal o valor referente ao ICMS recolhido a título de antecipação tributária. Lançado ICMS no valor de 14.348,57, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 02 – Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Lançado ICMS no valor de R\$ 4.637,38, mais multa de 70%.

O sujeito passivo, às fls. 49/59 dos autos, apresenta defesa administrativa, na qual impugna integralmente o Auto de Infração em tela, onde, no que tange a Infração 01, aduz que todos os créditos fiscais idôneos de ICMS são utilizados com base na legislação tributária, qual seja o RICMS, aprovado pelo Decreto 6.284/97; quanto a Infração 02, diz que não merece prosperar a sua fundamentação, uma vez que a suposta falta de recolhimento do ICMS, tão somente, baseada na mera presunção realizada pela autoridade fiscalizadora, não corresponde com a realidade dos fatos, razão pela qual buscará demonstrar, conforme a seguir passo a expor:

Antes de adentrar efetivamente no mérito da autuação, diz que, ao proceder à lavratura do auto de infração, o fiscal autuante aplicou todo o rigor e frieza da lei, sem considerar que a lei deve ser interpretada de forma a não causar desnecessário agravo ao contribuinte. Observa, também, que a legislação tributária determina que, ao se efetuar autuação fiscal, devem-se analisar todos os documentos do estabelecimento a ser autuado, para que se chegue a uma conclusão concreta, sem dúvidas ou obscuridades, o que diz não ter ocorrido no caso em análise.

Destaca, ainda, que aparentemente houve um equívoco por parte do fiscal autuante, já que a empresa contribuinte atuou de maneira correta, não existindo motivo para ser cobrado o referido imposto, muito menos acrescido de multa exorbitante de 60% e 70%.

Adentrando no cerne da autuação diz que no Direito Tributário, as presunções só devem ser aplicadas quando não houver outra forma de apurar o imposto supostamente devido, uma vez que a presunção pode afetar a legalidade da obrigação principal, de maneira que, a presunção está no campo da possibilidade, e não da certeza.

Diz o sujeito passivo que a autoridade autuante simplesmente baseou-se em meras presunções para apontar suposto crédito tributário, quando afirma ter apurado, por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao supostamente fornecido pela instituição financeira.

Destaca que, no auto em tela, a preposta fiscal em diversas ocasiões faz menção à presunção. Como a presunção da Fazenda Pública é meramente relativa, diz juntar elementos probantes capazes de elidir o argumento fazendário, que no caso em tela busca o único fim arrecadatário, sem sequer analisar de fato toda a vida contábil e fiscal da empresa.

Assim, requer que seja realizada diligência contábil/fiscal, através da Douta ASTEC, a fim de demonstrar a inexistência de débito, corroborando a todos os argumentos aqui esposados.

Traz a tona o aspecto da proibição da não utilização do tributo com efeito confiscatório. No presente caso, entretanto, diz que, tal verdade não foi observada pela ação fiscalizadora, que se utilizou da multa com efeito confiscatório. Isso porque, a autoridade fazendária aplicou a multa de 70% e 100% sobre o valor do suposto tributo devido, o que caracteriza inequivocamente o efeito confiscatório.

Apresenta posicionamentos da corte Superior sobre caso semelhante, da lavra do Relator Ministro Ilmar Galvão, que resumidamente o descreve. Também destaca algumas doutrinas sobre a temática embasados nos ensinamentos de Sacha Calmon Navarro Coelho, bem assim de Bernardo Ribeiro de Moraes, em que descreve alguns trechos. Destaca ainda algumas jurisprudências pátria em relação às multas confiscatórias.

Diz então, que o nosso ordenamento jurídico não suporta a aplicação de multas como a utilizada no caso em tela, restando claro que, ao aplicar tal multa confiscatória, estará o Fisco Estadual rompendo com os princípios norteadores do Direito Tributário e da Administração Pública.

Desta forma requer se digne a julgar totalmente procedente a presente defesa e, conseqüentemente, julgue o presente auto de infração de ICMS totalmente improcedente, tudo consoante os argumentos colocados nesta peça de defesa, por ser mister de Justiça.

Pede ainda, que, na hipótese de ser julgado procedente o presente Auto, que os Nobres Julgadores se dignem de reduzir a multa com efeito confiscatório aplicada, reduzindo-a para 30%, conforme vem sendo aplicado pelos Tribunais Superiores.

Protesta e requer ainda, pela produção de todos os meios de provas no direito admitidas, e em especial, requer a juntada posterior de toda a documentação apta a provar eficazmente o quanto aduzido, de modo a demonstrar o equívoco da autoridade autuante. Requer também, a realização de diligência contábil/fiscal, através da Douta ASTEC – Assessoria Técnica do CONSEF, tudo na melhor forma do Direito e da Justiça.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 75/76 dos autos, salienta que o Auto de Infração em referência é oriundo de ação fiscal contábil relativa aos exercícios de 2008, e 2009 tendo sido detectada falta de recolhimento de ICMS, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado, e utilização indevida de créditos fiscais relativos à antecipação tributária cujos valores não foram recolhidos pelo contribuinte.

Diz que o contribuinte ingressa com defesa meramente protelatória, pois apresenta argumentação vazia, prolixa sem conteúdo que guarde relação material com os fatos autuados, e outras relativa à questões de forma e de legalidade sem apresentar qualquer documento para respaldar do que trata, e capaz de elidir o quanto autuado. Assim sendo, mantém na integridade a autuação.

Em sessão suplementar do dia 21/05/2013, a 4ª JJF decidiu converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante (fls. 74/75) para que sejam adotadas as providências que a seguir destaco:

- a) em relação a Infração 01, elaborar demonstrativo, relacionando com o quadro que descreve o montante de Créditos Indevidos acostado aos autos à fl.5, em que permita ao autuado saber efetivamente quais Notas Fiscais ele efetivamente utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS recolhido a título de antecipação tributária, conforme se apresenta o texto descrito na infração, bem como o porquê da utilização indevida.
- b) em relação a Infração 02, reimprimir e acostar aos autos todos os relatórios extraídos do Sistema SAFA, relativo ao Levantamento Quantitativo de Estoque, que embasaram os lançamentos da infração nos exercícios de 2008 e 2009, de forma ordenada e seqüencial, conforme os lançamentos da autuação, para que oportunize ao autuado defender-se com propriedade da imputação, quanto a omissão levantada, o preço médio aplicado e o imposto calculado.
- c) cientificar o autuado do resultado da informação fiscal, caso haja alteração de valor nos itens da autuação, conforme depreende os termos do §7º do art. 127 do RPAF/BA, observado o disposto no § 1º do art. 18 do mesmo diploma legal.

O Fiscal Autuante, em nova Informação Fiscal às fls. 78/80, com relação ao pedido de diligência acima destacado, diz que, em relação a Infração 01, a autuação ocorreu pelo fato do contribuinte ter lançado na sua escrita fiscal valores que diz serem oriundos de pagamento de ICMS relativos à antecipação tributária.

Destaca, então, que os documentos que dariam respaldo e direito a tais lançamentos seria DAE's pagos, e não Notas Fiscais, sendo, pois, à luz do seu entendimento, desnecessário um demonstrativo relacionando Notas Fiscais, pois estas não dariam direito à utilização dos créditos lançados.

Aduz que, em relação à Infração 01, o sujeito passivo lançou no livro Registro de Apuração valores que diz serem de pagamentos de antecipação tributária, e não comprova tais pagamentos. Por não comprovar referidos pagamentos, no momento da fiscalização, os créditos foram glosados.

Em relação à Infração 02, diz constar dos autos o extrato resumo de todas as infrações apuradas para o exercício de 2009 (fls. 06/08). Consta, também, às fls. 26/28, o extrato resumo de todas as infrações apuradas para o exercício de 2010. Diz que, esses mesmos relatórios, e todos os outros produzidos pelo SAFA, foram entregues ao autuado, cada um de forma individualizado para ele ordenar da forma mais fácil para seu entendimento.

Por sua vez, em sessão suplementar do dia 25/07/2013, a 4ª JJF decidiu converter o presente processo em nova diligência (fls. 84/85) ao Inspetor da INFAZ VAREJO, na forma da norma legal, para designar o Fiscal Autuante ou outro Fiscal estranho ao feito, em respeito aos princípios da legalidade objetiva, verdade material e ampla defesa, intrínsecos ao processo administrativo fiscal, para exigência do crédito tributário, no sentido de que seja adotada a seguinte providência:

- a) Em relação à infração 01, juntar o demonstrativo que indique com efetividade a ocorrência da infração imputada, agora com os esclarecimentos trazidos na informação fiscal às fls. 78 a 80, inclusive com provas materiais, a exemplo de cópia do Livro de

Apuração do ICMS que conste a utilização do crédito fiscal como acusado, bem como a comprovação da falta de seu pagamento, como informado no demonstrativo de fl. 05.

O Fiscal Autuante, produz nova Informação Fiscal às fls. 88/80, na forma do despacho do Sr. Inspetor da INFAZ Varejo de fl. 87, com relação a Infração 01, dizendo que não há novo demonstrativo a ser feito, nem apresentação de comprovação de falta de pagamento, pois, como já dito na informação fiscal anterior, não existe.

Por outro lado, como pedido na diligência, acosta às fls. 90/97 cópia do livro de apuração do autuado, onde constam os lançamentos efetuados e acosta também à fl.98 uma relação dos DAE's pagos pelo contribuinte no exercício de 2008, extraído do sistema da SEFAZ, onde diz que se pode verificar, que não existem os pagamentos objetos da Infração 01.

O Órgão competente da Fazenda Pública Estadual deu ciência ao sujeito passivo na forma da legislação, conforme se pode observar dos documentos acostados aos autos às fls. 100/101, porém se manteve silente.

VOTO

O defendente, por meio do seu representante legal constituído, pede que seja determinada a realização de perícia por Fiscal estranho ao feito, a fim de que seja verificada a veracidade dos argumentos ora trazidos aos autos, em especial quanto à afirmação de que a autoridade fiscal baseou em meras presunções para apontar o crédito tributário por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao supostamente fornecido pela instituição financeira. Com fundamento no art. 147, inciso I, alínea "a" do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, entendo descabida o atendimento da solicitação de diligência demandada pelo sujeito passivo, por trazer argumento que não diz respeito ao objeto da autuação, sendo impraticável sua averiguação.

Em que pese à negativa ao atendimento do pleito do sujeito passivo de realização de diligência, tendo em vista a melhor formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, bem assim em respeito aos princípios da legalidade objetiva, verdade material e ampla defesa, intrínsecos ao processo administrativo fiscal, o presente PAF foi convertido em diligência nos dias 21/05/2013 (fl. 74/75) e 25/07/2013 (fls. 84/85) para serem adotadas algumas providências pelo autuante, que depois de atendidas fosse retornado para julgamento. É o que se sucedeu.

Trata-se o presente o presente PAF de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir ICMS no montante de R\$18.985,95, relativo a duas irregularidades, tendo o autuado impugnado as duas infrações de forma total. A infração 01 diz respeito à glosa de crédito lançado no LRAICMS relacionado a pagamento de ICMS por antecipação tributária, em que o sujeito passivo não comprova o pagamento. Por sua vez, a Infração 02, conforme descrito na inicial dos autos, diz respeito falta de recolhimento do ICMS, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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 realizadas anteriormente sem declarar, tudo isso apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado na forma dos demonstrativos acostados às fls. 6/44 dos autos.

Sobre a infração 01, que se relaciona à glosa de crédito lançado no LRAICMS relacionado a pagamento de ICMS por antecipação tributária, em que não comprova o seu pagamento, o autuante acosta aos autos cópias das páginas do LRAICMS onde indica os valores dos créditos lançados indevidamente (fls. 90, 82 e 94). Também apresenta um extrato de relação de DAE's pagos (fl. 98) pelo autuado em todo o ano de 2008, onde não se vê recolhimentos com "Código de Receita - 2.175 ICMS Antecipação Parcial" em volume e data de pagamento que indique relacionar-se a tais valores lançados. Ademais, foi dada ciência ao sujeito passivo pelas intimações na forma acostadas às fls. 100/101, o sujeito passivo mostrou-se silente.

Assim, comprovado de fato que a empresa lançou crédito fiscal por antecipação tributária no livro registro de apuração ICMS, e que não se constatou o recolhimento do referido imposto à Fazenda Pública do Estado, resta caracterizada a infração 01.

Quanto à infração 02, que se relaciona a levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria, desde a inicial da autuação, o autuante disponibilizou ao sujeito passivo, as relações das mercadorias que apontam as omissões de entradas ocorridas, objeto da autuação, tanto no exercício de 2008 (fls. 26/28), quanto no exercício de 2009 (fls. 6/8). Quando o contribuinte omite entradas, a lei autoriza a presunção de que o pagamento dessas entradas foi feito com recursos decorrentes de operações de vendas ou saídas de mercadorias anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Neste aspecto, desde sua defesa (fls. 49/59), até nas duas oportunidades em que teve a oportunidade de manifestar sobre a presunção de omissão de saídas caracterizada na autuação por conta dos dois pedidos de diligência solicitados por esta 4ª JJF na forma acostada aos autos às fls. 74/75 e 84/85, porém o sujeito passivo mostrou-se silente. Infração 02 caracterizada.

Sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas na autuação aventada pelo defendente, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **203459.0107/12-2**, lavrado contra **W Z Y COMÉRCIO DE UTILIDADES PARA O LAR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$18.985,95**, acrescido das multas de 60% sobre R\$14.348,58 e 70% sobre R\$4.637,38, previstas no art. 42, incisos VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de Dezembro de 2013.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO –PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR