

PROCESSO - A. I. Nº 113231.0302/12-9
RECORRENTE - R A BORGES WECKERLE
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0001-04/14
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 28/07/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0185-12/14

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. A infração decorre da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, conforme atestam as cópias apresentadas no processo. Conforme preceitua o art. 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Infração procedente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. O impugnante diz que “ficará demonstrado que o efetivo pagamento do imposto de antecipação parcial do ICMS ocorreu dentro da competência de sua apuração, ou seja, no mesmo mês, e, ainda, com os valores devidamente atualizados”. No entanto, da mesma forma que na infração 1, não trouxe qualquer comprovante de pagamento do imposto devido por antecipação parcial. Infração procedente. b) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. O impugnante diz reconhecer parcialmente o valor cobrado, e afirma que o autuante simplesmente baseou-se em meras presunções para apontar suposto crédito tributário e, requer que seja realizada diligência contábil/fiscal, através da ASTEC, a fim de demonstrar a inexistência de débito. No entanto não traz qualquer justificativa para a diligência. Infração não elidida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. CANCELAMENTO IRREGULAR. Embora o impugnante admita que tenha descumprido formalidade quanto ao processo de devolução de compras, invoca o princípio da verdade material para justificar que efetivamente as devoluções ocorreram e que as mercadorias estariam em seu estoque. Promete em sua defesa, trazer as planilhas com o demonstrativo fiscal, além dos documentos que a acompanharão, as quais serão juntadas oportunamente, e que caracterizam mais uma prova inequívoca e cabal de inexistência de fato gerador. No entanto não logrou trazer qualquer comprovação. Infração procedente. Não acolhidas as preliminares arguidas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 27/09/2012 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$ 288.394,94, acrescido de penalidade de 60%, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo lançado o imposto no valor de R\$243.324,56, acrescido da multa de 60%.

Infração 02 – Multa percentual sobre o 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, sendo lançado o valor de R\$28.081,37, acrescido da multa de 60%.

Infração 03 – Omitiu saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento irregular de notas fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente. Cancelamento de cupons fiscais em desacordo com o art. 210, parágrafos 1º e 3º do Dec. 6.284/97, sendo lançado o valor de R\$16.132,29, acrescido da multa de 100%.

Infração 04 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas nos anexos 88 e 89. Substituição tributária referente a calçados, sendo lançado o valor de R\$856,72, acrescido da multa de 60%.

Em seguida, foram apresentadas Defesa Administrativa tempestiva às fls. 88 e seguintes, contestando as infrações, bem como Informação Fiscal às fls. 119 a 124, ratificando o entendimento da procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 4ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

“VOTO

Compulsando os autos, verifico que o lançamento efetuado é composto de 4 itens, acompanhados dos respectivos elementos probatórios e das planilhas demonstrativas de débito, e foram cumpridas todas as formalidades no que diz respeito ao cumprimento do devido processo legal e à ampla defesa. Assim, não vislumbro vícios formais que maculem o lançamento tributário.

Inicialmente, em defesa preliminar, foi arguido pelo impugnante o efeito confiscatório do auto de infração devido à exorbitância da multa, e que assim, estaria por se ferir um princípio insculpido na nossa Constituição Federal. Há de se atentar aqui, que o lançamento tributário é ato vinculado, com obediência ao princípio da legalidade, e que tais multas estão instituídas em dispositivo legal conforme mencionado em cada infração, não possuindo este Conselho, competência para apreciar a eventual inconstitucionalidade da lei ordinária que instituiu tais multas, conforme dispõe o art. 167, I do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF.

Quanto ao pedido de diligência para perícia documental, refuto-a, tendo em vista as provas apresentadas no processo, que são suficientes para formação de juízo de valor neste julgamento e que adiante serão devidamente consideradas para o decisum. Além disso, não trouxe o impugnante nenhuma evidência de erro material cometido pelo autuante, que justifique a diligência, conforme dispõe o art. 145 do RPAF, que exige fundamentação da necessidade ao se pedir a execução de diligência, e assim passo ao julgamento de mérito.

Na infração 1, o impugnante alega que há incorreções apesar de serem relativamente pequenas, que tiram a liquidez do lançamento fiscal, atingindo o princípio basilar da constituição do crédito tributário e dessa forma, é prudente a revisão do referido item deste Auto de Infração que ora se impugna e que a empresa autuada apresentará, no momento oportuno, demonstrativo que conterà as diferenças, aqui mencionadas. No entanto, até o momento deste julgamento, não logrou o impugnante trazer qualquer comprovação de erro material.

A infração 1 decorre da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referentes a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, conforme atestam as cópias apresentadas no processo às fls. 59/84. Nos termos do art. 333 do código de processo civil, o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Conforme preceitua o art. 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Estando as provas apresentadas no processo (fls. 59/84) cabe então ao impugnante apresentar provar em contrário, mas não o fez. Infração 1 procedente.

Na infração 2, conforme dito textualmente na defesa, o impugnante diz que “ficará demonstrado que o efetivo pagamento do imposto de antecipação parcial do ICMS ocorreu dentro da competência de sua apuração, ou seja, no mesmo mês, e, ainda, com os valores devidamente atualizados”. No entanto, da mesma forma que na infração 1, não trouxe qualquer comprovante de pagamento do imposto devido por antecipação parcial.

Nos termos do art. 12-A da Lei 7.014/96, 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 não pagamento implica em multa prevista no art. 42, “d” da mesma lei, estando portanto, o lançamento dentro da estrita legalidade, com os demonstrativos da infração às fls. 12/20, com a relação das notas fiscais devidamente registradas no livro registro de entrada. Infração 2 procedente.

Na infração 3, invoca o princípio da verdade material para justificar que efetivamente as devoluções ocorreram e que as mercadorias estariam em seu estoque. Promete em sua defesa, trazer as planilhas com o demonstrativo fiscal, além dos documentos que a acompanharão, as quais serão juntadas oportunamente, caracterizam mais uma prova inequívoca e cabal de inexistência de fato gerador. No entanto, mas uma vez o impugnante insinuou que traria prova material de que as mercadorias não saíram do estabelecimento, mas não logrou trazer qualquer comprovação. Assim posto, infração foi lavrada com fulcro no art. 210, parágrafo 1º e 3º do RICMS/BA 97, in verbis:

Art. 210. Quando o documento fiscal for cancelado, conservar-se-ão no talonário, formulário contínuo ou jogos soltos todas as suas vias, com declaração do motivo que houver determinado o cancelamento, e referência, se for o caso, ao novo documento emitido.

§ 1º O motivo do cancelamento do documento fiscal será anotado, também, no livro fiscal próprio, na coluna “Observações”.

§ 2º (...)

§ 3º No caso de cancelamento de Cupom Fiscal ou Comprovante Não Fiscal no próprio equipamento que o emitiu, conservar-se-ão todas as vias dos documentos fiscais, inclusive o emitido para cancelamento.

Então, relacionados os cancelamentos feito ao arrepio da legislação, e não havendo prova material quanto à efetiva devolução das mercadorias, há de prevalecer o princípio da legalidade do lançamento tributário, pelo não cumprimento da exigência legislativa, que visa exatamente criar mecanismos de controle que impeçam a simulação de devoluções. Infração 3 procedente.

Na infração 4 o impugnante diz reconhecer parcialmente o valor cobrado, no que se refere ao correspondente ao fato gerador ocorrido em 30/04/2011, e afirma que o autuante simplesmente baseou-se em meras presunções para apontar suposto crédito tributário e, requer que seja realizada diligência contábil/fiscal, através da ASTEC, a fim de demonstrar a inexistência de débito. No entanto não traz qualquer justificativa razoável para a diligência, apenas argumenta que o autuante se baseou em presunções.

Neste caso, foi lançado ICMS decorrente de substituição tributária referente a calçados, exigida nos anexos 88 e 89, conforme demonstrativo em anexo ao processo. Não logrou o impugnante trazer os comprovantes de pagamento, nem mesmo da parte reconhecida. Infração 4 procedente.

Quanto ao pedido pela redução da multa para 30%, pela eventual hipótese do auto vir a ser julgado procedente, poderá o impugnante solicitar a uma das Câmaras deste Conselho, o pedido de dispensa ou redução de multa por descumprimento da obrigação principal, ao apelo de equidade, desde que cumpridos os requisitos dispostos no art. 159 do supracitado RPAF.

No que diz respeito ao envio das notificações/intimações acerca do presente feito, para o endereço citado no início da impugnação, fica desde já esclarecido que de acordo com o RPAF, art. 109, considera-se efetivada a intimação:

I - quando pessoal, na data da aposição da ciência do sujeito passivo ou do interessado, seu representante ou reposto, no instrumento ou expediente;

Assim, face ao exposto no voto, acolho a PROCEDÊNCIA do auto de infração.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 144 a 160), onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, repisando os argumentos apresentados na sua defesa inicial, bem como refaz todos os pedidos anteriormente postulados.

Após uma síntese transcrever a ementa da decisão de piso, passa a abordar as teses que entende suficientes para a reforma do acórdão debatido.

Em sede de preliminar alega a nulidade do Auto de Infração devido a falta de apuração pela ASTEC do quanto efetivamente devido nas infrações lançadas. Aduz também a violação do devido processo legal e o cerceamento do seu direito de defesa.

Noutro tópico, pontua a proibição da multa com efeito de confisco, afirmando que deve ser reconsiderada “a insistente aplicação de multa no importe de 60% e 100%”. Coloca que é infeliz a

alegação de que a administração pública “*seja incompetente para apreciar matéria de cunho constitucional*”, aduzindo a impropriedade dessa argumentação uma vez que as leis, decretos, normas, hierarquicamente inferiores à Constituição e são por ela pautados. Nesta senda, diz que tal negativa de apreciação é “*uma prova de que a Administração pública caminha na contra mão da lei, o que só vem a fortalecer a tese apontada preliminarmente*”.

Por outro prisma, passa a discorrer sobre os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Diz que a vedação ao confisco da multas e tributos têm fundamentos idênticos “uma vez que, como visto, os princípios estabelecem uma meta, um padrão, e no caso específico do princípio constitucional da vedação ao confisco o padrão estabelecido, isto é, a proposição básica deste princípio, é o impedimento da absorção, total ou parcial, da propriedade particular pelo Estado, desde quando o poder de tributar deve ser compatível com o de conservar, e não com o de destruir”.

Adiante, passa a discorrer sobre o mérito da autuação.

Propala que o lançamento não corresponde à realidade dos fatos. Assegura que “*o procedimento de lançamento efetuado pela contabilidade da empresa autuada encontra-se em perfeita harmonia com as normas das ciências contábeis, e a autuação levada a efeito pelo fiscal autuante não retrata a realidade fático/contábil*”.

Colaciona diversos acórdãos do Conselho de Fazenda para então afirmar ser flagrante a “*a inobservância da proibição de utilização de multa com efeito confiscatório*”. Fala que o julgamento de piso caminhou na contra mão da lei e da justiça por violar tanto os preceitos da Máxima Carta, como também o entendimento da Corte Suprema de Justiça.

Ao final do seu arrazoado, clama que o Auto de infração seja julgado nulo ou, sucessivamente, que seja reduzida a multa para 30%.

VOTO

Temos sob apreciação Recurso Voluntário contra a decisão da 4ª JJF que julgou procedente o lançamento fiscal lavrado em decorrência do suposto cometimento de 4 infrações.

O Sujeito Passivo recorre afirmando que há nulidade do Auto de Infração por falta de apuração dos cálculos pela ASTEC, com consequente desrespeito ao devido processo legal e aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Coloca também que há confiscatoriedade das multas aplicadas e, no mérito, alega que não cometeu qualquer irregularidade.

Em que pese os argumentos tecidos pelo contribuinte, entendo que não merece reparo a decisão de piso.

No que tange a nulidade do Auto de Infração, devido à falta de revisão dos demonstrativos que embasam as infrações pela ASTEC, entendo que tal procedimento não está previsto no ordenamento para que os mesmos sejam considerados corretos.

Ademais, não vejo necessidade de se fazer qualquer revisão nos demonstrativos fiscais. A uma, porque não fora apontada qualquer irregularidade de maneira objetiva pelo Sujeito Passivo que ensejasse a sua modificação ou a realização de diligência. A duas, entendo que os cálculos realizados pela fiscalização são claros e precisos, consoante as normas dos artigos 39 e 18 do RPAF.

Desta feita, entendo que todos os requisitos previstos na legislação foram preenchidos, estando às imputações claras e as bases de cálculos determinadas conforme o previsto em lei. Observo do mesmo modo que foram fornecidos os demonstrativos de débito referentes à autuação em discussão e respeitados todos os direitos e garantias do contribuinte, como a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal administrativo.

Já no que toca a questão da confiscatoriedade, mesmo entendo que as multas são demasiadamente altas em certas circunstâncias, percebo que elas estão previstas em lei (Lei 7.014/96) e foram corretamente aplicadas ao caso concreto. Ademais, falta competência este órgão

para decretar a inconstitucionalidade das normas, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Quanto aos julgados administrativos colacionados aos autos, é importante destacar que as decisões dos tribunais e órgão julgadores administrativos trazidos pelo impugnante não vinculam esta decisão, pois não dizem respeito às mesmas situações vividas no presente PAF.

Portanto, afasto as preliminares arguidas.

Adentro ao exame do *meritum causae*.

O Recorrente somente alega no mérito do seu recurso que “o lançamento efetuado pela ação fiscal não corresponde à realidade dos fatos” e que “o procedimento de lançamento efetuado pela contabilidade da empresa autuada encontra-se em perfeita harmonia com as normas das ciências contábeis”.

Deste modo, vejo que o Contribuinte somente alega de forma genérica o não cometimento das infrações lançadas, devendo então ser aplicado o quanto disposto no artigo 143 do RPAF, que assim dispõe:

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Impende ressaltar que a empresa, desde sua defesa inicial, proclama que será feita prova da improcedência do lançamento fiscal, no entanto, até o presente momento, nenhuma evidência foi colacionada pelo sujeito passivo com tal desiderato. Ressalto que o próprio Fiscal Autuante afirma que não há qualquer elemento de prova trazido pelo Sujeito Passivo que possa rechaçar as acusações fiscais, entendendo que a defesa jungida aos autos é meramente procrastinatória. Assim, não há o que acrescentar ou retocar ao quanto decidido em primeiro grau.

Nestas circunstâncias, considero as infrações 1, 2, 3 e 4 procedentes consoante o julgamento de piso.

Por fim, não vejo motivos para que sejam reduzidas as multas pelo descumprimento das obrigações acessórias, pelo simples fato de que a infração 1 fora lançada pela falta de recolhimento do imposto apontado nos próprios livros fiscais, ou seja, não houve recolhimento do ICMS devido e apurado pelo próprio Contribuinte. Assim sendo, não estão presentes os requisitos previstos no artigo 42, § 7º para a redução do percentual das multas corretamente cominadas neste lançamento.

Pelo todo exposto, voto pelo NÃO PRVIMENTO do Recurso Voluntário para manter inalterada a Decisão da 4ª 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 **113231.0302/12-9**, lavrado contra **RA BORGES WECKERLE**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$260.313,57**, acrescido das multas de 60% sobre R\$244.181,28 e 100% sobre R\$16.132,29, previstas no art. 42, incisos II, alíneas "d" e "f" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$28.081,37**, prevista no inciso II, "d", do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS