

PROCESSO - A. I. N° 299430.0004/13-0
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA LUNAR LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1^a JJF N° 0062-01/14
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 02/12/2014

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0363-11/14

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA CONVENCIONAL – AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a.1)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **a.2)** FALTA DE RECOLHIMENTO. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DA ANTECIPAÇÃO. SAÍDAS POSTERIORES TRIBUTADAS NORMALMENTE. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEIXOU DE SER ANTECIPADO. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS EFETUADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL – MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a.1)** SOLIDARIEDADE. LANÇAMENTO DO IMPOSTO POR TER ADQUIRIDO MERCADORIAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. **a.2)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO, RELATIVAMENTE A MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. **b)** OMISSÕES TANTO DE SAÍDAS QUANTO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS DO REGIME NORMAL DE TRIBUTAÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA, A DAS SAÍDAS. Fatos não impugnados quanto aos aspectos de mérito, limitando-se a defesa a suscitar questões preliminares, não acatadas, por suposto cerceamento de defesa e supostos vícios de intimações fiscais. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, e alguma imperfeição na indicação do enquadramento legal não implica nulidade do lançamento, desde que, pela descrição do fato, fique evidente o enquadramento. As multas estipuladas têm previsão legal. Este órgão não tem competência para apreciar questões quanto à constitucionalidade do direito posto. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 1^a JJF, constante no Acórdão n° 0062-01/14, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração epigrafado, lavrado

em 12/09/2013, em razão do suposto cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 01 – Recolhimento de ICMS efetuado a menos por antecipação, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 [sic], sendo lançado imposto no valor de R\$ 522.627,56, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 02 – Falta de recolhimento de ICMS por antecipação, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 [sic], sendo lançado imposto no valor de R\$ 211.961,87, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 03 – Falta de recolhimento de ICMS, por haver praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 179.562,12, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 04 – Falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2009), sendo lançado imposto no valor de R\$ 22.830,47, com multa de 70%;

INFRAÇÃO 05 – Falta de recolhimento do imposto [ICMS] devido por antecipação, sobre o valor acrescido, por ter adquirido mercadorias de terceiros sem documentação fiscal, estando ditas mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2009), sendo lançado imposto no valor de R\$ 7.545,47, com multa de 60%;

INFRAÇÃO 06 – Falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a 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” [sic], fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (2009), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis –, sendo lançado imposto no valor de R\$ 5.679,57, com multa de 70%;

INFRAÇÃO 07 – Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago a título de “antecipação parcial”, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, sendo aplicada multa no valor de R\$ 23.928,64.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 1^a JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 200/209):

Este Auto de Infração compõe-se de 7 lançamentos.

O autuado impugnou todos os lançamentos. Porém não foi feita impugnação quanto ao mérito, ou seja, quanto ao conteúdo ou substância das imputações. O autuado não nega os fatos. Limita-se basicamente a suscitar questões preliminares.

Na primeira preliminar, alega nulidade da intimação para apresentação dos livros e documentos, porque teria havido cerceamento de defesa, pelo fato de o lançamento ter tornado como base os dados constantes no Sintegra, em virtude de a intimação para apresentação de documentos e livros fiscais ter sido enviada para o endereço da sócia majoritária Prata Participações Ltda., já que o estabelecimento do autuado se encontrava inativa. A seu ver, o fisco baiano deveria ter solicitado o cumprimento da intimação ao fisco capixaba.

A intimação do contribuinte, para quaisquer fins, é feita na forma prevista no art. 108 do RPAF. Sendo frustradas as intimações pessoal e por via postal, a intimação se faz por edital. Isso foi feito: consta à fl. 11 edital publicado no Diário Oficial de 23.7.13 para que o interessado comparecesse à Infaz Atacado a fim de apresentar os documentos e livros ali especificados. A fiscalização poderia desde então considerar o contribuinte intimado e adotar os procedimentos cabíveis. Porém, mesmo depois da tentativa de intimação por via postal, sem resultado, e da intimação por edital, não atendida, a fiscalização foi além, e expediu intimação para o endereço da sócia majoritária do autuado, a empresa Prata Participações Ltda., na cidade de Colatina (ES). Como não foram apresentados os elementos solicitados, a fiscalização efetuou os trabalhos com base nos dados constantes no Sintegra. Agiu corretamente. Se os dados do Sintegra continham algum erro ou inconsistência, caberia ao autuado apontar. Não foi, porém, sequer insinuada a existência de qualquer equívoco nos lançamentos.

Na segunda preliminar, a defesa alega que o fisco baiano não poderia intimar contribuinte fora de sua área de competência, e portanto deveria ter solicitado ao fisco capixaba que intimasse a sócia majoritária da empresa, a Prata Participações Ltda., para apresentação dos documentos e livros fiscais pretendidos.

Num desdobramento dessa segunda preliminar, o autuado alega impossibilidade de cumprimento da intimação pelo fisco capixaba por solicitação do fisco baiano, porque o edital de intimação para apresentação dos documentos e livros fiscais deveria ter sido publicado no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo, onde está

situada a sócia majoritária do autuado, tendo em vista que a mesma ficou responsável pelo recebimento das intimações endereçadas ao autuado.

Ora, essas objeções somente fariam sentido se o fisco baiano pretendesse ter acesso aos livros e documentos da empresa Prata Participações Ltda., esta, sim, estabelecida fora da área de competência do fisco baiano.

Na terceira preliminar, o autuado alega a ausência de dispositivos legais que tendam ao devido processo legal e à ampla defesa.

Os fatos foram descritos de forma satisfatória, relativamente a cada um dos lançamentos. Em seguida a cada descrição, foram apontados os dispositivos legais pertinentes. O autuado, na defesa, ao comentar as disposições legais atinentes a cada situação, demonstrou ter compreendido perfeitamente o sentido das imputações. No tocante aos itens 1º e 2º, identificou os dispositivos que regulam a matéria tributável, a natureza da obrigação, a base de cálculo, o prazo de pagamento e demais aspectos dos fatos assinalados. A indicação de dispositivo do regulamento do imposto equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, e alguma imperfeição na indicação do enquadramento não implica nulidade do lançamento, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal (RPAF, art. 19).

No caso do item 3º, que acusa a realização de operações tributáveis como não tributáveis, foram apontados como violados dispositivos que definem o momento em que se considera ocorrido o fato gerador do ICMS, qual a alíquota aplicável, o que constitui débito fiscal desse imposto, prazo de recolhimento. No corpo do Auto consta a data da ocorrência do fato e a data em que o imposto deveria ter sido pago. O autuado, na defesa, ao comentar as disposições legais atinentes a cada situação, demonstrou ter compreendido perfeitamente o sentido das imputações. Esses dispositivos deixam clara a atribuição da responsabilidade passiva do autuado. O autuado alega que a citação incompleta dos dispositivos legais referentes ao enquadramento legal desse item 3º acaba por cercear o direito de defesa e afronta o princípio da legalidade. Não custa repetir que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, e alguma imperfeição na indicação do enquadramento não implica nulidade do lançamento, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal (RPAF, art. 19).

Nos itens 4º e 5º, os fatos foram descritos de forma satisfatória. Os dispositivos regulamentares indicados no enquadramento legal são condizentes com a imputação da responsabilidade solidária (item 4º), o dever de antecipar o imposto (item 5º) e a falta de pagamento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais (item 6º). Houve apenas dois equívocos. O primeiro decorre da indicação de dispositivos que se encontravam revogados, mas esse equívoco não prejudica a compreensão do fato imputado. O segundo equívoco consistiu em ser citado o § 3º do art. 938 do RICMS/97, dispositivo esse que diz respeito a arbitramento, haja vista que neste caso não houve arbitramento, mas esse equívoco não implica nulidade do lançamento, porque a descrição do fato deixa claro que o lançamento foi feito com base no art. 936. A menção feita à Portaria 445/98 não significa que seja essa portaria que fixe a base de cálculo – a portaria simplesmente orienta a fiscalização como proceder ao efetuar levantamento quantitativo por espécies de mercadorias.

Quanto à multa do item 7º, o autuado alega que também restou incompleta a citação de dispositivos legais, afrontando o amplo direito de defesa.

A inadequação que merece consideração neste item 7º consiste no fato de que, em vez de ser descrito o ato considerado infração, a descrição inicia-se dando ênfase à multa que hipoteticamente a lei prevê para quem comete a infração, ou seja, a descrição dá mais ênfase à “multa percentual” (conseqüência) do que ao cometimento imputado ao sujeito passivo (causa). Mas isso não prejudica o lançamento, pois fica evidente que foi aplicada uma multa por ter sido verificada uma infração – falta de pagamento do imposto devido a título da chamada “antecipação parcial”, embora as saídas subsequentes tenham sido tributadas normalmente. Não houve cerceamento de defesa, pois foram apresentados demonstrativos indicando a fonte dos dados levantados e os critérios adotados no levantamento fiscal, e os dispositivos regulamentares indicados têm pertinência com a situação objeto do procedimento fiscal. O autuado alega que restou incompleta a citação de dispositivos legais, afrontando o amplo direito de defesa, porém não diz em que sentido a citação teria sido incompleta. Quanto ao fato de ter sido indicado dispositivo revogado e à alegação de que não foram apontados os artigos de lei, em sentido estrito, que justificassem sua indicação no lançamento fiscal, cumpre reiterar que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, e alguma imperfeição na indicação do enquadramento não implica nulidade do lançamento, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal (RPAF, art. 19).

O autuado questiona por fim as multas aplicadas, alegando violação aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e do não confisco.

Este órgão não tem competência para apreciar os aspectos suscitados pela defesa nesse sentido. Não é razoável discutir no âmbito administrativo a constitucionalidade do direito posto.

Ultrapassadas as preliminares suscitadas, e tendo em vista que não houve impugnação quanto aos aspectos de

mérito, ou seja, quanto ao conteúdo ou substância das imputações, não tendo sido negados os fatos, considero caracterizadas as infrações.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 223/246, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

Suscita nulidade do lançamento fiscal em razão da intimação ter sido enviada para o endereço de sua sócia majoritária e em se tratando também de pessoa jurídica, a intimação para apresentação de documentos e livros fiscais, deveria ser feita na pessoa dos sócios da Prata Participações Ltda.

Ainda em sede de preliminar, argui que o edital de intimação para apresentação dos documentos e livros fiscais deveria ter sido publicada no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo onde está situada a sócia majoritária do recorrente, tendo em vista que a mesma ficou responsável pelo recebimento das intimações endereçadas ao Recorrente.

Alega nulidade das sete infrações, por ausência de dispositivos legais que atendam ao devido processo legal e ampla defesa.

Destaca que gozava de benefício fiscal celebrado com o Estado da Bahia, autorizando a redução da base de cálculo para fins de antecipação do ICMS em 18,53% dos produtos que comercializa, conforme cópia anexa.

Entretanto, assevera que tal benefício fiscal não foi observado pelo nobre fiscal Autuante e tampouco pela r. Decisão recorrida, o que tornaria o lançamento nulo de pleno direito.

Por fim questiona a legalidade da multa aplicada, em razão de violação ao princípio da razoabilidade, proporcionalidade e do não confisco.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, fls. 254/255, opina pelo improviso do Recurso Voluntário, por considerar o Recurso meramente protelatório.

Assevera que, a autuação não padece de nulidade, pois as intimações para apresentação de livros e documentos fiscais se deram na forma prevista na legislação baiana.

Destaca que foi tentada a intimação pessoal, pelos correios e editalícia, em consonância com o art. 108 do RPAF/BA.

Ressalta que o recorrente é contribuinte do Estado da Bahia e por essa razão segue a legislação deste Estado, devendo ser intimada através do Diário Oficial da Bahia.

Neste contexto, observa que não atendida as intimações, restou ao Fisco obter as informações junto ao SINTEGRA, não tendo sido informado pelo recorrente irregularidades ou inconsistências nos dados obtidos junto ao SINTEGRA.

Pontua que as infrações estão perfeitamente tipificadas e caracterizadas, tendo sido indicados os fatos motivadores e os dispositivos legais regularmente infringidos.

Por fim, chama atenção que as multas aplicadas estão previstas em lei, não cabendo a este CONSEF a apreciação de alegação de inconstitucionalidade, a teor do art. 169 do RPAF.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0062-01/14, prolatado pela 1ª JJF, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração epigrafado, lavrado em razão do suposto cometimento de sete infrações, todas objeto de irresignação do sujeito passivo.

Compulsando os autos vejo que o recorrente em nada inova em relação aos argumentos apresentados em sede do Recurso Voluntário, na medida em que, repete os mesmos fundamentos trazidos na impugnação inicial, que foram corretamente enfrentados e afastados pela 1ª JJF.

Pela análise do quanto trazido aos autos, não há reparo a fazer na Decisão recorrida.

Verifico que não há controvérsia quanto ao mérito, visto que o recorrente não nega o cometimento das infrações, em atenção ao art. 140 do RPAF, abaixo transcrito:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Não merece acatamento a arguição de nulidade processual por cerceamento ao direito de defesa, suscitada pelo contribuinte em sua peça recursal.

O RPAF/99, acerca das intimações dirigidas ao sujeito passivo, estabelece:

"Art. 108. A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem.

§ 1º A intimação poderá ser feita por edital publicado no Diário Oficial do Estado quando não obtiver êxito a tentativa via postal.

"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 preposto, no instrumento ou expediente;

II - quando por remessa, na data do recebimento, sendo que, se for omitida a data, a intimação considera-se feita:

a) se remetida por via postal, na data em que for devolvido o comprovante de recebimento ao órgão encarregado da intimação;

b) se enviada por qualquer outro meio ou via, 3 (três) dias após a data da expedição;

III - se efetuada por edital, 3 (três) dias após a sua publicação".

"Art. 166. Do julgamento do processo administrativo fiscal, serão cientificados, com fornecimento de cópia do acórdão:

I - o sujeito passivo, observado o previsto no art. 108;

II - o fiscal autuante, observada a forma prevista no § 1º do art. 127.

§ 1º O sujeito passivo terá o prazo de 30 (trinta) dias para pagar o débito e de 10 (dez) dias para interpor Recurso, se cabível".

Na hipótese vertente, diante do encerramento das atividades do recorrente, o autuante tentou a intimação via postal e publicou edital no diário oficial dia 23.07.2013. Em sendo o recorrente contribuinte do Estado da Bahia, por lógica, ela se submete a legislação deste Estado.

Após este procedimento, foi enviada uma intimação para o endereço da sócia majoritária do autuado, a empresa Prata Participações Ltda., na cidade de Colatina (ES), não havendo necessidade que daquele que receba intimação, seja preposto ou representante legal da empresa.

Ante a ausência de apresentação da documentação apresentada, foi lavrado o Auto de Infração utilizando os dados constantes no SINTEGRA.

Caberia ao Recorrente, ao receber a cópia de todos os demonstrativos, bem como os documentos colacionados ao PAF, exercer o seu contraditório, no sentido de indicar eventuais equívocos ou vícios no procedimento adotados pela fiscal Autuante, o que não o fez.

Foi, portanto, devidamente respeitada a norma processual vigente, restando evidente que não houve cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo, nem há qualquer vício na intimação da Decisão recorrida, porque foi feito em obediência aos preceitos normativos.

Também rejeito a preliminar de nulidade por ausência de dispositivo legal, com supedâneo no art. 19 do RPAF/99, abaixo transcrito:

"Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal."

Ademais, ainda que houvesse alguma indicação equivocada de dispositivo infringido, não é

causa de nulidade, pois o Recorrente deve se defender dos fatos e não do enquadramento.

A JJF foi criteriosa ao rechaçar infração por infração, Decisão com a qual me coaduno e mantengo por seus próprios fundamentos.

Noto que, em tendo sido este praticamente todo o suporte da tese defensiva, a mesma ficou prejudicada, haja vista que não houve o enfrentamento do mérito das infrações e não foi apresentado qualquer argumento capaz de modificar a Decisão recorrida.

Apenas a alegação de uma suposta redução de base de cálculo, sem qualquer documento comprobatório é insuficiente para invalidar o lançamento.

Assim, observo que o lançamento de ofício está em conformidade com a legislação tributária em vigor e as infrações imputadas ao Recorrente estão devidamente descritas. Os fatos geradores das infrações que compõe o lançamento estão bem determinado e os elementos constitutivos dos débitos tributários estão descritos nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais o recorrente recebeu cópia, facilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo dele decorrente, incursos nas hipóteses de nulidades definidas no art. 18 do RPAF.

A arguição de que a multa aplicada têm caráter confiscatório não subsiste. O art. 150, IV, da CF, vedo aos entes federativos a utilização do tributo com efeito de confisco. Sabe-se que a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não está sujeita ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Ademais, não se pode falar em multa confiscatória também pelo fato dela ser legalmente prevista para a infração apurada, com disposição expressa no artigo 42, inciso II, “a” e “d”, e inciso III da Lei nº 7.014/96.

Por fim, deixo de apreciar pedido de constitucionalidade, por falecer a este Colegiado competência para tanto, consoante disposto no art. 167, I do RPAF.

Neste caso já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJF que manteve o lançamento.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a inalterada a Decisão recorrida, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **299430.0004/13-0**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA LUNAR LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$950.207,06**, acrescido das multas de 60% sobre R\$921.697,02 e 70% sobre R\$28.510,04, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$ 23.928,64**, prevista no inciso II, “d”, c/c o § 1º do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme disciplina da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2014.

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ – REPR. DA PGE/PROFIS