

A. I. N° - 113231.0302/12-9
AUTUADO - R A BORGES WECKERLE
AUTUANTE - JOSE DIONÍSIO NÓBREGA
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 05.02.2014

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0001-04/14

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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 27/09/2012, foi efetuado lançamento de ICMS e multa no valor total de R\$288.394,94 em razão das seguintes infrações à legislação:

1 - 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%.

2 – 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%.

3 – 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%.

4 – 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%.

A impugnante apresenta defesa às fls. 88/162 por seus advogados legalmente constituídos, conforme instrumento de mandato em anexo, com escritório à Rua Edístio Pondé, n. 353, Ed. Empresarial Tancredo Neves, conj. 903, Costa Azul, Salvador, Bahia, para onde, desde já, requer sejam enviadas as notificações/intimações acerca do presente feito

Em defesa preliminar, alega em seu favor o princípio da vedação da cobrança de tributos com efeitos confiscatórios, pois a autoridade fazendária aplicou a multa de 70% e 100% sobre o valor do suposto tributo devido, o que caracteriza inequivocamente o efeito confiscatório. Que é obrigatório para a Administração, a observância dos princípios norteadores, sejam da administração pública, sejam princípios constitucionais tributários, e no caso, desrespeitou-se o princípio insculpido no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal.

Cita doutrina dos mestres Sacha Calmon Navarro Coelho e Bernardo Ribeiro de Moraes, e aduz que não é razoável nem proporcional uma multa como a do auto de infração impugnado, cujo valor é consideravelmente superior ao que deveria ser arbitrado, constituindo, assim, verdadeiro confisco, o que torna ilegal a multa imposta pela ação fiscalizadora, citando jurisprudência acerca do assunto.

Assim, requer que este Conselho se digne acolher as preliminares elencadas, reconhecendo e decretando a nulidade do auto de infração em lide, em razão do mesmo ser nulo de pleno direito, e em seguida, passa a tecer considerações acerca do mérito.

Alega que, quanto à infração 1, entende não ser improcedente(*sic*) o levantamento apresentado pela fiscalização, visto que, existem incorreções no levantamento constante da infração supracitada, as quais devem sofrer alterações para efetivamente verem-se apurados os valores devidos. Que essas incorreções apesar de serem relativamente pequenas, 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.

Que com efeito, a empresa autuada apresentará, no momento oportuno, demonstrativo com as diferenças, aqui mencionadas, que por equívoco, o fiscal autuante lançou no auto.

Quanto à infração 2, afirma que não merece prosperar a sua fundamentação, uma vez que o suposto levantamento que culminou com a aplicação de vultosa multa, criando passivo fiscal completamente injusto. Aduz que o autuante não traz a realidade dos fatos, razão pela qual

busca a empresa demonstrar a verdade material, já que o 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. Que aparentemente houve um equívoco por parte do fiscal autuante, já que, conforme é demonstrado, a empresa atuou de maneira correta, não existindo motivo para ser cobrado o referida multa exorbitante de 60%. Por tudo isso, é improcedente a alegação feita pela Fisco do Estado da Bahia.

No que tange à infração 3, diz que a mesma não deve prosperar, pois sua fundamentação é desprovida de conteúdo fático e de natureza probatória. Que a documentação de cada nota fiscal cancelada fora realizada efetivamente, vale dizer, a mercadoria após ser vendida, o adquirente desistiu da compra e devolveu as mesmas à autuada, tendo esta devolvido o numerário recebido pela venda concretamente cancelada.

Invoca que se busca a verdade dos fatos, mesmo que possa haver algum tipo de inexatidão no procedimento adotado. Que, como foi cancelada a venda, não há de se falar em fato gerador que dê origem de forma idônea a cobrança do imposto, até porque, a mercadoria com a sua efetiva devolução, deixou de circular, e que pode se ver pela regular escrituração fiscal, especialmente o livro de saídas de mercadoria, o qual, faz prova do efetivo cancelamento. Além do que, o próprio livro de registro de inventário aponta que as referidas mercadorias devolvidas, que não foram posteriormente vendidas a outrem, encontram-se registradas no inventário da empresa e acomodadas fisicamente no seu depósito. Aduz que 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 do ICMS nesta modalidade de infração apontada neste item 3 do auto.

Que portanto, é improcedente as alegações trazidas no auto de infração, pois a fiscalização aplicou todo rigor e frieza da lei, sem considerar que há dispositivos possíveis de aplicação para de forma justa e legal responsabilizar o contribuinte por eventuais falhas se, contudo, agravá-las de forma injusta e desnecessárias.

Quanto à infração 04, a empresa defendant reconhece parcialmente o valor cobrado, no que se refere ao correspondente ao fato gerador ocorrido em 30/04/2011, cujo vencimento fora de 09/05/2011, inclusive providenciará a expedição do DAE para a realização de pagamento oportunamente. No que diz respeito à outra competência em que a fiscalização reclama o pagamento de ICMS por antecipação, o mesmo é improcedente.

Alega ainda, que ocorreu no caso em tela, que a autoridade autuante simplesmente baseou-se em meras presunções para apontar suposto crédito tributário. Como a presunção da Fazenda Pública é meramente relativa, traz à impugnação, elementos probantes, capazes de elidir o argumento fazendário. Assim, requer que seja realizada diligência contábil/fiscal, através da ASTEC, a fim de demonstrar a inexistência de débito, corroborando a todos os argumentos aqui esposados.

Desta forma, ante todo o exposto, e por tudo mais quanto possa iluminar vosso julgamento, a empresa injustamente autuada, mui respeitosamente, requer que o CONSEF julgue as razões de defesa, ora apresentadas, para fins de julgar totalmente procedente a presente defesa. Acrescenta que apenas por amor ao debate, se, na remota e eventual hipótese de ser julgado procedente o presente Auto, que os Julgadores se dignem de reduzir a multa com efeito confiscatório aplicada, reduzindo-a para 30%, conforme vem sendo aplicado pelos Tribunais Superiores.

Em tempo, protesta e requer 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. Por fim, protesta e requer a juntada do instrumentos de procuraçao e atos constitutivos no pra legal, tudo na exata forma da lei.

O autuante apresenta informação fiscal às fls.119/124, quando diz que o argumento utilizado pela impugnação é uma maneira de procrastinar o pagamento do imposto devido, pois o defensor não

tendo como provar que a autuação é improcedente, afirma para as infrações 1, 3 e 4 que juntará oportunamente os documentos, comprovando a improcedência da autuação.

Que este seria o melhor momento para demonstrar a improcedência e os equívocos por parte do fiscal autuante como argui a defesa; que o defensor diz que apresentará os documentos comprobatórios dos seus argumentos em 07 de novembro de 2012 e, até o presente momento, 27 de setembro de 2013, nada foi anexado ao PAF. Outro fato protelatório é que, sem nenhum fato que mereça destaque, o defensor requer realização de diligência à ASTEC – Assessoria Técnica do CONSEF.

Aduz que na infração 1, os valores reclamados estão lançados no livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 59 a 84), escriturado pelo próprio contribuinte ou seu preposto, e que foram apresentados após intimação. Esclarece que não foram apresentados os respectivos DAE comprovando o recolhimento do ICMS devido e, também, não consta no sistema da SEFAZ qualquer recolhimento de ICMS referente a este item.

Que na infração 2, a multa percentual foi lançada sobre o imposto 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. Que às fls. 12/20, relacionou todas as notas fiscais de entrada de outros estados, e que estão escrituradas no livro Registro de Entrada – fls. 25 a 58 – as quais deveriam ter sido pago o ICMS devido por antecipação parcial, conforme previsto no art. 352-A do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97, vigente a época, e que a multa tem previsão legal no art. 42, Inciso II, “d” da Lei 7.014/96.

Confirma que na infração 03, o contribuinte omitiu saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de cancelamento irregular de notas fiscais, deixando de recolher o ICMS correspondente, em desacordo com o art. 210, parágrafo 1º e 3º do RICMS/BA 97 e discorda da impugnação apresentada, pois a empresa autuada não demonstrou no ato da fiscalização que os seus procedimentos estavam de acordo com a legislação vigente, como também, não demonstrou na defesa apresentada.

Que na infração 4, o impugnante 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 e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 e que a substituição tributária é referente a aquisição de calçados e que o impugnante não traz a este PAF, qualquer documento que comprove o pagamento do ICMS devido.

Ante o exposto, e ciente de que procedeu dentro das normas de Auditoria, com a certeza de ter dirimido quaisquer dúvidas sobre a ação fiscal executada, reafirma o trabalho executado e solicita que o mesmo seja julgado procedente.

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 constitucionalidade 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 conterá 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.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE**, o Auto de Infração nº113231.0302/12-9, lavrado contra **RA BORGES WECKERLE**, devendo ser intimado o autuado 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, 07 de janeiro de 2014.

JORGE INACIO DE AQUINO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR