

PROCESSO	- A. I. N° 210621.0001/15-8
RECORRENTE	- DOIS MIL MÓVEIS COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. (BAHIA MÓVEIS) - ME
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0169-04/15
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 17/05/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0068-12/16

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO; b) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. A incidência do ICMS por antecipação parcial decorre das aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, destinadas à atividade de comércio varejista de móveis, independente do regime de apuração adotado pelo estabelecimento adquirente, como no caso Simples Nacional, conforme preceitua o art. 12-A da Lei nº 7.014/96. Infrações caracterizadas. Razões recursais insuficientes para modificar a Decisão. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 4ª JJF - através do Acórdão JJF n° 0169-04/15 - após julgamento pela Procedência do Auto de Infração acima epígrafeado, lavrado em 02/03/2015 para exigir o débito de R\$72.937,83, na condição de empresa optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), apurado em razão da constatação de duas infrações, objeto deste Recurso, a seguir transcritas:

1. Falta de recolhimento de ICMS antecipação parcial, no valor de R\$65.043,71, referente às aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, nos meses de janeiro, junho a dezembro de 2011 e janeiro de 2012 a dezembro de 2013.
2. Recolhimento a menos de ICMS antecipação parcial, no valor de R\$7.894,12, referente às aquisições interestaduais de mercadorias destinadas a comercialização, nos meses de fevereiro, março e maio de 2011.

A Decisão recorrida foi pela procedência do Auto de Infração, após rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento de ofício; de indeferir o pedido de diligência fiscal e de que a multa aplicada possui estrita base legal, falecendo competência a JJF a análise do caráter confiscatório da penalidade.

No mérito, o veredito esclarece que a obrigação tributária de recolher o ICMS por antecipação tributária parcial está insculpida no artigo 12-A da Lei nº 7.014/96, independentemente do regime de apuração adotado, cuja base de cálculo está prevista no artigo 17 da mesma Lei.

Destaca o órgão julgador que na peça defensiva não foi trazido qualquer argumento relativo ao mérito da autuação propriamente dito, sequer apontado erro ou equívoco presente no lançamento, além das preliminares já enfrentadas. Desta forma cabível a aplicação dos artigos 140 e 143 do RPAF/99, os quais estabelecem que 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, e a

simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, respectivamente. Assim, julgou as infrações procedentes.

Inconformado com a Decisão proferida pela 4^a JJF, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário, às fls. 193 a 211 do PAF, onde, em síntese, em consonância com o princípio da verdade material, reitera seu pedido de “perícia pela ASTEC”, em relação ao quanto efetivamente seja devido, do que pede a nulidade dos atos administrativos, os quais violaram o princípio do devido processo legal, cerceando o direito de defesa do contribuinte, devendo ser declarado nulo de pleno direito.

Em seguida, aduz que as razões defensivas apresentadas não foram devidamente consideradas no julgamento, pois, no entender do recorrente, o indeferimento ocorrido além de equivocado é reprovável, uma vez que existem razões sérias e contundentes que exigem a produção de prova pericial – diligência a ser produzida pela ASTEC, a qual trará provas incontestáveis da verdade material a que se funda a autuação fiscal, em cuja impugnação diz ter protestado pela produção de todos os meios de prova.

Passa a tecer considerações acerca da proibição de utilização de multa com efeito confiscatório, pois há que reconsiderar a insistente aplicação de multa no importe de 60% e 50%, visto que um dos pontos basilares do Estado Democrático de Direito é a não utilização de tributo com efeito confiscatório, sendo entendimento pacífico entre os tribunais que tal vedação aplica-se às multas.

No mérito, diz que não procede a acusação de que deixou de recolher o ICMS quando das aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme ficará provado quando das diligências fiscais a serem feitas pela ASTEC, pois não deve o montante sustentado pela autuação e espera poder produzir prova pericial neste “Conselho”, já que não lhe foi permitido produzi-la na primeira instância, do que salienta que muitas das mercadorias se encontravam com a fase de tributação encerrada, com recolhimento do imposto corretamente efetivado, não sendo o caso de imputar à recorrente a obrigatoriedade de pagar o imposto em duplicidade, daí a importância do cotejamento.

Inerente à segunda infração, alega que, tal como a anterior, merece ser examinada à luz do amplo contraditório, pois provará com os documentos a serem juntados que nada deve. Salienta que caberia ao autuante fazer o cotejo entre “aquilo” que diz ser devido e o que foi recolhido a menor, do que concluiu ser a acusação desprovida dessa “ferramental”, razão de necessitar se valer do reexame pela ASTEC.

Por fim, requer o envio dos autos para diligência pela ASTEC e, ao final, seja julgado nulo o Auto de Infração e improcedente o “PAF”.

Às fls. 220/221 dos autos, a PGE/PROFIS, através de seu Procurador, Dr. José Augusto Martins Junior, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pois o recorrente não trouxe aos autos qualquer prova do pagamento do imposto constituído no presente lançamento, sob alegação de apresentação em momento oportuno, sendo a inconformidade lanceada absolutamente genérica.

O opinativo salienta que a infração imputada foi lastreada em face da análise dos livros e documentos fiscais do recorrente, cabendo-lhe para elisão da suposta conduta infracional apenas a colação dos documentos de pagamento do imposto, prova esta que não foi coligida aos autos.

Sustenta que a infração assacada está devidamente provada nos demonstrativos formatados a partir dos extratos de arrecadação pela Secretaria da Fazenda e dos livros e documentos fiscais do recorrente. Assim, o Parecer da PGE/PROFIS é pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão de 1^a instância, que julgou procedente o Auto de Infração, o qual fora lavrado para exigir do sujeito passivo duas irregularidades, relativas à falta de recolhimento e ao recolhimento a menos de

ICMS por antecipação parcial, inerentes às aquisições de mercadorias destinadas a comercialização.

Quanto às razões do Recurso Voluntário observo serem meramente protelatórias, não só porque já haviam sido propostas pelo recorrente quando da sua impugnação ao Auto de Infração, mas, principalmente, por não conter a peça recursal qualquer conteúdo de análise, limitando-se, tão somente, a requerer diligência pela ASTEC para suprir o ônus da prova de sua insurgência de negar os fatos, em que pese a acusação fiscal ter sido fundamentada em demonstrativos, cujos dados foram apurados em extratos de arrecadação e documentos fiscais em posse do próprio contribuinte, o qual, conforme consignado no Parecer da PGE/PROFIS, lhe caberia para elisão da conduta infracional apenas a colação dos documentos de pagamento do imposto, objetos das exigências fiscais.

Rejeito a preliminar de nulidade da Decisão recorrida, quando o recorrente afirma que “... *conclui-se que o Ato praticado pela Administração Pública revestiu-se de ilegalidade, devendo-se, pois, ser declarado nulo de pleno direito.*”, pois verifico que a Decisão *a quo* observou o devido processo legal, a ampla defesa e ao contraditório. O fato de a JJF indeferir o pedido de diligência requerido pelo sujeito passivo não acarreta qualquer prejuízo ao contraditório ou cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, desde que devidamente fundamentado, conforme ocorreu no caso concreto, pois, o indeferimento decorreu por considerar o órgão julgador que os dados constantes no processo são suficientes para sua apreciação, nos termos do art. 147, I, “a”, do RPAF (Decreto nº 7.629/99).

Também, nos termos do art. 147 do RPAF, indefiro o pedido para realização de diligência/perícia, por considerar suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos, assim como em razão de destinar a verificar fatos vinculados à escrituração fiscal ou a documentos que estão na posse do requerente e cuja prova (demonstrativo e documentos de arrecadação estadual dos valores exigidos) simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, inclusive para comprovar qualquer inconsistência do levantamento fiscal e motivar a diligência pretendida, como também em razão da prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos.

Há de se registrar que o ônus da prova é de quem alega, ainda mais quando é detentor dela, no caso os documentos que comprovam a satisfação do imposto reclamado, de modo a provar a improcedência das acusações fiscais. Não é permitido ao contribuinte utilizar-se do aparato fiscal para produzir provas de responsabilidade do próprio sujeito passivo, relativo a fatos modificativos ou extintivos do crédito tributário, por ele alegado, de único e pleno conhecimento dele.

Saliente-se que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, cuja descrição das acusações fiscais é precisa e congruente com os fatos que ensejaram a sua lavratura, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, cujos demonstrativos que fundamentam as imputações fiscais são inteligíveis e foram entregues cópias ao autuado, conforme recibo à fl. 45 dos autos, o que demonstra toda a metodologia da apuração da base de cálculo e do imposto exigido. Em consequência, caberia ao apelante apontar quais as mercadorias se encontravam com a fase de tributação encerrada, com recolhimento do imposto corretamente efetivado, conforme alega.

Ainda, há de se ressaltar que o lançamento de ofício se baseia em dados concretos consignados nos documentos fiscais, sendo a exigência do ICMS por antecipação parcial decorrente das aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas à sua atividade de comércio varejista de móveis, consoante documentos às fls. 10 a 44 dos autos, incidindo ICMS antecipação parcial, independente do regime de apuração adotado pelo estabelecimento adquirente, como no caso Simples Nacional, conforme preceitua o art. 12-A da Lei nº 7.014/96.

Assim, concluo que as alegações recursais não trazem qualquer fato novo capaz de modificar a

Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas as simplórias alegações de defesa.

Quanto à alegação de que a multa aplicada de 60% é confiscatória, há de se registrar que a penalidade é prevista ao caso concreto, conforme art. 42, inciso II, “d”, da Lei nº 7.014/96, falecendo competência a este colegiado a análise de sua constitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida.

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 **210621.0001/15-8**, lavrado contra **DOIS MIL MÓVEIS COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA. (BAHIA MÓVEIS) - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$72.937,83, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de abril de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO – PRESIDENTE/RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - REPR. PGE/PROFIS