

PROCESSO - A. I. N° 01785.0019/13-1
RECORRENTE - IMPÉRIO COMÉRCIO DE CAFÉ LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0040-05/16
ORIGEM - INFAZ EUNAPÓLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 21/07/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0150-11/17

EMENTA: ICMS. 1. DIFERIMENTO. DESTINATÁRIO NÃO HABILITADO PARA OPERAR NO REGIME. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Não há na defesa qualquer elemento que justifique o fato do contribuinte deixar de recolher o imposto. Do ponto de vista legal não se encontrava ainda habilitado. Infração procedente. **2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO.** Contribuinte não conseguiu elidir as infrações. Não acolhida a preliminar de nulidade Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão Unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos, neste momento processual, de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JFJ nº 0040-05/16), que julgou Procedente em Parte a autuação lavrada em 30/09/2013, a qual exige crédito tributário no valor de R\$198.716,01, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1 – Deixar de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, sendo lançado o valor total de R\$186.642,69, acrescido de multa de 60%.

2 - Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saída 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 de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, sendo lançado o valor de R\$3.098,76, acrescido da multa de 100%.

3 - Falta de recolhimento do imposto pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração decorrente da falta de registro de entrada de mercadoria, caracterizando a existência de saída não contabilizada empregada no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, sendo lançado R\$4.652,82, acrescido da multa de 100%.

4 - Falta de Recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício em aberto, sendo lançado o valor de R\$4.321,74, acrescido da multa de 100%.

O autuado apresentou impugnação às fls. 556/580 e o autuante prestou a devida informação fiscal às fls. 600/602.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa nos seguintes termos:

“O Direito Tributário é regido pelo princípio da estrita legalidade, e tal princípio atua tanto em favor do administrado como da Administração, e, portanto, as operações que envolvem o diferimento do ICMS não podem ser praticadas sem que haja expressa autorização da administração, como no caso em apreço na primeira infração, acerca do pedido para operar no regime de diferimento.

Na infração 1, de acordo com as provas anexadas ao processo (notas fiscais de entrada, fls. 7/11), o diferimento encontra-se ativo em momento posterior ao dos fatos geradores, pois conforme documento à fl. 597, o regime aludido tornou-se ativo em 14/06/2012. Não há na defesa quaisquer outros elementos que justifiquem o fato do contribuinte deixar de recolher o imposto, se do ponto de vista estritamente legal, não estava ainda habilitado.

Os documentos que foram acostados pela defesa às fls. 596/97 não se configuram como pedido de diferimento

como afirma na defesa, mas tão somente uma cópia do atestado de diferimento com impressão em 15/10/2013, mesma época da defesa do lançamento, em que se vê que a situação do diferimento passou a existir, como diz o autuante, em 14/06/2012, data anterior às operações que resultaram no lançamento (nas datas entre 02/04 e 08/05 conforme demonstrativo de fl. 06) e sequer há o número do certificado de habilitação nas vias dos documentos fiscais, conforme exigência legal.

Não procede a alegação da defesa, de "que a partir do momento que o contribuinte adentra com o pedido de habilitação, considera-se constituído seu direito, conforme ensina legislação pátria do RICMS, Decreto 13.780/2012, em seu artigo 288". O pedido é submetido a análise e são verificadas as diversas condições de atendimento do pleito; logo, não há concessão automática, sendo necessário aguardar a conclusão do processo. Infração 1 procedente.

Quanto ao levantamento quantitativo de estoque, as infrações 2, 3 e 4, tiveram suas irregularidades sanadas pela diligência efetuada (fls. 606/17) e o impugnante não se manifestou acerca dessas alterações, quando intimado. A diligência alterou as infrações para os seguintes valores:

Infração 2 - R\$3.040,09

Infração 3 - R\$4.590,31

Infração 4 - R\$4.037,67

Nos termos do RPAF, 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. Por outro lado, não procede a arguição da ilegalidade do lançamento por presunção. O Regulamento do ICMS admite o lançamento por presunção em situações definidas, como a omissão de entrada de mercadorias (infrações 2 e 3), em que se presume que a receita oriunda das vendas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais foi utilizada para pagamento das mercadorias adquiridas. Infrações 2, 3 e 4 procedentes.

Quanto ao pedido de redução de multa, não tem esta Junta a competência legal para julgar tal pedido, devendo ser feita à Câmara deste Conselho, nos termos do art. 176 do RPAF:

Art. 176. Compete ao Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF):

(...)

III - através da Câmara Superior, julgar:

c) em instância única, pedidos de dispensa ou de redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade;

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração."

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário (fls. 660/685), tecendo um breve relato sobre tempestividade, competência recursal, os fatos, a autuação, bem como acerca da Decisão recorrida, sendo objeto do Recurso todas as quatro infrações.

Asseverou que, ultrapassadas as considerações sobre a Decisão recorrida, necessário trazer à tona a base jurídica que gravita derredor do presente processo administrativo fiscal e que converge pela insubsistência do lançamento fiscal realizado e a reforma da Decisão correlata.

Prosseguindo, disse que o Recurso Voluntário sob análise objetivava atacar todo o conteúdo da Decisão, a qual manteve os elementos fiscais do Auto de Infração, passando a transcrever a imputação e seus fundamentos, descrevendo os fatos e a legislação de suporte, dando ênfase, principalmente, à infração 01.

Destacou que, das descrições transcritas, o Fisco alimentou o auto hostilizado com fatos, que buscavam revelar ter o recorrente deixado de: a) recolher o ICMS substituído por diferimento; b) recolher o ICMS relativo às operações de saída; c) emitir documento fiscal, leia-se notas fiscais de saída, quando da comercialização do café em grãos constante da autuação, motivo pelo qual originou o Auto de Infração que restou mantido pela Decisão na qual se persegue a reforma por este órgão julgador administrativo.

Adentrando ao mérito, afirmou literalmente:

"Do ICMS Substituído pelo Diferimento – Contribuinte Devidamente Habilitado para Realização das Operações por Diferimento – Prova Material - Inteligência dos Artigos 287 e 288 do RICMS/BA - Decreto nº. 13.780/2012 – Necessidade de Reforma da Decisão Recorrida.

Pontua a Decisão recorrida que o contribuinte deveria ter recolhido o ICMS, uma vez que ele encontrava-se ativo em momento posterior aos fatos geradores do lançamento fiscal, leia-se a partir da data de 14.06.2012 e so fez jus ao benefício momento posterior ao lançamento fiscal.

Ao contrário do que alegou a defesa a Decisão recorrida revela que a habilitação não é automática, uma vez

que é submetido a análise.

Mas eméritos componentes desta Câmara Recursal a assertiva erigida pela Decisão em questão para manter o lançamento fiscal da infração 01 vai de encontro ao dispositivo inserto no Decreto 13.780/2012, razão da irresignação deste contribuinte.

Vejam nobres componentes desta Casa Recursal que a partir do momento que o contribuinte adentra com o pedido de habilitação, considera-se constituído seu direito ao benefício, conforme ensina legislação estadual do RICMS, Decreto 13.780/2012, em seu artigo 288, in albis:

Art. 288. O Certificado de Habilitação para o regime de diferimento será expedido pela inspetoria fazendária do domicílio tributário do contribuinte, após requerimento formulado pelo interessado.

Resta fulgente, que à época da ocorrência do fato gerador, qual seja a competência de maio do ano de 2012, identificada na da fiscalização aclamada, o recorrente encontrava-se legalmente favorecida pelo diferimento, ao contrário do que disserta a Decisão em destaque.

Nesse sentido cultos julgadores, demonstrada está à existência de regularidade da Empresa recorrente perante o fisco, já que a própria legislação em comento explicita que, caso exista qualquer irregularidade por parte do contribuinte solicitante a habilitação não será concedida.”

Sequenciando, transcreveu o art. 287 do RICMS/BA, ressaltando o § 2º, que trata do cancelamento da habilitação e o § 3º, versando acerca da não concessão da habilitação ao contribuinte que se encontrar em débito com a fazenda pública estadual.

Destacou ter obedecido à legislação estadual e, até a presente data, ainda se encontra asistida pelo benefício do deferimento, conforme Certificado de Habilitação de Diferimento anexado à impugnação, salientando o direito de o contribuinte estar apto e, via de consequência, produzindo os efeitos administrativos junto às operações realizadas no Estado da Bahia no momento do lançamento fiscal em discussão, portanto, caracterizada a necessidade de reforma da Decisão recorrida, já que o contribuinte encontrava-se acobertado pelo direito ao diferimento no momento do lançamento fiscal em debate.

Trouxe aos autos considerações sobre a falta de comprovação material dos ilícitos imputados à Recorrente, e reproduziu, para amparar a sua tese, decisões de outros Conselhos estaduais e Pareceres de juristas sobre a inépcia da peça administrativa fiscal do lançamento vinculado, ausência dos requisitos de que o lançamento é ato administrativo plenamente vinculado ao art. 3º do CTN, devendo estar revestido dos cinco requisitos: competência, finalidade, forma, motivos e objeto.

Sequenciando, assegurou que, se o ato administrativo não apresentou – e demonstrou – os motivos pelos quais se formou, não poderia a Administração Pública gozar de seus privilégios, encontrando-se formado o defeito estrutural do ato, levando à sua inevitável nulidade.

Em seguida, ressaltou a aplicação de percentuais extorsivos de multas, quais sejam 60% e 100%, no Auto de Infração coarctado, frisando que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 523.471 AgR, na data de 06.04.2010, da relatoria do Min. Joaquim Barbosa, ressaltou ser o imposto confiscatório aquele que absorve grande parte do valor da propriedade ou da renda do Contribuinte.

Que, no caso *sub examen*, onde o Fisco Estadual aplicou a multa sobre a infração supostamente praticada pela Impugnante, em patamar superior a 50%, considerando-se a soma do valor do principal, mais a multa, chegando até 100% sobre sua totalidade, concluindo, portanto, tratar-se de confisco, pois evidenciada se encontra a inconstitucionalidade do lançamento tributário, no montante superior ao permitido pela Constituição Federal Brasileira.

Concluiu a peça recursal requerendo que a reforma da Decisão recorrida para o fim de ANULAR – NULIDADE MATERIAL os lançamentos fiscais questionados ao longo deste Recurso e, caso não seja esse o entendimento da Câmara Superior de Recursos, sejam os autos baixados em diligência, visando verificar, nota por nota, as entradas das respectivas mercadorias indigitadas como não declaradas.

Em seguida, postulou que “Ao final Seja reformada a Decisão combatida para o fim de julgar insubsistente os lançamentos fiscais a ela vinculados, bem como o exame da matéria conferida exclusivamente a esta Câmara Superior, leia-se, dispensa de multa aplicada de maneira

confiscatório em desfavor a este contribuinte por ser medida da mais clara e lidima justiça.”

A PGE/PROFIS, em Parecer de fls. 694/698, após síntese dos argumentos de inconformidade do sujeito passivo, procedeu análise da preliminar arguida de inépcia do lançamento e das argumentações de mérito visando a reforma do decisório, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por ausência de razão nas teses recursivas trazidas pelo contribuinte.

VOTO

Consoante minuciosamente relatado, o Recurso Voluntário se opõe à Decisão proveniente do Acórdão de nº 0040-05/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração epigrafado, o qual imputou, ao autuado, o cometimento de quatro infrações, todas elas hostilizadas no inconformismo recursal.

Infração de nº 01 - Deixar de proceder o recolhimento do ICMS substituído por diferimento, na condição de responsável pelo recolhimento do imposto diferido, sendo lançado o valor total de R\$186.642,69 acrescido de multa de 60%.

Infração de nº 02 - Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saída 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 de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, sendo lançado o valor de R\$3.098,76 acrescido da multa de 100%.

Infração nº 03 - Ausência de recolhimento do imposto pela presunção de 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 mercadoria caracterizando a existência de saída não contabilizada empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, sendo lançado R\$4.652,82, acrescido da multa de 100%.

Infração nº 04 - Falta de Recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria em exercício em aberto, sendo lançado o valor de R\$4.321,74, acrescido da multa de 100%.

De plano, insta destacar que, na sede da irresignação recursal, o recorrente nada trouxe de novo, capaz de fornecer subsídios para a reforma da Decisão, restringindo-se a repetir as teses da peça impugnatória, na linha de que:

- a) Estava devidamente habilitado para realização de operações por diferimento;
- b) Não houve comprovação das operações apuradas através dos lançamentos por presunção (infrações 2, 3 e 4), não tendo o Fisco se desincumbido de verificar se realmente existiu a saída de mercadorias do estabelecimento do contribuinte;
- c) A peça administrativa fiscal era inepta por cerceamento de defesa, a multa se apresentava confiscatória e, por isso, requereu a sua redução.

Esses foram, em síntese, os argumentos reiterados nas razões recursais.

Apreciando preliminarmente a alegação de inépcia do lançamento fiscal, em razão da ausência dos requisitos básicos para a imputação (competência, finalidade, forma, motivo e objeto), não se encontra razão no apelo recursal, visto que o sujeito passivo, em longa explanação, limitou-se a tecer considerações doutrinárias e jurídicas acerca da validade do ato administrativo, sem, contudo, identificar o elo de ligação da tese defendida com o caso concreto.

Em verdade, apesar do esforço dialético despendido, o recorrente, em nenhum momento, se des incumbiu do seu ônus de trazer aos autos documentos, demonstrativos ou planilhas que pudessem descaracterizar as infrações cometidas ou promover alteração nos valores imputados.

Ainda em questão preliminar, não merece acolhimento a alegação de que nas imputações 2, 3 e 4, o ônus da prova não seria do contribuinte e sim do Fisco, isso porque a acusação foi baseada em levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias, que levou a concluir pela omissão de saídas com suporte em presunção estabelecida na Lei nº 7.014/96, art. 4º, §4º, conforme se demonstrará na apreciação meritória.

Rejeitada, portanto, a tese de inépcia do lançamento fiscal.

Adentrando ao mérito, no que tange à infração 1, certo é que ela se encontra devidamente caracterizada à luz dos documentos constantes dos autos (fls. 596/597), em cujo contexto se confirma que o sujeito passivo só restou de fato habilitado, para fruir do regime do diferimento, em 14/06/2012, portanto, após a ocorrência dos fatos geradores da autuação, que aconteceram em 30/04/2012 e 31/05/2012.

Da análise do teor do art. 287 do RICMS/BA vigente à época dos fatos geradores, o fato de existir um requerimento não tem o condão de tornar o contribuinte habilitado ao regime, antes da necessária expedição do Certificado de Habilitação.

“Art. 287 – Nas operações com mercadorias enquadradas no regime de diferimento a fruição é condicionada a que o adquirente ou destinatário requeira e obtenha previamente, sua habilitação para operar nesse regime, perante a repartição fiscal do seu domicílio tributário e desde que:”

(...)

“Art. 288. O Certificado de Habilitação para o regime de diferimento será expedido pela inspetoria do domicílio tributário do contribuinte, após requerimento formulado pelo interessado. Parágrafo único. O número do Certificado de Habilitação para o regime de diferimento e a expressão “ICMS diferido – art. 286 do RICMS” deverão constar, obrigatoriamente, em todos os documentos fiscais emitidos para dar curso ao produto até o estabelecimento destinatário.”

Daí, o recorrente, no momento dos fatos geradores, ainda não poderia usufruir do benefício, disso resulta a confirmação do teor da Decisão quanto à imputação 01.

Quanto ao mérito das infrações 02, 03 e 04, melhor sorte não alcança o recorrente, porquanto apenas suscita a falta de comprovação material dos ilícitos apontados, sem, entretanto, carrear qualquer documento, levantamento ou demonstrativo capaz de dar suporte à sua arguição, limitando-se a invocar e reproduzir decisões administrativas de outros conselhos estaduais que não se coadunam com o caso versado.

Conforme já destacado na apreciação da preliminar, a autuação está embasada na presunção legal de saídas de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, de acordo com a prevista consignada no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, rezando literalmente:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I – saldo credor de caixa;

II – suprimento de caixa de origem não comprovada;

III – manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV – entradas de mercadorias ou bem não registrados;

V – pagamentos não registrados;”

(...)

Nesse quadro dimensionado, incensurável se encontra a Decisão de piso, quando observa que, tanto a Lei do ICMS, quanto o Regulamento, admitem o lançamento por presunção em situações definidas, tal como a omissão de entradas de mercadorias, quando se presume que a receita oriunda das vendas de mercadorias, sem a emissão de documentos fiscais, foi utilizada para pagamentos das mercadorias adquiridas.

Ressalte-se que caberia ao autuado descaracterizar a imputação indicando erros existentes no levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, os quais teriam dado origem aos demonstrativos de débito, demonstrativos esses que foram revisados, face a diligência solicitada em primeira instância, pela JJF, decorrendo redução dos valores originalmente apontados, sendo que o sujeito passivo, após devidamente intimado do resultado da diligência, não exerceu o seu direito de questionar o novo demonstrativo, permanecendo silente, por conseguinte, admitindo como verdadeiros os cálculos revisados.

No que diz respeito ao pedido de redução da multa aplicada, de igual sorte, não pode ser acolhido, por não se enquadrar na hipótese prevista no artigo 42, §7º, da Lei nº 7.014/96, que estatui:

§7º. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

Assim, *in casu*, as multas aplicadas estão previsionadas no art. 42, inciso II, “f” e inciso III, por descumprimento de obrigação tributária principal, qual seja, a falta de recolhimento do imposto, não cabendo, portanto, a redução ora requerida.

Relativamente à arguição de inconstitucionalidade das multas aplicadas, com amparo no art. 150, inc. IV, da CF/88, não pode, este Órgão julgador, apreciar a tese, face ao estabelecido no artigo 167, inciso I, do RPAF, que retira a competência deste CONSEF para decidir sobre a matéria.

Por fim, o pleito de, caso o julgamento fosse desfavorável ao recorrente, que se convertesse o processo em diligência, objetivando a verificação, nota por nota, das entradas das respectivas mercadorias indigitadas como sendo não declaradas, não pode ser acatado, à luz do disposto no art. 147, I, “a” e “b” do RPAF/BA, na medida em que os elementos informativos contidos no feito se apresentam mais que suficientes para embasar o julgamento da lide.

Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

Destarte, desmerece acolhimento o pedido de diligência.

Ante o exposto, o meu Voto se estratifica na linha do NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo, integralmente, a Decisão recorrida.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **017585.0019/13-1** lavrado contra **IMPÉRIO COMÉRCIO DE CAFÉ LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$198.310,76**, acrescido das multas de 60% sobre R\$186.642,69 e 100% sobre R\$11.668,07, previstas no art. 42 incisos II, “f” e III, do da Lei nº 7.014/96, além de outros acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de junho de 2017.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALNEI SOUSA FREIRE– RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS