

PROCESSO - A. I. Nº 300200.3010/16-6
RECORRENTE - SHOPPING BRINDES INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
(SHOPPING BEER)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0202-02/16
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 15/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0254-12/17

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Os argumentos defensivos não se mostraram capazes de desconstituir a infração imputada ao autuado. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Fato comprovado. Infração subsistente. 3. DMA. APRESENTAÇÃO COM DADOS INCORRETOS. MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. Contribuinte não elide a acusação fiscal. Infração mantida. 4. ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL - EFD. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO ELETRÔNICO DA ESCRITURAÇÃO FISCAL DIGITAL (EFD). MULTA FIXA POR PERÍODO DE APURAÇÃO. Ao compulsar os autos, verifica-se que a intimação para entrega de EFD foi dada ciência em 14/7/2016 e o prazo dado para entrega dos arquivos da EFD foi de 30 dias, sendo que, o contribuinte teria até o dia 14/08/2016, prazo para entregar os arquivos solicitados pelo autuante. No entanto, o Auto de Infração foi lavrado em 29/7/2016, ou seja, antes do término do prazo para apresentação dos arquivos EFD, não poderia ser cobrada a multa por ter deixado o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, constante na quarta infração. Infração prejudicada. Decretada, de ofício, a nulidade desta imputação. Afastadas as arguições de nulidade do lançamento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela 2ª JJF, com base no art. 169, I, “b”, do RPAF/BA. O Auto de Infração lavrado em 29/07/16, julgado Procedente, exige ICMS e multa por obrigação acessória no montante de R\$61.069,08, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “e” da Lei nº 7014/96, tendo em vista as seguintes acusações:

Infração 1 - 07.15.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de janeiro a dezembro de 2015. Foi lançado imposto no valor histórico de R\$ 18.595,97, mais multa de

60%.

Infração 2 - 07.15.03: Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, para fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de janeiro a maio e julho a novembro de 2015. Foi indicada multa de R\$ 5.993,11, equivalente a 60% do valor do imposto não recolhido tempestivamente.

Infração 3 - 16.05.11: Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e janeiro a dezembro de 2015. Foi indicada multa de R\$ 140,00 por DMA apresentada com dados incorretos, totalizando R\$ 3.360,00.

Infração 4 - 16.14.04: Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital - EFD, ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na legislação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2014 e janeiro a dezembro de 2015. Foi indicada multa de R\$ 1.380,00 por mês, totalizando R\$ 33.120,00.

Após tramitação regular do presente PAF em primeira instância, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0202-02/16, decidiu, por unanimidade, pela procedência do presente auto, conforme voto transcrito abaixo:

“VOTO

“Conforme já relatado, o Auto de Infração em epígrafe foi lavrado para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$ 61.069,08, em razão de quatro ilícitos fiscais, quais sejam: falta de recolhimento de antecipação parcial (Infração 1); falta de recolhimento tempestivo de ICMS devido por antecipação parcial, sendo que as saídas posteriores das mercadorias em questão foram tributadas normalmente (Infração 2); declaração incorreta de dados em DMA (Infração 3); falta de entrega de arquivo eletrônico da EFD (Infração 4).

Em sua defesa, o autuado arguiu a nulidade do Auto de Infração, pois considera que o lançamento não contém requisitos legais, uma vez que não especifica de forma clara e precisa qual a infringência que foi cometida pelo autuado.

Ao se examinar o Auto de Infração, depreende-se que os ilícitos fiscais impostos ao autuado foram descritos de forma clara e precisa, tendo sido corretamente indicados os dispositivos infringidos relativamente às irregularidades apuradas. O autuado foi pessoalmente notificado do lançamento e, naquela oportunidade, recebeu cópia do Auto de Infração e dos seus anexos, conforme recibos assinados pelo representante do sujeito passivo. Não vislumbro nos autos qualquer afronta ao devido processo legal e à ampla defesa. O processo está revestido das formalidades legais previstas, não havendo qualquer motivo para a decretação da nulidade do Auto de Infração ou do correspondente processo administrativo fiscal. Dessa forma, afasto a arguição de nulidade do lançamento tributário de ofício.

O autuado diz que a descrição das infrações não seria límpida e não permitiria a constatação da ocorrência de falta de recolhimento de ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais.

Esse argumento defensivo se mostra carente de razão, uma vez que o autuado não foi acusado de falta de recolhimento de ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Os ilícitos fiscais descritos no Auto de Infração, os quais foram reproduzidos no relatório e foram sintetizados neste voto, não se confundem com essa infração que foi citada na defesa. Ressalto que na impugnação o autuado deixa patente que está se reportando ao presente Auto de Infração, conforme consta às fls. 152, 153 e 154, portanto, não há como se supor que o contribuinte esteja tratando de outro Auto de Infração.

O defendente faz alusão ao seu enquadramento e diz que não haveria motivo para o recolhimento antecipado dos valores constantes no Auto de Infração. Esse argumento carece de sustentação, pois, conforme foi bem explicado na informação fiscal, o autuado está inscrito no cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia na condição de contribuinte “Normal” e essa situação cadastral não o desobriga do recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, tratado nas Infrações 1 e 2. Já em relação às Infrações 3 e 4, o argumento defensivo se mostra mais impertinente ainda, haja vista que essas duas últimas infrações cuidam de descumprimento de obrigações tributárias acessórias, em relação às quais o defendente não se pronunciou.

Assevera o autuado que o imposto que lhe está sendo exigido não é devido, porém não apresenta a razão que embasa essa sua assertiva. Esse argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que nos termos do art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento das infrações não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

As multas indicadas na autuação estão corretas e são as previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96 para as irregularidades apuradas. Quanto ao alegado caráter de confisco das referidas multas, ressalto que, nos termos

do art. 125, I, da Lei nº 5.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB), não se inclui entre as competências deste colegiado a apreciação de aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Ainda quanto à multa de 60%, indicada na autuação, os questionamentos do autuado relativamente ao “valor de 60,00” não se sustentam, pois está claro no demonstrativo de débito do Auto de Infração que o “60,00” se refere ao percentual da penalidade ali indicada. Os questionamentos formulados na defesa mostram-se completamente descabidos.

Em face ao acima exposto, os argumentos trazidos na defesa não se mostram capazes de desconstituir total ou parcialmente as infrações imputadas ao autuado.

Voto, portanto, pela “PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformada com a Decisão de primeira instância o autuado interpôs Recurso Voluntário, com as seguintes alegações:

Diz que: “O recorrente, mediante livros fiscais e razões do Recurso Administrativo demonstrou que aquisição de mercadorias foi em número inferior ao encontrado e alegado no AI, evidentemente, o ICMS gerado fora recolhido nos originários Estados da Federação, assim como no Estado Federado recebedor. Límpido o demonstrativo.”

Assevera que: “doutro forma não poderia ser, posto que, não teria ultrapassado fiscalização vigente em rodovias, crendo, pois que os ditos agentes possuem fé pública, e se liberadas as mercadorias o foi porque a eles comprovado origem, impostos recolhidos, dessa forma, a lavratura do Auto de Infração, não só é atrabiliário como capenga como alhures demonstrado. Capenga porquanto ausentes requisitos legais para sua plena eficácia, Assim sendo, a alegação de ter a peticionária cometido infrações, as descritas nos itens 1 e 2 constantes do Relatório, não procedem ante os já ditos e os argumentos aqui descritos.”

Aduz que: “o recolhimento do ICMS, seu pagamento feito com atraso a lei impõe a atualização monetária, tão somente, ato diverso de atualização monetária, caracteriza enriquecimento indevido da Administração em detrimento do empobrecimento patrimonial dos contribuintes.”

Nesta Toada: “(...) a Decisão impugnada se deu no sentido de reconhecer a aplicação de correção monetária apenas, entretanto, do AI consta, suposto valor nominal, atualização monetária, juros de mora e multa. Ante os acessórios supostamente devidos, resta as empresas como se diz popularmente “entregar os pontos” “jogar a toalha”. As imposições impostam representam total quebradeira.”

Por meio das notas fiscais listadas pelo autuante, observa-se que se referem às vendas internas a consumidor final, que a distribuiu a seus clientes (sistema “all inclusive”). Não há revenda de mercadorias, mas sim venda à estabelecimento que disponibiliza as bebidas aos seus clientes.

Afirma que: “nesse sentido, as saídas do recorrente não se destinaram a revenda, razão pela qual improcedendo o Auto de Infração.”

Nesta toada, protesta pela exorbitância da multa aplicada devido à sua desproporcionalidade. Ressalta que o Estado não sobrevive de multas, e esta não pode jamais ter caráter remuneratório, apenas punitivo, e deve ser aplicada na proporção da penalidade cometida. Destaca também que não ocorreu infração à legislação, porquanto nenhum imposto deixou de ser recolhido. Mas, ainda que haja algum deslize, a multa é exorbitante, injusta e abusiva, com nítido caráter confiscatório. Sendo necessária a dosimetria da pena, por força do princípio da proporcionalidade, não se pode olvidar a intenção do contribuinte, que cumpriu suas obrigações tributárias e manteve os dados devidamente registrados. Traz a jurisprudência pátria, que já consagrou a necessidade de analisar a intenção do contribuinte, se era de sonegar ou não. Cita ensinamento doutrinário, e pede que seja levado em consideração também o benefício da dúvida.

Ante o exposto, entende o recorrente, que a Decisão se apresenta se mostra incorreta, baseada em

Auto de Infração cuja nulidade é visível, sendo assim, comprometida análise e interpretação, não olvidando em concluir que equivocada, contrariando determinação legal para sua lavratura.

Com relação à correção monetária aduz:

1. A aplicação da atualização monetária é formula primária, porém, se deu em total desacordo com orientação de julgados pátrios, jurisprudência dominante, A correção se dá exclusivamente, sobre hipotético débito. Equivocado o AI, equivocada Decisão, Acórdão.
2. Claramente entende e determina o STF incidência de atualização monetária, tão somente, como maneira de manter o poder real da moeda, não como punição.
3. E da forma constante no AI, claramente se detecta esta figura esdruxula, principal+ juros+ multa, somatório com atualização monetária. Plus sobre plus
4. Corroborar com essa forma de proceder, nada mais seria que a total permissão submissão ao poder público de ação ao seu bel arbítrio e constitucionalmente não lhe é dado essa liberdade.

O recorrente reclama, também, da multa aplicada que considera exorbitante. Entende que aplicar penalidade de 60% do valor do ICMS é inconstitucional, pois tem efeito de confisco, conforme art. 150 da Constituição Federal.

Por fim pede que:

- ✓ **Diante do exposto**, requer a Vv. Sas se dignem **RECONSIDERAR** a Decisão que pugnou pela procedência do Auto de Infração de nº 300200.3010/16-6, indeferiu o pedido do recorrente, a fim de ser corrigida a injustiça, garantindo-se a atualização monetária em face dos valores pagos administrativamente, aplicação de atualização monetária sobre tão somente valores que diz a administração pública devidos, redução de multas observando-se o princípio da razoabilidade, nos termos da jurisprudência dominante.
- ✓ Se assim não entender, determine a remessa do presente pedido à Superior Instância Administrativa/outra Junta de Julgamento.

Este é o Relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida por meio do Acórdão 2ª JF nº 0202-02/16, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafiado, lavrado no dia 10/11/2016 para exigir crédito tributário no montante de R\$61.069,08.

Inicialmente, com base no § 3º do Art. 164 do RPAF/BA, procedo a retificação da Resolução Decisão da Junta por haver erro material, no que se refere ao valor total das multas indicadas. O valor lançado na Decisão foi de R\$12.665,10, quando o correto é de R\$42.473,11.

Desta forma a Resolução correta passa a ser:

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 300200.3010/16-6, lavrado contra **SHOPPING BRINDES INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$18.595,97**, acrescido da multa de 60%, previstas no art. 42, II, “d”, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$43.473,11**, previstas no art. 42, II, “d”, c/c §1º, XVIII, “c”, e XIII-A, “I”, da mesma Lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

No Auto de Infração, com exceção da infração 4, foram obedecidas todas as determinações inseridas no art. 39, do RPAF/BA, quais sejam: a identificação do sujeito passivo, a descrição da infração, o dispositivo da legislação tributária infringido, a indicação da base de cálculo, alíquota e valor do imposto exigido, permitindo ao recorrente o exercício do seu direito de defesa e do contraditório.

Da análise dos documentos e demais elementos que instruem o presente PAF, em confronto com o quanto decidido no julgamento realizado em Primeira Instância, constata-se que, de fato, o

direito de defesa do contribuinte foi devidamente atendido, no caso vertente, não ensejando a nulidade do presente Auto de Infração.

Em relação à infração 4, ao compulsar os cadernos processuais fl. 13, verifico que a intimação para entrega de EFD foi dada ciência em 14/7/2016 e o prazo dado para entrega dos arquivos da EFD foi de 30 dias. Assim o contribuinte teria até o dia 14/08/2016, prazo para entregar os arquivos solicitados pelo autuante.

Como o Auto de Infração foi lavrado em 29/7/2016, ou seja, antes do término do prazo para apresentação dos arquivos EFD, não poderia ser cobrada a multa por ter deixado o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, constante na infração 4 no valor de R\$33.120,00.

Ante o exposto, considero PREJUDICADA a análise da infração 4, e de ofício voto pela NULIDADE da infração 4.

Quanto ao Recurso Voluntário à recorrente não trouxe nenhum argumento novo que não fora objeto de análise pelos órgãos julgadores de 1ª Instância.

Conforme já relatado, o Auto de Infração em epígrafe foi lavrado para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$61.069,08, em razão de quatro ilícitos fiscais, quais sejam: falta de recolhimento de antecipação parcial (Infração 1) no valor de R\$18.595,97; falta de recolhimento tempestivo de ICMS devido por antecipação parcial, sendo que as saídas posteriores das mercadorias em questão foram tributadas normalmente (Infração 2) no valor de R\$5.993,11; declaração incorreta de dados em DMA (Infração 3) no valor de R\$3.360,00; falta de entrega de arquivo eletrônico da EFD (Infração 4) no valor de R\$33.120,00.

O argumento defensivo de que o recorrente, mediante livros fiscais e razões do Recurso Administrativo demonstrou que aquisição de mercadorias foi em número inferior ao encontrado e alegado no Auto de Infração, evidentemente, o ICMS gerado fora recolhido nos originários Estados da Federação, assim como no Estado Federado recebedor. Límpido o demonstrativo.

Tal argumento não deve prosperar, uma vez que o autuado não foi acusado de falta de recolhimento de ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Os ilícitos fiscais descritos no Auto de Infração, os quais foram reproduzidos no relatório e foram sintetizados neste voto, não se confundem com essa infração que foi citada na defesa.

O recorrente diz que não haveria motivo para o recolhimento antecipado dos valores constantes no Auto de Infração. Tal argumento carece de sustentação, pois, conforme foi bem explicado na informação fiscal, o autuado está inscrito no cadastro da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia na condição de contribuinte “Normal” e essa situação cadastral não o desobriga do recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, tratado nas Infrações 1 e 2.

Verifico que as notas elencadas nas infrações 1 e 2 são diferentes e referem-se a produtos diversos.

Em relação à Infração 3, o argumento defensivo se mostra mais frágil, uma vez que essas duas últimas infrações cuidam de descumprimento de obrigações tributárias acessórias, em relação às quais o recorrente não se defendeu.

Voto pelo PROCEDÊNCIA das infrações 1 a 3.

Quanto ao argumento que: *“A aplicação da atualização monetária é formula primária, porém, se deu em total desacordo com orientação de julgados pátrios, jurisprudência dominante, A correção se dá exclusivamente, sobre hipotético débito. Equivocado o AI, equivocada Decisão, Acórdão”*, não deve prosperar, pois esta prevista na legislação, conforme determinações inseridas no art. 39, do RPAF/BA.

Quanto ao argumento de que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório, observo que as mesmas estão previstas: Infração 1 e 2 no art. 42, II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96 e a Infração 3 no art. 42, XVIII, alínea “c”, e a Infração 4 no art. 42, XIII-A, alínea “L”, da Lei nº 7.014/96, portanto é legal. No que se refere ao argumento de que é inconstitucional ressalto que nos termos do art. 125, I, da Lei nº 5.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB), não se inclui entre as competências deste colegiado a apreciação de aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, de ofício, julgar NULA a infração 4 para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, declarar nula a infração 4, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300200.3010/16-6**, lavrado contra **SHOPPING BRINDES INDÚSTRIA, COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. (SHOPPINHG BEER)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.595,97**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$3.360,00** e multa percentual no valor de **R\$5.993,11**, previstas nos incisos XVIII, “c” e II, “d”, c/c §1º, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS - REPR. DA PGE/PROFIS