

A. I. Nº - 089027.0010/16-1
AUTUADO - INDÚSTRIA DE TINTAS VISUALCOLOR LTDA. - EPP
AUTUANTE - ANTONIO VILSON MIRANDA LIMA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 05.07.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0099-05/17

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. ICMS LANÇADO NA ESCRITA FISCAL. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Não acolhidos os pedidos de nulidade do procedimento fiscal. Infrações devidamente comprovadas com a juntada das cópias reprográficas dos elementos da escrita fiscal do contribuinte. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 28/03/2016 para exigir ICMS no valor principal de R\$298.835,85, contendo as seguintes imputações:

***INFRAÇÃO 01.** “Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia.” Valor exigido: R\$281.476,05. Multa de 150%, prevista no art. 42, inc. V, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.*

***INFRAÇÃO 02.** “Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.” Valor exigido: R\$17.359,80. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.*

O contribuinte foi notificado do lançamento e ingressou com a defesa administrativa protocolada em 02/05/16, em petição subscrita por advogado, habilitado a autuar nos autos através do instrumento juntado à fl. 33.

A defesa, inicialmente, sustenta que o lançamento de ofício deve ser anulado por ausência dos critérios da proporcionalidade na apuração de deduções, créditos e impostos a recolher, em relação aos produtos da substituição tributária. Fez citação do inc. X, do art. 93, da CF/88, para afirmar que o contribuinte foi prejudicado no exercício do seu direito de defesa declarando ainda que a fiscalização partiu de presunções para chegar à conclusão de que houve infrações fiscais. Que o fisco não prestou o mínimo de informações capitais, para exercício do contraditório ainda que reconheça que no caso concreto não esteja a sustentar a ausência de infrações. Nesse sentido fez transcrição da decisão judicial cuja ementa é reproduzida à fl. 22. Disse ainda que a autuação violou o princípio da não cumulatividade do ICMS visto que a autoridade fiscal ainda que tenha considerado os créditos do imposto das mercadorias sujeitas à antecipação tributária teria deixado de demonstrar as alíquotas aplicáveis na origem para fins de apuração do imposto. Citou o art. 155, § 2º, inc. I, da CF, que trata do princípio da não cumulatividade e trechos doutrinários do constitucionalista José Afonso da Silva e do tributarista Roque Carrazza. Em seguida o contribuinte afirma que se encontrava devidamente enquadrado no “SIMBAHIA”, como empresa de pequeno porte, vez que apresentou receita bruta e compras acumuladas superiores a R\$360.000,00 e igual ou inferior a R\$2.400.000,00. Que a alíquota do imposto, nessa situação, é determinada em função da receita bruta acumulada desde o início do ano e que a autoridade fiscal desconsiderou o enquadramento da empresa no “SIMBAHIA”, tomando por base a omissão de valores lançados nas DME's (Declarações Mensais do ICMS). Argumenta que a fiscalização lavrou o Auto considerando contribuinte com enquadramento no Regime Normal de Tributação levando a efeito exigência de imposto indevida e já paga. Declarou mais à frente que a tributação

referente ao exercício de 2009 foi regularmente efetuada sobre todas as operações com cartão de crédito e devidamente incluída nas respectivas DME's.

Suscitou também a nulidade do Auto de Infração por erro na apuração da base de cálculo e na falta de indicação do critério de arbitramento, afirmando ainda que houve discrepância entre o arbitramento e a realidade fática. Argumenta que na base de cálculo foram incluídos encargos financeiros das vendas a prazo (correção monetária), que não integram a base imponible do tributo (Decreto nº 33.118/91). Voltou a enfatizar que a autuação tomou por base informações das administradoras de cartão de crédito/débito, com conteúdo totalmente errôneo, partindo de presunções e adotando o método de arbitramento, em violação a diversos dispositivos legais, entre eles o art. 97 e seguintes e o art. 142 do CTN, este último, relacionado ao lançamento tributário. Entende, portanto, que o lançamento de ofício atacado na exordial é defeituoso, devendo ser anulado.

Disse ainda que as multas aplicadas no Auto de Infração são confiscatórias.

Reiterou ao final o pedido de anulação do Auto de Infração em função dos vícios materiais e formais apontados.

O autuante prestou Informação Fiscal em 31/05/2016, peça que se encontra anexada às fls. 40 a 42 do PAF. Após fazer uma síntese das alegações defensivas afirmou que as apurações do imposto lançado se encontram discriminadas nos Anexos que compõem o Auto de Infração e que as teses articuladas na peça de defesa estão desconectadas dos fatos apresentados nos autos. Concluiu a peça informativa pedindo que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

Distribuído o PAF para a 5ª JJF foi o mesmo convertido em diligência para o autuante visando à prestação de nova informação fiscal de forma que os fatos e teses apresentados na peça impugnatória fossem abordados, um a um, conforme exige o § 6º, do art. 127, do RPAF/99. Foi solicitada ainda a juntada ao processo de cópias de livros e documentos que serviram de base para a apuração do imposto dos itens 01 e 02 do Auto de Infração.

O autuante, em nova informação fiscal, juntada às fls. 47/48 dos autos, declarou que as teses defensivas nada têm a ver com os fatos que ensejaram a instauração do presente PAF que trata da falta de recolhimento do ICMS retido por substituição tributária e ICMS não recolhido apurado e registrado nos livros fiscais, conforme cópias reprográficas anexadas às fls. 51 a 173 (livros de Apuração do ICMS Normal e Substituição Tributária, escriturados pelo contribuinte). Quanto ao enquadramento da empresa autuada na condição de empresa de pequeno porte (EPP) disse que o contribuinte no intervalo de 01 de julho de 2007 a 31 de dezembro de 2010 se encontrava cadastrado no Simples Nacional e a partir de 01/01/2011 o mesmo foi desenquadrado passando à condição de normal, conforme comprovaria a cópia de Registro Cadastral juntada à fl. 49. Acrescentou em seguida que os fatos geradores que ensejaram a presente autuação estão vinculados aos exercícios fiscais de 2013 e 2014, portanto, bem depois da empresa ter sido desenquadrada do regime simplificado de apuração do imposto.

Ao finalizar a sua intervenção o autuante reiterou o pedido de declaração de total PROCEDÊNCIA da autuação por este CONSEF.

O contribuinte foi notificado, via correios, do inteiro teor da nova informação fiscal, em 09/02/2017, conforme atesta o aviso de recebimento (AR) juntado à fl. 179, com reabertura do prazo de defesa de 60 (sessenta) dias.

Ao fim daquele prazo, o contribuinte, através de seu patrono, não apresentou novas razões para elidir a autuação.

Em 09/05/2017 o PAF foi redistribuído pela Secretaria da CONSEF para este relator considerando o afastamento do relator originário, Auditor Fiscal Luiz Alberto Amaral de Oliveira.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 02 (duas) imputações conforme foi detalhadamente exposto no relatório. Trata-se da cobrança de ICMS retido e não recolhido, a título de substituição tributária, no valor principal de R\$281.476,05 e de ICMS normal, não recolhido nos prazos regulamentares, relacionado a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no importe de R\$17.359, 80.

A defesa sustentou que o lançamento de ofício em lide padece de diversas nulidades: a) ausência dos critérios da proporcionalidade na apuração de deduções, créditos e impostos a recolher em relação aos produtos da substituição tributária; b) que o fisco não prestou o mínimo de informações capitais, para exercício do contraditório ainda que reconheça que no caso concreto não esteja a sustentar a ausência de infrações; c) violação ao princípio da não cumulatividade do ICMS visto que a autoridade fiscal ainda que tenha considerado os créditos do imposto das mercadorias sujeitas à antecipação tributária, teria deixado de demonstrar as alíquotas aplicáveis na origem para fins de apuração do imposto; d) que se encontrava devidamente enquadrado como empresa de pequeno porte, sujeitando-se à tributação simplificada e que a alíquota do imposto, nessa situação, é determinada em função da receita bruta acumulada; e) que houve erro na apuração da base de cálculo e na falta de indicação do critério de arbitramento, afirmando ainda que ocorreu discrepância entre o arbitramento e a realidade fática; f) argumentou ainda que na base de cálculo foram incluídos encargos financeiros das vendas à prazo (correção monetária), que não integram a base imponible do tributo; g) enfatizou também que a autuação tomou por base informações das administradoras de cartão de crédito/débito, com conteúdo totalmente errôneo, partindo de presunções e adotando o método de arbitramento, em violação a diversos dispositivos legais; h) por último ressaltou que as multas aplicadas são confiscatórias.

No tocante aos pedidos de nulidade do Auto de Infração, cabe inicialmente registrar que o lançamento de ofício em exame abrange meses os exercícios de 2013 e 2014, sendo aplicável a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores - a Lei nº 7.014/96 e o RICMS/12 (Dec. nº 13.780/12). Portanto, na formalização do lançamento deve ser aplicada a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, conforme estabelece o art. 144 do CTN (Código Tributário Nacional).

Quanto ao suporte probatório observo que a autoridade fiscal tomou por base as informações constantes da escrita fiscal do sujeito passivo, juntados na segunda informação fiscal, com reabertura do prazo de defesa (docs. fls. 49 a 173 – compreendendo informações de dados cadastrais do contribuinte e cópias dos livros de apuração do ICMS do sujeito passivo). Além dessas provas, que foram obtidas na ação fiscal, o autuante se valeu também das informações existentes no banco de dados da SEFAZ juntados às fls. 12 a 17, declarados pelo sujeito passivo, que serviram de base para a realização dos “batimentos” quanto às operações de saídas, escrituração fiscal e recolhimentos em favor do erário estadual.

Ao contribuinte, por sua vez, foi oportunizado contraditar todos esses elementos de prova, inclusive com a reabertura do prazo de defesa, determinada após a diligência encaminhada por esta 5ª JF (fl. 45).

Portanto, o lançamento fiscal está lastreado em prova documental farta que tem origem na escrita do ICMS do próprio contribuinte e na demonstração dos cálculos do imposto, relativamente à substituição tributária e ICMS normal escriturado e não recolhido que se encontram detalhados nos Demonstrativos juntados às fls. 11 e 10, respectivamente.

O contribuinte no período da autuação se encontrava cadastrado no regime normal de apuração do ICMS, na condição de EPP (empresa de pequeno porte), conforme atesta o documento anexado à fl. 49. Não houve, portanto, uso incorreto de alíquotas e apuração da base de cálculo através da via do arbitramento, visto que o imposto lançado tomou por base os dados da escrituração fiscal do sujeito passivo.

As diversas referências feitas pela defesa à apuração do imposto através das vendas por meio de cartão de crédito/débito não tem relação com os fatos da autuação. A Auditoria Fiscal, conforme já ressaltado linhas acima, se pautou, conforme já alinhado acima, nas declarações firmadas pelo contribuinte em relação ao ICMS próprio e ao devido por Substituição Tributária (ICMS-ST), lançados na escrita fiscal e não recolhidos.

Dessa forma as nulidades suscitadas na peça defensiva para invalidar o Auto de Infração não se sustentam. Da mesma forma no mérito, não há razões para afastar as cobranças lançadas no Auto de Infração.

Quanto à questão da excessiva onerosidade das multas aplicadas frente ao princípio constitucional do não confisco é matéria que não pode ser apreciada na instância administrativa, visto que o julgador do contencioso fiscal não pode declarar a inconstitucionalidade de norma vigente no ordenamento jurídico, deixando de aplicá-la. Incidência das disposições do art. 167, inc. I, do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99. Essa matéria deverá ser submetida ao Poder Judiciário através do manejo das ações próprias.

Nosso voto, portanto, é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **089027.0010/16-1**, lavrado contra **INDÚSTRIA DE TINTAS VISUALCOLOR LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$298.835,85**, acrescido das multas de 150% sobre R\$281.476,05 e de 60% sobre R\$17.359,80, previstas, respectivamente, no art. 42, inc. V, letra “a” e inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de sessões do CONSEF, 01 de junho de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA