

**A. I. Nº** - 087015.3009/16-2  
**AUTUADO** - ITAPETINGA CALÇADOS LTDA - EPP  
**AUTUANTE** - COSME ALVES SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ ITAPETINGA  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 13.07.2017

#### 5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0112-05/17

**EMENTA:** ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Imputação não elidida. Imposto apurado a partir dos dados escriturados pelo próprio contribuinte no seu livro de apuração do ICMS. Infração devidamente comprovada com a juntada das cópias reprográficas dos elementos da escrita fiscal. Afastada a preliminar de nulidade do lançamento. Não acolhido o pedido de exclusão da penalidade por descumprimento da obrigação principal por violação ao princípio constitucional do não confisco -, matéria que foge à competência da instância administrativa de julgamento. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 30/06/2016 para exigir ICMS no valor principal de R\$118.939,00, contendo a seguinte imputação:

Infração 01 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Conforme cópias dos livros de apuração do ICMS de 2012 e 2013 e EFD's (Apuração) de 2014 e 2015, confrontados com os dados constantes do SIGAT – INC – recolhimentos. Aplicada a multa de 60% sobre o valor do imposto não recolhido, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.

O Auto de Infração está lastreado nas cópias reprográficas do livro de Apuração do ICMS anexadas às fls. 06 a 81v dos autos.

O contribuinte foi notificado do lançamento de ofício em 08/07/2016 conforme Termo juntado à fl. 82 e ingressou com defesa administrativa protocolada em 08/09/2016. A peça impugnatória se encontra apensada às fls. 85 a 99 e foi firmada pela sócia da pessoa jurídica autuada.

Na petição de defesa o contribuinte suscitou a preliminar de nulidade do Auto de Infração por insegurança da acusação fiscal e cerceamento do direito de defesa. Declarou que o autuante para fundamentar a presente autuação não trouxe a demonstração precisa de seus cálculos, nem mesmo explicitou como chegou ao valor cobrado impossibilitando que exercesse na plenitude o seu direito de defesa. Afirmou que tais fatos consubstanciam insegurança na determinação da infração e ofende os princípios da ampla defesa e do contraditório, acarretando nulidade absoluta do presente lançamento.

Ao ingressar nas razões de mérito declarou que a suposta infração não foi devidamente comprovada. Disse que a legislação determina que o dever de provar é do fisco, não bastando a este efetuar o lançamento sem esteio na devida comprovação. Que caberia, em suma, à autoridade administrativa, a prova da veracidade dos fatos alegados.

Transcreveu doutrina de tributaristas pátrios acerca do ônus probatório do fisco, a exemplo de ALIOMAR BALEEIRO e JOSÉ FERNANDO CEDEÑO DE BARROS.

Citou decisão do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda relacionado ao tema em discussão, com o seguinte teor:

*“IRPJ – OMISSÃO DE RECEITAS - Conforme dispõe o art. 112 do CTN, o lançamento requer prova segura da ocorrência do fato gerador do tributo. Tratando-se de atividade plenamente vinculada (Código Tributário Nacional, arts. 3ª e 142), cumpre à fiscalização realizar as inspeções necessárias para a obtenção dos elementos de convicção e certeza indispensáveis à constituição do Crédito Tributário. Caso contrário, subsistindo a incerteza no caso de prova, o fisco deve abster-se de praticar o lançamento em homenagem à máxima in dubio pro reo. Recurso provido”. (Acórdão nº 107.05497 – 7ª Câmara – Relatora Maria do Carmo Soares Rodrigues de Carvalho – DOU 19.05.1999 – p. 06)*

Em seguida passou a abordar questões relacionadas à multa aplicada no Auto de Infração. Sustenta que a penalidade no montante de 60% do imposto lançado é abusiva e inconstitucional, quase dobrando o valor do tributo devido, não tendo, pois, sustentação jurídica válida, incorrendo em vício de ilegalidade por ter efeito confiscatório.

Fez menção à decisão do STF, firmada na ADI 551, que manifestou entendimento pela proibição de confisco em matéria tributária, ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento pelo contribuinte de suas obrigações tributárias, por violação ao art. 150, inc. IV, da Constituição Federal. No mesmo sentido o posicionamento do TRF (Tribunal Regional Federal) da 1ª Região que considerou multas superiores a 20% desproporcionais e confiscatórias, conforme Acórdão transcrito à fl. 98 dos autos (TRF - 1ª Região, 8ª Turma, AC 199901000145140/MG, Relatora Desembargador Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, DJ 7.7.2006, p. 109).

Ao finalizar a peça de defesa formulou pedido pelo cancelando do lançamento fiscal.

Foi prestada Informação Fiscal em 05/01/2017, peça processual que se encontra anexada à fl. 103 deste PAF.

O autuante disse inicialmente que o contribuinte, na peça de defesa, declarou que *“o Agente Fiscal, para fundamentar a presente exigência fiscal não traz em sua autuação demonstração precisa de seus cálculos, para se verificar como ele chegou ao valor cobrado e com isso a empresa se defender melhor”*.

Para contraditar as alegações defensivas informou que o crédito reclamado tem por base probatória o imposto que o próprio sujeito passivo lançou em sua escrituração, no Livro Registro de Apuração de ICMS. Que esse imposto não foi objeto de posterior recolhimento aos cofres públicos, no período entre 01/01/2012 a 31/12/2015, totalizando um montante principal de R\$118.939,00.

Anexou cópias das relações de DAE's de todos os recolhimentos efetuados pelo contribuinte, no período 2012 a 2016, pertinentes a débitos que não estão relacionados ao ICMS ora reclamado, observando ainda que os referidos pagamentos são anteriores ao período fiscalizado.

Ao concluir a peça informativa pede que o auto de infração seja julgado totalmente procedente.

O contribuinte foi notificado do inteiro teor da informação fiscal, através do Termo de Intimação juntado à fl. 110. Foi concedido ao mesmo, prazo de 10 (dez) dias para manifestação. Após esse prazo o sujeito passivo não ingressou com nova petição nos autos.

## VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de uma única imputação relacionada à falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais do contribuinte. Trata-se, portanto, de imposto lançado ou escriturado e não recolhido.

Na petição de defesa o contribuinte suscitou a preliminar de nulidade do Auto de Infração por insegurança da acusação fiscal e cerceamento do direito de defesa. Não vislumbro razões para se decretar a invalidação do lançamento de ofício. Isto porque, na peça acusatória, houve a descrição precisa dos fatos considerados infração à legislação tributária, o enquadramento desses fatos na legislação de regência do imposto e a juntada de cópias reprográficas de livro de

apuração do ICMS, sendo este o principal documento que dá lastro à imputação fiscal. Os valores lançados pelo autuante foram integralmente extraídos do livro de Apuração do imposto, do campo “saldo devedor” e transportados para o Demonstrativo de Débito do Auto de Infração. As cópias das folhas do mencionado livro fiscal estão inseridas às fls. 06 a 81 do PAF. Não se verificou, no caso concreto, imprecisão na acusação nem cerceamento ao direito de defesa, de forma que foi possível ao contribuinte desenvolver as teses defensivas relacionadas ao mérito da autuação e a este órgão julgador proferir decisão sobre as questões de fundo (substanciais) alegadas pelas partes. É o que passaremos a fazer a partir de agora.

No mérito, o autuado não trouxe aos autos prova que elidisse a acusação de falta de recolhimento do imposto escriturado nos seus livros fiscais. Inexiste documentos de arrecadação que atestem o pagamento do tributo apurado no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2015. Os documentos relativos a pagamento de ICMS apresentados pelo autuante na fase de informação fiscal e inseridos às fls. 104 a 108, com posterior ciência ao autuado se referem a débitos anteriores aos períodos fiscalizados e são objeto de pagamento via parcelamento.

Por último, a questão da onerosidade e do efeito confiscatório da multa aplicada no Auto de Infração, no percentual de 60%, 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, nesta situação, 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.

Frente ao acima exposto nosso voto 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 **087015.3009/16-2**, lavrado contra **ITAPETINGA CALÇADOS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$118.939,00**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “F”, da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA