

A. I. Nº - 207185.3008/16-7  
AUTUADO - VDC CALÇADOS EIRELI (SILVA CALÇADOS) - ME  
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA  
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 01.09.2017

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0132-05/17**

**EMENTA:** ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NOS PRAZOS REGULAMENTARES. **a)** OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS; **b)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA INTEGRAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE OUTRO ESTADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE OUTRO ESTADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. O impugnante, apesar de alegar que houve pagamento do ICMS nas saídas relativas à exigência de antecipação parcial, não trouxe aos autos nenhum elemento material, a exemplo das notas fiscais e livros fiscais de saídas das respectivas mercadorias, que consubstanciasse sua alegação, assim como não carreou qualquer outra prova do recolhimento do imposto ora exigido, não cabendo à alegada dupla tributação ou ao direito a utilização dos créditos da antecipação parcial. Mantida a exigência fiscal. 4. MULTAS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. 5. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. No que é pertinente ao mérito, o sujeito passivo, com exceção da infração relativa à antecipação parcial, devidamente sopesada, não apresentou qualquer fundamento ou prova material, que modificasse ou elidisse as demais infrações. Assim, ficam mantidas integralmente as infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 6. Afastadas as arguições de nulidade e redução das multas. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/12/2016, formaliza exigência do crédito tributário de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$43.432,49, em razão do cometimento das seguintes infrações imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Apurado nos exercícios de 2014 e 2015, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, agosto e outubro 2015, sendo exigido o imposto no valor de R\$10.809,47, acrescido da multa de 60% - Art. 42, II, "f";

INFRAÇÃO 2 - Deixou de recolher, no(s) prazo (s) regulamentar(es), ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Imposto devido declarado a menor, por divergências no somatório de bases de cálculo de operações com ECF e Notas Fiscais; débito apurado em 2014, nos meses de janeiro, março, abril, junho a setembro, novembro e dezembro de 2014, sendo exigido o imposto no valor de R\$1.597,78, acrescido da multa de 100% - Art. 42, III;

INFRAÇÃO 3 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, conforme planilhas no ANEXO I, nos meses de janeiro a dezembro

de 2014, janeiro a maio, agosto e setembro de 2015, sendo exigido o imposto no valor de R\$28.888,51, acrescido da multa de 60% - Art. 42, II, “d”;

INFRAÇÃO 4 - 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 e valores a seguir discriminados, conforme Planilha no ANEXOS I, nos meses de janeiro, março, maio, agosto e setembro de 2014, fevereiro e agosto de 2015, sendo exigido o imposto no valor de R\$1.911,94, acrescido da multa de 60% - Art. 42, II, “d”;

INFRAÇÃO 5 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Falta de escrituração no REM de Notas Fiscais relacionadas no ANEXOS I, no mês de dezembro de 2014, sendo exigido a multa no valor de R\$84,79 - Art. 42, IX, reduzida em obediência à Lei nº 13.461/15 c/c o art. 106, II, “c” da Lei nº 5.172/66 (CTN);

INFRAÇÃO 6 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Declarou DMAs de 2014 zeradas; correção após Intimação, no mês de novembro de 2016, sendo exigido a multa no valor de R\$140,00 - Art. 42, XVIII, “c”, da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 8.534/02;

O sujeito passivo apresentou defesa de fls. 332/349, inicialmente, em preliminar suscita nulidade quanto à insegurança na determinação da infração e quanto ao cerceamento do direito de defesa.

Afirma que o agente fiscal, para fundamentar a presente autuação, 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.

Destaca que tais fatos consubstanciam insegurança na determinação da infração e ofende o princípio da ampla defesa e contraditório, trazendo nulidade absoluta ao presente lançamento.

Salienta que não basta ao polo ativo da relação tributária mencionar a irregularidade, para imputar ao contribuinte o pagamento de tributo e penalidades. É imprescindível que a prática da mesma fique comprovada e que haja exposição clara do dispositivo legal infringido e dos cálculos que ditam o valor da exigência. Conclui que a acusação carece de elementos que lhe concedam a segurança necessária à sustentação da exigência em comento.

Junta julgados de outros Conselhos Administrativo de Recursos Fiscais (Processo: 3005664627789; Processo: 3007643453443).

Sustenta que em vista da nulidade formal indicada, requer seja totalmente cancelado o presente lançamento.

No mérito, disse que mesmo já estando demonstrada a nulidade formal do presente lançamento, o que levará ao seu cancelamento, por amor ao debate e em obediência ao princípio da eventualidade, pede pela improcedência das infrações 1, 2, 3 e 4. Reproduz as imputações que foram lançadas referentes aos exercícios de 2014 e 2015. Contudo, diz que essas supostas quatro infrações não foram devidamente comprovadas, o que precisaria ser, para manter o lançamento.

Declara que a própria legislação determina que o dever de provar é do fisco, não bastando tão somente lançar sem o esteio da comprovação. Cabe a autoridade administrativa a prova da veracidade dos fatos alegados. Sendo uma presunção relativa, cabe ao fisco o ônus da prova. Cumprirá a Administração Fiscal prosseguir na busca da real verdade dos fatos tributariamente relevantes. Há necessidade de busca dos fatos.

Salienta que não existe no Direito Tributário Brasileiro qualquer peculiaridade que exonere o fisco de demonstrar cabalmente a veracidade do que alega, vez que o moderno estado de direito exige da administração o máximo esforço probatório. A administração fiscal deve velar pela legalidade do procedimento administrativo do lançamento, e, em consequência devem ser trazidos aos autos provas precisas, para fundamentar suas propostas ante o órgão decisório, sob pena de submeter a graves injustiças ao contribuinte. Menciona entendimento de ALIOMAR

BALEIRO in Direito Tributário Brasileiro, Editora Forense, 2<sup>a</sup> Edição, às páginas 443 e JOSÉ FERNANDO CEDEÑO DE BARROS, in “Aplicação dos Princípios Constitucionais do Processo no Direito Tributário”, Editora Saraiva, pág. 52.

Pontua que o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, órgão julgador em segunda instância administrativa, também tem entendimento semelhante (Acórdão nº 107.05497 – 7<sup>a</sup> Câmara – Relatora Maria do Carmo Soares Rodrigues de Carvalho – DOU 19.05.1999 – p. 06). Finaliza solicitando pelo cancelamento das exigências ora impugnadas.

Refuta, ainda, quanto à infração 4, alegando que na remota hipótese de não serem totalmente canceladas as quatro infrações ora em análise, quais sejam, 1, 2, 3 e 4, tendo em vista ausência de provas da acusação, o que coloca como suposição, pelo menos a autuação descrita na infração 4 deve ser cancelada.

Explica que se trata de infração que exige o recolhimento antecipado parcial de ICMS, no ato de entrada da mercadoria no Estado da Bahia. Diz que esse valor pago antecipado gera crédito, para ser abatido no pagamento de ICMS quando da venda dessa mercadoria. Esclarece que nesse mesmo auto está sendo exigido o ICMS de saída do mesmo período (infração 1), sem abatimento de qualquer crédito.

Conclui que sendo exigido o ICMS de saída integral, não há que se falar em exigir a antecipação parcial, sob pena de se exigir valores em duplicidade e infringir o princípio da não-cumulatividade.

Impugna quanto à multa abusiva. Destaca que não sendo cancelado todo o lançamento, o que sempre é colocado como suposição, pelo menos as multas aplicadas sobre os tributos apurados devem ser reduzidas, vez que abusiva e inconstitucional.

Assevera que as multas constantes do lançamento são multas de 60% e 100% do valor do imposto principal, quase dobrando o valor do tributo devido, não tendo, pois, sustentação jurídica válida, mas tão somente como causa tornar o lançamento mais cheio, robusto e, desta forma confiscar o patrimônio do recorrente.

Ressalta que a multa não pode ter o caráter confiscatório, conforme estabelece nosso ordenamento jurídico. Cita Sacha Calmon (SACHA CALMON, em Infrações Tributárias e Suas Sanções, Ed. Resenha Tributária).

Registra que a aplicação de tamanha penalidade não pode prevalecer, porque é confiscatória, até porque não se pode punir obrigando o contribuinte a pagar quase duas vezes o que se considera devido. Com isso, esta multa afasta-se de seu caráter punitivo para virar outro tributo, confiscando os bens do contribuinte.

Declara que a proibição constitucional do confisco em matéria tributária - ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias - nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas.

Disse que conforme entendimento pacífico no STF é aplicável a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento pelo contribuinte de suas obrigações tributárias. Assim, com efeito, transcreve ementa, extraída do acórdão proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551 (STF – Relator Ministro Ilmar Galvão – Plenário – DJ de 24/10/2002).

Alega o cunho confiscatório da multa aplicada, quanto esta estiver em dissonância com a razoabilidade, vale dizer, quanto o próprio acessório representar valor que exorbite ao valor do principal.

Chama atenção para o posicionamento do TRF da 1<sup>a</sup> Região que é no sentido de considerar multas

superiores a 20% desproporcionais e confiscatórias. Reproduz Acórdão (TRF-1<sup>a</sup> Região, 8<sup>a</sup> Turma, AC 199901000145140/MG, Relatora Desembargador Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, DJ 7.7.2006, p. 109.). Observa-se que o Tribunal Federal considerou confiscatória multa de 60%, que é a menor multa aplicada no presente auto de infração.

Assim, sustenta que não sendo cancelado o auto em sua totalidade, pelo menos a multa deve ser reduzida para no máximo 20% (vinte por cento) do valor do tributo.

Por fim, pede pelo cancelamento do lançamento fiscal.

Na manifestação fiscal, fls. 356/357, preliminarmente, esclarece que a autuada protocolou tempestivamente sua Defesa, em 02/03/2017, junto ao CORAP SUL/PA V. CONQUISTA; materializada a ciência do Auto em 02/01/2017.

Em relação aos argumentos defensivos, preliminarmente a Autuada argüiu suposta “Insegurança na Determinação da Infração – Cerceamento do Direito de Defesa”, mas não precisou claramente, quais razões teriam motivado a insegurança arguida. Explica que a peça limitou-se a transcrever um arrazoado de decisões, que não tem relação objetiva com o Processo em questão, portanto, deve ser rejeitada a Preliminar arguida, porque insubstancial.

Quanto às “Razões de Mérito”, esclarece que o autuado não apresentou qualquer fundamento ou prova material, do não cometimento das infrações apontadas, as quais foram claramente descritas e demonstradas nos anexos ao Auto, fls. 14 a 31, do PAF, que foram fornecidos em CD gravado ao contribuinte, junto com a cópia do Auto. Às fls. 32 a 315, encontram-se anexados photocópias de livros e documentos que embasaram os demonstrativos das infrações.

Portanto, sustenta que não há o que questionar, quanto à clareza dos demonstrativos, e a Autuada não apresentou qualquer prova ou demonstrativo alternativo.

Quanto ao argumento de “abusividade das multas aplicadas”, não cabe discussão de mérito, na esfera de julgamento atual.

Pede pela manutenção do lançamento tributário.

## VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 06 infrações, tanto por descumprimento de obrigação principal do ICMS como por descumprimento de obrigação acessória, já devidamente relatadas.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Verifico que as infrações foram claramente descritas e demonstradas nos anexos ao Auto, fls. 14 a 31, do PAF, que foram fornecidos em CD gravado ao contribuinte, junto com a cópia do Auto, bem como consta às fls. 32 a 315, photocópias de livros e documentos do próprio sujeito passivo, que embasaram os demonstrativos das infrações.

O impugnante, a quem caberia apresentar provas quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual, apesar de alegar que houve pagamento do ICMS nas saídas relativas a exigência de antecipação parcial, não trouxe aos autos nenhum elemento material, a exemplo das notas fiscais e livros fiscais de saídas das respectivas mercadorias, que consubstanciasse sua alegação, assim como não carreou qualquer outra prova

do recolhimento do imposto ora exigido, não cabendo a alegada dupla tributação ou ao direito a utilização dos créditos da antecipação parcial.

Saliento, ademais, que o art. 142, do RPAF/99, dispõe que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

**“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”**

Verifico que o autuante traz aos autos as informações, através dos demonstrativos apresentados, com dados extraídos dos livros e documentos fiscais do sujeito passivo, se ampara na prova da veracidade dos fatos alegados, desincumbindo-se, assim, do ônus da prova que cabe ao sujeito ativo da presente relação jurídico tributária, não havendo necessidade de trazer aos autos outros fatos.

Quanto à alegação do sujeito passivo de que as multas de 60% e 100% são abusivas e caso não seja cancelado o lançamento, pelo menos as multas aplicadas devam ser reduzidas, convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissó que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Em relação ao pleito de redução das multas, no que diz respeito ao apelo da equidade, não cabe competência a essa unidade fracionário do CONSEF e sim a Câmara Superior, conforme art. 176. III, “c” do RPAF/BA:

**“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;”**

É importante destacar ainda que as decisões administrativas e judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, além das menções referentes à legislação de outras unidades da Federação, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “erga omnes”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide, assim como não cabe a esse órgão competência para decretar a inconstitucionalidade, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

No que é pertinente ao mérito, o sujeito passivo, com exceção da infração relativa à antecipação parcial, devidamente sopesada, não apresentou qualquer fundamento ou prova material, que modificasse ou elidisse as demais infrações. Assim, ficam mantidas integralmente as infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 6.

Diante do exposto, voto 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 207185.3008/16-7, lavrado contra **VDC**

**CALÇADOS EIRELI (SILVA CALÇADOS) - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43.207,70**, acrescido da multa de 60% sobre R\$41.609,92 e 100% sobre R\$1.597,78, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$224,78**, previstas nos incisos IX (com redução da multa conforme Lei nº 13.461/2015 c/c art. 106, II, “c”, da Lei nº 5.172/66 – CTN) e XVIII, “c”, do mesmo diploma legal citado, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de julho de 2017.

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR

A. I. Nº - 207185.3008/16-7  
AUTUADO - VDC CALÇADOS EIRELI (SILVA CALÇADOS) - ME  
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA  
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA  
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 01.09.2017

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0132-05/17**

**EMENTA:** ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NOS PRAZOS REGULAMENTARES. **a)** OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS; **b)** OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA INTEGRAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE OUTRO ESTADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DE OUTRO ESTADO. FALTA DE RECOLHIMENTO. O impugnante, apesar de alegar que houve pagamento do ICMS nas saídas relativas à exigência de antecipação parcial, não trouxe aos autos nenhum elemento material, a exemplo das notas fiscais e livros fiscais de saídas das respectivas mercadorias, que consubstanciasse sua alegação, assim como não carreou qualquer outra prova do recolhimento do imposto ora exigido, não cabendo à alegada dupla tributação ou ao direito a utilização dos créditos da antecipação parcial. Mantida a exigência fiscal. 4. MULTAS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. 5. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. No que é pertinente ao mérito, o sujeito passivo, com exceção da infração relativa à antecipação parcial, devidamente sopesada, não apresentou qualquer fundamento ou prova material, que modificasse ou elidisse as demais infrações. Assim, ficam mantidas integralmente as infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 6. Afastadas as arguições de nulidade e redução das multas. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/12/2016, formaliza exigência do crédito tributário de ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor histórico de R\$43.432,49, em razão do cometimento das seguintes infrações imputadas ao autuado:

INFRAÇÃO 1 - Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Apurado nos exercícios de 2014 e 2015, nos meses de janeiro a dezembro de 2014, agosto e outubro 2015, sendo exigido o imposto no valor de R\$10.809,47, acrescido da multa de 60% - Art. 42, II, "f";

INFRAÇÃO 2 - Deixou de recolher, no(s) prazo (s) regulamentar(es), ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Imposto devido declarado a menor, por divergências no somatório de bases de cálculo de operações com ECF e Notas Fiscais; débito apurado em 2014, nos meses de janeiro, março, abril, junho a setembro, novembro e dezembro de 2014, sendo exigido o imposto no valor de R\$1.597,78, acrescido da multa de 100% - Art. 42, III;

INFRAÇÃO 3 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, conforme planilhas no ANEXO I, nos meses de janeiro a dezembro

de 2014, janeiro a maio, agosto e setembro de 2015, sendo exigido o imposto no valor de R\$28.888,51, acrescido da multa de 60% - Art. 42, II, “d”;

INFRAÇÃO 4 - 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 e valores a seguir discriminados, conforme Planilha no ANEXOS I, nos meses de janeiro, março, maio, agosto e setembro de 2014, fevereiro e agosto de 2015, sendo exigido o imposto no valor de R\$1.911,94, acrescido da multa de 60% - Art. 42, II, “d”;

INFRAÇÃO 5 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s), bem(ns) ou serviço(s) sujeito(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Falta de escrituração no REM de Notas Fiscais relacionadas no ANEXOS I, no mês de dezembro de 2014, sendo exigido a multa no valor de R\$84,79 - Art. 42, IX, reduzida em obediência à Lei nº 13.461/15 c/c o art. 106, II, “c” da Lei nº 5.172/66 (CTN);

INFRAÇÃO 6 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Declarou DMAs de 2014 zeradas; correção após Intimação, no mês de novembro de 2016, sendo exigido a multa no valor de R\$140,00 - Art. 42, XVIII, “c”, da Lei nº 7.014/96 alterada pela Lei nº 8.534/02;

O sujeito passivo apresentou defesa de fls. 332/349, inicialmente, em preliminar suscita nulidade quanto à insegurança na determinação da infração e quanto ao cerceamento do direito de defesa.

Afirma que o agente fiscal, para fundamentar a presente autuação, 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.

Destaca que tais fatos consubstanciam insegurança na determinação da infração e ofende o princípio da ampla defesa e contraditório, trazendo nulidade absoluta ao presente lançamento.

Salienta que não basta ao polo ativo da relação tributária mencionar a irregularidade, para imputar ao contribuinte o pagamento de tributo e penalidades. É imprescindível que a prática da mesma fique comprovada e que haja exposição clara do dispositivo legal infringido e dos cálculos que ditam o valor da exigência. Conclui que a acusação carece de elementos que lhe concedam a segurança necessária à sustentação da exigência em comento.

Junta julgados de outros Conselhos Administrativo de Recursos Fiscais (Processo: 3005664627789; Processo: 3007643453443).

Sustenta que em vista da nulidade formal indicada, requer seja totalmente cancelado o presente lançamento.

No mérito, disse que mesmo já estando demonstrada a nulidade formal do presente lançamento, o que levará ao seu cancelamento, por amor ao debate e em obediência ao princípio da eventualidade, pede pela improcedência das infrações 1, 2, 3 e 4. Reproduz as imputações que foram lançadas referentes aos exercícios de 2014 e 2015. Contudo, diz que essas supostas quatro infrações não foram devidamente comprovadas, o que precisaria ser, para manter o lançamento.

Declara que a própria legislação determina que o dever de provar é do fisco, não bastando tão somente lançar sem o esteio da comprovação. Cabe a autoridade administrativa a prova da veracidade dos fatos alegados. Sendo uma presunção relativa, cabe ao fisco o ônus da prova. Cumprirá a Administração Fiscal prosseguir na busca da real verdade dos fatos tributariamente relevantes. Há necessidade de busca dos fatos.

Salienta que não existe no Direito Tributário Brasileiro qualquer peculiaridade que exonere o fisco de demonstrar cabalmente a veracidade do que alega, vez que o moderno estado de direito exige da administração o máximo esforço probatório. A administração fiscal deve velar pela legalidade do procedimento administrativo do lançamento, e, em consequência devem ser trazidos aos autos provas precisas, para fundamentar suas propostas ante o órgão decisório, sob pena de submeter a graves injustiças ao contribuinte. Menciona entendimento de ALIOMAR

BALEIRO in Direito Tributário Brasileiro, Editora Forense, 2<sup>a</sup> Edição, às páginas 443 e JOSÉ FERNANDO CEDEÑO DE BARROS, in “Aplicação dos Princípios Constitucionais do Processo no Direito Tributário”, Editora Saraiva, pág. 52.

Pontua que o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, órgão julgador em segunda instância administrativa, também tem entendimento semelhante (Acórdão nº 107.05497 – 7<sup>a</sup> Câmara – Relatora Maria do Carmo Soares Rodrigues de Carvalho – DOU 19.05.1999 – p. 06). Finaliza solicitando pelo cancelamento das exigências ora impugnadas.

Refuta, ainda, quanto à infração 4, alegando que na remota hipótese de não serem totalmente canceladas as quatro infrações ora em análise, quais sejam, 1, 2, 3 e 4, tendo em vista ausência de provas da acusação, o que coloca como suposição, pelo menos a autuação descrita na infração 4 deve ser cancelada.

Explica que se trata de infração que exige o recolhimento antecipado parcial de ICMS, no ato de entrada da mercadoria no Estado da Bahia. Diz que esse valor pago antecipado gera crédito, para ser abatido no pagamento de ICMS quando da venda dessa mercadoria. Esclarece que nesse mesmo auto está sendo exigido o ICMS de saída do mesmo período (infração 1), sem abatimento de qualquer crédito.

Conclui que sendo exigido o ICMS de saída integral, não há que se falar em exigir a antecipação parcial, sob pena de se exigir valores em duplicidade e infringir o princípio da não-cumulatividade.

Impugna quanto à multa abusiva. Destaca que não sendo cancelado todo o lançamento, o que sempre é colocado como suposição, pelo menos as multas aplicadas sobre os tributos apurados devem ser reduzidas, vez que abusiva e inconstitucional.

Assevera que as multas constantes do lançamento são multas de 60% e 100% do valor do imposto principal, quase dobrando o valor do tributo devido, não tendo, pois, sustentação jurídica válida, mas tão somente como causa tornar o lançamento mais cheio, robusto e, desta forma confiscar o patrimônio do recorrente.

Ressalta que a multa não pode ter o caráter confiscatório, conforme estabelece nosso ordenamento jurídico. Cita Sacha Calmon (SACHA CALMON, em Infrações Tributárias e Suas Sanções, Ed. Resenha Tributária).

Registra que a aplicação de tamanha penalidade não pode prevalecer, porque é confiscatória, até porque não se pode punir obrigando o contribuinte a pagar quase duas vezes o que se considera devido. Com isso, esta multa afasta-se de seu caráter punitivo para virar outro tributo, confiscando os bens do contribuinte.

Declara que a proibição constitucional do confisco em matéria tributária - ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento, pelo contribuinte, de suas obrigações tributárias - nada mais representa senão a interdição, pela Carta Política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas.

Disse que conforme entendimento pacífico no STF é aplicável a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, ainda que se trate de multa fiscal resultante do inadimplemento pelo contribuinte de suas obrigações tributárias. Assim, com efeito, transcreve ementa, extraída do acórdão proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551 (STF – Relator Ministro Ilmar Galvão – Plenário – DJ de 24/10/2002).

Alega o cunho confiscatório da multa aplicada, quanto esta estiver em dissonância com a razoabilidade, vale dizer, quanto o próprio acessório representar valor que exorbite ao valor do principal.

Chama atenção para o posicionamento do TRF da 1<sup>a</sup> Região que é no sentido de considerar multas

superiores a 20% desproporcionais e confiscatórias. Reproduz Acórdão (TRF-1<sup>a</sup> Região, 8<sup>a</sup> Turma, AC 199901000145140/MG, Relatora Desembargador Federal Maria do Carmo Cardoso, unânime, DJ 7.7.2006, p. 109.). Observa-se que o Tribunal Federal considerou confiscatória multa de 60%, que é a menor multa aplicada no presente auto de infração.

Assim, sustenta que não sendo cancelado o auto em sua totalidade, pelo menos a multa deve ser reduzida para no máximo 20% (vinte por cento) do valor do tributo.

Por fim, pede pelo cancelamento do lançamento fiscal.

Na manifestação fiscal, fls. 356/357, preliminarmente, esclarece que a autuada protocolou tempestivamente sua Defesa, em 02/03/2017, junto ao CORAP SUL/PA V. CONQUISTA; materializada a ciência do Auto em 02/01/2017.

Em relação aos argumentos defensivos, preliminarmente a Autuada argüiu suposta “Insegurança na Determinação da Infração – Cerceamento do Direito de Defesa”, mas não precisou claramente, quais razões teriam motivado a insegurança arguida. Explica que a peça limitou-se a transcrever um arrazoado de decisões, que não tem relação objetiva com o Processo em questão, portanto, deve ser rejeitada a Preliminar arguida, porque insubstancial.

Quanto às “Razões de Mérito”, esclarece que o autuado não apresentou qualquer fundamento ou prova material, do não cometimento das infrações apontadas, as quais foram claramente descritas e demonstradas nos anexos ao Auto, fls. 14 a 31, do PAF, que foram fornecidos em CD gravado ao contribuinte, junto com a cópia do Auto. Às fls. 32 a 315, encontram-se anexados photocópias de livros e documentos que embasaram os demonstrativos das infrações.

Portanto, sustenta que não há o que questionar, quanto à clareza dos demonstrativos, e a Autuada não apresentou qualquer prova ou demonstrativo alternativo.

Quanto ao argumento de “abusividade das multas aplicadas”, não cabe discussão de mérito, na esfera de julgamento atual.

Pede pela manutenção do lançamento tributário.

## VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla 06 infrações, tanto por descumprimento de obrigação principal do ICMS como por descumprimento de obrigação acessória, já devidamente relatadas.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Verifico que as infrações foram claramente descritas e demonstradas nos anexos ao Auto, fls. 14 a 31, do PAF, que foram fornecidos em CD gravado ao contribuinte, junto com a cópia do Auto, bem como consta às fls. 32 a 315, photocópias de livros e documentos do próprio sujeito passivo, que embasaram os demonstrativos das infrações.

O impugnante, a quem caberia apresentar provas quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado pelo fisco estadual, apesar de alegar que houve pagamento do ICMS nas saídas relativas a exigência de antecipação parcial, não trouxe aos autos nenhum elemento material, a exemplo das notas fiscais e livros fiscais de saídas das respectivas mercadorias, que consubstanciasse sua alegação, assim como não carreou qualquer outra prova

do recolhimento do imposto ora exigido, não cabendo a alegada dupla tributação ou ao direito a utilização dos créditos da antecipação parcial.

Saliento, ademais, que o art. 142, do RPAF/99, dispõe que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

**“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”**

Verifico que o autuante traz aos autos as informações, através dos demonstrativos apresentados, com dados extraídos dos livros e documentos fiscais do sujeito passivo, se ampara na prova da veracidade dos fatos alegados, desincumbindo-se, assim, do ônus da prova que cabe ao sujeito ativo da presente relação jurídico tributária, não havendo necessidade de trazer aos autos outros fatos.

Quanto à alegação do sujeito passivo de que as multas de 60% e 100% são abusivas e caso não seja cancelado o lançamento, pelo menos as multas aplicadas devam ser reduzidas, convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissó que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Em relação ao pleito de redução das multas, no que diz respeito ao apelo da equidade, não cabe competência a essa unidade fracionário do CONSEF e sim a Câmara Superior, conforme art. 176. III, “c” do RPAF/BA:

**“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;”**

É importante destacar ainda que as decisões administrativas e judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, além das menções referentes à legislação de outras unidades da Federação, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “erga omnes”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide, assim como não cabe a esse órgão competência para decretar a inconstitucionalidade, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

No que é pertinente ao mérito, o sujeito passivo, com exceção da infração relativa à antecipação parcial, devidamente sopesada, não apresentou qualquer fundamento ou prova material, que modificasse ou elidisse as demais infrações. Assim, ficam mantidas integralmente as infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 6.

Diante do exposto, voto 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 207185.3008/16-7, lavrado contra **VDC**

**CALÇADOS EIRELI (SILVA CALÇADOS) - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43.207,70**, acrescido da multa de 60% sobre R\$41.609,92 e 100% sobre R\$1.597,78, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$224,78**, previstas nos incisos IX (com redução da multa conforme Lei nº 13.461/2015 c/c art. 106, II, “c”, da Lei nº 5.172/66 – CTN) e XVIII, “c”, do mesmo diploma legal citado, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de julho de 2017.

ANGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR