

A. I. Nº - 129423.0009/17-0
AUTUADO - VDC CALÇADOS EIRELI - ME
AUTUANTE - MARIA LUIZA AMARAL VILAS BOAS
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 15.12.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0207-05/17

EMENTA: ICMS. I. DOCUMENTOS FISCAIS. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. b) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. DESENCONTRO ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO. Infrações subsistentes. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Considerações de defesa não elidem a autuação. Infração subsistente. Afastadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/06/2017, constitui crédito tributário no valor de R\$103.213,76, conforme demonstrativos acostados às fls. 09, 10, 11, 12 e 13 dos autos, com documentos e CD/Mídia anexos, em razão da constatação das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - 02.01.01: Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar (es), ICMS no valor de R\$77.246,80, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, relativas aos anos de 2014, 2015 e 2016 na forma do demonstrativo às fls. 10, 11 e 12, constantes do CD/Mídia à fl. 114 dos autos, com enquadramento no art. 2º, inc. I e art. 32 da Lei 7.014/96, c/c art. 332, inc. I, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 02 – 03.01.01: Recolheu a menor ICMS no valor de R\$4.770,91 em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, relativo aos meses de janeiro a setembro e dezembro de 2013 na forma do demonstrativo à fl. 09, constante do CD/Mídia à fl. 114 dos autos, com enquadramento nos artigos 24 a 26 da Lei 7.014/96, c/c art. 305, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

INFRAÇÃO 03 – 07.01.02: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$21.196,05 por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e ou do exterior, relativo aos meses de outubro, novembro e dezembro de 2013 e novembro e dezembro de 2014 na forma do demonstrativo às fls. 13 e 14, constantes do CD/Mídia à fl. 114 dos autos, com enquadramento no artigo 8º, inc. II e § 3º; art. 23 da Lei 7.014/96, c/c art. 289, do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012.

O sujeito passivo, às fls. 120/136 dos autos, apresenta defesa administrativa, na qual impugna integralmente o Auto de Infração em tela, conforme a seguir passo a expor:

Diz que foi lavrado o presente auto de infração exigindo valores a título de ICMS de 2013 a 2016, no importe de R\$103.213,76, acrescido de multa de 60%, além de juros e correção monetária, contudo, não deve prosperar o presente lançamento.

- Preliminar - Insegurança na determinação da Infração – Cerceamento do direito de defesa.

Destaca 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.

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

Aduz que a ausência de demonstrativos próprios prejudica a interpretação do resultado do trabalho fiscal e acaba por caracterizar insegurança que leva ao cerceamento de defesa do contribuinte.

Diz 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-se, então, que a acusação carece de elementos que lhe concedam a segurança necessária à sustentação da exigência em comento.

Destaca que outros Conselhos Administrativo de Recursos Fiscais pensam do mesmo modo a este respeito, em que destaca algumas das decisões. Assim, tendo em vista a nulidade formal indicada, requer seja totalmente cancelado o presente lançamento.

- Das razões de mérito.

Diz 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, adentrar ao mérito.

Destaca que o agente fiscal alega que a impugnante não teria efetuado o recolhimento de ICMS no período de 2013 a 2016, listando a existência de três supostas infrações, que destaca. Contudo, diz que essas supostas infrações não foram devidamente comprovadas, o que precisaria ser para manter o lançamento.

Assevera que a própria legislação determina que o dever de prova 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.

Após traçar outros comentários, inclusive com entendimentos de estudiosos do direito sobre o aspecto da prova, diz que, tendo em vista ausência de prova robusta das acusações da fiscalização, devem ser totalmente canceladas as exigências apuradas nas infrações 01 a 03.

- Dos argumentos específicos da infração 03

Diz que, na remota hipótese de não ser totalmente canceladas as oito (três) infrações ora em análise, tendo em vista ausência de provas da acusação, o que coloca como suposição, pelo menos a autuação descrita na infração 03 deve ser cancelada.

Trata-se de infração que exige o recolhimento antecipado parcial de ICMS, no ato de entrada da mercadoria no Estado da Bahia, referente ao período de 2013 a 2014. Destaca que esse valor pago antecipado gera crédito, para ser abatido no pagamento de ICMS quando da venda dessa mercadoria.

Aduz que, nesse mesmo auto, está sendo exigido o ICMS de saída de todo esse período, sem abatimento de qualquer crédito. Assim, se está 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.

- Da multa abusiva

Por fim, diz que, não sendo cancelado todo o lançamento, o que sempre é colocado como suposição pelo menos a multa aplicada sobre os tributos apurados deve ser reduzida, vez que abusiva e inconstitucional.

Conforme se verifica na autuação, aduz que a multa constante do lançamento é de 60% 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. E, a multa não pode ter o caráter confiscatório, conforme estabelece nosso ordenamento jurídico.

Diz 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 um outro tributo, confiscando os bens do contribuinte.

Observa 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.

Destaca 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. Cita ementa, extraída do acórdão proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551.

Após traçar outras considerações, diz 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.

- Do pedido.

Pelo exposto pede-se a procedência total da presente impugnação, cancelando o lançamento fiscal realizado nesse feito, analisando todos os argumentos suscitados, por ser de JUSTIÇA.

A autuante apresenta Informação Fiscal, à fl. 148 dos autos, conforme a seguir:

Diz que, após análise das alegações do autuado, constata que não foi apresentado nenhum conteúdo para que o Auto de Infração seja julgado improcedente, pois não aponta fato que possa ser considerado, apenas o *“cerceamento do direito de defesa, ausência de demonstrativos e por fim alega também que a multa aplicada nos lançamentos de 60% é abusiva”*.

Neste contexto, aduz que tem a informar que todos os demonstrativos foram anexados ao processo em mídia (fl. 114). Quanto à multa de 60%, a mesma foi aplicada conforme o que determina o RICMS/BA e que a irregularidade encontrada tem por base os Livros Fiscais de Entrada, Saída e Registro de Apuração de ICMS, escriturado pela própria empresa, onde a mesma deixou de recolher o ICMS apurado, no prazo regulamentar.

Mantém, pois, a d. agente Fiscal, em todos os seus termos, a ação fiscal.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, tendo o autuado demonstrado total entendimento da acusação, em que pese ter apresentado apenas razões de nulidade e arguição de constitucionalidade das multas aplicadas.

Sobre a arguição específica de nulidade trazida aos autos pelo sujeito passivo, que diz respeito à alegação de que o auto de infração impugnado não apresenta a demonstração precisa de seus

cálculos, para se verificar como se chegou ao valor cobrado e com isso se defender, entendendo não prosperar.

Como bem destacou a d. agente Fiscal, em sede de Informação Fiscal, consta na fl. 114 dos autos, o CD/Mídia em que se pode ter acesso a todos os demonstrativos constitutivos das imputações, com o resumo dos demonstrativos de débitos impressos e acostados aos autos, inclusive com o registro da assinatura do representante legal da empresa, em cada um dos demonstrativos, acusando o seu recebimento – Infração 1 (fls. 10, 11 e 12); Infração 2 (fl. 09) e Infração 3 (fls. 13 e 14) - atendendo, na forma destacada no início deste voto, ao que dispõe do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, mais especificamente o art. 39, que descreve os elementos básicos e fundamentais na constituição do crédito tributário. Afasto portanto as arguições de nulidade.

O presente Auto de Infração reclama crédito tributário do ICMS no valor total de R\$103.213.76, relativo a três infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, referente ao exercício de 2013, 2014, 2015 e 2016. A Infração 1, diz respeito a ter deixado de recolher o ICMS no montante de R\$77.246,90, nos prazos regulamentares, relativo a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, na forma do demonstrativo às fls. 10, 11 e 12, constantes do CD/Mídia à fl. 114 dos autos; A Infração 2, diz respeito a ter recolhido a menor ICMS no valor de R\$4.770,91 em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na sua apuração, na forma do demonstrativo à fl. 09, constante do CD/Mídia à fl. 114 dos autos; e a Infração 3, por ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$21.196,05 por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, na forma do demonstrativo às fls. 13 e 14, constantes do CD/Mídia à fl. 114 dos autos, todas impugnadas.

No mérito, da análise dos elementos constitutivos do presente processo, verifico que o sujeito passivo não trouxe aos autos quaisquer elementos de provas hábeis capazes de elidir a acusação fiscal. Na realidade, apenas se limitou a arguir a nulidade da constituição do débito tributário, a qual foi afastada pelos argumentos destacados na inicial deste voto; exceto quanto a infração 3, que diz respeito a antecipação do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições provenientes de outras unidades da Federação, na forma do art. 8º, inc. II, da Lei. 7014/96, em que diz se tratar de antecipação parcial de ICMS, onde tal valor pago antecipado das mercadorias adquiridas gera crédito, para ser abatido no pagamento de ICMS quando da sua venda; e, neste auto de infração, sem apresentar qualquer elemento probante, aduz que está exigindo o ICMS de saída de todo período da infração 3, sem abatimento de qualquer crédito.

Há de se destacar, primeiramente, que a Infração 3, não se trata de antecipação parcial de ICMS, como argui o sujeito passivo na defesa; trata-se a autuação de antecipação total de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, decorrente de mercadorias adquiridas, enquadradas no regime da substituição tributária, proveniente de outras unidades da Federação, sem o pagamento do imposto antecipado, como assim dispõe a legislação pertinente:

Art. 8º São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas pelos adquirentes, bem como do imposto relativo aos serviços prestados:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I desta lei, exceto na hipótese de tê-las recebido já com o imposto antecipado;

Estando as mercadorias abarcadas pelo regime da substituição tributária, o que não é negado em nenhum momento pelo defendente, o contribuinte alienante, neste Estado, é responsável pelo lançamento e o recolhimento do ICMS devido nas operações a serem realizadas pelos adquirentes, que é o objeto da autuação. Aliás, não há controvérsia entre as partes nesse sentido, vez que a autuação diz respeito a recolhimento a menor do ICMS por antecipação. Na realidade o defendente já houvera recolhido o imposto por substituição nas operações objeto da Infração 3, porém em valores menores do que o devido, como bem está explicitado no demonstrativo de débito às fls. 13 e 14 dos autos.

Nesse contexto, registro que o artigo 123 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo diploma legal.

Dessa forma, estando as autuações embasadas nos demonstrativos resumos às fls. 09/14, que fazem parte integrante do CD/Mídia à fl. 114 dos autos, contendo todos os demonstrativos desenvolvidos no roteiro de auditoria que fundamentam o Auto de Infração em lide, entendo restar subsistentes todas os itens que compõe o auto, ou seja, as Infrações 1, 2 e 3 são subsistentes.

Sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas na autuação aventada pelo sujeito passivo, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99. Cabe destacar, entretanto, que o Auto de Infração obedeceu em sua lavratura ao disposto nos arts. 39, 40, 41 do citado diploma legal, e se encontra apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais, sendo que a Fiscal Autuante cumpriu o seu dever funcional em obediência à legislação vigente no Estado da Bahia.

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **129423.0009/17-0**, lavrado contra **VDC CALÇADOS EIRELI - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento de imposto no valor de **R\$103.213,76**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “b”, “d” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de novembro de 2017.

JOÃO VICENTE COSTA NETO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVEA -JULGADOR