

PROCESSO - A. I. Nº 206878.0001/15-0
RECORRENTE - ICA COMERCIAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0163-02/16
ORIGEM - INFAT VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 19/07/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0157-12/18

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RAICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. BRINDES. Infração caracterizada. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DESTINADOS AO CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO. É devido o pagamento do diferencial de alíquotas. Infração não elidida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Argumentos defensivos não elidem a imputação. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração não elidida. 5. LIVROS FISCAIS. EXTRAVIO DE DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão de piso que julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 31/03/2015, que se refere à exigência de ICMS, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$212.286,05, em decorrência das seguintes infrações:

01 - 02.01.012- *Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$126,14, no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, operações com “brindes”, nos meses de maio, julho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2010, junho, agosto e outubro de 2011, conforme demonstrativos às fls.13 a 25.*

02 – 06.02.01 - *Deixou de recolher o ICMS, no valor R\$17,60, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, no mês de junho de 2011, conforme demonstrativo às fls.26 e 27.*

03 – 07.01.01 - *Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$94.110,02, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de abril a junho de 2010, abril, julho, agosto, outubro a dezembro de 2011, conforme demonstrativos às fls.28 a 45.*

04 - 07.15.01 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$113.432,29, referente a antecipação parcial, sobre aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e adquiridas para comercialização nos meses de dezembro de 2010 e maio de 2013, conforme demonstrativos e documentos às fls.46 a 486.

05 – 16.04.02 – Extravio dos seguintes livros fiscais dos anos de 2010 e 2011: Registro de Entradas, de Saídas, de Apuração do ICMS; e de Inventário; e de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, requeridos mediante intimações. Valor da multa: R\$4.600,00.

Após apresentação dos fatos feita pelo autuado em sua defesa, às fls. 499 a 510 e a contrarrazões destacas do autuante na informação fiscal às fls. 219 a 229, a 2ª JJF decidiu pela Procedência do Auto de Infração nos seguintes fatos.

VOTO

Analizando as preliminares de nulidade suscitadas na defesa pelo sujeito passivo, observo que não lhe assiste razão em sua alegação de cerceamento ao direito da ampla defesa e não atendimento ao devido processo legal, tendo em vista que:

- a) O PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do crédito tributário e a natureza das infrações apuradas, cujas multas aplicadas estão fundamentadas em diplomas legais vigentes, e nos demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.
- b) A acusação fiscal constante na peça inicial está de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, cuja descrição dos fatos está posta de forma clara e precisa no corpo do auto de infração, inclusive constando o devido esclarecimento sobre o procedimento fiscal e a origem de cada infração apurada, permitindo o perfeito entendimento da acusação fiscal. Os demonstrativos elaborados pelo autuante também identificam de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão especificados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão.

Logo, com os esclarecimentos trazidos na informação fiscal não cabe a alegação de nulidade por descrição imprecisa das infrações. Da mesma forma, não cabe a arguição de nulidade por cerceamento do direito de defesa, uma vez que nas planilhas que embasaram a autuação, desde a formação inicial e durante a fase processual, consta esclarecimentos da descrição correta das infrações, especificando nota por nota, fato que possibilitou ao autuado exercer seu amplo direito de defesa.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

No tocante ao pedido de diligência e perícia, a fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, o rejeito, porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, alínea “b”, do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 145, do RPAF/99, “o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”, o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.

Sobre a alegação defensiva de confiscatoriedade das multas observo que a sua aplicação pelo descumprimento da obrigação principal neste processo é prevista no artigo 42, inciso II, alínea “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e estão em sintonia com os fatos apurados, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estarem previstas na citada lei e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

No mérito, da análise das peças processuais constato:

Infração 01 – 02.01.02

Trata de exigência de ICMS em operações com “brindes”, através das notas fiscais relacionadas às fls.13 a 14, não lançadas no livro Registro de Saídas, e consequentemente, não levadas à tributação do imposto, consoante previsto no artigo 565, do RICMS/97, que reza:

“Art. 565. O contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deverá:

I - lançar a Nota Fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal;

II - emitir, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, Nota Fiscal com lançamento do imposto, incluindo no valor da mercadoria adquirida o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados do emitente da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: “Emitida nos termos do art. 565 do RICMS-BA”;

III - lançar a Nota Fiscal referida no inciso anterior no Registro de Saídas, na forma regulamentar.”

Examinando as cópias dos DANFEs às fls.15 a 25, constato que constam como natureza da operação “Remessa de Brindes”, e as mercadorias são “Copo Colecionável”, seringa, aplicador de brincos, relógio de pulso, bolsa térmica, canetas, balão colorido, cupons, boné, kit pescaria, colchonete.

Ressalto que o sujeito passivo em momento algum de sua defesa negou o fato imputado neste item, limitando-se a arguir a nulidade da autuação com base no fundamento de que foi aplicada multa no percentual de 100% com base no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, sem a especificação das respectivas alíneas, ensejando no seu entender, a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista o cerceamento do direito de defesa e ao contraditório, pois não tem como saber em qual das alíneas se enquadra a infração que lhe fora imputada.

Não acolho esta alegação, visto que o artigo 19 do RPAF/99, reza que: “A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”. No caso, o autuado entendeu perfeitamente o fulcro da autuação e teve oportunidade de exercer plenamente seu direito de defesa.

Mantida a infração ante a sua caracterização.

Infração 02 – 06.02.01

Diz respeito as imputação de falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestadual quando da entrada de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

O demonstrativo de fl.26 que instrui este item, faz referência ao DANFE nº 6.234, fl.27, cujo produto nele constante é “Cart. Samsung Preto SCX4200”.

Na peça defensiva o sujeito passivo não fez qualquer referência ao mérito desta exigência fiscal, caracterizando este silêncio com uma aceitação tácita do cometimento da infração.

Mantido o lançamento.

Infração 03 - 07.01.01

Acusa a falta de recolhimento do ICMS referente às aquisições de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação e sujeitas à substituição tributária, conforme dispõe o Anexo 88 do Regulamento do ICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Analisando as arguições defensivas do sujeito passivo, constato que:

- a) Quanto a alegação defensiva de que todos os valores negociados pela empresa, na quase totalidade, são de produtos isentos, nada foi apresentado neste sentido. Além do mais, ao contrário do alegado pelo autuado, no caso em comento, todas as notas fiscais de entradas relacionadas no Demonstrativo 3 (folhas 28 e 29 do PAF) se referem a mercadorias que ingressaram no território deste Estado procedentes de outras unidades da Federação e sujeitas à substituição tributária por antecipação nas saídas internas. A lei determina que o contribuinte alienante é o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto nas operações de saídas internas que efetuar para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado, exceto na hipótese de ter recebido essas mercadorias com o imposto já antecipado. É o que se encontra esculpido no artigo 353, caput, inciso II do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto 6284/97. No caso, verifico que as notas fiscais eletrônicas pertinentes à autuação se relacionam com mercadorias listadas no Anexo 88 do mesmo diploma legal: item 39 – Material de limpeza listados no Anexo Único do Protocolo ICMS 106/09 e item 43.1 – Materiais de construção, listados nos itens 5 e 44 do Anexo Único do Protocolo ICMS 104/09.
- b) Sobre a reivindicação de créditos procedentes do ICMS supostamente pago nas aquisições realizadas junto a contribuintes optantes do Simples Nacional, comungo com o autuante de que não tem qualquer fundamento, tendo em conta que todas as notas fiscais eletrônicas relacionadas no Demonstrativo 3 dizem respeito a operações cujos remetentes não estão enquadrados nessa categoria especial de tributação.
- c) Também não assiste razão ao defendente de que o percentual da Margem de Valor Agregado (MVA) extrapola a média real aplicada nas vendas. Sabe-se que os percentuais aplicados estão discriminados no Anexo 88 do Regulamento do ICMS (Decreto 6.284/97) e, no caso específico desta infração, os percentuais

são os previstos nos Anexos Únicos dos Protocolos do ICMS nºs. 104/09 e 106/09. Sendo assim, não houve da fiscalização na aplicação dos percentuais da MVA.

d) Também não tem razão o autuado de que as compras efetuadas junto às pessoas jurídicas Araforros e Biancogres se destinariam a uso próprio do estabelecimento, devido ao fato de que sendo a atividade do autuado “comércio atacadista de materiais de construção em geral”, tais aquisições estão compatíveis com esta atividade.

Sendo assim, fica mantido o lançamento, subsistindo a infração.

Infração 04 – 07.15.01

Trata da imputação de falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial sobre mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

Constatou que em relação a esta infração, apurada com base no demonstrativo de fls.46 a 57, o autuado em sua impugnação somente fez alusão ao fato de que a multa de 60% aplicada sobre o valor do imposto não recolhido, sob fundamento de que foi aplicado esse percentual sobre todos os valores negociados pelo estabelecimento, cuja quase totalidade se refere a produtos isentos, conforme notas fiscais constantes nos autos, admitindo que o lançamento deve recair somente sobre as aquisições com produtos não isentos, já que estes possuem imposto e recolher, devendo ser computadas apenas eventual diferença de ICMS.

O sujeito não foi objetivo em sua impugnação, pois não indicou quais são os produtos que são isentos e quais as notas fiscais que contemplam esta situação tributária.

Sendo assim, mantenho o lançamento, pois a defesa não atendeu ao disposto no artigo 123 do RPAF/99, (“É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativas, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação”).

Infração 05 – 16.04.02

Neste item foi aplicada multa no valor de R\$4.600,00, por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência de extravio dos seguintes livros fiscais dos anos de 2010 e 2011: Registro de Entradas, de Saídas, de Apuração do ICMS; de Livro de Inventário; e de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, requerido mediante intimações.

Constam às fls.09 a 11, três intimações para apresentação dos livros e documentos fiscais especificados, sendo a primeira no dia 14/02/2015; a segunda no dia 03/03/2015; e a terceira em 20/03/2015.

Considero que está caracterizado o cometimento da infração, visto o próprio autuado através da Declaração de fl.12, confirmou o extravio dos livros fiscais objeto da autuação.

Assim, foi correta a aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso XIV da Lei nº 7.014/96.

Quanto às multas aplicadas pelo descumprimento de obrigação principal neste processo, elas estão em perfeita sintonia com os fatos apurados e em consonância com o artigo 42, incisos III, linha “g”, incisos II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96.

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

Inconformada a Recorrente apresenta Recurso Voluntário, fls. 552/561, tecendo os mesmos argumentos da peça defensiva inicial.

Aponta a decisão da 2ª JJF com os valores decididos pela Procedência do Auto de Infração de que, em se pede preliminar de nulidade suscitada, afirma que não há cerceamento do direito de defesa da Recorrente, pois o PAF está revestido das formalidades legais, estando a acusação de acordo com os fatos apurados pela fiscalização, bem como porque nas planilhas que embasaram a autuação consta esclarecimentos das infrações, especificando nota por nota. Em relação ao pedido de diligência e perícia, verifica que fora rejeitada pelo Julgador, por entender que já há no processo todos os elementos de convicção, e porque tal providência é desnecessária em vista das provas produzidas, além de não ter a Recorrente fundamentado o seu pedido. No que se refere à confiscatoriedade das multas, observa a afirmação de que estas foram aplicadas de acordo com as determinações legais.

No mérito, quanto à infração 1, pontua que a decisão de piso se limitou a questionar a multa aplicada e, neste ponto, não acolheu as alegações, afirmando que a autuada entendeu o fulcro da

autuação. Na infração 2, salienta que a autuada não fez referência ao mérito desta, caracterizando aceitação tácita. Acerca da infração 3, afirma que nada foi apresentado pela autuada para demonstração da isenção das mercadorias negociadas; e que todas as notas fiscais de entrada relacionadas no demonstrativo 3 se referem a mercadorias originadas de outras unidades da Federação e sujeitas à substituição tributária por antecipação nas saídas internas. Que a lei estabelece que o alienante é o responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, devendo fazer a retenção nas saídas internas, exceto na hipótese de ter recebido essas mercadorias com o imposto já antecipado. Que constatou nas notas fiscais eletrônicas estarem às mercadorias listadas no Anexo 88, item 39.

Assinala que os créditos do ICMS antecipado, entende que procede a autuação, uma vez que nas notas fiscais relacionadas no Demonstrativo 3 constam remetentes não enquadrados no regime especial de tributação. Afirma, ainda, que o Julgador que não procede a arguição realizada acerca do MVA aplicado às mercadorias, pois os percentuais estão discriminados no Anexo 88 do RICMS, e que, no caso dos autos, os percentuais estão previstos nos Anexos Únicos dos Protocolos do ICMS 104/09 e 106/09. Alega que a Recorrente não possui razão no que tange às compras efetuadas junto às pessoas jurídicas Aratorros e Biancogres, pois a atividade da autuada está compatível com as aquisições. Acerca da infração 4, aduz que a autuada apenas fez alusão à multa de 60% aplicada sobre o valor do imposto não recolhido, e que esta não foi objetiva na sua impugnação, não tendo indicado quais produtos são isentos e suas respectivas notas fiscais. Dispondo sobre a infração 5, afirma que houve três intimações para apresentação de livros e documentos fiscais, considerando que está caracterizada a infração, sendo que a Recorrente confessou o extravio dos livros fiscais. Ao final, afirma que as multas aplicadas pelo descumprimento da obrigação principal estão em sintonia com os fatos apurados e com o art. 42, III, “g”, incisos II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96.

Conclui julgando totalmente procedente o Auto de Infração objurgado.

Nas razões recursais, explica que há razões claras e comprovadas para a reforma da decisão ora recorrida e julgamento improcedente do Auto de Infração questionado.

Disse às mercadorias isentas, onde o Julgador afirma que nada foi apresentado pela autuada para demonstração da isenção das mercadorias negociadas, e que todas as notas fiscais de entrada relacionadas no demonstrativo 3 se referem a mercadorias originadas de outras unidades da Federação e sujeitas à substituição tributária por antecipação nas saídas internas, tem-se que, ao contrário do afirmado na decisão recorrida, verificam-se através das Notas Fiscais listadas nos demonstrativos anexos ao Auto de Infração, que a quase totalidade dos produtos comercializados pela Autuada são isentos do ICMS.

Afirma que não prospera, também, a arguição de que a Recorrente não apontou exatamente quais notas fiscais dizem respeito aos produtos isentos, uma vez que, estando os documentos fiscais acostados ao processo administrativo, cabe à Secretaria da Fazenda a análise destes e verificação de procedência ou não das alegações realizadas em sede de defesa prévia. Ou seja, não há que se falar em ausência de demonstração, uma vez que há documentos fiscais no processo administrativo capazes de comprovar as isenções suscitadas.

Quanto à responsabilidade pelo recolhimento do tributo, sustenta que de acordo com o disposto no art. 356 do RICMS, o recolhimento do imposto pela substituição tributária encerra a fase de tributação da mercadoria, de forma que, em sendo a substituição progressiva, todo o ICMS, quando devido, foi recolhido pelo remetente/alienante da mercadoria, não cabendo à Recorrente nenhum pagamento. Mesmo assim, não há que se falar em tributação quando a mercadoria é isenta de ICMS.

Ressalta que resta demonstrada a total improcedência das infrações imputadas, uma vez que as mercadorias comercializadas, quando não isentas, estão sujeitas ao recolhimento do ICMS na forma antecipada, sendo a empresa substituída pelo remetente da mercadoria. Não havendo obrigação de recolhimento de ICMS, não há que se falar em infração por falta de recolhimento do

ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

No que se refere ao direito de crédito ao ICMS recolhido na forma antecipada, ainda que se entenda que o pagamento do ICMS antecipado, discorre que não encerra a fase de tributação, tem-se que nas aquisições de mercadorias não isentas de ICMS, quando vendidas por optante do Simples Nacional, em que não esteja destacado na Nota Fiscal o ICMS antecipado, deve ser deduzido o valor pago, conforme estabelece o art. 386, VII, “b”, do Decreto nº 6.284/1997. Reproduz o art. 96, inciso XXIX.

Verifica-se que a total desconformidade do Auto de Infração, uma vez que não foram creditados os ICMS pagos nas operações foram realizadas junto a optantes do Simples Nacional. Pontua que resta evidente que todo o ICMS recolhido antecipadamente, ainda que não esteja destacado na NF, deve ser creditado ao Recorrente, sob pena de ocorrência de *bis in idem*, prática expressamente vedada pela legislação pertinente.

Declara que para o fato de não ter sido demonstrado o regime tributário da empresa remetente da mercadoria não retira da Recorrente o seu direito de crédito, de forma que não deve prevalecer a alegação do Julgador, de que não restou comprovado estarem as empresas alienantes enquadradas no Simples Nacional.

Relata em relação aos percentuais de MVA de que estão discriminados no Anexo 88 do RICMS, e que, no caso dos autos, os percentuais estão previstos nos Anexos Únicos dos Protocolos do ICMS 104/09 e 106/09, razão também não possui o Julgador, uma vez que é entendimento pacificado perante os Tribunais de que não deve prevalecer a margem de valor agregado pré-estabelecida. Assevera que de acordo com o que consta nos demonstrativos vinculados ao Auto de Infração, está sendo acrescida na base de cálculo do tributo MVA que extrapola em muito a média real aplicada nas vendas das mercadorias em questão. Acrescenta que a MVA mínima aplicada foi no percentual de 39%, chegando a ser aplicada uma margem de 46%, quando todas as empresas do ramo apenas conseguem negociar mercadorias com patamar médio de 20% de MVA. Transcreve a Lei Complementar nº 87/1996, em seu art. 8º, §4º.

Diz que a aplicação da MVA Ajustada contraria a Lei Complementar supracitada, bem como a Constituição Federal, uma vez que a Margem de Valor Agregado não foi criada com a finalidade de equiparar a carga tributária na comercialização de produtos entre os estados, e sim com o objetivo de incentivar a economia de estados menos favorecidos, fato este, deve ser considerado que parte das mercadorias adquiridas, relacionadas no Demonstrativo 03, o foram realizadas para distribuição de brindes, e as negociadas com as empresas *Biancogres* e *Araforros*, foram adquiridas para uso próprio da Impugnante, e não para comercialização, o que enseja automaticamente a exclusão da MVA da base de cálculo ICMS.

Salienta que não deve prevalecer o entendimento de que a Recorrente exerce atividade compatível com os produtos adquiridos perante as supracitadas empresas, uma vez que, de acordo com as notas fiscais de saída constantes no processo administrativo, a Recorrente não comercializa os produtos adquiridos das empresas *Biancogres* e *Araforros*.

No que se refere às multas aplicadas, pontua que o entendimento de que as multas aplicadas não são confiscatórias e que estão previstas em lei não deve prevalecer, uma vez que está pacificado pelos Tribunais (AC 551720134058310. Rel. Des. Federal Francisco Cavalcanti. Primeira Turma. Publicação: 29/08/2013; TRF - 5ª R., Pleno, AC 338116/RN, rel. Des. Federal José Maria Lucena, j. 29/11/06, DJ 30/01/07, p. 618) o direito do contribuinte à limitação das multas tributárias aplicadas em desrespeito aos princípios da capacidade contributiva, proporcionalidade e razoabilidade, além da não confiscatoriedade, no qual se considera a inocorrência das alegadas infrações, não há que se falar em aplicação de qualquer multa. Ademais, eventual penalidade apenas poderia incidir sobre produtos não isentos à referida tributação, e cujo tributo não tenha sido recolhido na forma antecipada.

Quanto à nulidade na imposição da multa de 100% - art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, o julgador

afirma as multas aplicadas pelo descumprimento da obrigação principal estão em sintonia com os fatos apurados e com o art. 42, III, “g”, incisos II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96. Destaca que a afirmação constante na decisão recorrida apenas corrobora para a demonstração da nulidade do Auto de Infração, uma vez que o julgador, em sede de julgamento administrativo, tenta suprir a omissão apontada na defesa prévia. Assinala que o inciso citado no enquadramento legal da multa possui diversas alíneas com inúmeras infrações que ensejam a penalização com o citado percentual, de forma que, a ausência de especificação em qual das alíneas está sendo enquadrada a Recorrente enseja a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista o cerceamento do direito de defesa e ao contraditório desta, o que o agente deveria, ao tipificar a infração, informar exatamente em qual dispositivo legal esta foi enquadrada, como, inclusive, foi feito nas infrações 2, 3 e 4.

Afirma que a multa correta seria de 60% que é sobre o valor do imposto não recolhido. Conduto, o fisco está aplicando tal alíquota sobre todos os valores negociados pela Recorrente, surgindo aí a ilegalidade, sendo que quase a totalidade dos mesmos referem-se a produtos isentos, consoante as Notas Fiscais acostadas no processo administrativo. Ou seja, para o cálculo correto da multa, necessário se faz considerar apenas as transações de produtos não isentos, que possuam impostos a ser recolhido, devendo ser computada apenas eventual diferença de ICMS.

Quanto às infrações referentes à não apresentação de livros fiscais, diz que comunicou por escrito à SEFAZ acerca do extravio dos mesmos quando da alteração do contador da empresa, de sorte que se tornou impossível a sua apresentação. Tal fato se deu de forma alheia à vontade da Autuada, não havendo, portanto, qualquer má-fé ou dolo a ensejar aplicação de multa, fato este não considerado na decisão recorrida. Por outro lado, aborda que os documentos fiscais já apresentados comprovam os valores de todas as operações realizadas pelo recorrente, de forma a suprir a necessidade dos respectivos livros fiscais.

Salienta, ainda, que o cerceamento do direito ao devido processo legal e à ampla defesa, no sentido de garantir à parte o direito de provar o seu direito por todos os meios admitidos pelo direito. Isto porque, consoante se vê na decisão recorrida, foi indeferido o pedido realizado em sede de defesa prévia. Sustenta que resta evidente a nulidade existente no presente processo administrativo, oriunda de nítido cerceamento do direito de defesa da Recorrente.

Pede pelo Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Inicialmente passo a avaliar o Recurso Voluntário, onde a Recorrente pede a nulidade do presente Auto de Infração, alegando cerceamento de defesa por afronta aos postulados constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa. Disse que no Auto de Infração não há menção precisa à infração tributária supostamente cometida, de modo que, efetivamente, não há como ter certeza acerca da ocorrência do fato gerador do ICMS, e, ainda, da forma de apuração do suposto crédito tributário e das multas.

No Auto de Infração 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.

Ora, o procedimento fiscal foi realizado à luz do quanto exigido no inciso II, do § 4º, do art. 28 do RPAF/BA, tendo em vista que o fiscal autuante, colacionou aos cadernos processuais levantamentos essenciais à demonstração das infrações 1 a 5, objeto do presente Recurso

Voluntário.

Assim, afasto a preliminar de nulidade trazida pelo defendant.

Também rejeito o pedido de realização de diligência formulado pelo recorrente, pois entendo que os elementos constantes dos autos são suficientes à formação do convencimento deste órgão de julgamento administrativo (acorde o artigo 147, inciso I, letra "a", do RPAF/99). Além disso, se há alguma prova ainda a ser apresentada, certamente é proveniente de documentos que o próprio sujeito passivo possui e, assim sendo, é dele o ônus de trazê-los aos autos, sendo inadequada, para tal finalidade, a diligência solicitada.

Passo a análise do mérito.

Compulsando os autos vejo que o Recorrente em nada inova em relação aos argumentos apresentados em sede do Recurso Voluntário, na medida em que, repete os mesmos fundamentos trazidos na impugnação inicial, que foram corretamente enfrentados e afastados pela 2^a Junta de Julgamento Fiscal.

O cerne da defesa é a alegação que a quase totalidade dos produtos comercializados são isentos do ICMS e que as notas fiscais que comprovariam suas alegações foram recusadas pelo autuante.

A infração 1 decorre da falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$126,14, no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, operações com “brindes”, nos meses de maio, julho, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2010, junho, agosto e outubro de 2011, conforme demonstrativos às fls.13 a 25.

A Recorrente em sua peça Recursal limita-se a arguir a nulidade da infração, não trazendo aos autos elementos probatórios da não ocorrência da exigência fiscal.

Transcrevo excerto do voto da decisão de piso:

"Art. 565. O contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deverá:

I - lançar a Nota Fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal;

II - emitir, no ato da entrada da mercadoria no estabelecimento, Nota Fiscal com lançamento do imposto, incluindo no valor da mercadoria adquirida o IPI eventualmente lançado pelo fornecedor e fazendo constar, no local destinado à indicação do destinatário, os mesmos dados da emitente da nota fiscal, bem como a seguinte expressão no corpo do documento fiscal: "Emitida nos termos do art. 565 do RICMS-BA";

III - lançar a Nota Fiscal referida no inciso anterior no Registro de Saídas, na forma regulamentar."

Examinando as cópias dos DANFEs às fls.15 a 25, constato que constam como natureza da operação “Remessa de Brindes”, e as mercadorias são “Copo Colecionável”, seringa, aplicador de brincos, relógio de pulso, bolsa térmica, canetas, balão colorido, cupons, boné, kit pescaria, colchonete.

Ressalto que o sujeito passivo em momento algum de sua defesa negou o fato imputado neste item, limitando-se a arguir a nulidade da autuação com base no fundamento de que foi aplicada multa no percentual de 100% com base no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, sem a especificação das respectivas alíneas, ensejando no seu entender, a nulidade do Auto de Infração, tendo em vista o cerceamento do direito de defesa e ao contraditório, pois não tem como saber em qual das alíneas se enquadra a infração que lhe fora imputada.

Ante o exposto julgo a infração 1 subsistente.

A infração 2 decorre da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestadual quando da entrada de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Constatou ao compulsar o presente PAF que o demonstrativo de fl.26 que instrui este item, faz referência ao DANFE nº 6.234, fl.27, cujo produto nele constante é “Cart. Samsung Preto SCX4200”.

Na peça defensiva a Recorrente não fez qualquer referência ao mérito desta exigência fiscal, caracterizando este silêncio com uma aceitação tácita do cometimento da infração.

Ante o exposto julgo a infração 2 subsistente.

A infração 3 decorre da falta de recolhimento do ICMS referente às aquisições de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação e sujeitas à substituição tributária, conforme dispõe o Anexo 88 do Regulamento do ICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Em sua peça recursal a Recorrente diz que não prospera a arguição de que a Recorrente não apontou exatamente quais notas fiscais dizem respeito aos produtos isentos, uma vez que, estando os documentos fiscais acostados ao processo administrativo, cabe à Secretaria da Fazenda a análise destes e verificação de procedência ou não das alegações realizadas em sede de defesa prévia. Ou seja, não há que se falar em ausência de demonstração, uma vez que há documentos fiscais no processo administrativo capazes de comprovar as isenções suscitadas.

Quanto a alegação de reivindicação de créditos procedentes do ICMS supostamente pago nas aquisições realizadas junto a contribuintes optantes do Simples Nacional, verifico que a decisão de piso enfrentou tal argumentação e com base na informação fiscal do autuante, de que não tem qualquer fundamento, tendo em conta que todas as notas fiscais eletrônicas relacionadas no *Demonstrativo 3* dizem respeito a operações cujos remetentes não estão enquadrados nessa categoria especial de tributação.

Não há como prosperar o entendimento da Recorrente que não deve prestar tais informações e que o fato de não ter sido demonstrado o regime tributário da empresa remetente da mercadoria não retira da Recorrente o seu direito de crédito.

Em Relação às arguições quanto ao percentual da Margem de Valor Agregado entendo que não assiste razão a Recorrente, pois os percentuais aplicados estão discriminados no Anexo 88 do Regulamento do ICMS (Decreto nº 6.284/97) e, no caso específico desta infração, os percentuais são os previstos nos Anexos Únicos dos Protocolos do ICMS 104/09 e 106/09.

Em relação às compras efetuadas junto às pessoas jurídicas Araforros e Biancogres se destinariam a uso próprio do estabelecimento, entendo que não houve prova de tal fato no PAF. Verifico que a atividade da Recorrente à época da exigência fiscal era “comércio atacadista de materiais de construção em geral”, assim tais aquisições estão compatíveis com esta atividade. Ao verificar os fólios processuais fls. 38/39 e 43 vejo que não houve pagamento da substituição tributária nas referidas Notas Fiscais.

Ante o exposto, entendo que a Recorrente não traz ao PAF elementos de prova que sustentem a sua tese recursal, e assim, julgo a infração 3 subsistente.

A infração 4 decorre da falta de recolhimento do ICMS Antecipação Parcial sobre mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

Ao consultar os cadernos processuais e com base nos demonstrativos de fls.46 a 57, a Recorrente em sua peça recursal repete as alegações iniciais de que a multa de 60% aplicada sobre o valor do imposto não recolhido, sob fundamento de que foi aplicado tal percentual sobre todos os valores negociados pelo estabelecimento, ressalvando que quase a totalidade se refere a produtos isentos, conforme notas fiscais constantes nos autos, admitindo que o lançamento deva recair somente sobre as aquisições com produtos não isentos, já que estes possuem imposto a recolher, devendo ser computadas apenas eventual diferença de ICMS.

A Recorrente não demonstra, em sua defesa, quais os produtos que são isentos e quais as notas fiscais que contemplam esta situação tributária. Assim me filio a decisão de piso, excerto transscrito abaixo, e julgo subsistente a infração 4.

Sendo assim, mantendo o lançamento, pois a defesa não atendeu ao disposto no artigo 123 do RPAF/99, (“É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativas, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos,

levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação”.

A infração 4 decorre da aplicação de multa no valor de R\$4.600,00, por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência de extravio dos seguintes livros fiscais dos anos de 2010 e 2011: Registro de Entradas, de Saídas, de Apuração do ICMS; de Livro de Inventário; e de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências, requerido mediante intimações.

Verifico no PAF que a Recorrente foi devidamente intimada às fls.09 a 11, três intimações para apresentação dos livros e documentos fiscais especificados, sendo a primeira no dia 14/02/2015; a segunda no dia 03/03/2015; e a terceira em 20/03/2015. Ressalte-se que o próprio autuado através da Declaração de fl.12, confirmou o extravio dos livros fiscais objeto da autuação.

Ante o exposto, mantendo a decisão de piso, sendo correta a aplicação da multa prevista no artigo 42, inciso XIV da Lei nº 7.014/96. Julgo a infração subsistente.

Quanto às multas aplicadas pelo descumprimento de obrigação principal neste processo, elas estão em perfeita sintonia com os fatos apurados e em consonância com o artigo 42, incisos III, alínea “g”, incisos II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao argumento de que as multas aplicadas possuem caráter confiscatório, observo que as mesmas estão previstas no artigo 42, inciso II, alínea “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, portanto é legal.

No que se refere ao argumento de que é inconstitucional ressalto que conforme disposto no art. 167, I, do RPAF/BA, não se incluem na competência deste órgão julgador declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a inalterada Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 206878.0001/15-0, lavrado contra ICA COMERCIAL LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$207.686,05, acrescido das multas de 60% sobre R\$207.559,91 e 100% sobre R\$126,14, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$4.600,00, prevista nos inciso XI, do citado dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2018.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

PAULO SÉRGIO SENA DANTAS – RELATOR

LEONARDO MOTA COSTA RODRIGUES - REPR. DA PGE/PROFIS