

A. I. N° - 129423.0010/17-9
AUTUADO - VDC CALÇADOS EIRELLI -ME
AUTUANTE - MARIA LUIZA AMARAL VILAS BOAS
ORIGEM - INFAZ VITORIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 18.06.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0089-04/18

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Diligência solicitada por esta JJF, realizada pela INFAZ de origem, decorreu do fato de se ter constatado que os percentuais das MVAs, durante os exercícios de 2013 e 2014 variavam de acordo com as alíquotas interestaduais aplicadas no Estado de origem, não considerados pela fiscalização. Refeitos os demonstrativos, ficou evidenciado em diversos meses o agravamento da infração. Recomendada a instauração de novo procedimento, conforme previsão contida no art. 156 do RPAF/BA. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/06/2016, exige ICMS no valor de R\$611.863,92, em decorrência da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação, acrescido da multa de 60%.

A Autuada apresenta suas razões defensivas, às fl.15 a 29, e inicialmente argui preliminar de nulidade do lançamento em razão da insegurança na determinação da infração, resultando em cerceamento do seu direito de defesa.

Explica que o Agente Fiscal, para fundamentar a presente autuação, não trouxe demonstração precisa dos cálculos, ficando assim impedido de verificar como foi apurado o valor exigido. Entende que tais fatos consubstanciam insegurança na determinação da infração e ofende o princípio da ampla defesa e contraditório, implicando em nulidade absoluta do lançamento.

Enfatiza 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, pois 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 então que a acusação carece de elementos que lhe concedam a segurança necessária à sustentação da exigência em comento.

Informa que outros Conselhos Administrativos de Recursos Fiscais comungam com o mesmo entendimento e transcreve Resoluções tratando do tema.

Após, solicita o cancelamento total do lançamento.

No mérito, após ressaltar que apesar de já estar demonstrada a nulidade formal do presente lançamento, o que levará ao seu cancelamento, assevera mais uma vez que as supostas infrações não foram devidamente comprovadas.

Diz que a própria legislação determina que o dever de prova é do Fisco, não bastando tão somente lançar sem o esteio da comprovação, cabendo à autoridade administrativa a prova da veracidade dos fatos alegados, já que se trata de uma presunção relativa, cabendo à Administração Fiscal prosseguir na busca da real verdade dos fatos tributariamente relevantes.

Assevera que 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 o contribuinte.

Transcreve ensinamento de ALIOMAR BALEEIRO e JOSÉ FERNANDO CEDEÑO DE BARROS sobre a constituição do crédito tributário.

Informa que o Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, órgão julgador em segunda instância administrativa, também tem entendimento, semelhante aos dos autores citados e transcreve Ementa do Acórdão nº 107.05497 da 7ª Câmara.

Pede o cancelamento das exigências apuradas, tendo em vista a ausência de prova robusta das acusações. Caso não seja este o entendimento solicita a redução da multa aplicada, vez que a mesma é abusiva e inconstitucional.

Diz 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, além de confiscar o seu patrimônio.

Assevera que a aplicação de tamanha penalidade não pode prevalecer, pois é confiscatória, até porque não se pode punir obrigando o contribuinte a quase pagar duas vezes o que se considera devido. Assim, a multa aplicada afasta-se de seu caráter punitivo, transformando-se em outro tributo, confiscando os bens do contribuinte.

Fala sobre a proibição constitucional do confisco em matéria tributária e afirma ser este o entendimento do STF, de acordo com o acórdão proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551, cujo teor transcreve.

Ressalta que o posicionamento do TRF da 1ª Região é no sentido de considerar multas superiores a 20%, desproporcionais e confiscatórias, conforme se verifica no acórdão que também transcreve. Informa que o Tribunal Federal considerou confiscatória multa de 60%, que é a multa aplicada no presente auto de infração, portanto 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.

Finaliza solicitando o cancelamento do Auto de Infração.

A autuante ao prestar a Informação Fiscal, fl. 40, diz que após análise das alegações do autuado, constatou que não foi apresentado nenhum conteúdo para que o Auto de Infração fosse julgado improcedente, pois não foi apontado fato que possa ser considerado.

No que diz respeito ao suposto cerceamento do direito de defesa pela ausência de demonstrativos, informa que todos os demonstrativos foram anexados ao processo em mídia (fl.10).

Quanto ao questionamento da multa aplicada de 60% ser abusiva, esclarece que a mesma foi aplicada conforme o que determina o RICMS/BA e que a irregularidade encontrada tem por base as notas fiscais, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e/ou exterior, onde o autuado deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição.

Finaliza mantendo todos os termos da ação fiscal, pois foram obedecidas as determinações da legislação vigente.

Pede a Procedência do Auto de Infração.

Na assentada de julgamento do dia 19 de outubro de 2017, os membros da 4ª Junta de Julgamento

constatou que no cálculo do imposto devido foi aplicada a MVA de 56,87, conforme se verifica na planilha denominada “DEMOSNTRATIVO A RECOLHER DA ANTECIPAÇÃO TOTAL”, fls. 07 e 08, e que, de acordo com o contido no item 9 do Anexo I do RICMS/2012, os percentuais das MVAs durante os exercícios de 2013 e 2014 variavam de acordo com as alíquotas interestaduais aplicadas no Estado de origem, a saber: 61,93% (Aliq. 4%) 56,87% (Alíq. 7%) e 48,43% (Alíq. 12%).

Em vista disto, o processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem para que o autuante elaborasse novos demonstrativos, considerando as MVAs previstas na legislação vigente à época dos fatos geradores.

A diligência foi cumprida e elaborados novos demonstrativos, fls.48 a 59, oportunidade em que foram indicados, mensalmente, os novos valores e os originalmente apurados.

O autuado foi cientificado sobre o resultado da diligência, mas não se manifestou.

VOTO

O impugnante, preliminarmente, argui a nulidade do Auto de Infração em razão da insegurança na determinação da infração, reclamando que as planilhas elaboradas pela fiscalização não demonstram precisamente os cálculos utilizados para a apuração do débito, portanto, diz que não foram observados os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Não assiste razão ao autuado, pois de acordo com os demonstrativos inseridos na mídia eletrônica de fl. 10, foram elaborados demonstrativos analíticos relacionando as notas fiscais objeto da exigência fiscal, com as seguintes informações: data, número do documento, Estado de origem, produto e respectiva NCM, quantidade, CFOP, valores: unitários, totais, descontos, valor líquido e base de cálculo do ICMS, alíquota e Vlr. do ICMS.

O cálculo do valor devido da antecipação tributária, foi feito na forma prevista no art. 23 da Lei 7014, de acordo com os demonstrativos de fls. 07 e 08, ressaltando que os valores inseridos nas colunas “Valor Total do Produto “ e “Crédito,” foram extraídos do demonstrativo acima mencionado, resultante dos somatórios mensais relativos das colunas “Base de cálculo do ICMS” “e Vlr. do ICMS”, respectivamente.

Tendo em vista que o cálculo do imposto está demonstrado em planilhas que foram entregues ao contribuinte, conforme recibo assinado por preposto da empresa, não acolho a nulidade arguida sob esse fundamento.

Ademais, não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Assim, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, não estando presentes no processo qualquer hipótese motivadora de nulidade, elencadas nos incisos I a IV, do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal.

Desse modo, não acolho as nulidades suscitadas.

No mérito, o autuado foi acusado de não ter recolhido ICMS devido por antecipação total, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em operações de aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da federação.

O defendente limitou-se a afirmar inexistir provas robustas da acusação, o que não lhe assiste razão, pois todas as notas fiscais eletrônicas, objeto da acusação, encontram-se relacionadas no demonstrativo analítico anexado na mídia de fl. 06 e foram informadas na sua Escrituração Fiscal Digital- EFD.

Além disso, tais documentos encontram-se disponíveis para consulta no Repositório Nacional de Notas Fiscais Eletrônicas, administrado pela Receita Federal do Brasil e de acesso a todos os entes federados, sendo desnecessária a apresentação em meio físico.

Como esclarecido anteriormente, na análise das preliminares a infração foi embasada nos levantamentos fiscais acostados aos autos, tendo o sujeito passivo recebido todos os demonstrativos sintéticos e analíticos elaborados na auditoria, tendo o prazo de 60 dias para apresentar sua impugnação, que lhe é assegurado pelo o art. 123 do RPAF/99, porém, não houve questionamento do imposto reclamado ou de qualquer cálculo constante da autuação.

Entretanto, ao analisar a mídia de fl. 10, foi constatado que todas as operações objeto da acusação fiscal, dizem respeito ao produto de NCM 640021900- calçados, incluído no item 9, do Anexo I do RICMS/2012, e foram oriundos de diversos Estados.

No cálculo do imposto devido foi aplicada a MVA de 56,87, conforme se verifica na planilha denominada “DEMOSNTRATIVO A RECOLHER DA ANTECIPAÇÃO TOTAL”, fls. 07 e 08, porém, de acordo com o contido no referido Anexo, os percentuais das MVAs, durante os exercícios de 2013 e 2014, variavam de acordo com as alíquotas interestaduais aplicadas no Estado de origem, a saber: 61,93% (Aliq. 4%) 56,87% (Aliq. 7%) e 48,43% (Aliq. 12%).

Por esta razão, o PAF foi convertido em diligência para que o autuante elaborasse novos demonstrativos, considerando as MVAs acima indicadas para as aquisições de calçados.

Em cumprimento à diligência, foram confeccionadas novas planilhas analíticas em meio físico, fl. 50 a 56, e em meio magnético à fl.59, além de demonstrativo sintético indicando os valores do ICMS ora apurados e os exigidos anteriormente.

Ao analisar os novos demonstrativos, constatei que em alguns meses apurou-se imposto a maior do que o autuado. Como neste momento não se pode agravar o valor do lançamento fiscal nos referidos meses, o ICMS a ser exigido deve ser o lançado na ação fiscal, alterando-se tão somente àqueles meses em que ocorreu redução, conforme a seguir demonstrado:

Data	ICMS	ICMS	ICMS
Ocorr	A. Infração	Diligência	Julgado
jan/13	25.644,72	26.700,82	25.644,72
fev/13	87.923,76	89.964,18	87.923,76
mar/13	9.797,76	66.076,21	66.076,21
abr/13	3.142,43	3.031,22	3.031,22
mai/13	13.126,40	13.332,37	13.126,40
jun/13	62.534,48	64.294,20	62.534,48
jul/13	9.628,25	10.857,63	9.628,25
ago/13	54.712,91	58.085,37	54.712,91
set/13	21.700,78	22.364,53	21.700,78
jan/14	20.980,30	21.671,59	20.980,30
fev/14	18.843,81	19.467,96	18.843,81
mar/14	24.210,79	23.892,30	23.892,30
abr/14	25.395,38	27.751,54	25.395,38
mai/14	15.888,26	16.219,00	15.888,26
jun/14	8.476,74	8.335,48	8.335,48
jul/14	35.475,81	36.389,10	35.475,81
ago/14	9.234,21	9.290,81	9.234,21
set/14	9.150,01	9.284,06	9.150,01
jan/15	6.412,95	6.561,81	6.412,95
fev/15	9.242,92	9.344,69	9.242,92
mar/15	4.069,58	3.894,61	3.894,61
abr/15	5.921,66	4.632,94	4.632,94
mai/15	18.920,55	19.150,01	18.920,55

jun/15	7.755,78	8.567,79	7.755,78
jul/15	5.522,91	5.519,90	5.519,90
ago/15	6.414,87	6.675,31	6.414,87
set/15	3.680,37	3.696,23	3.680,37
out/15	2.265,43	2.266,25	2.265,43
nov/15	7.531,56	7.796,59	7.531,56
dez/15	18.258,34	18.795,77	18.258,34
Totais	611.863,72	623.910,27	606.104,51

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, portanto legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciado por este órgão julgador administrativo, conforme disposto no art. 167, I, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para exigir o ICMS no valor de R\$ 606.104,51.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **129423.0010/17-9**, lavrado contra **VDC CALÇADOS EIRELLI -ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$606.104,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, incisos II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMEAS RUIZ - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR