

PROCESSO - A. I. Nº 207106.0007/17-6
RECORRENTE - VDC CALÇADOS EIRELI - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0069-02/18
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 12/07/2019

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0136-12/19

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE IMPOSTO ESCRITURADO E O RECOLHIDO. Acusação fiscal devidamente demonstrada. Afastada alegação de cerceamento de defesa e nulidade. A defesa não enfrentou o mérito. Multa devidamente aplicada conforme tipificação legal. Infração subsistente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Acusação fiscal devidamente demonstrada. Afastada alegação de cerceamento de defesa e nulidade. A defesa não enfrentou o mérito. Acusação fiscal não elidida. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. ICMS DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS PROVENIENTES DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO. Infração devidamente demonstrada. Não comprometido o direito à ampla defesa. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente o Auto de Infração em epigrafe lavrado em 27/06/2017 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$161.664,99, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 03.01.01 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Referente ao período de abril a junho, out e dez/2015; dez-2016. No valor de R\$11.647,92;

Infração 02 - 07.01.01 - 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 exterior. Aquisição de calçados para comercialização. Referente ao período de ago. e set/2014; jan. e fev., abr., jun. a ago., out. a dez/2015; fev/2016. No valor de R\$90.636,87.

Infração 03 - 07.01.02 - Efetuou 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. Referente ao período de jan, jul, out a dez/2014; mar, mai, set/2015. No valor de R\$59.380,20.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em 08/05/2018, fls. 210/214, por decisão unânime, deliberou pela Procedência do Auto de Infração com fundamento no voto condutor, a seguir transcrito.

VOTO

Compulsando os autos, verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Preliminarmente cabe analisar a alegação da defesa de que Autuante não demonstrou de forma precisa os seus cálculos, impedindo a defesa de verificar como apurou o valor cobrado, e por isso arguiu haver o preposto fiscal ofendido o princípio da ampla defesa e do contraditório, pedindo que essa acusação defensiva repercuta na nulidade absoluta ao presente lançamento.

Nessa esteira, considerando que não observamos a comprovação de entrega à Impugnante dos respectivos demonstrativos de cálculo acostados às folhas 07 a 27, foi determinada diligência à Infaz de origem ocasião em que fora fornecido a Impugnante todos os demonstrativos que embasam a peça vestibular conforme documento constante das fls. 203 e concomitantemente reaberto o prazo de defesa. Mas, todavia, não apresentou qualquer nova manifestação defensiva.

Portanto, a prima facie, afasto a arguição de nulidade, por estar convencido que o Autuante demonstrou de forma precisa seus cálculos, facultando o pleno exercício da defesa, pois possibilitou que esta pudesse verificar como o valor exigido foi apurado, prestigiando assim o exercício da ampla defesa e do contraditório, de forma que em nada foi maculado o lançamento do crédito fiscal em tela.

Adentrando ao mérito, verifiquei que a Impugnante não enfrentou as questões meritórias, limitando-se a reproduzir as acusações fiscais e repetir as alegações abordadas no capítulo da preliminar defensiva quanto à necessidade de haver a devida prova do quanto alegado pelo fisco. Todavia, ao revés, verifiquei a ocorrência de robustas provas que sustentam as acusações fiscais.

Verifiquei dos autos que a infração 01 conta com um demonstrativo às fls. 05 e 06, onde facilmente se depreende a metodologia dos cálculos apresentados, que evidenciam o valor do crédito escriturado no livro registro de entradas em comparação ao mesmo crédito lançado no livro de apuração, demonstrando que este último foi computado em valor maior, tendo sido a diferença objeto do lançamento ora impugnado.

Com relação às infrações 02 e 03 verifiquei também constar dos autos, respectivamente das folhas 07 a 18 e das folhas 19 a 27, os respectivos demonstrativos do levantamento fiscal contendo nível de detalhamento suficiente para cognição e perfeita compreensão do feito.

Em relação às arguições de quanto a aplicação, pela sua anulação ou sua redução, seja pela alegação de abusividade, seja por questionamento de inconstitucionalidade, seja por seu pretensão caráter confiscatório, devo externar que a exação esta fundamentada na Lei 7.014/96 e, por isso foge do âmbito de competência deste tribunal administrativo o enfrentamento de questões que encontrem sustentação na legislação em tese.

Destarte, a multa tem previsão legal, foi aplicada a partir da correta subsunção da norma ao fato e decorreu, sobretudo, do exercício legal e condicionado ao profissional preposto fiscal.

Cabe salientar que as jurisprudências trazidas pela defesa referem-se a outras situações que não se comunicam ao caso concreto, portanto não podem ser aplicadas ao deslinde da presente demanda administrativa.

Diante do exposto, voto pela procedência total do presente Auto de Infração.

Inconformado com o Julgamento da 2ª JF o Contribuinte interpõe Recurso Voluntário, às fls. 223/238, após breve relato sobre a Decisão que recorre e dos fatos relativos ao Auto de Infração em lide e preliminarmente, aponta: Insegurança na determinação da infração e Cerceamento do Direito de Defesa.

Assim, aduz que o Agente Fiscal, para fundamentar a presente autuação, não trouxe aos autos a demonstração precisa de seus cálculos, para se verificar como ele chegou ao valor autuado para possibilitar a Empresa se defender melhor.

Dai conclui: “*Tais fatos consubstanciam insegurança na determinação da infração e ofende o princípio da ampla defesa e contraditório, trazendo NULIDADE ABSOLUTA AO PRESENTE LANÇAMENTO.*”

Destaca ainda: “*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.*”

Em apoio aos seus argumentos, traz à colação julgados de outros Conselhos e requer seja totalmente cancelado o presente lançamento.

Quanto ao mérito aduz que: “*O agente fiscal alega que a impugnante não teria efetuado o recolhimento de ICMS no período de 2014 a 2016, listando a existência das seguintes infrações, na seguinte ordem:*”

- *Recolheu a menor ICMS em decorrência de desconhecimento entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto;*
- *Deixou de efetuar o recolhimento, ou recolheu a menor, ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades de*

Federação e/ou exterior;

Aponta que essas supostas infrações não foram devidamente comprovadas e que seria dever do fisco comprová-las, pois, conforme determina a legislação, cabe a autoridade administrativa a prova da veracidade dos fatos alegados.

Destaca que não existe no Direito Tributário Brasileiro qualquer peculiaridade que exonere o fisco de demonstrar cabalmente a veracidade do que alega 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.

Aduz ainda que a ausência de tais demonstrativos prejudica a interpretação da autuação e acaba por caracterizar insegurança que leva ao cerceamento de defesa do contribuinte.

Transcreve excertos de manifestações de tributaristas sobre o tema, dentre eles do Professor ALIOMAR BALEEIRO in Direito Tributário Brasileiro, Editora Forense, 2ª Edição, às páginas 443,

“Na doutrina, o lançamento tem sido definido como o ato, ou a série de atos, de competência vinculada, praticado por agente competente do Fisco para verificar a realização do fato gerador em relação a determinado contribuinte, apurando qualitativa e quantitativamente o valor da matéria tributável, segundo a base de cálculo, e, em consequência, liquidando o quantum do tributo a ser cobrado”.

Traz também à colação ementa de julgado sobre o tema exarada pelo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Dai conclui que tendo em vista ausência de provas robustas das acusações da fiscalização, devem ser totalmente canceladas as exigências apuradas.

Por fim, alega que a multa de 60% aplicada é abusiva, quase dobrando o valor do tributo devido, e desta forma confiscar o patrimônio da Recorrente, aduzindo que a multa não pode ter o caráter confiscatório, conforme estabelece nosso ordenamento jurídico.

E complementa: *“Uma multa excessiva ultrapassando o razoável para dissuadir ações ilícitas e para punir os transgressores (caráter punitivo e preventivo da penalidade) caracteriza, de fato, uma maneira indireta de burlar o dispositivo constitucional que proíbe o confisco”* (SACHA CALMON, em *Infrações Tributárias e Suas Sanções*, Ed. Resenha Tributaria).

Reitera que a aplicação de tamanha penalidade não pode prevalecer: *“ porque é confiscatória, até porque não se pode punir obrigando o contribuinte a quase pagar 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”.*

Aduz a proibição constitucional do confisco em matéria tributária e transcreve Jurisprudência do STF e do TRF – 1ª sobre essa matéria.

Destacando a ementa, extraída do acórdão proferido no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 551, literalmente:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. §§ 2.º E 3.º DO ART. 57 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. FIXAÇÃO DE VALORES MÍNIMOS PARA MULTAS PELO NÃO-RECOLHIMENTO E SONEGAÇÃO DE TRIBUTOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO INCISO IV DO ART. 150 DA CARTA DA REPÚBLICA. A desproporção entre o desrespeito à norma tributária e sua consequência jurídica, a multa, evidencia o caráter confiscatório desta, atentando contra o patrimônio do contribuinte, em contrariedade ao mencionado dispositivo do texto constitucional federal. Ação julgada procedente. (STF – Relator Ministro Ilmar Galvão – Plenário – DJ de 24/10/2002).

Destacando ainda que no voto condutor do acórdão assim se lê, literalmente:

“O art. 150, IV, da Carta da República veda a utilização de tributo com efeito confiscatório. Ou seja, a atividade fiscal do Estado não pode ser onerosa a ponto de afetar a propriedade do contribuinte, confiscando-a a título de tributação. Tal limitação ao poder de tributar estende-se, também, às multas decorrentes de obrigações tributárias, ainda que não tenham elas natureza de tributo”

Pelo exposto pede-se a procedência total do presente recurso, sendo cancelando o lançamento

fiscal, analisando os argumentos suscitados, por ser de JUSTIÇA.

Não sendo totalmente cancelado o lançamento fiscal, requer seja reduzida a multa para no máximo 20% (vinte por cento) do valor do tributo.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo Contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

O presente Recurso tem como fulcro apresentar as razões de insurgência em face da Decisão de primeiro grau que julgou Procedente o lançamento cujas imputações são:

Infração 01 - 03.01.01 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Referente ao período de abril a junho, out e dez/2015; dez/2016. No valor de R\$11.647,92;

Infração 02 - 07.01.01 - 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 exterior. Aquisição de calçados para comercialização. Referente ao período de ago. e set/2014; jan. e fev., abr., jun. a ago., out. a dez/2015; fev/2016. No valor de R\$90.636,87.

Infração 03 - 07.01.02 - Efetuou 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. Referente ao período de jan, jul, out a dez/2014; mar, mai, set/2015. No valor de R\$59.380,20.

Analisando o Auto de Infração, a Decisão de piso e, principalmente, as razões recursais aduzidas pelo Recorrente, as quais se resumem em apontar que as supostas infrações não foram devidamente comprovadas e que seria dever do fisco comprová-las, pois, conforme determina a legislação, cabe a autoridade administrativa a prova da veracidade dos fatos alegados e que a falta de tais demonstrativos prejudica a interpretação da autuação, o que resultaria no cerceamento da defesa do Contribuinte.

Diante dessa argumentação, devo destacar que se pode verificar nos autos que, tanto na Decisão de Piso, quanto na Autuação foram observados os requisitos previstos no Art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, e inclusive a comprovação de entrega de todos os demonstrativos e planilhas elaboradas na autuação, o que proporcionou ao Patrono do Contribuinte exercer ampla e competente defesa e o contraditório.

Quanto ao mérito, vejo que a Recorrente não contesta o cometimento das infrações que lhes foram imputadas, aponta apenas que tais irregularidades não foram devidamente comprovadas.

Analisando tal assertiva, pode-se verificar que não lhe cabe sustentação, eis que o Fiscal autuante disponibilizou, às fls. 05 a 27, todos os demonstrativos relativos às Infrações em lide com nível de detalhamento suficiente a perfeita compreensão das irregularidades objeto da autuação e, às fls. 28 a 156, encontra-se as informações complementares que, juntamente com a Informação Fiscal de fls.191/194, deram supedâneo à decisão do Julgamento da primeira instância..

Portanto quanto ao mérito, considerando que a Recorrente não apresentou provas de suas alegações, entendo que não cabe reparo à decisão ora recorrida.

No entanto devo registrar que, caso o Contribuinte disponha de elementos de provas do não cometimento das infrações que lhes foram imputadas, poderá, querendo, provocar a PGE/PROFIS em sede do Controle da Legalidade que por seu turno, após analisar tais elementos, poderá Representar o feito para nova avaliação da exigência fiscal por uma das câmaras deste CONSEF.

Por fim, em relação à alegação da Recorrente de que a multa de 60% aplicada às infrações é abusiva, quase dobrando o valor do tributo devido, e que desta forma resultaria confiscar o patrimônio da Recorrente, devo salientar que tal exação, embora excessiva, está fundamentada na

Lei 7.014/96 e, portanto, tem previsão legal não sendo da competência deste CONSEF julgar essa questão.

Em vista ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida na sua inteireza, por julgar totalmente PROCEDENTE o Auto de Infração em lide.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207106.0007/17-6**, lavrado contra **VDC CALÇADOS EIRELI - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$161.664,99**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II, alíneas “b” e “d” da nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSE, 13 de maio de 2019.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS