

PROCESSO - A. I. Nº 269141.0007/18-0
RECORRENTE - XL DA CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0087-01/19
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0278-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES SUJEITAS AO REGIME DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. INFRAÇÃO 03. Comprovada a não sujeição ao regime da antecipação tributária de parte das operações autuadas e em razão da decadência. Infração 03 parcialmente elidida. 2. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS TIDAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 04. Imputação parcialmente elidida, em virtude da decadência. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOR. INFRAÇÃO 08. O impugnante alegou ter efetuado os pagamentos, mas não comprovou. Infração 08 caracterizada. 4. LIVROS FISCAIS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE LANÇAMENTO DE ENTRADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. a) OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 09. b) OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 10. Em relação às infrações 09 e 10 (multas por entradas tributáveis e não tributáveis sem registro na escrita), o sujeito passivo alegou que nos levantamentos da Fiscalização havia notas fiscais devolvidas e canceladas, nos termos das planilhas que colacionou às fls. 436 a 452. Todavia, não é possível atestar com isso as efetivas ocorrências dos cancelamentos e / ou das devoluções. Infrações 09/10 caracterizadas. Acolhida a prejudicial de decadência para os períodos anteriores a julho de 2013. Indeferido o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração foi lavrado no dia 29/06/2018 para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$340.516,11, sob a acusação do cometimento das 10 (dez) irregularidades, sendo objeto do Recurso tão somente às infrações 3, 4, 8, 9 e 10 a seguir discriminadas.

Infração 03 – Utilização indevida de crédito, concernente às compras de mercadorias sujeitas ao regime da antecipação tributária (janeiro a junho e agosto a dezembro de 2013, janeiro a julho e setembro a dezembro de 2014 e janeiro de 2015 a dezembro de 2016). R\$11.096,64 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 04 – Falta de recolhimento, em decorrência da prática de operações tributáveis como não tributáveis - regularmente escrituradas (janeiro de 2013 a dezembro de 2016). R\$300.791,53 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 08 – Recolhimento a menor da antecipação parcial, incidente nas aquisições interestaduais de mercadorias para revenda (novembro de 2015 e janeiro a maio de 2016). R\$19.407,15 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 09 – Entradas tributáveis sem registro na escrita (janeiro, fevereiro, abril, maio, agosto, setembro e

novembro de 2013, fevereiro, maio, novembro e dezembro de 2014, janeiro, fevereiro, maio e outubro de 2015, janeiro a julho e setembro a novembro de 2016). Multa de R\$1.194,18, prevista no art. 42, IX da Lei nº 7.014/1996.

Infração 10 – Entradas não tributáveis sem registro na escrita (janeiro de 2013 a dezembro de 2016, com exceção de abril de 2014, abril e junho de 2015 e março de 2016). Multa de R\$2.907,19, prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/1996.

A intimação da lavratura do lançamento de ofício foi efetuada por meio do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE), no dia 25 de julho de 2018 (fl. 67). O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 81 a 105, reconhece o cometimento das infrações 01 e 05. Presta o autuante informação fiscal, de fls. 461 a 463. O defendente se manifesta às fls. 502 a 516, limitando-se a transcrever a peça de defesa. Constatam relatórios e detalhes de pagamento juntados às fls. 552 a 580. A JF decidiu pela Procedência em Parte nos seguintes termos:

VOTO

O auditor expôs com clareza e correção à fundamentação de fato e de direito, descreveu as irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º; RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, caracterizada nos minuciosos aspectos abordados na impugnação.

Rejeitada a preliminar de nulidade, direta ou indiretamente suscitada.

Conforme o Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, o prazo decadencial deve ser contado a partir da data de ocorrência do fato gerador, com supedâneo no art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional), quando o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas efetuar o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado, com base no art. 173, I do CTN, quando: a) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, mas não efetuar o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omitir a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declarar a ocorrência do fato jurídico tributário, apurar o montante do imposto devido, efetuar o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verificar que o valor recolhido foi menor do que o efetivamente devido, em virtude de dolo, fraude ou simulação, que não foram comprovados (as).

Tais raciocínios não se aplicam ao descumprimento de obrigações acessórias (infrações 09/10), pois nelas não há o que homologar. As respectivas exigências decorrem de lançamentos de ofício, e não por homologação.

O art. 150, § 4º do CTN (Código Tributário Nacional) diz respeito aos lançamentos por homologação. Nas hipóteses ora ventiladas (descumprimento de obrigações acessórias), o prazo de caducidade deve ser computado com fulcro no art. 173, I do CTN.

Mesmo quando a obrigação acessória é relacionada a tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o prazo decadencial quinquenal para a autoridade fiscal constituir o crédito tributário é o definido pelo art. 173, I do CTN.

Esse é o entendimento consolidado no STJ:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ART. 80 DA LEI Nº 4.502/64. PRAZO DECADENCIAL DO ART. 173, I, DO CTN. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. IPI. SAÍDA DO PRODUTO DO ESTABELECIMENTO COM SUSPENSÃO DO TRIBUTO. DECLARAÇÃO EMITIDA PELO

ADQUIRENTE. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DO VENDEDOR. INTELIGÊNCIA DO ART. 29 DA LEI Nº 10.637/02.

(...)

O crédito tributário objeto do presente feito, se refere à multa aplicada com base no art. 80 da Lei nº 4.502/64, por falta de lançamento do valor do IPI na respectiva nota fiscal. Trata-se, portanto, de obrigação acessória, cuja constituição se sujeita ao lançamento de ofício previsto no art. 149 do CTN e atrai a regra do art. 173, I, do CTN, para fins de contagem do prazo decadencial.

Os fatos geradores da obrigação acessória ocorreram no período de abril a setembro de 2004 e o prazo decadencial para o lançamento de ofício do respectivo crédito teve início em 1º de janeiro de 2005, de forma que o lançamento ocorrido em outubro de 2009 não foi atingido pela decadência, haja vista ter sido efetivado antes do decurso do prazo quinquenal de que trata o art. 173, caput, e inciso I, do CTN. (Resp. 1528524/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015).

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - APRESENTAÇÃO DA GFIP - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DESCUMPRIMENTO - DECADÊNCIA - REGRA APLICÁVEL: ART. 173, I, DO CTN.

A falta de apresentação da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), assim como o fornecimento de dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias devidas configura descumprimento de obrigação tributária acessória, passível de sanção pecuniária, na forma da legislação de regência.

Na hipótese, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário é regido pelo art. 173, I, do CTN, tendo em vista tratar-se de lançamento de ofício, consoante a previsão do art. 149, incisos II, IV e VI. (Resp. 1055540/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 27/03/2009).

De fato, não poderia ser outra a interpretação do Superior Tribunal de Justiça, tendo-se em vista que o descumprimento de obrigação tributária acessória gera a aplicação de penalidade, consubstanciada na previsão do art. 149, VI do CTN, de efetivar o lançamento de ofício do crédito tributário na modalidade de multa.

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;

(...).

Em referência às imputações 01 a 08, uma vez que a intimação da lavratura do Auto de Infração foi efetuada por meio do Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) no dia 25 de julho de 2018 (“dies ad quem”; fl. 67), restam alcançadas pela caducidade as ocorrências anteriores a julho de 2013.

Acolhida a prejudicial de decadência.

Com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF-BA/1999, indefiro o pedido de realização de diligência. Todos os elementos necessários ao julgamento da lide estão presentes nos autos.

O sujeito passivo reconheceu o cometimento das infrações 01 e 05.

Tais itens do Auto de Infração não terão o mérito julgado, com fundamento no art. 140 do RPAF-BA/1999.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Infrações 01 e 05 mantidas.

A infração 02 cuida da utilização indevida de crédito, relativo às entradas de materiais de uso e consumo (demonstrativos sintéticos de fls. 14 a 17).

Segundo o defendente, apenas uma Nota Fiscal nº 124.108, é relativa à entrada materiais de uso e consumo (demonstrativos e documentos de fls. 127 a 138). As demais operações autuadas seriam de mercadorias para revenda, de acordo com os respectivos códigos fiscais de operação.

Verifico, às fls. 127 a 138, que se trata de displays, aparelhos de televisão ou monitores, expositores, sacolas, cestos, mostruários etc., típicos materiais de consumo, informados a esse título na EFD (fls. 464 a 474; bloco 0, registro 200, campo 07 (finalidade)), o que, juntamente com a natureza dos materiais, prevalece comparativamente com o mero cometimento de erro material na classificação das operações.

Infração 02 parcialmente elidida, em função da decadência no valor de R\$1.007,49, conforme o demonstrativo:

OCORRÊNCIA	VLR. MANTIDO
30/04/2013	0,00
31/10/2013	70,67
30/11/2013	230,11
31/12/2013	37,10
30/01/2014	21,35
31/03/2014	64,29
30/04/2014	4,05
30/06/2014	181,12
31/08/2014	26,21
31/10/2014	100,87
30/11/2014	8,98
31/12/2014	3,00
31/08/2016	214,67
31/09/2016	25,68
30/11/2016	7,11
31/12/2016	12,28
TOTAL	1.007,49

Na infração 03, imputa-se ao autuado a utilização indevida de crédito, concernente às compras de mercadorias sujeitas ao regime da antecipação tributária (documentos e demonstrativos de fls. 139 a 170).

Ao prestar informação, o autuante reconheceu assistir razão parcial ao impugnante, já que uma parcela das mercadorias por ele indicadas em sede de defesa, efetivamente, quando das ocorrências, não estavam sujeitas ao regime da substituição tributária.

Discriminou, à fl. 461, as notas que não deveriam ter feito parte do lançamento, o que não foi contestado pelo contribuinte na manifestação (simples reprodução da defesa). Elaborou revisão às fls. 475, 478, 481 e 484 e colacionou, à fl. 487, documento denominado "JUSTIFICATIVAS PARA INCLUSÃO DO ITEM NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA".

Infração 03 parcialmente elidida no valor de R\$9.371,37, de acordo com a revisão do fiscal e em função da decadência, conforme demonstra abaixo:

OCORRÊNCIA	VLR. MANTIDO
31/01/2013	0,00
28/02/2013	0,00
31/03/2013	0,00
30/04/2013	0,00
31/05/2013	0,00
30/06/2013	0,00
31/08/2013	24,26
30/09/2013	769,24
31/10/2013	351,55
30/11/2013	178,71
31/12/2013	1.145,74
31/01/2014	278,03
28/02/2014	535,76
31/03/2014	5,01
30/04/2014	93,11
30/06/2014	2,94
30/09/2014	151,20
31/10/2015	884,19
30/11/2014	35,29
31/12/2014	9,65
31/01/2015	24,53
28/02/2015	907,64
31/03/2015	45,78
30/04/2015	82,18
31/05/2015	3,60
30/06/2015	26,12
31/07/2015	4,31
31/08/2015	6,54
30/09/2015	730,37
31/10/2015	81,26
30/11/2015	89,66
31/12/2015	21,73

31/01/2016	176,68
29/02/2016	13,14
31/03/2016	75,49
30/04/2016	15,03
31/05/2016	1.112,51
30/06/2016	11,18
31/07/2016	23,20
31/08/2016	27,63
30/09/2016	169,67
31/10/2016	107,84
30/11/2016	1.071,13
31/12/2016	79,47
TOTAL	9.371,37

Relativamente à quarta imputação (falta de recolhimento, em decorrência da prática de operações tributáveis como não tributáveis - regularmente escrituradas), o impugnante argumentou que “todos os pagamentos foram realizados em regime de antecipação diretamente no posto fiscal, como fazem prova todas as guias anexas correlatas ao período fiscalizado”.

À fl. 462, o auditor ressaltou que a acusação é de realização de saídas não sujeitas ao recolhimento antecipado.

Com efeito, para elidi-la, o autuado precisaria demonstrar que as operações não estavam sujeitas à incidência ou se encontravam ao abrigo da isenção, imunidade ou substituição tributária (com pagamento efetuado por antecipação), o que não ocorreu.

O ICMS devido foi calculado por meio da soma dos valores presentes nas colunas “Saídas por ECF”, “Saídas por NF” e “Doação sem tributação” de fls. 284, 288, 292 e 296.

Às fls. 173 a 283, foram apresentados pelo fiscalizado documentos de arrecadação estadual do imposto devido por antecipação tributária e antecipação parcial. Todavia, ao contrário do que alegou à fl. 86, não há correlação entre as guias de recolhimento de fls. 173 a 283 e as operações auditadas.

Infração 04 parcialmente elidida, devido à decadência no valor de R\$279.422,37, conforme o demonstrativo:

OCORRÊNCIA	VLR. MANTIDO
31/01/2013	0,00
28/02/2013	0,00
31/03/2013	0,00
30/04/2013	0,00
31/05/2013	0,00
31/06/2013	0,00
31/07/2013	2.534,05
31/08/2013	3.189,69
30/09/2013	3.291,25
31/10/2013	4.055,51
30/11/2013	7.016,69
31/12/2013	7.388,91
31/01/2014	6.348,99
28/02/2014	5.714,25
31/03/2014	3.263,95
30/04/2014	4.962,30
31/05/2014	4.712,69
30/06/2014	4.639,46
31/07/2014	3.890,76
31/08/2014	3.780,87
30/09/2014	4.222,49
31/10/2014	4.591,17
30/11/2014	6.456,65
31/12/2014	6.432,11
31/01/2015	3.712,41
28/02/2015	5.537,07
31/03/2015	4.642,62
30/04/2015	4.473,53
31/05/2015	2.799,90
30/06/2015	3.244,81
31/07/2015	3.377,49
31/08/2015	3.804,81
30/09/2015	5.427,06
31/10/2015	6.154,63

30/11/2015	13.684,67
31/12/2015	8.221,11
31/01/2016	25.028,67
29/02/2016	29.445,13
31/03/2016	22.414,63
30/04/2016	6.819,19
31/05/2016	4.444,83
30/06/2016	3.446,15
31/07/2016	3.723,93
31/08/2016	4.591,96
30/09/2016	4.597,11
31/10/2016	6.203,92
30/11/2016	6.492,22
31/12/2016	10.642,73
TOTAL	279.422,37

Quanto às infrações 06/07 (falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de bens destinados ao ativo imobilizado; e falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições em outras unidades da Federação de materiais de uso e consumo), o contribuinte comprovou o recolhimento da quase totalidade dos valores exigidos, tendo restado apenas R\$13,05, da competência de abril de 2016, na infração 06, e R\$77,12, de maio de 2016, na infração 07.

Infrações 06/07 parcialmente elididas.

No tocante à oitava imputação (recolhimento a menor da antecipação parcial, incidente nas aquisições interestaduais de mercadorias para revenda), o defendente apresentou cópias de documentos de arrecadação para demonstrar que, em relação a 2016, a exigência é indevida (fls. 427, 429, 431, 433 e 435).

Entretanto, não há autenticação dos alegados pagamentos, pelo que acolho a informação do auditor de que não constam dos bancos de dados desta Secretaria da Fazenda os recolhimentos referentes aos valores ora exigidos.

Infração 08 caracterizada.

Por fim, em relação às infrações 09/10 (entradas tributáveis e não tributáveis sem registro na escrita), o sujeito passivo alegou que nos levantamentos da Fiscalização há notas fiscais devolvidas e canceladas, nos termos das planilhas que colacionou às fls. 436 a 452.

Mas, como disse o autuante ao prestar a informação, não é possível atestar as supostas devoluções e os cancelamentos por meio das informações de fls. 436 a 452. Não foi juntado ao PAF qualquer comprovante de cancelamento.

Em alguns casos, a coluna que contém as chaves dos documentos digitais somente traz 42 dígitos, com um deles pouco visível, quando o correto seriam 44 dígitos. Por exemplo, a nota fiscal de chave 351309044395690001095500100000123712208295, destacada com a informação “DEVOLVIDA PELO EMITENTE” à fl. 440.

Já a nota fiscal de chave 29141207014198000454550020000015101897208191, destacada com a informação “NOTA FISCAL DEVOLVIDA” à fl. 450, está com a situação “AUTORIZADA” no Portal Nacional das Notas Fiscais Eletrônicas, o que também ocorre com aquelas de chaves 29160507107643000188550040000038031000038034, destacada com a informação “NOTA FISCAL DEVOLVIDA NÃO DEU ENTRADA” à fl. 451, e 29141201050029001031550000000118651001186500, destacada com a informação “RAZÃO SOCIAL ERRADA” à fl. 449.

Infrações 09/10 caracterizadas.

Este órgão não tem competência para exercer controle de constitucionalidade, para negar eficácia à norma emanada de autoridade superior e para reduzir ou cancelar penalidades por descumprimento de obrigações principais sob o fundamento de abusividade (arts. 167, I e III do RPAF-BA/1999).

Também não é o caso de reduzir ou cancelar as multas das infrações 09/10 (por descumprimento de obrigações acessórias).

Um dos requisitos para que isso ocorra é que do descumprimento da obrigação acessória não tenha resultado a falta de recolhimento do tributo. O art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/1996 presume a ocorrência de saídas tributáveis sem registro na escrita e, conseqüentemente, sem pagamento de ICMS, sempre que constatadas entradas não lançadas nos livros próprios, sejam elas tributáveis ou não tributáveis.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com a homologação dos valores recolhidos. Assim, o montante do Auto de Infração fica conforme o quadro abaixo:

INF	RESULTADO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO	MULTA
01	RECONHECIDA	53,06	53,06	60%
02	PROCEDENTE EM PARTE	1.007,58	1.007,49	60%
03	PROCEDENTE EM PARTE	11.096,64	9.371,37	60%
04	PROCEDENTE EM PARTE	300.791,53	279.422,37	60%
05	RECONHECIDA	294,92	294,92	60%
06	PROCEDENTE EM PARTE	2.707,47	13,05	60%
07	PROCEDENTE EM PARTE	1.056,39	77,12	60%
08	PROCEDENTE	19.407,15	19.407,15	60%
09	PROCEDENTE	1.194,18	1.194,18	-----
10	PROCEDENTE	2.907,19	2.907,19	-----
Total		340.516,11	313.747,90	

O sujeito passivo inconformado com a Decisão de Primeira Instância apresenta Recurso Voluntário, às fls. 605/26, em relação às infrações 3, 4, 8, 9 e 10, tendo as seguintes razões:

INFRAÇÃO 03 – “*notas fiscais sinalizadas no período, referiam-se as mercadorias adquiridas sujeitas a antecipação tributária, de modo que estaria o contribuinte proibido de creditar-se do imposto em tais entradas*”.

Afirma que sua contabilidade tem razão parcial, pois nas quatro planilhas anexas, demonstra-se que no ano de 2013 existem R\$ 698,14 em compras relativas a mercadorias não sujeitas a antecipação, de modo que neste tocante, teria o contribuinte o direito ao crédito. Disse que de mesma forma aconteceu no exercício de 2014, sendo o valor de R\$ 331,42, em 2015 o valor de R\$ 854,32 e em 2016, o valor de R\$ 490,03.

Pede pela subtração dos valores sinalizados e redução da infração de R\$11.096,64 para R\$8.731,73, valor este efetivamente devido.

INFRAÇÃO 04 – “*deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas*”.

Informa a situação da decadência referente ao período de janeiro de 2013 a junho de 2013. Disse que o entendimento da fiscalização é equivocado, porque sustenta que todos os pagamentos foram realizados em regime de antecipação diretamente no posto fiscal, como fazem prova todas as guias anexas correlatas ao período fiscalizado. Requer a improcedência.

INFRAÇÃO 08 – “*Recolhimento a menor da antecipação parcial, incidente nas aquisições interestaduais de mercadorias para revenda*”. Assevera que a cobrança relativa ao exercício de 2016 não é devida, pois os recolhimentos foram realizados conforme as provas colacionadas a estes autos junto com a Impugnação.

INFRAÇÕES 09 E 10 – “*Entradas tributáveis sem registro na escrita*” e “*Entradas não tributáveis sem registro na escrita*”. Informa a ocorrência de decadência tributária, relativa aos meses de janeiro a maio de 2013 (infração 9) e decadência para os meses de janeiro a junho de 2013 (infração 10).

Assinala, para ambas infrações, que ainda existem notas fiscais canceladas e/ou devolvidas pelo emitente que integraram a base de cobrança da fiscalização e que tais notas precisam ser retidas da base de incidência da multa, sendo que os demonstrativos foram devidamente juntados aos autos com a Impugnação.

Alega multa aplicada abusiva no percentual de 60% (art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96). Frisa que a multa é caráter disciplinador e que não há na conduta do contribuinte intenção ou premeditação em fraudar o fisco. Pontua que a CF veda expressamente a utilização de tributos com efeito de confisco. Destaca inconstitucionalidades destas multas, pela não apreciação da matéria de direito apresentada, por entender que foge a sua alçada de competência. Todavia, já há posição sedimentada em sentido contrário. Acosta decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais – 1ª Turma (Acórdão nº CSRF/01 – 03.620 - Processo nº 11020.001669/90-27 - Recurso nº 104-112.474 (RP/104-0.295, RD/104-0.898 e RD/104-0.998) - Matéria: IRPJ e Outros - Recorrentes: Fazenda Nacional e Isabela S/A – Produtos Alimentícios - Recorrida: Quarta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes).

Pede pela apreciação do direito constitucional pelo órgão julgador de todas as matérias suscitadas na presente impugnação. Diz que a multa fiscal se origina de um ilícito tributário, ocasionado por uma inobservância no dever de recolher algum tributo ou não cumprir alguma obrigação acessória.

Afirma que não incorreu em qualquer irregularidade que ensejasse em atribuir um valor tão absurdo e pesado a título de multa, mesmo porque não há infração cometida. Cita tributarista Sacha Calmon Navarro Coelho em seu estudo a respeito das multas no seu livro Teoria e Prática das Multas Tributárias pronunciou-se no sentido que as multas têm o limite quantitativo a ser alcançado. Reproduz os arts. 5º, LIV e 150, IV; transcreve fundamentos do artigo As Multas Fiscais e o Poder Judiciário dos advogados Heron Arzua e Dirceu Galdino, publicado na Revista Dialética de Direito Tributário nº 20 - maio de 1997.

Denota apreensão jurídica, pois tem o seu respaldo de minimizar ou cancelar a vultosa multa que lhe foi imputada, nas decisões e fundamentos jurídicos que foram discorridos exaustivamente.

Verifica-se que o montante excessivo em relação à infração tributária não se coaduna com o nosso sistema jurídico, que já prevê a incidência de juros moratórios (com a finalidade de indenizar o erário pela indisponibilidade do montante do tributo durante certo lapso de tempo em que o contribuinte se beneficiou dessa mesma disponibilidade) e correção monetária (para manter o poder aquisitivo do valor).

Lembra que a multa teria efeito de apenas penalizar o contribuinte pelo fato de supostamente não obedecer à legislação vigente. Sustenta que não resta dúvida de que a imposição de multas elevadas leva a verdadeiro confisco do patrimônio do contribuinte.

Salienta que há ainda efeito confiscatório sempre que houver afronta aos princípios da liberdade de iniciativa, ou de trabalho, de ofício ou profissão, bem assim quando o tributo acarretar a impossibilidade de atividades econômicas.

Evidencia efeito de CONFISCO na imposição da multa aplicada, pelo fato de que os valores percentuais são vultosos. Dessa maneira, penalizam-se as atividades da empresa, que não pode abrir mão de seu capital de giro para satisfazer a sanha fiscal do Estado. Em última análise, admitir como legítimo o dever do adimplemento de tal obrigação, seria o mesmo que condenar a propriedade privada a ser efetivamente consumida por via de um ato estatal. Reitera que a Carta Magna de 1988 é clara e cristalina ao reprimir o efeito confiscatório da carga tributária, assim entendido aquele decorrente de ato que vise apreender ou adjudicar, sem indenização, bens pertencentes aos particulares, em favor do Fisco.

Pontua que os princípios da vedação do confisco e da capacidade contributiva do contribuinte constam atualmente do texto constitucional, na parte relativa ao Sistema Tributário Nacional. É bem verdade que a parcela ora impugnada com esta defesa não seja tributo em si, mas, em que pese se dirijam expressamente aos tributos, não se pode negar que os mencionados paradigmas constitucionais se estendam a todo o sistema tributário, alcançando por inteiro o crédito tributário em sua expressão mais abrangente, como conceituado no art. 113 do CTN. Ou seja, eles atingem tanto os próprios tributos como as penas fiscais. Cita palavras de BILAC PINTO (RTJ 82/809), reproduz entendimento do tributarista cearense, Dr. HUGO DE BRITO MACHADO, respeitado professor e Juiz aposentado do TRF-5ª Região, cita PEDRO NUNES (Interpretação no Direito Tributário, São Paulo, RT, 1989, Vol. 1, p. 45), transcreve RUI BARBOSA NOGUEIRA (Curso de Direito Tributário, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 103).

Reafirma que não poderia ser de outra forma. Acrescenta que a atual situação da economia nacional não mais autoriza a cobrança de elevadas taxas de juros e multas moratórias por parte de credores cada vez mais ávidos por recursos financeiros.

Junta jurisprudência (TJ/MG, Acórdão da 4ª Câmara Cível na apelação nº 55.354, em 01.06.81, ADV nº 429; DJU de 22.06.84, p. 10.132), reproduz recentemente decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal de Pernambuco ao julga a AMS Nº 79825-PE, entendeu que a multa no percentual de 75%

aplicada pelo FISCO FEDERAL corriqueiramente não é cabível e determinou sua redução para 20%.

Sustenta que não existe razão lógica na pretensão estatal em querer cobrar a multa aqui vergastada, restando ao contribuinte, levando em conta o não acolhimento pela Junta de Julgamento, interpor Recurso Voluntário para suplicar aos conhecimentos profundos dos julgadores componentes desta Câmara de Julgamento para reformar o acórdão sob vergasto.

Finaliza pugnando:

- pela procedência total do presente RECURSO VOLUNTÁRIO, sendo decretada a nulidade da presente autuação, elidindo as infrações de nº 03, 04, 08, 09 e 10;
- pelo afastamento da multa aplicada no percentual de 60%;
- pela realização de diligências e perícias, nos termos do art. 123, § 3º do Decreto nº 7629/99 (RPAF/BAHIA).
- para que as intimações sejam realizadas no endereço constante no timbre.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário referente a lançamento com diversos itens, que serão devidamente apreciados neste julgamento.

De início, indefiro a solicitação de diligência e perícia, conforme art. 123, §3º do Decreto nº 7.629/99, devido todas as suas argumentações estarem desprovidas da necessidade de apuração, estando nesse processo, todos elementos suficientes e necessários ao deslinde das questões postas em discussão.

Quanto ao item 3, crédito indevido por aquisição de mercadorias sujeitas à substituição tributária afirma que sua contabilidade tem razão parcial, pois nas quatro planilhas anexas, demonstra-se que no ano de 2013 existem R\$ 698,14 em compras relativas a mercadorias não sujeitas a antecipação, de modo que neste tocante, teria o contribuinte o direito ao crédito. Disse que de mesma forma aconteceu no exercício de 2014, sendo o valor de R\$ 331,42, em 2015 o valor de R\$ 854,32 e em 2016, o valor de R\$ 490,03. Pede pela subtração dos valores sinalizados e redução da infração de R\$11.096,64 para R\$8.731,73, valor este efetivamente devido.

O lançamento inicial de R\$11.096,64 foi reduzido em Primeira Instância para R\$9.371,37 após ajustes efetuados pelo próprio autuante, que relacionou às fls. 461 as notas que foram excluídas pelo fato das mercadorias não estarem na substituição tributária, remanescendo as demais.

O Recorrente não aponta que notas fiscais remanescentes estariam fora da substituição, sendo que não trouxe nenhuma nova planilha com relação de quaisquer notas, tendo efetuado uma defesa genérica, insistindo possivelmente em valores não acatados pelo autuante, sem dizer expressamente quais notas e quais mercadorias. Mantida a Decisão recorrida.

Infração 3 procedente em parte.

Quanto ao item 4, *“deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”*. Informa a situação da decadência referente ao período de janeiro de 2013 a junho de 2013. Disse que o entendimento da fiscalização é equivocado, porque sustenta que todos os pagamentos foram realizados em regime de antecipação diretamente no posto fiscal, como fazem prova todas as guias anexas correlatas ao período fiscalizado. Requer a improcedência.

A infração 4, no valor total de R\$300.791,53, foi reduzida para R\$279.422,37, remanescendo os valores lançados entre julho de 2013 e dezembro de 2016.

Observando o voto recorrido, reconheço que o fundamento da infração 4 parcialmente elidida é devido à decadência, contudo, mantendo os valores não atingidos pela decadência porque não há

correlação entre a acusação, saídas de mercadorias tributáveis e a defesa, pagamento por antecipação.

Entre as fls. 24/39 consta demonstrativo de saídas não tributadas por doação e na defesa inicial, consta pagamentos de ICMS por antecipação tributária, sem vinculação com os documentos do demonstrativo do autuante. Mantida a decisão recorrida. Infração 4 parcialmente procedente.

Quanto ao item 08, “*Recolhimento a menor da antecipação parcial, incidente nas aquisições interestaduais de mercadorias para revenda*”, assevera que a cobrança relativa ao exercício de 2016 não é devida, pois os recolhimentos foram realizados conforme as provas colacionadas a estes autos junto com a Impugnação.

O voto recorrido diz o seguinte:

No tocante à oitava imputação (recolhimento a menor da antecipação parcial, incidente nas aquisições interestaduais de mercadorias para revenda), o defendente apresentou cópias de documentos de arrecadação para demonstrar que, em relação a 2016, a exigência é indevida (fls. 427, 429, 431, 433 e 435).

Entretanto, não há autenticação dos alegados pagamentos, pelo que acolho a informação do auditor de que não constam dos bancos de dados desta Secretaria da Fazenda os recolhimentos referentes aos valores ora exigidos.

De fato, constam DAEs de pagamento, contudo sem qualquer autenticação bancária do recolhimento ou o comprovante eletrônico do débito na conta bancária.

Mantida a Decisão recorrida. Infração 8 procedente.

As infrações 9 e 10 são multas por descumprimento de obrigações acessórias (falta de registro de entradas). A alegação de inconstitucionalidade das multas não pode ser apreciada por este Conselho de Fazenda, nem efetuar a sua redução, haja vista a falta de competência deste Conselho para reduzir ou cancelar multas.

Quanto às notas fiscais canceladas que necessitam ser retiradas da base de incidência, não foram apresentadas, já que inclusive consta no voto recorrido que em consulta, referem-se a notas fiscais autorizadas.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 269141.0007/18-0, lavrado contra **XL DA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$309.646,53**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f” e VII, “a” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$4.101,37**, previstas nos incisos IX e XI da citada lei e artigo, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/2005, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 15 de outubro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS