

A.I. Nº - 019290.0018/04-4
AUTUADO - ACCERTO COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - PAULO CÉSAR DE CARVALHO GOMES
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 16.05.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0137-02/05

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Refeitos os cálculos, diante das provas apresentadas pela defesa, reduzindo-se o débito. 2. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE VENDA A CONSUMIDOR EM LUGAR DO USO DE ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Excluída parcela da multa relativa a período em que o ECF esteve sem funcionar, para ser submetido a intervenção técnica. Rejeitada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/12/04, diz respeito aos seguintes fatos:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no SimBahia, sendo lançado imposto no valor de R\$ 425,37, mais multa de 50%;
2. emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado o sujeito passivo, sendo aplicada a multa de R\$ 2.904,10.

O autuado apresentou defesa dizendo que, no caso do item 1º do Auto de Infração, o fiscal autuante se equivocou ao não apreciar algumas reduções “Z” e fitas-detelhe postas à sua disposição. Requer a realização de diligência, alegando não ter conhecimentos contábeis suficientes para separar todas as Notas Fiscais, de modo a contrapô-las aos elementos apontados pelo autuante nas tabelas que instruem o Auto de Infração. Para demonstrar a verossimilhança de suas, dá como exemplo o caso da redução “Z” de 9/1/04 [fl. 47], que diz ter sido eleita por amostragem, a qual acusa o valor de R\$ 906,62, tendo sido consignado no demonstrativo fiscal [fl. 17] o valor de R\$ 706,61. Diz que o fiscal se esqueceu de acrescentar no aludido demonstrativo os valores de R\$ 792,70, R\$ 822,21, R\$ 827,68 e R\$ 649,76, relativos aos dias 20, 24, 26 e 29 de janeiro de 2004 [fls. 48 a 51]. Alude a situações em que os valores levantados pelo fiscal seriam inferiores. Frisa que, em face desses elementos, em janeiro de 2004 não é devido o valor de R\$ 235,29 lançado pelo autuante. Em face dos equívocos assinalados, considera que os mesmos constituem indícios que justificam a realização de diligência para revisão do lançamento.

Além dos erros apontados, a defesa sustenta que há ofensa ao princípio da seletividade, que tem por finalidade suavizar a carga tributária das mercadorias e serviços considerados essenciais, nos termos do art. 155, § 2º, III, da Constituição. Argumenta que, como existem inúmeras alíquotas, em virtude de o Estado da Bahia ter adotado o princípio da seletividade, a alíquota aplicada deve ter seu fundamento legal declinado no Auto de Infração, para que o autuado possa contestá-la, acaso assim entenda, e para que seu direito de defesa não seja cerceado. Destaca que a fundamentação jurídica é um dos pressupostos determinantes do princípio do devido processo legal. A seu ver, o autuante feriu este princípio, pois sequer indicou a base legal em que se

apoiou para aplicação da alíquota, cerceando, assim, o direito de defesa do contribuinte. Considera haver clara razão para a nulidade do procedimento.

Reclama da multa estipulada, que a seu ver caracteriza uma tentativa de confisco, observando que isso é vedado pelo art. 150, IV, da Constituição. Argumenta que o montante excessivo em relação à suposta infração tributária não se coaduna com o nosso sistema jurídico. Aduz que a multa deve ter efeito de apenas apenar o contribuinte pelo fato de não obedecer à legislação vigente, mas a imposição de multas elevadas leva a verdadeiro confisco do patrimônio da empresa. Pondera que a equidade recomenda a exclusão do abuso do direito revelado pela aplicação de multa vultosa, porque esta representa sanção confiscatória. Lembra que, desde julho de 1994, quando foi instituído o "Plano Real", a inflação brasileira decresceu a índices ínfimos, se considerados os percentuais anteriormente praticados, tendo, inclusive, sido editada a Lei nº 9.298/96, que aboliu a prática de imposições de multas a índices percentuais não condizentes com a realidade econômica e reduziu a 2% o percentual de multa moratória incidente sobre o valor de qualquer prestação vencida. Protesta que, no caso em discussão, condenando-se a empresa a pagar a multa de 50%, estará sendo penalizada não a empresa, mas sim a sua atividade.

Quanto ao 2º item do Auto de Infração, a defesa alega que o agente autuante cometeu grave equívoco, pois, ao se deparar com as Notas Fiscais de Venda a Consumidor, concluiu que o programa utilizado pela empresa disponibiliza função para que não seja emitido documento fiscal relativo ao registro realizado. Alega que as Notas Fiscais de Venda a Consumidor foram emitidas em virtude de defeitos na máquina emissora de Cupons Fiscais. Argumenta que a empresa não pode ficar sem vender seus produtos enquanto a máquina não volta do conserto, e por isso foram emitidas as referidas Notas. Destaca que as empresas credenciadas para dar manutenção aos equipamentos emissores de Cupons são poucas, o que acaba gerando grandes demoras na entrega do equipamento consertado. Junta algumas Notas para provar que a máquina emissora de Cupom Fiscal passou por diversas manutenções nos anos de 2003 e 2004. Aduz que a unidade central de processamento também apresenta defeitos, impossibilitando, sempre que isso acontece, a emissão de Cupons. Diz que houve inclusive um caso de “queima” do disco rígido do computador, ficando a empresa por longo período sem poder utilizar o equipamento, conforme Notas Fiscais e Recibos emitidos pelo técnico responsável pelo conserto. Assegura que as Notas Fiscais de Venda a Consumidor só foram emitidas porque a empresa estava impossibilitada de utilizar o equipamento emissor de Cupons. Requer a realização de perícia, caso se entenda que isso seja necessário, para que se verifique que no programa da autuada não há qualquer tipo de função que possibilite a não emissão do documento fiscal relativo ao registro realizado. Alega que, por força do princípio da anterioridade nonagesimal, deveriam ser excluídas as multas dos meses de janeiro, fevereiro e março de 2003, caso tais multas fossem devidas, tendo em vista o período de “vacatio legis”. Argumenta que, de acordo com o princípio da anterioridade (art. 150, III, “b”, da CF), os sujeitos passivos de obrigação tributária precisam ter conhecimento, com certa antecedência, dos tributos a que estão sujeitos e dos montantes que serão exigíveis em situações normais. Acentua que, com a Emenda Constitucional nº 42, foi estabelecida a vedação da cobrança de tributos antes de decorridos 90 dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou. Observa que, no caso do item 2º do presente Auto de Infração, a alínea “h” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 foi acrescentada pela Lei nº 8.534, de 13/12/02, publicada em 14-15/12/02, de modo que somente no final de março, quando decorridos 90 dias, é que a mesma começaria a valer.

Pede que o Auto de Infração seja anulado e arquivado o processo.

O fiscal autuante prestou informação considerando, inicialmente, que o arrazoadado da defesa é infundado, sem repercussão lógica, e tem o intuito de confundir. Diz que foram expedidas três intimações, telefonou diversas vezes para a contadora da empresa, e mesmo assim algumas reduções “Z” não foram apresentadas e outras foram, mas estavam ilegíveis, e como ele (o fiscal)

tinha prazo para terminar o trabalho, pois são muitas empresas, com relação ao exercício 2003 levou em conta a planilha apresentada ao grupo Shopping, conforme documento à fl. 14, bem como as reduções “Z” e as Notas Fiscais de Venda a Consumidor que foram apresentadas. Já com relação ao exercício 2004, ficaram faltando algumas reduções “Z” e outras estavam ilegíveis. Diz que levou mais de um mês para fiscalizar uma empresa que normalmente seria fiscalizada em uma semana, mas, mesmo assim, foi feita revisão do trabalho fiscal, no dia 29/12/04, durante quatro horas, no estabelecimento do autuado, não sendo apresentado qualquer documento que contrariasse o Auto. Observa que, no instrumento à fl. 14, na coluna vendas com cartão, que indica o que foi informado pela administradora, a soma dos doze meses é R\$ 257.793,48, e não R\$ 238.054,10. Com relação às reduções “Z” dos dias 20, 24, 26 e 29 de janeiro de 2004, diz o fiscal que as mesmas não foram apresentadas e algumas delas estavam ilegíveis. Já com relação ao valor de R\$ 16.106,03, diz que, embora a defesa tente atribuir o erro à fiscalização, aquele valor foi informado pela administradora de cartões, conforme documentos às fls. 11 e 16. A seu ver, está configurada a pretensão escancarada de sonegar informações ao fisco, e o regulamento do imposto prevê que a entrega da documentação fiscal deve ser feita na intimação, e não “sine die”, conforme impõe o autuado. Aduz que “As preliminares de nulidade requerida pela ilustre autuada não entende que a doutrina considera ato nulo aquele que não produz nenhum efeito jurídico válido, não podendo ser revalidado com a cessação da causa de nulidade” *[sic]*. Quanto aos princípios jurídicos abordados pela defesa, o fiscal contrapõe que não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador não distinguiu.

Com relação ao mérito, o fiscal diz: “Considerando a inquestionável identidade da cobrança fiscal, cumpre esclarecer que toda motivação do ato é provida de certeza, segurança e exatidão, além disso ensina a doutrina que ato nulo é aquele que padece de vício de ilegitimidade, se calha sublinhar de improcedência, cumpre lembrar que não foram anexadas pela defesa qualquer tipo de prova. Nessa conformidade os argumentos de defesa tornou-se despidendo, em face dos demonstrativos acostados.” *[sic]*

Conclui dizendo que mantém a ação fiscal.

VOTO

O item 1º do Auto de Infração em análise diz respeito a ICMS recolhido a menos por contribuinte inscrito no SimBahia na condição de empresa de pequeno porte. O 2º item refere-se a multa por descumprimento de obrigação acessória, pois a empresa emitiu Notas Fiscais de Venda a Consumidor, em vez de Cupons Fiscais.

As considerações da defesa quanto ao princípio da seletividade e à alegação de confisco envolvem aspectos que escapam à competência deste órgão administrativo de julgamento de lides fiscais. Limito-me, portanto, à apreciação dos elementos de prova, para determinação dos fatos e do direito aplicável.

O autuado alega na defesa que não tem conhecimentos contábeis suficientes para separar todas as Notas Fiscais, de modo a contrapô-las aos elementos apontados pela fiscalização, e pede que se determine a realização de diligência, porque o fiscal autuante ter-se-ia equivocado ao não apreciar algumas reduções “Z” e fitas-detache.

Não me parece que o autuado seja tão leigo como alega nos meandros contábeis, em face das provas apresentadas, que diz terem sido juntadas “como exemplo”. Não considero necessária a realização de diligência, mas levarei em conta os pontos assinalados pela defesa.

Não entendi o que o fiscal quis dizer ao prestar a informação. Em vez de falar das provas apresentadas pela defesa, ele praticamente se limita a falar dos problemas que teve durante a ação fiscal. Diz que expediu três intimações, telefonou diversas vezes para a contadora da empresa, e mesmo assim algumas reduções “Z” não foram apresentadas e outras foram, mas

estavam ilegíveis, e como ele (o fiscal) tinha prazo para terminar o trabalho, pois tinha muitas empresas para fiscalizar, com relação ao exercício 2003 levou em conta a planilha apresentada ao grupo Shopping, bem como as reduções “Z” e as Notas Fiscais de Venda a Consumidor que foram apresentadas. Já com relação ao exercício 2004, diz que ficaram faltando algumas reduções “Z” e outras estavam ilegíveis. Lamenta que levou mais de um mês para fiscalizar uma empresa que normalmente seria fiscalizada em uma semana, mas, mesmo assim, foi feita revisão do trabalho fiscal, dois dias após a lavratura do Auto de Infração, durante quatro horas, no estabelecimento do autuado, não sendo apresentado naquela oportunidade qualquer documento que contrariasse o Auto. Após uma série de comentários acerca dos elementos da autuação, conclui dizendo que o regulamento do imposto prevê que a entrega da documentação fiscal deve ser feita na intimação, e não “sine die”.

Enfim, pelo teor da informação, o fiscal autuante dá a impressão de que não apreciou as provas apresentadas porque, a seu ver, o autuado teria de tê-las exibido durante a ação fiscal, e não na defesa.

Não é verdade que o regulamento do imposto preveja que o contribuinte só possa apresentar provas ao ser feita uma intimação. Ao prestar a informação, de acordo com o mandamento do § 6º do art. 127 do RPAF, o fiscal autuante tem o dever de manifestar-se, com clareza e precisão, acerca de todos os aspectos da defesa, com fundamentação. Do mesmo modo que a competência para a lavratura de Autos de Infração é dos auditores fiscais, também compete ao fiscal, ao prestar a informação, checar os elementos aduzidos pela defesa, ponto por ponto, e, quando for o caso, refazer os cálculos do lançamento. O lançamento tributário é um procedimento vinculado, isto é, totalmente regrado por preceitos legais. Se o auditor se convence de erros cometidos na autuação, tem o dever jurídico de admiti-los, em atenção ao princípio da estrita legalidade tributária. O fiscal tem um compromisso com o lançamento por ele efetuado; tem a obrigação de refazer os demonstrativos fiscais, excluindo as parcelas consideradas indevidas e indicando os valores remanescentes. Como, no presente caso, o auditor assim não procedeu, farei eu mesmo as correções devidas. Isto, em princípio, não é tarefa do julgador. Faço-o, contudo, em nome do princípio da economia processual, para evitar que o processo seja submetido a diligência, postergando o desfecho da lide, em prejuízo do Estado e do sujeito passivo.

No que concerne ao 1º item do Auto de Infração, de acordo com as provas apresentadas pela defesa, está patente que a redução “Z” de 9/1/04 acusa o valor de R\$ 906,62 (fl. 47), mas no demonstrativo fiscal [fl. 17] foi lançado o valor de R\$ 706,61. Além disso, não foram incluídos no demonstrativo fiscal os valores de R\$ 792,70, R\$ 822,21, R\$ 827,68 e R\$ 649,76, relativos aos dias 20, 24, 26 e 29 de janeiro de 2004 (fls. 48 a 51). Em face desses elementos, é indevida a parcela de R\$ 235,29, relativa a janeiro de 2004. Remanesce o valor de R\$ 190,08.

Quanto ao item 2º, de acordo com as provas apresentadas pela defesa às fls. 52 a 54, o equipamento emissor de Cupons Fiscais do autuado foi submetido a intervenção técnica no mês de fevereiro de 2003. Sendo assim, deve ser excluída a parcela de R\$ 388,06, remanescendo a multa de R\$ 2.516,04.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **019290.0018/04-4**, lavrado contra **ACCERTO COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 190,08**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, inciso I, “b”, 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 2.516,04**, prevista no art. 42, XIII-A, “h”, da supracitada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA