

A. I. Nº - 207150.0106/04-5
AUTUADO - EZINETE OLIVEIRA MACEDO DE SOUZA
AUTUANTE - JOSÉ ANTONIO RODRIGUES PEREIRA
ORIGEM - INFAS JACOBINA
INTERNET - 23/05/05

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0169-03/05

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DESTINADAS À CONTRIBUINTE NÃO INSCRITOS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao comerciante a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar destinadas a contribuinte não inscritos. Infração parcialmente elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infrações elididas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 5% do valor comercial das mercadorias não escrituradas (Simbahia). Na época do fato gerador não havia previsão legal para aplicação da multa. Retificada a multa para R\$140,00. Infração parcialmente caracterizada. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/11/2004, exige ICMS de R\$2.912,71 acrescido das multas de 60% e 70%, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$2.341,85, pelas seguintes infrações:

01. Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Consta, no campo da descrição dos fatos, que deixou de fazer a retenção nas vendas de mercadorias para contribuintes não inscritos no cadastro ou utilizando-se da indicação de inscrições inexistentes, neste e em outro Estado, sendo todas consideradas como vendas efetuadas, neste Estado, a contribuintes sem inscrição, com valor devido de R\$2.080,25.

02. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Consta, no campo da descrição dos fatos, que a nota fiscal de nº 544, refere-se à

venda de mercadorias que não possuem a correspondente documentação idônea de aquisição, com valor de R\$641,94.

03. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de valor adicionado, deduzido a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, com valor de R\$190,52. Consta, ainda que foi constatada pela emissão da nota fiscal nº 0544, referente à venda de mercadorias que não possuem a correspondente documentação idônea de aquisição.

04 – Omissão de entrada de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME. Consta, no campo da descrição dos fatos, que apresentou à fiscalização notas fiscais de compras de mercadorias no exercício de 2002, no valor de R\$173.487,73, quando na DME declarou apenas o valor de R\$126.650,67, resultando em valor devido de R\$2.341,85.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 56 a 60), inicialmente destaca que o Auto de Infração é uma renovação do procedimento fiscal relativo ao Auto de Infração nº 207150.0094/04-3, de 08/07/04, que foi julgado nulo consoante o Acórdão JJF nº 0364-03/04.

Afirma que o presente Auto de Infração, assim como o anterior, contém “uma sequência de equívocos e impropriedades que dificultam e embarça a defesa, e o seu destino só pode ser a declaração de sua nulidade, na forma do art. 18, II e III do RPAF/99”, motivo pelo qual requer a sua nulidade.

Diz que, no que se refere à primeira infração, foram relacionadas pelo autuante as notas fiscais emitidas pelo autuado que acobertam operações de vendas a contribuintes não inscritos, inscritos e situados em outros Estados. Alega que, no seu entendimento, cada situação exige um tratamento específico e por este motivo deve ser declarado nulo o Auto de Infração por falta de previsão regulamentar.

Relacionou as notas fiscais de nºs. 318 a 324, 512, 529, 530, 537, 536, 560, 561 e 584 às fls. 58 a 142 e juntou as consultas públicas nos cadastros de contribuintes do Estado da Bahia e Pernambuco através do Sintegra. Diz que estão devidamente identificadas as inscrições estaduais dos destinatários, o que configura que as vendas foram realizadas para contribuintes e não cabia a retenção.

Alega que as notas fiscais de nº 318 e 319 se referem a vendas para contribuintes localizados no Estado de Pernambuco e nem deveriam constar na relação, a menos que se tratasse de operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária e que a retenção do imposto fosse prevista em convênio de ICMS, que não é o caso.

Quanto as vendas à contribuintes “não inscritos”, afirma que, embora haja previsão legal para a exigência fiscal, nos termos do art. 353, I, que transcreveu à fl. 58, o autuante incluiu indevidamente no seu levantamento as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, que já tiveram o imposto pago antecipado.

Alega que o autuante aplicou sobre todas as mercadorias a alíquota de 17% e a MVA de 20% e que algumas mercadorias objeto da autuação se referem a saídas de gêneros alimentícios cuja MVA prevista no Anexo 89 é de 15% e algumas delas integrantes da “cesta básica” como farinha e fubá de milho, cuja alíquota é de 7% prevista no art. 51 do RICMS/97.

Diz que juntou ao PAF (fls. 71 a 76) um demonstrativo onde são indicadas as MVA e alíquotas previstas no RICMS/BA, o que resultou no valor devido de R\$341,19, relativo a falta de retenção do ICMS pela venda a contribuintes não inscritos.

Quanto às infrações 02 e 03, diz que junta ao processo as cópias das notas fiscais de nº 222423 e 337502 emitidas pela Cecrisa Revestimentos Cerâmicos S/A com valores respectivos de R\$524,05 e R\$2.725,76 que acobertaram as entradas de pisos cerâmicos, os quais saíram por meio da nota fiscal nº 544 e que também deu saída de uma EQ Hidro Moto Bomba, cuja entrada se deu pela nota fiscal de nº 10731 de 23/07/01 da firma Profax Metais Ltda. Conclui que, diante das provas apresentadas, é improcedente a acusação de que não possui a correspondente nota fiscal de aquisição das mercadorias vendidas acobertadas pela nota fiscal de nº 544.

No que se refere à infração 04, omissão de entrada de mercadorias decorrente da apuração da diferença entre o somatório do valor das compras e o informado na DME, diz que é improcedente, tendo em vista que, no exercício de 2002, não existia previsão para aplicação de tal penalidade e que esta foi instituída a partir de 30/12/2002 através do Dec. nº 8.413 que só passou a ter efeito a partir de 01/01/2003 e que a Lei não pode retroagir para prejudicar e sim para beneficiar.

Finaliza requerendo a nulidade da autuação e se ultrapassadas as preliminares argüidas que seja declarada a sua improcedência.

O autuante, na informação fiscal prestada (fls. 145 a 149) inicialmente esclarece que a autuação decorre da renovação do procedimento iniciado como o AI nº 207150.0094/04-3 que foi julgado nulo e que neste processo foram mantidos apenas as irregularidades que julgou pertinentes e foram apontadas novas irregularidades.

Em relação à infração 01, tendo o autuado apresentado diversos argumentos defensivos em relação às notas fiscais supostamente destinadas à contribuintes não inscritos, diz que se limitou a rebater somente os argumentos relativos àquelas com irregularidade apontada. Reproduziu às fls. 146 e 147 o demonstrativo original da fl. 06 e anotou comentários ao lado de cada nota fiscal quanto à situação cadastral dos destinatários das mercadorias como “inexistente, baixada, canceladas e ainda não geradas, para tentar justificar as vendas a contribuinte não inscritos no cadastro”.

Quanto às infrações 02 e 03, diz que estão relacionadas a mercadorias indicadas na nota fiscal de nº 0544, referente ao imposto normal e o antecipado. Alega que, em atendimento a intimação juntada à fl. 53, o autuado entregou apenas as notas fiscais relacionadas no demonstrativo acostado às fls. 47 e 48, onde não foi encontrada nenhuma nota fiscal de entrada que contivesse mercadorias com as mesmas características das relacionadas na nota fiscal de saída de nº 544.

Diz que com apresentação, junto com a defesa, das notas fiscais de nº 10731, 223423 e 337502 fica comprovada a aquisição das mercadorias contidas na nota fiscal nº 544 emitida em julho de 2002 e reconhece que estão elididas as infrações 02 e 03. Ressalta que as notas fiscais de entrada ora apresentadas foram emitidas no mês de julho de 2001, motivo pelo qual intimou o contribuinte para apresentar o livro de Registro de Inventário, onde constatou o registro das mercadorias no estoque final de 2001. Concluiu concordando com a improcedência das infrações 02 e 03.

No que se refere à infração 04, multa pela omissão de informação de aquisição de mercadorias pelo estabelecimento, nas informações prestadas na DME, afirma que é equivocado o argumento defensivo apresentado de que não deve ser aplicada a irretroatividade da legislação tributária pelo fato de que o fato gerador teria ocorrido em 2002, haja vista que a penalidade foi imposta em decorrência da falta de cumprimento de obrigação acessória cujo prazo final para entrega da DME era 28/02/2003 e que a empresa só entregou a mesma fora do prazo, em 17/03/2003.

Conclui dizendo que, com a Lei 8.534/02, que alterou a Lei 7.014/96 incluindo no art. 42, o inciso XII-A, a penalidade de 5% sobre os valores das compras não declaradas, deve ser aplicada no momento em que se configurou o cumprimento desta obrigação, ou seja, no mês de março de 2003 e não no exercício de 2002. Transcreveu o art. 115 do CTN à fl. 148, que trata do fato gerador da obrigação acessória e afirma que não há do que se falar em irretroatividade benigna da Lei invocada pelo autuado.

Diz que, como o autuado apresentou as notas fiscais de nº 726789, 705258, 705256 e 705259 com os Conhecimentos de Transportes correspondentes, deve ser acrescentado ao montante da sua base de cálculo da penalidade ora exigida o valor de R\$10.695,36. Refez o demonstrativo da fl. 49, com a inclusão do valor acima apurado, o que resultou em base de cálculo das entradas não declaradas de R\$57.532,42 e aplicou o percentual da multa de 5% que resultou em débito de R\$2.876,62 que indicou como o da infração 04 ao invés do inicial de R\$2.341,85.

Apresentou à fl. 149 um novo demonstrativo de débito em que indicou valor devido de R\$2.029,94 para a infração 01, nenhum valor para a infração 02 e 03 e R\$2.876,62 para a infração 04, num total de R\$4.906,56.

E por fim, pede que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado em 14/02/2005, para tomar conhecimento da informação fiscal e dos documentos anexados ao processo pelo autuante, conforme documento juntado à fl. 158, reabrindo novo prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de nova defesa. Não tendo o contribuinte se manifestado no prazo concedido, o processo foi encaminhado ao CONSEF para julgamento.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, pelo fato de que o mesmo contém equívocos e impropriedades que embaraçam a defesa. Rejeito a preliminar de nulidade suscitada, haja vista que o autuado não fundamentou suas alegações. Entendo que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade.

No mérito, em relação ao demonstrativo apresentado pelo autuante de notas fiscais emitidas para contribuintes não inscritos (infração 01), o autuado apresentou uma relação de consultas ao Sintegra (fl. 82 a 93) para comprovar a regularidade de inscrição de uma parte dos contribuintes.

O autuado alegou também que, nos demonstrativos apresentados pelo autuante, foi exigida a retenção do imposto do total das mercadorias relacionadas nas notas fiscais, mas que parte destas mercadorias teve o imposto antecipado no momento da entrada e que é indevida a exigência do imposto na saída.

O autuante por sua vez, na sua informação fiscal, apresentou um demonstrativo às fls. 146 e 147, no qual rebateu um por um os argumentos defensivos, a exemplo da nota fiscal de nº 318 emitida em 08/05/2002 (fl. 113), que indica inscrição existente, mas que a mesma foi cancelada desde 1997 (fl. 82), tendo indicado no mesmo demonstrativo, as notas fiscais não contestadas pelo autuado. Portanto, está devidamente caracterizado que, na data em que a nota fiscal foi emitida pelo autuado, o destinatário das mercadorias já não mais exercia atividade mercantil e dessa forma não pode ser acatada a alegação defensiva de que a nota fiscal foi emitida contra contribuinte legalmente inscrito.

Quanto à alegação defensiva de que parte do imposto exigido pelas saídas das mercadorias já tinha sido pago no momento de entrada, o autuante acatou os valores indicados pelo autuado no demonstrativo apresentado na defesa às fls. 73 a 76 e excluiu os valores correspondentes às

mercadorias que já tiveram o imposto antecipado (fl. 146 e 147). No tocante a essa alegação, considero que as razões defensivas apresentadas elidem em parte o lançamento, não restando qualquer controvérsia.

O autuado alegou também que o autuante aplicou a alíquota de 17% sobre as saídas de todos os produtos, não considerando os produtos da “cesta básica” que deveria aplicar alíquota de 7% e utilizou a MVA de 20% sobre todos os produtos sem considerar a MVA de 15% prevista para os gêneros alimentícios. Verifico que o autuante no novo demonstrativo apresentado à fl. 73, acatou estas alegações, a exemplo da nota fiscal nº 308 que o autuado indicou valor devido de R\$12,84, tendo sido aplicada MVA de 15% para os gêneros alimentícios e 20% para outras mercadorias, e também alíquotas de 7% e 17% respectivamente para as mercadorias da cesta básica e outras mercadorias. Observo que o mesmo valor indicado pelo autuado foi apontado como o devido pelo autuante no demonstrativo apresentado à fl. 146. Logo, as razões defensivas foram acatadas e não resta controvérsia.

Pelo exposto, tendo o autuante acatado parte das alegações defensivas, contestado outras e não tendo o autuado se manifestado e nem apresentado provas para comprovar os fatos controversos, considero como devidos nesta infração os valores apontados pelo autuante no demonstrativo acostado às fls. 146 e 147 no total de R\$2.029,94.

Quanto à segunda e terceira infrações, foi apresentado junto com a defesa as notas fiscais de nº 222423, 337502 que acobertaram as entradas de pisos cerâmicos que saíram pela nota fiscal nº 544.

Como a acusação desta infração foi de que não havia documento fiscal legítimo que comprovasse as entradas daquelas mercadorias (pisos cerâmicos), tendo sido exigido imposto do autuado na condição de responsável solidário e na infração 03, pela falta de pagamento do ICMS antecipado da mesma operação, pelo fato de que as mercadorias são enquadradas no regime de substituição tributária, considero que a documentação ora apresentada pelo autuado na defesa é suficiente para elidir a infração apontada, fato reconhecido pelo autuante. Pelo exposto, voto pela improcedência das infrações 02 e 03.

Quanto à infração 04, penalidade aplicada pela omissão de entrada de mercadorias decorrente da apuração da diferença entre o somatório do valor das compras e o informado na DME, o autuado alegou que o fato gerador ocorreu no exercício de 2002 quando ainda não existia previsão legal para aplicação de tal penalidade. O autuante rebateu dizendo que não se tratava de imposto exigido e sim de multa, tendo a mesma sido aplicada no mês de março de 2003.

Verifico que, conforme citado pelo autuado, a Lei 8.534/02 alterou a Lei 7.014 que só passou a ter efeito a partir de 01/01/2003. Como se trata de multa por erro nos dados indicados na DME relativo ao exercício de 2002, realmente o fato gerador ocorreu naquele exercício e não em 2003, no momento da entrega da DME, como entendeu o autuante.

Assim sendo, não é possível retroagir a aplicação da penalidade. Entretanto já existia na legislação a multa de R\$140,00, prevista no art. 42-XVIII, “c” em razão de: “em razão da omissão de dados ou da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas através de formulários próprios”, a qual deve ser aplicada ao presente caso.

Dessa forma, julgo procedente em parte a infração 04, com valor devido de R\$140,00.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Alíq. %	Multa %	Valor em Real
31/03/02	09/04/02	301,71	17,00	60	51,29
30/04/02	09/05/02	150,24	17,00	60	25,54

31/05/02	09/06/02	10.134,71	17,00	60	1.722,90
30/06/02	09/07/02	344,12	17,00	60	58,50
31/10/02	09/11/02	674,06	17,00	60	114,59
30/11/02	09/12/02	278,82	17,00	60	47,40
31/12/02	09/01/03	57,18	17,00	60	9,72
Subtotal					2.029,94
01/03/03	31/03/03		Multa		140,00
Total					2.169,94

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração n.^o 207150.0106/04-5, lavrado contra **EZINETE OLIVEIRA MACEDO DE SOUZA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.029,94**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, II “e” da Lei n.^o 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$140,00** prevista no art. 42, XVIII, “c” da citada Lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

ARIVALDO DE SOUZA PEREIRA-JULGADOR