

A. I. Nº - 206828.0006/07-1
AUTUADO - ALEX SANTOS LIMA
AUTUANTE - LUIZ CARVALHO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 21/02/2008

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0020-03/08

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE INCLUSÃO DA NOTAS FISCAIS NA DME . EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Neste caso, aplica-se a presunção legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. a) OMISSÃO DE DADOS. MULTA. A legislação vigente à época estabelecia a obrigatoriedade de informar na DME os valores constantes nos documentos fiscais relativos a operações e prestações ocorridas no período de referência. Infração subsistente. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Multa absorvida pela multa referente à obrigação principal da primeira infração, no mesmo exercício. Infração Insubsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/06/2007, refere-se à exigência de R\$345.973,44 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além de penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no total de R\$2.284,72, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Consta, na descrição dos fatos, que o autuado, na qualidade de microempresa do SIMBAHIA, deixou de declarar ao Fisco, através da Declaração de Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte – DME, as notas fiscais constantes do demonstrativo de fls. 71 a 107. Valor do débito: R\$2.850,61.

Infração 02: Deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA. Aquisição de farinha de trigo de unidade de Federação não signatária do Convênio 46/2000, conforme planilha de fls. 108 a 294. Valor do débito: R\$343.122,83.

Infração 03: Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME. Consta, na descrição dos fatos, que a empresa deixou de incluir na DME as notas fiscais relacionadas no demonstrativo de fl. 295, deixando também, de arquivá-las em ordem cronológica para apresentação ao Fisco, quando solicitado. Multa de 5% do valor das mercadorias, totalizando R\$2.054,72.

Infração 04: Deixou de apresentar informações econômico-fiscais através de DME, referente ao exercício de 2006, sendo exigido multa no valor de R\$230,00.

De acordo com a descrição dos fatos: “a presente ação fiscal foi desenvolvida por indicação da INFIP – Inspetoria Fiscal de Investigação Fiscal, conforme Processo 008081/2007-8 (fls. 7 e 8), através do qual foi encaminhado a esta Inspetoria o Relatório de Investigação Fiscal - RIF nº 3.352-B, anexo (fls. 9 a 64), com a finalidade de possibilitar à Procuradoria o redirecionamento da dívida fiscal para o verdadeiro responsável tributário, haja vista fundadas suspeitas de que se trata a Autuada de empresa constituída em nome de interposta pessoa, com a finalidade de fraudar o Erário Estadual, tendo como provável responsável JAMMES DEAM CARVALHO SANTANA”.

Consta à fl. 365, Termo de Revelia lavrado em 24/08/2007, pelo decurso do prazo de trinta dias sem que o autuado tenha apresentado defesa, ou efetuado o pagamento do montante apurado no presente PAF.

À fl. 368, o presente processo foi devolvido à Infaz Vitória da Conquista para cientificar o autuado da lavratura do Auto de Infração, tendo em vista o entendimento da PGE/PROFIS de que a empresa seja intimada no endereço do estabelecimento, e anexado o AR assinado e com data de recebimento. Também foi solicitado para anular o Termo de Revelia de fl. 365; verificar se foi protocolada, dentro do prazo, a defesa apresentada pelo autuado, providenciando a sua juntada ao processo; e que fosse lavrado novo Termo de Revelia, na hipótese de se constatar que não houve efetivamente apresentação de defesa.

Conforme Termo de Alteração à fl. 370, foi alterada a data de ciência do presente Auto de Infração no Sistema SIGAT, passando de 24/07/2007 para 22/08/2007, conforme “AR” de fl. 362.

O Sr. Jammes Dean Carvalho Santana apresentou impugnação (fls. 373 a 380), inicialmente informando que os atendentes não receberam nem quiseram protocolar a impugnação, afirmando que expirou o prazo, e não obstante a recusa, o defendente vê-se compelido a utilizar deste expediente para evitar futuros prejuízos. Alega que a autuação fiscal não representa a realidade e não se presta ao fim a que se destina, não caracterizando fato gerador do imposto e sim, confisco. Salaria que o imposto é fonte de receita originária, e ao contrário de algumas espécies de tributo, constitui renda passível de discricionariedade administrativa, e as penalidades agravadas por serem atentatórias ao bom funcionamento do sistema tributário, possuem limite em relação ao seu quantum. Cita ensinamentos de Odete Medauar e comenta sobre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, citando também, ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Cita, ainda, o conceito de ato vinculado; princípio da vedação ao confisco, com ensinamentos de Luciano Amaro; fala sobre o lançamento tributário e razoabilidade, apresentando o entendimento de que a autoridade fazendária deve obediência aos preceitos constitucionais; que as legislações que estabelecem impostos e multas por descumprimento de obrigação tributária em patamares superiores aos limites da razoabilidade padecem de inconstitucionalidade; que a autoridade administrativa pode rever o lançamento da multa para adequação aos postulados constitucionais, cabendo recurso às vias judiciais, em caso de falha de tais postulados. Por fim, o defendente pede que seja declarado nulo o presente lançamento, alegando que o mesmo está alicerçado em total desamparo aos elementos probatórios; por ser injusto, ilegal e sem respaldo da legislação tributária. Comenta sobre o princípio da vedação ao confisco e diz que o procedimento nada fez do que propor uma ação de confisco contra a liberdade comercial.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 385/386 dos autos, discorre inicialmente sobre a imputação fiscal e impugnação apresentada pelo autuado. Diz que o procurador perdeu a oportunidade de se defender das acusações fiscais, tendo em vista que o mesmo pertence à empresa autuada, e o Sr. Alex Santos Lima “não passa de interposta pessoa também conhecida como laranja” e que ambos estão incursos em dispositivos da lei federal nº 8137/90”. Assevera que o defendente não fez qualquer referência aos valores apurados no presente Auto de Infração; não apresentou qualquer prova documental em seu favor; não aduziu razões de fato que pudessem elidir a exigência fiscal. Salienta que todos os levantamentos realizados, em que pese as alegações defensivas, estão acobertados por documentos fiscais obtidos junto a fornecedores, sendo remetidas as cópias desses documentos ao procurador do autuado, via “AR”. Finaliza, alegando que a defesa apresentada não serve para desconstituir o lançamento. Pede a procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

Quanto ao mérito, o primeiro item do Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas não registradas. O autuado não informou ao Fisco, através da DME, as notas fiscais relacionadas no demonstrativo de fls. 72 a 107 do PAF.

De acordo com o § 3º do art. 2º do RICMS/97, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimimento a caixa de origem não comprovada, manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, entradas de mercadorias ou bens não registradas, pagamentos não registrados, valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

O autuado não comprovou a entrega da DME com as informações das aquisições por meio das notas fiscais objeto da autuação fiscal. Assim, concluo pela subsistência desta infração.

Infração 02: Deixou de recolher o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA. Aquisição de farinha de trigo de unidade de Federação não signatária do Convênio 46/2000, conforme planilha de fls. 108 a 112

Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar.

Saliento que, em se tratando de recebimento de trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, a antecipação do ICMS é prevista no art. 506-A, do RICMS/97:

“Art. 506-A. Fica atribuída ao contribuinte que receber, a qualquer título, trigo em grão, farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo, do exterior ou de unidade da Federação não signatária do Protocolo ICMS nº 46/00, a responsabilidade pela antecipação do lançamento do ICMS relativo:

I - às operações subseqüentes com as mercadorias supramencionadas;

II - às operações promovidas pelos estabelecimentos industriais de

panificação, massas alimentícias, biscoitos e bolachas, com produtos elaborados com farinha de trigo ou mistura de farinha de trigo objeto da antecipação tributária de que cuida o inciso anterior.

(...)

§ 2º A base de cálculo referente à antecipação tributária de que cuida este artigo corresponderá:

I -

II - tratando-se de recebimento de farinha de trigo ou de mistura de farinha de trigo, o valor da operação própria realizada pelo remetente ou fornecedor, acrescido dos valores correspondentes a seguros, fretes, carretos, IPI e outros encargos cobrados ou transferíveis ao adquirente, adicionando-se ao montante a margem de valor adicionado (MVA) de 76,48% (setenta e seis inteiros e quarenta e oito centésimos por cento), desde que este não seja inferior aos valores mínimos da base de cálculo fixados pela Secretaria da Fazenda, por unidade de medida, definida com base no Protocolo ICMS nº 26/92.

Conforme se verifica da leitura dos dispositivos regulamentares acima reproduzidos em confronto com o demonstrativo às fls. 108 a 112, o imposto exigido no presente lançamento foi calculado utilizando o preço de pauta correspondente a cada produto, constante do Anexo 01 da Instrução Normativa 23/05.

Concluo que, em consequência da falta de recolhimento espontâneo do ICMS por antecipação, é procedente a exigência do imposto no presente Auto de Infração, conforme o cálculo efetuado pelo autuante.

Infração 03: Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME. O autuado deixou de apresentar DME com as notas fiscais referentes a mercadorias com imposto pago por antecipação e relacionadas no demonstrativo de fl. 295, deixando também, de arquivá-las em ordem cronológica para apresentação ao Fisco, quando solicitado.

Em relação às aquisições de mercadorias, a legislação vigente à época estabelecia a obrigatoriedade de informar na DME os valores das receitas e dos pagamentos ou aquisições, do período do ano em que a empresa esteve enquadrada no SIMBAHIA, bem como os dados relativos aos estoques inicial e final do período considerado, constituindo-se em resumo e exato reflexo dos valores constantes nos documentos fiscais relativos a operações e prestações ocorridas no período de referência (art. 355, § 2º do RICMS/97 – vigente até 30/06/2007).

Verifico que o autuante exigiu imposto referente à DME 2007, elaborando demonstrativo das notas fiscais do exercício de 2006, incluindo a NF 848806, emitida em 09/01/2007, no valor de R\$1.740,57. Entendo que deve ser excluída a multa relativa ao mencionado documento fiscal, haja vista que não deveria figurar no rol das notas fiscais de 2006. Portanto, excluindo-se o valor da multa relativa à cita NF 848806, de R\$87,03, o débito desta infração fica alterado de R\$2.054,72 para R\$1.967,69. Infração parcialmente subsistente

Infração 04: Deixou de apresentar informações econômico-fiscais através de DME, referente ao exercício de 2006, sendo exigido multa no valor de R\$230,00.

A multa exigida é prevista no art. 42, inciso XVII da Lei 7.014/96, e embora o autuando não tenha apresentado qualquer elemento capaz de elidir a acusação fiscal, constato que foi exigido imposto com aplicação de multa na primeira infração, constando na descrição dos fatos que a exigência fiscal é decorrente da falta de declaração pelo autuado, por meio de DME das notas fiscais de aquisição de mercadorias. Neste caso, a multa por descumprimento da obrigação acessória relativa à falta de apresentação da DME é absorvida pela multa correspondente à exigência do imposto na primeira infração. Infração insubsistente.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	C O N C L U S Ã O	IMPOSTO	MULTA
1	PROCEDENTE	2.850,61	
2	PROCEDENTE	343.122,83	-
3	PROCEDENTE EM PARTE	-	1.967,69
4	IMPROCEDENTE	-	-
TOTAL	-	345.973,44	1.967,69

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206828.0006/07-1**, lavrado contra **ALEX SANTOS LIMA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$345.973,44**, acrescido das multas de 60% sobre R\$343.122,83 e 70% sobre R\$2.850,61, previstas no art. 42, incisos II, alínea “d” e III da Lei nº 7.014/96; e dos acréscimos legais; além de multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$1.967,69**, prevista 42, inciso XII-A, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR