

**PROCESSO** - A. I. Nº 279467.0021/08-7  
**RECORRENTE** - CRED MÓVEIS ELETRODOMÉSTICOS LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0360-03/08  
**ORIGEM** - INFAZ JEQUIÉ  
**INTERNET** - 03/09/2009

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO C/JF Nº 0248-12/09**

**EMENTA:** ICMS. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME (DECLARAÇÃO DO MOVIMENTO ECONÔMICO DE MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE). ENTRADAS NÃO DECLARADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração não elidida. Este órgão julgador administrativo não possui competência para apreciar arguição de inconstitucionalidade na legislação tributária estadual. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão por maioria.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª JFJ que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para impor multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$7.732,03, em decorrência de omissão de operações de entradas de mercadorias nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas por meio de DME – Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

O autuado apresentou defesa tempestiva, a informação fiscal foi prestada regularmente e, em seguida, o Auto de Infração foi julgado procedente.

Ao proferir o seu voto, o ilustre relator da Decisão recorrida explicou qual a acusação que fora imputada ao autuado, fez referência aos dispositivos legais que embasaram a autuação e, em seguida, afirmou que a infração estava caracterizada. Explicou que a multa aplicada não tinha pertinência com o imposto pago e que as Notas Fiscais nºs 42.497 e 44.439 foram coletadas no Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT). Afastou a alegação de que a multa aplicada tinha o caráter de confisco, tendo em vista que era a pena prevista na Lei nº 7.014/96 para a irregularidade apurada e, além disso, não cabia a este órgão julgador apreciar aspectos referentes à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, no qual, inicialmente, destaca que atua há mais de cinco anos no ramo de comércio varejista de móveis e eletrodomésticos e que, nesse período, sempre cumpriu com todas as suas obrigações tributárias.

Assevera que o Auto de Infração está eivado de vícios e irregularidades, haja vista que não foi realizado um completo trabalho de fiscalização, tendo o autuante preferido lançar mão de critérios subjetivos a encarar a realidade fática.

Sustenta que há um erro na apuração do crédito tributário, visto que as notas fiscais que lhe foram apresentadas totalizam um valor muito inferior ao citado no Auto de Infração, conforme as fotocópias de notas fiscais acostadas à defesa (fls. 184 a 189). Diz que as Notas Fiscais nºs 42.497 e 44.439, emitidas pela empresa RIESA Agropastoril e Participações Sociais LTDA., não são do seu conhecimento e nem adquiriu as mercadorias ali consignadas, cabendo ao fisco a apuração da verdade junto à referida empresa.

Após afirmar que os valores devidos ao fisco estão todos pagos, o recorrente destaca que relativamente à omissão de entrada das mercadorias consignadas nas Notas Fiscais nºs 294.086, 294.087, 190.334 e 1.833 o imposto devido totaliza R\$ 138,41, conforme demonstrativo à fl. 217.

Diz que a apuração do crédito tributário com base no montante das notas fiscais de entradas de mercadorias no estabelecimento acarreta uma cobrança em duplicidade, pois o imposto referente a essas notas já foi pago na condição de microempresa. Menciona que a presente imposição não pode prosperar porque traria incerteza às relações jurídicas, bem como faria voltar à tona a odiosa figura do “fiscalismo”, há muito afastada do Direito Tributário.

Prosseguindo em seu arrazoado, o recorrente enfatiza que existência de escrita regular impede a aplicação dos recursos do arbitramento e da presunção na fase inicial da investigação, o que evita a substituição da base de cálculo primária por uma subsidiária. Acrescenta que, existindo escrituração regular, o Fisco estará vinculado à sua adoção para apurar a base de cálculo primária, podendo, porém, socorrer-se de outros meios probatórios se assim julgar necessário.

Menciona que, segundo o previsto nos artigos 23, do Código Comercial, e 9º, § 1º, do Decreto-Lei nº 1.598/77, os livros fiscais fazem prova em favor de quem mantém a sua escrituração regular. Aduz que, apenas quando se provar a sua imprestabilidade ou inexistência, bem como a recusa da sua apresentação, é que poderá o fisco utilizar outras formas, dentro da previsão legal, para substituição da prova primária, de forma a obter as informações necessárias para realizar a análise, e decorrente lançamento. Diz que a admissibilidade de presunção seria possível desde que comprovada a inexistência da escrituração, a recusa da apresentação da escrituração ou a imprestabilidade da escrituração. Cita jurisprudência para embasar suas alegações.

Alega que, com o advento da Lei nº 9.298/96, a multa por inadimplemento passou para o máximo de 2%. Diz que multas de 80% a 100% do valor da obrigação, como pretende o fisco no presente caso, configura um verdadeiro confisco, o que é vedado pela Constituição Federal. Cita doutrina.

Ao finalizar seu Recurso Voluntário, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja julgado improcedente e que a multa aplicada seja fixada em percentual equivalente ao previsto na Lei Federal nº 9.298/96, ou seja, em 2%.

Ao exarar o Parecer de fls. 231 a 233, a ilustre representante da PGE/PROFIS ressalta que as arguições de inconstitucionalidade devem ser rechaçadas, pois não é da competência deste colegiado a declaração de inconstitucionalidade, conforme previsto no artigo 167, I, do RPAF/99.

Afirma que a imputação fiscal está devidamente tipificada e que o levantamento atende a todos os requisitos legais, tendo sido respeitados os princípios constitucionais da legalidade, da verdade material e da moralidade administrativa.

Frisa que as notas fiscais coletadas no CFAMT indicam que o recorrente era o destinatário das mercadorias nelas consignadas, uma vez que nessas notas contavam todos os seus dados cadastrais. Destaca que ao processo não foi trazido qualquer elemento comprobatório capaz de descaracterizar, ou mesmo de por em dúvida, as aquisições das referidas mercadorias.

Diz que a multa aplicada está prevista no art. 42, inc. XII-A, da Lei nº 7.014/96, para a hipótese de omissão na DME de entrada de mercadorias no estabelecimento. Aduz que o pedido do recorrente para que lhe seja aplicado o previsto na Lei nº 9.298/96 não pode ser acolhido, haja vista que esse diploma legal disciplina as relações jurídicas travadas entre consumidores e fornecedores de bens e serviços na esfera privada.

Ao finalizar o seu Parecer, a ilustre procuradora do Estado opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Trata o presente Recurso Voluntário da Decisão de Primeira Instância que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para impor multa em razão de omissão de

entrada de mercadorias nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas por meio de DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte).

Conforme foi bem salientado na Decisão recorrida, o disposto no artigo 335, § 2º, do RICMS-BA, prevê que os contribuintes cadastrados como microempresas e como empresas de pequeno porte deverão, até o dia 28 de fevereiro de cada ano, apresentar DME relativamente ao ano anterior, com os valores das receitas e dos pagamentos ou aquisições realizados. Para a inobservância dessa obrigação tributária acessória, a Lei nº 7.014/96, no seu artigo 42, inciso XII-A, determina que seja aplicada a multa equivalente a 5% do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento sem que tenham sido informadas na DME.

O confronto das notas fiscais acostadas às fls. 10 a 173 com a DME de fls. 8 e 9 comprova que, no exercício de 2003, aquisições de mercadorias efetuadas pelo recorrente não foram incluídas na DME correspondente. Dessa forma, o recorrente ficou sujeito à multa prevista no inciso XII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. No demonstrativo de fls. 6 e 7, o autuante relacionou as notas fiscais, o valor comercial das mercadorias adquiridas e apurou a multa cabível de forma acertada.

O recorrente alega que não foi feito um completo trabalho de fiscalização, todavia esse argumento não merece ser acatado, uma vez que o roteiro de auditoria que foi aplicado comprovou com a devida segurança a ocorrência da infração, identificou o sujeito passivo e apurou a base de cálculo e o valor da multa cabível.

Revisei os dados constantes no demonstrativo de fls. 6 e 7 e não vislumbrei a existência de qualquer equívoco na apuração do valor da multa que foi indicada na autuação. Ao contrário do afirmado pelo recorrente, as notas fiscais acostadas aos autos (fls. 184 a 189) foram todas corretamente computadas.

Quanto às Notas Fiscais nºs 42.497 e 44.439 (fls. 167 e 168), observo que elas foram coletadas no CFAMT quando as mercadorias nelas consignadas transitavam por posto fiscal com destino ao estabelecimento do recorrente. Essas notas fiscais idôneas, estão endereçadas ao recorrente e são referentes a mercadorias usualmente comercializadas pelo estabelecimento fiscalizado. Considero, portanto, que essas notas fiscais, até comprovação em contrário, são provas materiais das operações nelas consignadas, conforme decidiu a primeira instância. O recorrente alega que não efetuou as aquisições relacionadas nessas notas. Como essa alegação contraria as provas materiais existentes nos autos, cabe ao recorrente comprovar a veracidade dessa sua assertiva.

O recorrente faz alusão a imposto pago, porém tal fato não tem qualquer pertinência com a presente autuação, pois o que se está cobrando no Auto de Infração em epígrafe é multa por descumprimento de obrigação tributária acessória. Assim, o fato de ter ou não o recorrente efetuado o pagamento do imposto devido relativamente às notas fiscais listadas na autuação não acarreta duplicidade de cobrança e nem tem o condão de elidir a infração.

Não obstante as abalizadas alegações recursais e as citações de dispositivos legais, a existência de escrita fiscal ou contábil regular não isenta o recorrente do cumprimento da obrigação prevista no § 2º do artigo 353 do RICMS-BA. Ademais, saliento que no Auto de Infração em epígrafe não houve a utilização de arbitramento ou de presunção, como tenta fazer crer o recorrente.

A multa indicada na autuação está correta e é a prevista no inciso XII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 para a irregularidade que foi apurada, não cabendo a este órgão julgador administrativo, ao teor do disposto no art. 167, inc. I, do RPAF/99, apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Quanto a uma possível redução ou dispensa da multa, não vislumbro nos autos os requisitos legais para a redução ou dispensa pleiteada. Do mesmo modo, não há como se aplicar ao recorrente a multa de 2% prevista na Lei nº 9.298/96, pois essa citada lei não possui o condão de modificar ou limitar as multas previstas na Lei do ICMS do Estado da Bahia.

Pelo acima exposto, considero que as alegações recursais não trazem qualquer novo argumento ou prova capaz de modificar a Decisão recorrida.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

**VOTO DIVERGENTE (Vencido quanto à Redução da Multa)**

Cinge-se a minha divergência, única e exclusivamente, ao entendimento manifestado pelo ilustre relator do presente PAF no que se refere à possibilidade de redução da multa inicialmente capitulada no bojo do Auto de Infração, vez que, no meu sentir, presentes os requisitos insculpidos no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 c/c o art. 158, do RPAF. Senão, veja-se.

Da análise dos documentos que instruem o presente PAF, verifico que o recorrente é uma microempresa, enquadrada, na época, no regime simplificado de apuração do imposto, qual seja, o SimBahia, possuindo, como toda e qualquer empresa desse porte, nítidas dificuldades operacionais estruturais que a impedem de cumprir, à saciedade, todas as inúmeras obrigações, mormente as acessórias, insculpidas na legislação tributária vigente.

*In casu*, tal situação ficou muito evidente. O recorrente, *sponte* próprio, entregou ao autuante todas as Notas Fiscais e demais documentos fiscais da empresa que serviram de lastro à autuação, agindo, dest'arte, de flagrante boa-fé na sua conduta.

Robustecendo ainda mais o argumento de que existiu boa-fé por parte do contribuinte, basta a simples leitura da DME acostada às fls. 8 e 9 dos fólios processuais. O aludido documento revela que as informações prestadas estão absolutamente zeradas, ou seja, sem qualquer informação. Ora, questiona-se: tivesse o recorrente o intuito de sonegar informações, teria o mesmo entregado a sua DME na forma como o fez? Parece-me que não. Seria muito mais crível que, se assim o quisesse, simplesmente teria deixado de entregar o referido documento ou teria entregue o mesmo sem “algumas” de suas informações necessárias. O comportamento do contribuinte, reforçando o fundamento inicial invocado no início do presente voto, revela muito mais um absoluto despreparo ou desconhecimento operacional da forma como prestar as informações do que propriamente o intuito de induzir o Fisco estadual em erro.

Mas não é só. Impende observar que a fiscalização não apurou qualquer imposto a pagar por parte do contribuinte! Repito: após a conclusão da fiscalização, não logrou êxito o autuante em imputar qualquer descumprimento de obrigação principal por parte do recorrente, limitando-se a cobrar a multa objeto do Auto de Infração, após, como visto, o próprio contribuinte entregar espontaneamente os documentos que deram azo à presente exigência fiscal!

Ora, por tal razão, a despeito do inegável cometimento da infração, o ilícito praticado pelo recorrente se encontra “relativizado”, vez que o Fisco Estadual conseguiu apurar o imposto a ser exigido, como informado anteriormente.

Daí porque, minimiza-se, na prática, o prejuízo ao aludido ente público que, através de outros roteiros de auditoria e com os documentos apresentados pelo próprio recorrente, não logrou êxito em apurar qualquer imposto devido.

Tenho ressaltado em outros votos por mim proferidos - e que se assemelham ao presente - que o que deve almejar o Estado da Bahia é a cobrança do imposto, jamais a aplicação de multas com o fim de substituir aquela cobrança, utilizáveis apenas como “meio” de compelir o contribuinte a pagar eventual imposto devido. O objetivo é a cobrança do imposto (fim) e não a aplicação de multa acessória (meio), que não se confunde com o mesmo.

Restou comprovado pelo contribuinte, por outro lado, que as suas operações foram oferecidas à tributação, posto que não lhe fora exigido qualquer imposto.

Assim, em face das razões supra expendidas, a manutenção do valor da multa constante da autuação se afigura como manifesta violação do princípio da razoabilidade e da capacidade contributiva que deve, indubitavelmente, nortear o processo administrativo fiscal, apresentando-se desproporcional e absurda.

*Ex positis*, a despeito de ser inegável o cometimento da infração e a dificuldade que a omissão do autuado gerou para a fiscalização, entendo, por outro lado, ser irrazoável a multa aplicada, razão pela qual, invocando, no particular, os Acórdãos Paradigmas de nºs 0383-12/06 e 0405-12/06 e com espeque no art. 42, § 7.º, da Lei n.º 7.014/96, aplicando *in casu* a equidade, voto no sentido PROVER PARCIALMENTE o Recurso Voluntário para reduzir para 10%, ou seja, R\$ 773,20, o valor do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279467.0021/08-7**, lavrado contra **CRED MÓVEIS ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$7.732,03**, prevista no art. 42, XII-A, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9837/05.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros (as): Álvaro Barreto Vieira, Carlos Fábio Cabral Ferreira e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO DIVERGENTE – Conselheiros: Nelson Antonio Daiha Filho, Márcio Medeiros Bastos e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – VOTO DIVERGENTE

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS