

A. I. N° - 110427.0042/08-8
AUTUADO - FALCÃO & SILVA LTDA.
AUTUANTE - NELIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET 23.12.09

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0383-05/09

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Comprovado que o sujeito passivo recolheu a menos o imposto entre outubro de 2003 e setembro de 2006. Infração caracterizada. 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 acordo (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 sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. a) EMPRESA ENQUADRADA NO SIMBAHIA. A exigência do ICMS por antecipação parcial deve ser efetivada se restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. Infração caracterizada. b) EMPRESA ENQUADRADA NO SIMPLES NACIONAL. Infração parcialmente elidida após revisão fiscal. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. a) CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO E OS VALORES LANÇADOS NAS LEITURAS REDUÇÕES Z – ECF - DO CONTRIBUINTE. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Por falta de previsão legal, a infração é nula no que se refere ao período em que o autuado esteve enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Infração nula. b) NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. O aparecimento posterior dos documentos não afasta o ilícito. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 22/12/2008, traz a exigência de ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor histórico total de R\$ 38.599,66, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

1. recolhimento a menor de ICMS, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração SimBahia. Anexos I a IV do AI. Valor exigido de R\$ 900,00. Multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b” da Lei nº 7.014/96;
2. falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e / ou do exterior relacionadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS/BA. Anexos VI a X do Auto de Infração. Valor de R\$ 667,82. Multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “d” da Lei nº 7.014/96;
3. recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Anexo XI do AI. Valor exigido de R\$ 4.259,58. Multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 01 da Lei nº 7.014/96;
4. recolhimento a menor do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa enquadrada no Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Anexo XI do AI. Valor exigido de R\$ 197,32. Multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 01 da Lei nº 7.014/96;
5. omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada através de levantamento de vendas com pagamento em cartões de débito / crédito em valor inferior ao fornecido pelas administradoras. Valor exigido de R\$ 32.114,94. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96;
6. extravio de 150 jogos de notas fiscais série única ME1, conforme informação por escrito prestada ao Fisco, sem que tenha cumprido os ditames do art. 146, I e II do RICMS/BA (informar no prazo de oito dias e comprovar o montante das saídas consignadas nos documentos, com o pagamento do imposto). Multa de R\$ 460,00, prevista no art. 42, XIX da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressa com impugnação às fls. 290 a 301, através de advogada constituída mediante instrumento de mandato de fl. 306.

Em preliminar, citando jurisprudência, defende a ocorrência da “prescrição quinquenal” (sic), relativos aos valores anteriores ao exercício de 2003, com fundamento no art. 156, V c/c 174 do CTN.

Adiante, assevera que no período compreendido entre 2005 e 2006 estava cadastrado como microempresa no SimBahia, não sendo devidos os débitos, “posto que estava isento”. Alega que os débitos cobrados através deste Auto de Infração encontram-se quitados, conforme documento extraído dos sistemas da SEFAZ e anexado aos autos.

Afirma que a multa aplicada é inconstitucional e ilegal, e que recolheu o tributo com os códigos 1828, 2175 e 1145.

Com relação aos talões extraviados, diz que foram achados e estão à disposição da Secretaria da Fazenda no seu estabelecimento, sendo que nos mesmos foram extraídas notas fiscais – com totais listados à fl. 298 -, que comprovam falta de recolhimento do imposto, o que será feito através de parcelamento.

No tocante às vendas com cartões de débito e crédito, informa que por má formação do operador da máquina, esta deixou de contabilizar o valor real das vendas, já que quando das vendas eram emitidas notas fiscais de compra pelos clientes. Algumas vendas com cartões, segundo aduz, foram realizadas através de notas fiscais, em virtude da má formação de um dos operadores. Diz

que não há prejuízo para o Estado, vez que com a localização dos talões extraviados já está trabalhando para alterar a DME e efetuar o pagamento.

Entende que a descrição dos fatos foi vaga, que os levantamentos possuem dados inexistentes e errados, em desacordo com a legislação vigente, o que enseja a nulidade do procedimento.

Por fim, requer a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração, bem como o uso de todos os meios de prova admitidos em Direito.

Na informação fiscal de fls. 391 a 395, o autuante pondera que é de se notar que se equivocou a patrona do defendente ao mencionar o evento da prescrição quinquenal, uma vez que não há lançamentos relativos a fatos geradores anteriores a 2003. Melhor dizendo, caso isso tivesse ocorrido, seria decadência, e não prescrição.

Com referência ao período compreendido entre 2005 e 2006, em que a impugnante rotulou-se isenta, argumenta que a alteração número 50 do RICMS/BA, que modificou o art. 386-A, estabeleceu isenção para as microempresas com receita bruta inferior a R\$ 100.000,00, sendo que o sujeito passivo não preenche tal requisito, conforme documento de fl. 46 (excerto de artigo à fl. 392).

Quanto à alegação de cobrança indevida do imposto apurado nas planilhas e de que recolheu o tributo pelos códigos 1828, 2175 e 1145, entende que o contribuinte não juntou provas aos autos, nada demonstrando, em atitude de meramente postergar.

Relativamente à multa aplicada por extravio de documentos, informa que os mesmos foram dados como perdidos pelo próprio autuado, através da informação de fl. 44, fato que demonstra a intenção de ocultar os talões de notas fiscais para não recolher o imposto devido. Nota que é tamanha a falta de compromisso do contribuinte com a Fazenda Estadual, que as notas supostamente extraviadas consignam vendas no montante de R\$ 143.880,61 (fl. 298), durante um semestre inteiro de 2007, cujo valor não foi devidamente oferecido à tributação para se eximir do Simples Nacional.

No tocante à auditoria de cartões de débito e crédito, diz que as vendas através dos mesmos com notas fiscais encontram-se destacadas nas reduções Z, cujos valores foram transportados para a planilha de fl. 131. Tendo havido vendas através de cartões com emissão apenas de nota fiscal, o sujeito passivo teria transgredido o quanto disposto no art. 824-B do RICMS/BA. Acha que não tem qualquer fundamento de verdade as alegações de imperícia do operador da máquina.

Entende que o contribuinte ocultou três talões de notas fiscais objeto do lançamento da infração 6. Informa ter apurado uma diferença de saídas por vendas através de cartões de R\$ 188.911,38, cujo imposto foi lançado na infração 5. Observando o contribuinte que o montante das vendas omitidas através dos talões ocultados é inferior ao alcançado no método comparativo, logo os talões *“aparecem assim por acaso. E muito sabiamente, alega o defendente que algumas vendas com cartão de crédito / débito foram acobertadas com a emissão de notas fiscais”*. Por isso, as diferenças apuradas através da planilha comparativa de fl. 131 em nada coincidem com as informadas pelo defendant à fl. 298.

Para corrigir algumas distorções apresentadas, (DAES e notas fiscais de entrada não apresentados na fiscalização) elabora o demonstrativo “Anexo I”, prestando os esclarecimentos (fls. 396 a 399) sobre os valores mantidos e os excluídos das infrações 2, 3 e 4. Assim, o valor da infração 2 fica reduzido de R\$ 667,82 para R\$ 596,96 e o da infração 3 de R\$ 4.259,58 para R\$ 2.515,40.

Requer a procedência do Auto de Infração.

O autuado foi intimado da informação fiscal e seus levantamentos (fl. 403), mas não se manifestou.

VOTO

Relativamente à infração 5, autuação concernente aos meses de julho de 2007 a dezembro de 2007, importa sublinhar que foi equivocadamente fundamentada nos arts. 2º, parágrafo 3º, VI, 50, I; 124, I

e 218 do Decreto nº 6.284/97, conforme item “ENQUADRAMENTO” do corpo do Auto de Infração. Nestes meses, o sujeito passivo encontrava-se sob o Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Portanto, assiste razão ao autuado no que se refere à nulidade da autuação relativa aos meses de julho de 2007 a dezembro de 2007, por inexistência de previsão legal para exigir o tributo, situação que afronta o princípio da legalidade, plasmado no art. 2º do RPAF/99. A declaração de vendas feita pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Por falta de previsão legal, a infração é nula no que se refere ao período em que o autuado esteve enquadrado no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Infração 05 nula, declarada de ofício.

No que tange às demais infrações, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado. Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos demonstrativos e relatórios, bem como de seus dados e cálculos, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondentes infrações imputadas.

No tocante à preliminar, que é de decadência e não de prescrição, cabem algumas considerações iniciais antes de julgá-la, pois há uma notória confusão entre os dois institutos, absolutamente distintos.

Com relação à prescrição tributária, esta ocorre quando o Estado deixa de promover a cobrança do crédito (constituído, líquido, certo e exigível) no prazo de 05 (cinco) anos, contados da constituição definitiva do mesmo. Tal fato ocorre com o trânsito em julgado administrativo. Ou seja, não se pode falar em prescrição quando a lide encontra-se em sede administrativa, mas tão somente em decadência.

Segundo o entendimento tradicional, a decadência é o fato jurídico que faz perecer um direito pelo seu não exercício durante certo lapso de tempo. Em regra, a decadência fulmina as pretensões constitutivas. A decadência tributária atinge o direito de lançar ou constituir o crédito.

Não há muito que tergiversar sobre o tema, visto que não existem lançamentos anteriores a 2003, conforme alegou o sujeito passivo. Afasto a preliminar de decadência.

No que se refere à suposta agressão ao princípio da proibição do confisco na aplicação das multas, verifico que as mesmas estão devidamente previstas nos dispositivos legais mencionados no relatório. Portanto, a exigência é legítima. Eventual inconstitucionalidade de dispositivo de lei não pode ser apreciada por este Conselho, por inexistência de atribuição legal para tanto.

No mérito, com referência ao período compreendido entre 2005 e 2006, em que a impugnante rotulou-se isenta, constato que a alteração número 50 do RICMS/BA, que modificou o art. 386-A, estabeleceu isenção para as microempresas, a partir de 01/09/2005, com receita bruta inferior a R\$ 100.000,00, sendo que o sujeito passivo não preenche tal requisito, conforme documento de fl. 46 (excerto de artigo à fl. 392). Infração 01 caracterizada

Em relação às infrações 2, 3 e 4 o autuado alega que recolheu o tributo com os códigos 1828, 2175 e 1145, mas não apresentou provas suficientes para afastar as pretensões deduzidas nas infrações, o que demanda a aplicação dos arts. 142 e 143 do RPAF/99. Argumentou também que os débitos

cobrados através deste Auto de Infração encontram-se quitados, conforme documento extraído dos sistemas da SEFAZ e anexado aos autos.

Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (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 sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. A exigência do ICMS por antecipação parcial deve ser efetivada se restar comprovado que as mercadorias adquiridas são destinadas à comercialização. Verifico que o autuante elaborou o demonstrativo Anexo I, prestando os esclarecimentos (fls. 396 a 399) sobre os valores mantidos e os excluídos das infrações 2 e 3. Acabo o mencionado demonstrativo, de modo que o valor da infração 02 fica reduzido de R\$ 667,82 para R\$ 596,96 e o da infração 3 de R\$ 4.259,58 para R\$ 2.515,40. Mantidos os valores da infração 4, visto que o contribuinte nada trouxe aos autos.

Com relação à infração 6 - capciosos ou não os motivos, ainda porque ao Direito Tributário não interessam aspectos de ordem subjetiva -, restou comprovado, através do documento de fl. 44, o extravio de talões de notas fiscais. O aparecimento futuro dos mesmos não afasta o ilícito, que conturbou os trabalhos de fiscalização e ocorreu em flagrante desobediência ao quanto disposto no art. 146, I e II do RICMS/BA (informar no prazo de oito dias e comprovar o montante das saídas consignadas nos documentos, com o pagamento do imposto). Ademais, extravio não é sumiço, e o aparecimento posterior dos documentos, como dito, em nada modifica a infração. Infração 06 caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 4.669,68.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 110427.0042/08-8, lavrado contra **FALCÃO & SILVA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.209,98**, acrescido das multas de 50% sobre R\$3.613,02 e de 60% sobre R\$ 596,96, previstas no art. 42, incisos I, “b”, 1 e 3 e II, “d” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais; além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, XIX da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios, conforme norma da Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA