

A. I. N° - 017241.0002/09-0
AUTUADO - SUPERMERCADO CARVALHO LTDA.
AUTUANTE - JACKSON DAVI SILVA
ORIGEM - INFRAZ SERRINHA
INTERNET - 10.12.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0415-04/09

EMENTA: ICMS. 1. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. SIMBAHIA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. O autuado não comprova a existência do quantitativo de empregados que lhe permitiria a utilização do percentual de 13% a título de abatimento de Incentivo ao Emprego, previsto na Lei nº 7.357/98, no período da autuação. Infração caracterizada. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração caracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A substituição tributária encerra a fase de tributação da mercadoria, sendo vedada a utilização de crédito. Infração caracterizada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/03/2009, exige imposto no valor de R\$ 9.645,09, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 788,62, em razão do cometimento das infrações a seguir narradas:

01. Recolheu a menos ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte, no Regime Simplificado de Apuração – SIMBAHIA, no mês de novembro de 2004. Valor R\$ 45,82;
02. Recolheu a menos ICMS, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no mês de dezembro de 2005. Valor R\$ 209,67;
03. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos exercícios de 2005 a 2007, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 9.389,60;
04. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeito à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, em fevereiro de 2003. Multa de 10%. Valor R\$ 788,62.

O autuado, às fls. 319/335, através advogado regularmente constituído com mandato de Procuração, fl. 337, apresentou defesa salientando sua natureza jurídica, em conformidade com seus atos constitutivos, descreve cada uma as infrações e afirma que não houve qualquer lesão ao erário estadual.

Aduz que com relação à primeira infração, diz que no mês da irregularidade apontada pelo fiscal, novembro de 2004, conforme consta na sua planilha foi constatado o registro de 08 funcionários; ocorre que são 09 os funcionários registrados no documento de empregado juntado ao processo.

Assim, deve ser aplicado o percentual de 13%, que implica desconto de R\$ 330,42, justificando o valor recolhido e não prospera a exigência.

Com relação à diferença de R\$ 209,67, na infração 02, diz que a mesma já se encontra inserta na infração 03, vez que naquela foi verificado crédito indevido e, portanto, pagamento a menos de ICMS, no mesmo período de novembro e dezembro de 2004.

Na infração 03, diz que a própria constituição (art. 155, § 2º) e a Lei Complementar 87/96 dispendo sobre a não-cumulatividade do ICMS, informa que sua operacionalização se dá por meio de compensações, tendo o contribuinte o direito de abater do montante a recolher o ICMS cobrado nas operações anteriores. Cita e transcreve, nesse sentido, a doutrina de ROQUE CARRAZZA, JOSÉ EDUARDO SORES DE MELO e um acórdão da junta de Revisão Fiscal do Rio de Janeiro.

Diz que no caso concreto, o fiscal não considerou o saldo credor existente, além dos DAES pagos por antecipação parcial. Afirma que, embora tenha havido o creditamento indevido a defendente já possuía escriturado relevante saldo credor. Diz que mesmo estornando o valor de crédito ilegítimo, o autuado tem ainda saldo credor de ICMS e que não gerou eventual perda de arrecadação aos cofres estaduais.

Questiona ainda a aplicação da multa punitiva de 60%, que entende não ser aplicável ao caso, uma vez que deve ser aplicada a quem causar prejuízo ao Estado; sua manutenção implica agressão ao princípio da vedação ao confisco, consagrado no art. 150, IV, CF/88. Cita e transcreve em seu favor os ensinamentos de SACHA CALMON, LUCIANO AMARO, além da decisão do TIT/SP no sentido de que “mantendo o recorrente suficiente saldo credor – desde o fato ocorrido, até a apuração fiscal – o lançamento do crédito, dito indevido, se resume em irregularidade de escrituração”.

Conclui, solicitando a reconstituição de conta gráfica do ICMS e redução do crédito tributário apurado.

Na infração 04, diz que embora no Registro de Entrada não conste documentos relativos ao mês de fevereiro 2007, seus valores foram lançados no Registro Apuração de ICMS, inexistindo, assim, omissão de escrituração de entrada de mercadoria no estabelecimento, até porque tais valores foram incluídos no sistema eletrônico adotado pelo autuado.

Ressalta que a penalidade menciona falta de registro nos livros fiscais e não no Registro de Entrada, não podendo prevalecer a multa imposta.

Finaliza solicitando o cancelamento da exigência fiscal.

O autuante, às fls. 391/394, presta Informação Fiscal e afirma com referência à infração 01 que o livro de Registro de Empregados com o qual o autuado tenta provar suas alegações não contém elementos capazes de confirmar tal argumentação.

Sobre a infração 02, diz não concordar com as alegações do autuado, pois esta infração e a utilização de crédito fiscal da infração 03 tratam de situações distintas, não há falar em BIS IN IDEM. Reitera que o valor cobrado na infração refere-se à falta de recolhimento de ICMS normal, conforme planilha de Conta Corrente de ICMS, fl. 12.

Na infração 03, a utilização indevida de crédito fiscal se refere aos valores destacados nas notas fiscais de compra de cigarros, refrigerantes, biscoitos, bolachas, todas, mercadorias com imposto pago por substituição tributária, com fase de tributação já encerrada.

Quanto à infração 04, diz que o autuado reconhece não ter lançado as notas fiscais no livro Registro de Entrada, registradas, contudo, no livro de Apuração de ICMS e na escrituração por processamento de dados; Diz que sua autuação está baseada no disposto no art. 915, X, RICMS/BA e que o autuado não juntou nenhuma prova de suas alegações. Dessa forma entende a correção de seu procedimento.

Finaliza pela procedência da ação fiscal.

VOTO

Cuida o presente auto de infração de proceder à exigibilidade de ICMS decorrente de 04 infrações mencionadas e relatadas acima que, após analisar as peças componentes do presente PAF, faço a seguir as constatações pertinentes:

Na primeira infração foi exigido ICMS por recolhimento a menos, na condição de Empresa de Pequeno Porte – SIMBAHIA, relativamente ao mês de novembro de 2004, no valor de R\$ 45,82.

Argumenta o autuado que a diferença não procede e sua exigência indevida ocorreu porque o autuante registrou de forma equivocada, em sua planilha de apuração do imposto, o registro de 08 funcionários, quando na verdade são 09 os funcionários registrados no livro Registro de Empregados, cujas cópias foram juntadas ao processo, implicando percentual de desconto de 13%, importando desconto de R\$ 330,42, justificando o valor recolhido e, portanto, não prospera a exigência.

Examinando os autos do processo verifico que o autuado preparou levantamento fiscal à fl. 09 anotando o abatimento de Incentivo ao Emprego de R\$ 279,59, correspondente ao percentual de 11% e não 13%. A lei do SIMBAHIA (Art. 8º, Lei 7.357/98), prevê como incentivo adicional para a manutenção e a geração de empregos, à empresa de pequeno porte, autorização para deduzir do imposto devido mensalmente, por empregado regularmente registrado, 2% (dois por cento) por cada empregado a partir do sexto, como é caso em tela.

Ocorre que o sujeito passivo, objetivando fazer valer seus argumentos de que possuía no mês da autuação, 09 empregados, o que lhe permitiria um abatimento de 13%, juntou aos autos, a fl. 358, do livro Registro Empregados consignando os empregados que estariam vinculados regularmente ao estabelecimento autuado, no mês de novembro de 2004. Ocorre que tais cópias não atestam a vinculação de 09 empregados, naquela data. Uns porque não consta a data da demissão do empregado, outros porque essa data não está clara. Não servindo de prova, enfim, para atestar a regularidade do empregado, naquele momento, fazendo jus ao benefício.

Procedente é assim, a exigência fiscal.

Com relação à diferença de R\$ 209,67, em 12/05, na infração 02, a exigência deu-se em função de recolhimento a menos de ICMS por erro na apuração no valor do imposto.

A alegação do autuado é de que tal infração já se encontra inserta na infração 03, vez que naquela foi verificado crédito indevido e, portanto, pagamento a menos de ICMS, no mesmo período de novembro/dezembro de 2005. O autuante contesta a alegação defensiva, considerando que as infrações tratam de situações distintas.

Verificando as peças apensadas ao processo vejo que a Auditoria de Conta Corrente do ICMS, fl. 12, aponta um valor devedor, extraído a partir dos livros fiscais do autuado, já na condição de contribuinte do cadastro normal, fls. 13/24, fruto de alteração cadastral, a partir de novembro/05, conforme consta dos sistemas da SEFAZ.

No caso, correta a interpretação fiscal e descabida as razões da defesa. Não existe qualquer exigência em duplicidade, muito menos BIS IN IDEM, ou seja: incidência de mais de um tributo sobre o mesmo fato gerador. Na infração 02, houve recolhimento a menos de ICMS no mês de dezembro de 05, apurado através de Auditoria específica, conforme fl. 12, e que o autuado não combateu eficazmente, apenas negou o cometimento da infração, o que não elide a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Assim, também, procedente a infração 02.

Na infração 03, exige-se o recolhimento de ICMS tendo em vista a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Confirma o autuado o creditamento indevido, mas alega o direito de abater do montante a recolher o ICMS cobrado nas operações anteriores, em nome do princípio

constitucional da não cumulatividade. Por sua vez, resiste o autuante considerando que a utilização é, de fato, indevida, porque os valores destacados nas notas fiscais se referem à aquisição de cigarros, refrigerantes, biscoitos, bolachas, todas, mercadorias com imposto pago por substituição tributária, com fase de tributação já encerrada.

Foi elaborado pelo Auditor Fiscal demonstrativo relacionando os créditos de ICMS havidos nas operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, conforme constam às fls. 27/291, processo instruído, inclusive, com cópias dos livros fiscais Registro de Entrada, onde foram lançadas as notas fiscais, cujos créditos foram glosados.

Esse limite na utilização de créditos originados de produtos que estejam enquadrados no regime de substituição tributária é absoluto, conforme regra do art. 97, RICMS, a seguir transcrito:

“Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados, qualquer que seja o regime de apuração ou de pagamento do imposto:

IV - quando a operação de aquisição ou a prestação:

...

b) tiver sido efetuada com pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, salvo exceções expressas (artigos 356 e 359)”

Não tem qualquer aplicação, ao caso concreto, a existência de saldo credor alegado ou créditos fiscais provenientes dos DAES pagos por antecipação parcial. Os créditos fiscais originados de produtos que estejam na substituição tributária não podem ser operacionalizados, porque a antecipação dos impostos devidos nas operações subseqüentes já encerrou a fase de tributação. Os créditos respectivos já foram considerados, quando da apuração do valor antecipado; as notas fiscais descritas nos DAES, fls. 268/386 não estão consideradas no demonstrativo fiscal.

Assim, também acertada a exigência fiscal que considerou indevido os créditos fiscais destacados das notas fiscais contidas nos demonstrativo de fls. 27/30.

Por fim, na infração 04, cobra-se multa de 10% sobre o valor das operações, tendo em vista as entradas no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

O Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de fl. 292, relacionando as notas fiscais que não estão registradas na escrita fiscal, inclusive suas respectivas cópias, ao que contrapõe o autuado alegando que as notas estão registradas no livro RAICMS e no sistema eletrônico de dados.

A penalidade prevista no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, menciona falta de registro na escrita fiscal, exatamente como consta na exigência fiscal, e não ausência de registro apenas no livro Registro de Entrada. Ocorre que o autuado não logrou êxito provar a escrituração de tais documentos no livro de apuração de ICMS ou em meio eletrônico.

As razões de defesa não se fazem acompanhar, desse modo, das provas necessárias a emprestar qualidade jurídica às suas alegações, constituindo-se a dita impugnação em simples negativa do cometimento da infração, o que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, nos termos do art. 143, RPAF.

Posto isso, resta caracterizada a infração 04.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **017241.0002/09-0**, lavrado contra **SUPERMERCADO CARVALHO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 9.645,09**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 45,82 e de 60% sobre

R\$9.599,27, previstas no art. 42, incisos I, “b”, 3, II, “a” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 788,62**, prevista no art. 42, inciso IX, Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR