

A. I. Nº - 110391.0028/09-1
AUTUADO - COMERCIAL ESTRELA ARTIGOS PARA PRESENTES LTDA.
AUTUANTE - HELIO RAMOS MOREIRA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 22. 12. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0427-01/09

EMENTA: **ICMS.** **1.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **a)** PAGAMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **b)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Restou demonstrado nos autos que o autuante considerou os pagamentos efetuados pelo contribuinte antes do início da ação fiscal. Defesa apresentada não traz qualquer elemento de prova hábil capaz de elidir a acusação fiscal. Infrações subsistentes. **2.** SIMBAHIA. **a)** MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **b)** EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infrações não elididas. **3.** DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração subsistente. **4.** CONTA CAIXA. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A legislação autoriza a presunção de que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, sempre que a escrita do estabelecimento apresentar saldo credor de Caixa, a não ser que o contribuinte prove a insubsistência da presunção. Não foi provada a existência de erros materiais do levantamento fiscal. A apuração do imposto foi feita em consonância com a regra do art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, que manda abater do valor apurado o crédito fiscal de 8%, no caso de contribuinte do SimBahia. **5.** LIVROS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 08/06/2009, exige ICMS no valor de R\$ 49.829,55, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 3.404,53, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de agosto a outubro e dezembro de 2005, janeiro, março a junho, agosto a dezembro de 2006, março, maio e junho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 16.397,37, acrescido da multa de 50%;

2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro a maio, julho, agosto e dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 4.804,42, acrescido da multa de 50%;
3. Recolheu a menos o ICMS, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), nos meses de outubro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 265,00, acrescido da multa de 50%;
4. Recolheu a menos o ICMS na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), nos meses de janeiro a maio, julho a dezembro de 2006, janeiro e fevereiro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.471,06, acrescido da multa de 50%;
5. Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME (Declaração Movimento Econômico de Microempresas e Empresa de Pequeno Porte), nos meses de janeiro a maio, julho, agosto e dezembro de 2006, dezembro de 2007, sendo imposta multa no valor de R\$ 2.484,53, correspondente ao percentual de 5% do valor das entradas omitidas;
6. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, no exercício de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 21.855,70, acrescido da multa de 70%;
7. Deixou de escriturar Livros Fiscais, nos exercícios de 2006 e 2007, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 920,00. Consta se referir à falta de escrituração do livro de Caixa – Obrigação Acessória prevista no art. 195, inc. XV alínea “i” do RICMS/BA;
8. Deixou de efetuar o recolhimento antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no mês de dezembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 36,00, acrescido da multa de 50%.

O autuado apresentou defesa às fls. 349/350, na qual afirma com relação à infração 01 que: *“Consiste a presente autuação em mera presunção por parte do Autuante, tendo em vista que as Notas Fiscais escrituradas e apresentadas conjuntamente com os DAES de recolhimento comprovam que todos os recolhimentos foram efetuados com base no art. 352-A parágrafo 7º e 8º combinado com o art. 61, inciso IX do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97.”*

Rechaça também a infração 02, repetindo “ipsis litteris” o argumento apresentado na infração 01 acima reproduzido.

No que concerne à infração 03, diz que consiste em mera presunção por parte do autuante, tendo em vista que as Notas Fiscais de saídas e apresentadas conjuntamente com os DAES de recolhimento comprovam que todos os recolhimentos foram efetuados corretamente.

Quanto à infração 04, alega que consiste em mera presunção por parte do autuante, tendo em vista que as Notas Fiscais de saídas escrituradas e apresentadas conjuntamente com os DAES de recolhimento, comprovam que todos os recolhimentos foram efetuados corretamente e que a estava enquadrada na condição de microempresa e não empresa de pequeno porte conforme a autuação.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 353 a 355, salientando, inicialmente, que até 30/09/2007 o contador da empresa era o Sr. Wilson Cedraz da Silva, e que após esta data passou a ser a Contadora Jossinete da Silva Borges Santos. Esclarece que a referida contadora atendeu a Fiscalização para efeito de “Conferência e Manifestação” consoante relatórios acostados aos autos às fls. 11 a 45, e que após conferência apresentou comprovantes dos recolhimentos do ICMS – Antecipação Parcial na quantia de R\$ 8.022,83, mediante denúncia espontânea a qual foi acatada conforme documentos às fls. 48 a 52; justificou ainda os recolhimentos ICMS Antecipação Parcial

conforme documentos às fls. 53 a 55; assim como registros de Notas Fiscais emitidas em 2007, porém registradas em 2008, em conformidade com os documentos à fl. 56. Esclarece, ainda, que acatou os comprovantes e as justificativas apresentadas pelo autuado, sendo que, quanto aos demais itens houve o reconhecimento da procedência da autuação, apenas com a solicitação de retificação do faturamento da DME – 2006, documentos às fls. 254 a 257, a fim de apurar o ICMS pela faixa de EPP, o que não foi acatado, sendo apurado e lançado como omissão de acordo com a infração 06 – 05.03.02.

Acrescenta o autuante que após as exclusões das parcelas comprovadas e justificadas pelo contribuinte, lavrou o Auto de Infração, sendo em seguida a empresa convidada para assinar, oportunidade na qual compareceu com o contador Sr. Wilson Cedraz que começou a questioná-lo no sentido de que deveria aceitar aumentar o faturamento e cobrar pela faixa de microempresa e não autuar como omissão de saídas, sob a alegação de que na forma que foi lançado não tinha condições de pagar, afirmando que iria apresentar defesa, a fim de ganhar tempo na expectativa de uma anistia.

Sustenta que o lançamento está devidamente instruído e fundamentado, com todos os levantamentos indispensáveis à comprovação das infrações apuradas.

Frisa que a título de esclarecimento que o lançamento do exercício de 2005 foi apurado na condição de microempresa, enquanto a infração 06, referente ao exercício de 2006, não foi acatada a sugestão do contribuinte de aumentar o faturamento para efeito de cobrar na condição SimBahia, em virtude de a legislação do ICMS não permitir retificação após ação fiscal.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Do exame das peças que compõem o presente processo, constato que o autuante ainda no transcorrer da ação fiscal, isto é, antes da lavratura do Auto de Infração, ofertou ao contribuinte ampla possibilidade de conhecimento das irregularidades apuradas, pois, encaminhou para este -a fim de que fizesse a conferência e se manifestasse - os relatórios preliminares de aferição da regularidade de recolhimento do ICMS exercícios de 2005, 2006 e 2007, conforme se verifica às fls. 12 a 14, assim como, do Demonstrativo das Fontes e das Aplicações de Recursos, relativo à apuração do saldo credor de caixa (fl. 22).

Verifico também que o autuante considerou os pagamentos efetuados pelo autuado, inclusive, os decorrentes de denúncia espontânea, exigindo o imposto e impondo multa apenas quanto aos fatos não comprovados pelo contribuinte.

Assim é que, apenas a título ilustrativo, cito a exigência contida na infração 01 referente ao mês de janeiro de 2006, no valor de R\$ 150,04, onde se observa, claramente, do confronto entre as notas fiscais indicadas na “*Relação de Notas Fiscais a serem Parceladas Ant. Parcial*” à fl. 52 com a planilha elaborada pelo autuante à fl. 142, que a exigência diz respeito às notas fiscais que não foram objeto de denúncia espontânea e parcelamento, portanto, que não tiveram o imposto pago.

Vejo que na defesa apresentada o autuado não trouxe qualquer elemento de prova hábil, capaz de elidir a autuação, apesar de ter amplo conhecimento dos levantamentos e demonstrativos levado a efeito pelo autuante, inclusive, das infrações que lhe são imputadas.

Na realidade, limitou-se a praticamente repetir em todas as infrações os mesmos argumentos defensivos. Ou seja: “*Consiste a presente autuação em mera presunção por parte do Autuante, tendo em vista que as Notas Fiscais escrituradas e apresentadas conjuntamente com os DAES de recolhimento comprovam que todos os recolhimentos foram efetuados com base no art. 352-A parágrafo 7º e 8º combinado com o art. 61, inciso IX do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97.*”

O artigo 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal–RPAF/99, estabelece que é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive, documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação, esses elementos não foram carreados aos autos.

O contribuinte em nenhum momento de sua peça defensiva identificou qualquer falha no lançamento realizado pelo autuante, apenas alegou que os pagamentos foram efetuados.

Assim sendo, considero integralmente subsistente as infrações imputadas ao autuado.

Contudo, no que concerne às infrações referentes à antecipação parcial do imposto, no caso, 01 e 02, constato que a multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, foi indicada erroneamente no Auto de Infração, haja vista que a multa aplicável à época da ocorrência dos fatos – 2005 e 2006 - é de 60%, conforme previsto no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

Registro que o entendimento acima esposado encontra-se lastreado em decisões deste CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0301-12/09, cujo voto vencedor é reproduzido abaixo, a título ilustrativo:

“VOTO VENCEDOR (Em Relação à Exclusão da Multa de 50% - Infração 1)

Dirirjo do posicionamento do ilustre Conselheiro relator apenas no que tange à multa indicada pelo autuante para a infração 1, pois considero que, à época da ocorrência dos fatos, a pena cabível para a citada infração era a prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Apesar de ser uma questão muito controvertida, acompanho a tese que vem sendo defendida pelos ilustres representantes da PGE/PROFIS, segundo a qual a antecipação parcial e a antecipação no sentido estrito são institutos diversos. Com base nessa premissa, entendo que, à época dos fatos descritos na infração 1, a multa indicada pelo autuante, prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, estava equivocada, haja vista que essa penalidade era aplicável apenas nas hipóteses da falta de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária propriamente dita. Para a falta de pagamento de ICMS devido por antecipação “parcial”, a pena correta, à época, era a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da citada Lei.

Divergindo do entendimento defendido pelo ilustre Conselheiro relator, não vislumbro qualquer óbice à retificação da multa por parte deste colegiado, já que, nos termos do artigo 142 do CTN, cabe à autoridade administrativa que efetua o lançamento apenas “propor a aplicação da penalidade cabível”. Resta, portanto, a este órgão julgador administrativo manter ou corrigir a multa que foi originalmente proposta pela autoridade lançadora, sem a necessidade de lavratura de outro Auto de Infração. Essa retificação de multa no mesmo Auto de Infração não enseja cerceamento do direito de defesa, uma vez que o sujeito passivo se defende da acusação que lhe fora feita, e não da tipificação legal da multa. Do mesmo modo, a retificação da multa não acarreta qualquer inovação, tendo em vista que foram respeitados os limites traçados pela acusação e pelos valores originalmente consignados no Auto de Infração.

Também não comungo com o entendimento do ilustre Conselheiro relator quanto à questão da ausência de dolo, pois, segundo a descrição dos fatos e o enquadramento legal utilizado pelo autuante, no cometimento da infração 1 não houve dolo. Nas infrações à legislação tributária, a constatação e a comprovação de dolo devem ser feitas pelo auditor fiscal autuante, que é quem verifica a ocorrência do fato gerador, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo e que propõe a aplicação de multa. Não fica, portanto, ao arbítrio do sujeito passivo classificar os seus procedimentos como dolosos ou não dolosos.

Em face do exposto, retifico a multa indicada na infração 1, no percentual de 50%, para a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época dos fatos geradores.

Observo que, caso a multa tivesse sido corretamente indicada no Auto de Infração, o recorrente poderia ter se beneficiado da redução de multa prevista no art. 45-A, da Lei nº 7.014/96. Dessa forma, ressalto que o recorrente poderá se eximir da multa em questão, requerendo à Câmara Superior do CONSEF a dispensa de multa por infração de obrigação principal ao apelo da equidade, no prazo de trinta dias da ciência desta Decisão, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos, sob o fundamento de ter sido induzido a erro por orientação de funcionário fiscal, conforme previsto no art. 159, I, do RPAF/99.

Quanto às demais matérias tratadas no Recuso Voluntário, acompanho, sem ressalva, o voto proferido pelo ilustre Conselheiro Relator.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, retificando, porém, de ofício, a multa proposta na infração 1 para 60%, conforme art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.”

Diante do exposto, a multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, “1” da Lei nº 7.014/96, indicada originalmente no Auto de Infração nas infrações 01 e 02, fica retificada de ofício para 60%, conforme previsto no art. 42, II, “f”, do mesmo Diploma legal retro referido.

Quanto à infração 08, apesar de também ser referente à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, observo que o período autuado – 31/12/2007- já estava alcançado pela nova disposição do art.42, II, “d” da Lei n.7.014/96, cuja redação foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, com efeitos a partir de 28/11/07, porém, sendo a multa de 60%.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110391.0028/09-1**, lavrado contra **COMERCIAL ESTRELA ARTIGOS PARA PRESENTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$49.829,55**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 6.736,06, de 60% sobre R\$ 21.237,79 e de 70% sobre R\$ 21.855,70, previstas, respectivamente, no artigo 42, I, “b”, itens 1 e 3, II, “d” e “f”, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$3.404,53**, previstas no art. 42, XII-A, XV, “d” do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR