

A. I. Nº - 232185.0006/09-3
AUTUADO - COSTA SOUZA AUTOPEÇAS LTDA.
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET 26.04.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0077-05/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. a.1) EMPRESA DE PEQUENO PORTE. a.2) CONTRIBUINTE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. O sujeito passivo comprovou o pagamento prévio de alguns valores exigidos. Infrações 1 e 3 parcialmente elididas após revisão fiscal. b) PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. b.1) EMPRESA DE PEQUENO PORTE. b.2) CONTRIBUINTE OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. Devidamente comprovado o pagamento a menos nos meses de junho e novembro de 2007. Infrações 2 e 4 caracterizadas. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. DADOS INCORRETOS. MULTA. Retiradas da exigência as notas fiscais que já haviam sido objeto das infrações 1 a 4. Infração 5 parcialmente elidida. 3. EMBARAÇO À AÇÃO FISCAL. FALTA DE ENTREGA DE LIVROS E DOCUMENTOS AO FISCO, NÃO OBSTANTE INTIMAÇÕES NESSE SENTIDO. MULTA. O art. 42, XX da Lei nº 7.014/96 traz a multa de R\$460,00, não de R\$1.440,00, sendo o infrator microempresa ou empresa de pequeno porte, se, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado. Infração 6 parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/06/2009 e exige ICMS, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de R\$ 127.330,26, em razão de terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- Falta de recolhimento do imposto por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Anexo I do Auto de Infração. Valor exigido de R\$ 78.339,05 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei 7.014/96.
- 2- Recolhimento a menos do tributo por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, mercadorias provenientes de fora do Estado. Anexo I do Auto de Infração. Valor exigido de R\$ 182,13 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei 7.014/96.

- 3- Falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, 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. Anexo I do Auto de Infração. Valor exigido de R\$ 8.930,04 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei 7.014/96.
- 4- Recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, 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. Anexo I do Auto de Infração. Valor exigido de R\$ 2.496,87 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei 7.014/96.
- 5- Omissão de entradas de mercadorias na Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Multa de 5%, no valor de R\$ 35.942,17, prevista no art. 42, XII-A da Lei 7.014/96.
- 6- Falta de apresentação de livros fiscais quando regularmente intimado. Multa de R\$ 1.440,00, prevista no art. 42, XX da Lei 7.014/96.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 493 a 496.

Após elaborar uma síntese das infrações, afirma que as mesmas estão em descompasso com a realidade fática e com o ordenamento jurídico tributário.

Inicialmente, informa que anexou ao PAF cópias de diversas notas fiscais (com os documentos de arrecadação estadual respectivos), cujo imposto foi tido como não pago, o que diz não ser verdade.

Em seguida, assinala que também acostou aos autos diversas notas fiscais, cujo imposto não pagou em função da crise financeira que atravessa. Com relação ao débito referente às operações designadas nessas notas, entende que é devido. Todavia, no que tange às demais notas, registra que não realizou as aquisições apontadas no Auto de Infração. Prova disso seria a ausência nos autos dos canhotos dos referidos documentos e de carimbo de postos fiscais de qualquer ente da Federação, comprovando o efetivo recebimento dos produtos.

Entende que os valores dos documentos fiscais que não foram anexados por si à peça de defesa devem ser retirados do levantamento do débito, tanto da obrigação principal quanto da acessória da infração 05.

Mostra-se inconformado também com a infração 06, pois a acusação seria falsa, tanto que o lançamento de ofício tomou por base os livros e documentos que foi informado não terem sido entregues.

Transcreve o art. 155, II, parágrafo 2º, XI da Constituição Federal e cita o parágrafo 2º do art. 13 da LC 87/96, para aduzir que o ICMS não compreenderá em sua base de cálculo o montante do imposto sobre produtos industrializados, quando a operação, realizada entre contribuintes e relativa a produtos destinados à comercialização ou industrialização, configure fato gerador dos dois impostos.

Por fim, conclui requerendo a modificação do lançamento, para que sejam excluídos os valores já pagos e aqueles relativos às notas fiscais não anexadas à defesa, seja afastada a infração 06 e o IPI da base de cálculo do ICMS.

À fl. 573, o autuante junta informação fiscal, onde aduz que, após exame, constatou que procede em parte as alegações defensivas, excetuando-se os documentos fiscais relativos a junho de 2007. O total dos valores recolhidos através de DAE (fls. 498, 508, 513, 516 e 519) perfaz a quantia de R\$ 4.032,62. *“Contudo, conforme fl. 23 da planilha, evidencia-se que foram recolhidos R\$ 4.805,42, sobre um montante devido de R\$ 4.987,55, pelos contribuintes, sendo que o ICMS a recolher de apenas R\$ 182,13”* (alguns documentos de arrecadação não haviam sido computados como pagos).

Refaz os cálculos relativos às infrações 1, 2, 3 e 4 (fls. 574 a 584) e requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal e seus novos levantamentos (fl. 586), o autuado ingressa com manifestação às fls. 588 a 591, onde repete os exatos termos da peça defensiva.

O autuante ingressa com nova informação fiscal à fl. 594, destacando que foram retificadas as planilhas referentes ao imposto cobrado por antecipação tributária cujos valores já haviam sido recolhidos (fls. 574 a 584).

De acordo com o seu entendimento, não prospera a alegação defensiva de que não houve aquisição de parte das mercadorias designadas nos documentos que consubstanciam as infrações, pois foram documentos fiscais obtidos junto aos fornecedores.

O contribuinte, segundo aduz, não entregou os Livros Caixa, Registro de Entradas e de Inventário, embora tenha sido intimado duas vezes para fazê-lo (fls. 10 a 13, que são as intimações e os termos de arrecadação de livros e documentos).

Afirma que o IPI, de acordo com o art. 23, II, “b” da Lei 7.014/96, deve integrar a base de cálculo do ICMS.

Retificados os débitos das quatro primeiras infrações, requer a procedência em parte do Auto de Infração.

VOTO

Da análise dos documentos acostados ao PAF às fls. 68 a 489, verifico que a sua quase totalidade são cópias de notas fiscais de operações de aquisição interestadual, onde não constam carimbos de postos fiscais dos trajetos ou assinatura de representante do destinatário, o que poderia constituir indício ou mesmo prova irrefutável de que os respectivos produtos ingressaram no estabelecimento autuado.

Entretanto, antes de especular qualquer vício que possa ensejar nulidade, há alguns aspectos nos autos que reclamam uma análise detida.

Os referidos documentos consubstanciaram as infrações 1 a 4, sendo que o contribuinte – no que se refere às mesmas –, apesar do acima exposto, alegou que: (I) algumas dessas compras tiveram o respectivo gravame tributário pago (fls. 497 a 538); (II) as obrigações tributárias principais concernentes às outras aquisições, dentre as designadas no lançamento, não foram pagas por falta de condições financeiras (fls. 539 a 569); e (III) não comprou as mercadorias constantes dos documentos fiscais a que não se referem os dois itens anteriores.

Compulsando os autos, observei que boa parte das notas fiscais relativas às compras que o sujeito passivo disse que não efetuou foram emitidas pelas mesmas pessoas jurídicas que forneceram as mercadorias designadas nas notas de fls. 497 a 569, trazidas ao PAF pelo próprio contribuinte. Por exemplo: o fornecedor destacado nos documentos de fls. 274 a 282, 294 a 305 e 318 a 326 é o mesmo daquele de fls. 554 a 556. O mesmo se constata nas cópias de notas fiscais de fls. 357/358 e 552.

Do quanto aduzido, concluo que as cópias reprográficas dos documentos fiscais colacionados aos autos são provas suficientes das aquisições das mercadorias. Por essa razão, não merece albergue a pretensão do autuado de que os valores dos documentos fiscais que não foram anexados por si à peça de defesa sejam retirados do levantamento do débito, tanto da obrigação principal quanto da acessória da infração 5.

O autuante, no que diz respeito ao imposto cobrado por antecipação tributária cujos valores já haviam sido recolhidos (comprovantes às fls. 498, 508, 513, 516 e mencionadas infrações (01 a 04) nos demonstrativos de fls. 574 a 584 alegações defensivas, com exceção daquelas referentes a junho de 2

período em que o autuado comprovou o pagamento prévio no montante de R\$ 4.805,42 contra um débito de R\$ 4.987,55, restando o imposto a pagar na quantia de R\$ 182,13.

Assim sendo, a infração 2 não sofreu mudança após a revisão, bem como a infração 4, pois não foram apresentados os documentos respectivos. Caracterizadas as infrações 2 e 4.

Registre-se que o documento de arrecadação estadual de fl. 498 traz no campo “REFERÊNCIA” o mês de maio de 2007. Entretanto, o valor no mesmo consignado, nos novos cálculos, foi abatido no débito do mês seguinte, pelo fato de os documentos fiscais designados no campo “INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES” terem sido originariamente lançados em junho desse mesmo ano, conforme levantamento de fl. 23.

Após a revisão fiscal de fls. 574 a 584, a infração 01 restou diminuída de R\$ 78.339,05 para R\$ 73.513,52 (lançamentos de fls. 574 a 582).

A infração 3 passou de R\$ 8.930,04 para R\$ 7.939,41 (lançamentos de fls. 583 a 585, com exceção daqueles relativos a junho e novembro de 2007).

Acato à revisão efetuada pelo autuante às fls. 574 a 584, de maneira que a infração 1 fique reduzida de R\$ 78.339,05 para R\$ 73.513,52, nos termos dos lançamentos de fls. 574 a 582; e a infração 03 de R\$ 8.930,04 para R\$ 7.939,41, conforme lançamentos de fls. 583 a 585, com exceção daqueles relativos a junho e novembro de 2007, pois dizem respeito às infrações 02 e 04, não modificadas. Infrações 1 e 3 parcialmente elididas.

No tocante à infração 5, cujo demonstrativo está às fls. 59 a 67, o contribuinte não conseguiu comprovar que as notas fiscais enumeradas foram lançadas nas respectivas informações econômico-fiscais.

Todavia, da análise do seu demonstrativo, verifica-se que diversas notas fiscais ali consideradas também o foram nas infrações 1 a 4.

Nesta específica situação, a Lei nº 7.014/96, no tocante à duplicidade de imposições de penalidades, tem disposição expressa no § 5º, do art. 42, que nos remete à análise, pelo menos, da impossibilidade de manutenção das multas acessórias em exame, posto que vinculadas à exigência concomitante da obrigação tributária principal. Eis o teor da norma em comento:

Art. 42 (...) § 5º A multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator.

Evita-se, assim, a incidência de duplo apenamento, ou “bis in idem”, circunstância que é expressamente vedada pelo comando legal inserido no § 5º, do art. 42, da Lei do ICMS, que positiva, no âmbito do direito tributário estadual, o princípio jurídico da consunção, assentado em duas premissas: a infração maior absorve a menor e a infração fim absorve a infração meio.

Assim, de ofício, retiro do levantamento de fls. 59 a 67 (infração 5) as notas fiscais já constantes do levantamento de fls. 574 a 585 (infrações 1 a 4), de forma que restem apenas aquelas abaixo designadas, diminuindo-se a multa aplicada na infração 5 da seguinte maneira.

EXERCÍCIO	VALOR A.I. (R\$)	NF RETIRADA	VALOR NF (R\$)	MULTA (5%) VLR REVISADO (R\$)
		148.741	609,78	30,49
		109.854	2.651,93	132,60
		6.742	1.518,27	75,91
		7.496	664,85	33,24
		7.792	1.473,87	73,69
		58.680	797,82	39,89
		110.145	12.281,16	
		64.915	503,02	
		112.028	11.409,15	
		65.842	578,65	
		636	222,80	

		67.087	832,38	41,62
		11.647	2.353,99	117,70
		66.890	298,27	14,91
		66.577	616,15	30,81
		167.340	683,88	34,19
		166.169	575,20	28,76
		170.874	95,84	4,79
		171.244	334,64	16,73
		171.120	489,48	24,47
		171.109	488,88	24,44
		171.015	234,24	11,71
		170.466	726,63	36,33
		70.382	2.805,32	140,27
		69.918	2.726,72	136,34
		69.465	2.313,35	115,67
		173.365	518,42	25,92
		172.375	1.595,59	79,78
2.004	7.403,99		50.400,28	2.520,01
		70.702	1.626,11	81,31
		71.303	677,33	33,87
		71.286	626,10	31,31
		174.793	842,12	42,11
		71.710	2.156,47	107,82
		178.408	731,25	36,56
		177.023	373,04	18,65
		1.710	639,30	31,97
		176	588,94	29,45
		18.167	5.605,05	280,25
		17.089	819,95	41,00
		17.077	5.707,08	285,35
		180.373	947,01	47,35
		179.142	930,00	46,50
		180.180	689,93	34,50
		126.717	3.207,08	160,35
		18.352	401,15	20,06
		18.896	2.114,38	105,72
		19.035	2.134,28	106,71
		19.393	340,75	17,04
		19.700	2.134,58	106,73
		19.722	135,79	6,79
		181.146	1.251,37	62,57
		181.280	631,94	31,60
		182.832	625,27	31,26
		182.976	351,00	17,55
		182.990	351,00	17,55
		75.840	1.666,84	83,34
		20.299	1.070,82	53,54
		20.142	940,13	47,01
		21.167	2.435,36	121,77
		20.791	779,39	38,97
		20.808	1.908,73	95,44
		20.884	908,63	45,43
		21.450	3.293,71	164,69
		21.453	214,69	10,73
		21.595	1.482,01	74,10
		21.599	4.449,84	222,49
		183.568	494,40	24,72
		184.656	909,46	45,47
		92.309	3.154,14	157,71
		76.421	1.122,62	56,13
		22.718	8.206,47	410,32
		223.034	1.845,31	92,27
		23.119	3.433,15	171,66
		22.601	5.199,14	
		21.646	1.847,40	
		21.721	319,37	
		21.959	1.702,23	
		21.648	2.338,19	

		21.929	991,80	49,59
		22.174	1.149,82	57,49
		22.187	671,17	33,56
		185.980	321,72	16,09
		187.951	2.489,00	124,45
		187.190	230,92	11,55
		2.702	511,44	25,57
		686.960	1.639,10	81,96
		25.518	3.144,77	157,24
		24.890	517,79	25,89
		24.778	3.225,53	161,28
		190.668	598,11	29,91
		188.788	1.003,04	50,15
		189.174	1.663,89	83,19
		79.450	1.593,18	79,66
		192.689	534,11	26,71
		27.866	417,56	20,88
		80.174	1.436,96	71,85
		195.496	775,78	38,79
		81.577	2.006,14	100,31
		81.240	1.097,83	54,89
		195.941	595,84	29,79
		196.037	524,20	26,21
		196.137	474,22	23,71
		197.022	1.033,92	51,70
		196.747	921,17	46,06
		33.924	450,00	22,50
		198.568	438,02	21,90
		198.792	673,88	33,69
		84.246	368,22	18,41
		200.905	430,30	21,52
		200.910	260,00	13,00
2.005	6.648,95		118.549,73	5.927,49
		66.053	3.672,82	183,64
		84.876	1.390,18	69,51
		203.142	309,57	15,48
		204.027	1.089,71	54,49
		203.620	952,18	47,61
		202.734	789,80	39,49
		204.285	1.355,42	67,77
		670.666	4.270,14	213,51
		132.223	9.338,19	466,91
		871.095	1.823,91	91,20
		87.239	562,66	28,13
		87.006	1.188,84	59,44
		87.407	559,07	27,95
		208.933	641,47	32,07
		208.944	590,27	29,51
		208.837	1.663,63	83,18
		355.881	1.722,87	86,14
		89.046	675,02	33,75
		211.779	340,12	17,01
		214.419	1.421,38	71,07
		90.256	1.150,92	57,55
		215.573	1.427,63	71,38
		91.800	1.319,91	66,00
		218.111	1.904,56	95,23
		217.311	830,97	41,55
		217.512	279,96	14,00
		93.404	1.356,26	67,81
		219.931	542,72	27,14
		39.612	890,92	44,55
		51.398	2.887,99	144,40
		39.613	873,60	
		41.846	1.280,00	
2.006	17.555,46		49.102,69	
		81.864	112,00	
		237.734	403,44	

		237.446	1.684,87	84,24
		236.933	235,56	11,78
		236.930	368,30	18,42
		49.500	600,07	30,00
		49.501	2.322,14	116,11
		259.037	1.544,47	77,22
		259.364	701,07	35,05
		259.184	554,40	27,72
		50.237	6.556,93	327,85
		50.238	669,70	33,49
2.007	4.333,77		15.752,95	787,65
TOTAL				11.690,28

Infração 5 parcialmente elidida, de R\$ 35.942,17 para R\$ 11.690,28.

Com relação à infração 6, verifico, nos documentos de fls. 10 a 13, o não cumprimento de pelo menos duas intimações (fls. 10 e 11). Na dicção do art. 142, IV do RICMS/BA, além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos, escrituração das operações e prestações, fornecimento de informações periódicas e outras, é obrigação do contribuinte exibir ou entregar ao Fisco os livros e documentos fiscais previstos na legislação tributária, bem como levantamentos e elementos auxiliares relacionados com a sua condição.

O parágrafo 1º do art. 942 do mesmo Regulamento estabelece que os contribuintes não poderão deixar de exibir à Fiscalização as mercadorias, os papéis, os livros e os documentos de sua escrituração.

Todavia, o art. 42, XX da Lei do ICMS, de número 7.014/96, traz a multa de R\$460,00 (quatrocentos sessenta reais), não de R\$1.440,00 (mil quatrocentos e quarenta reais), como lançado no Auto de Infração, sendo o infrator microempresa ou empresa de pequeno porte, se, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (excetos os arquivos previstos no inciso XIII-A), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado.

Infração 6 parcialmente elidida para R\$460,00.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 96.282,21.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232185.0006/09-3**, lavrado contra **COSTA SOUZA AUTOPEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$84.131,93**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1 da Lei 7.014/96, além das penalidades por descumprimentos de obrigações acessórias no total de **R\$12.150,28**, previstas no art. 42, incisos XX e XII-A da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

TERESA CRISTINA L