

A.I. Nº - 207668.0007/09-2
AUTUADO - CASA DOS VINHOS LTDA.
AUTUANTES - REJANE MARIA RAMOS BARBOSA FERRUZI
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET 29.06.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 153-05/10

EMENTA: ICMS. 1 ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Fato reconhecido pelo sujeito passivo. Multa reduzida, com arrimo nas disposições do art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96 (art. 915, § 6º, do RICMS/97). 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA DA CARGA TRIBUTÁRIA (Decreto nº 7.799/00). 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INSCRIÇÃO CADASTRAL. DESTINATÁRIOS “INAPTOS”. IMPOSTO NÃO RETIDO PELO FORNECEDOR. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infrações reconhecidas pelo sujeito passivo. 5. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Ajuste da base de cálculo aos ditames da Instrução Normativa 56/07, com aplicação da proporcionalidade. Alíquota reduzida para 17%, em razão do contribuinte operar com mercadorias não sujeitas à alíquota diferenciada de 27%, visto que a exigência fiscal envolve a presunção de omissão de saídas, não se podendo precisar quais os produtos foram omitidos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 16/09/2009 para exigir ICMS e multa, no valor total de R\$20.915,33, em decorrência das imputações abaixo descritas:

1. Multa percentual sobre a parcela do ICMS que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Refere-se às entradas interestaduais ocorridas no mês de dezembro do exercício de 2007, conforme levantamento constante do Anexo II do PAF. Valor da multa: R\$6.576,98.
2. Recolheu a menor o ICMS em razão da utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Consta no AI que o contribuinte promoveu saídas para não contribuintes (isentos, especiais) e para contribuintes cancelados e baixados, fazendo uso da redução concedida pelo Termo de Acordo – Decreto nº 7.799/00. Conforme demonstrativos constantes do Anexo III do PAF. Valor do ICMS: R\$ 1.317,15.
3. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativos às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Refere-se a saídas] exercícios de 2007 e 2008, considerando-se a redução legal, quan

acordo com o tipo de mercadorias. Conforme demonstrativos constantes do Anexo IV do PAF. Valor do ICMS: R\$ 444,02.

4. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Fato ocorrido no exercício de 2007, conforme levantamentos e demonstrativos da auditoria de estoques – Anexo V do PAF. Valor do ICMS: R\$ 2.373,77.
5. Falta de recolhimento do ICMS constado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Fato verificado no exercício de 2008, conforme levantamentos e demonstrativos da auditoria de estoques – Anexo VI do PAF. Valor do ICMS: R\$ 10.203,41.

O contribuinte apresentou impugnação, anexada às fls. 75/78 do PAF. Inicialmente reconheceu como devidas as infrações 2, 3 e 4.

Em relação à infração 1, atinente à multa sobre a parcela do ICMS – antecipação parcial que deixou de ser paga, com posterior saída das mercadorias com tributação normal, ponderou que a penalidade em questão se apresenta de “extrema violência” contra as finanças de uma empresa, que segundo a impugnante, honrou todos os seus recolhimentos e num único mês, por falha administrativa, deixou de pagar o imposto. Argumentou ainda que se o tributo em questão tivesse sido recolhido poderia se apropriar do crédito correspondente no próprio mês, o que prejudicaria o Estado apenas na tempestividade do pagamento, ou seja, do dia 25/01/08 para o dia 09/02/2008. Frisou que os acréscimos seriam de 0,11% ao dia, mais 1%, conforme estabelece o art. 138-B do RICMS/Ba, o que representaria 2,65%, $(15 \times 0,11 + 1)$, sobre o valor não recolhido, no montante de R\$ 10.961,64, totalizando assim o acréscimo de R\$ 290,48.

Registrou ainda que durante dois exercícios efetuou todos os recolhimentos da modalidade ICMS – Antecipação Parcial, totalizando as cifras de R\$ 84.003,24 e mais de R\$ 140.000,00, respectivamente, para os anos de 2007 e 2008.

Apelou para o sêdo de justiça do CONSEF, invocando a aplicação, a este caso, do art. 915, § 6º, do RICMS, para pedir o cancelamento ou a redução da multa aplicada, para o valor de R\$ 290,48, equivalente aos acréscimos tributários não recolhidos. Transcreveu na peça defensiva o teor do dispositivo regulamentar mencionado, para firmar o entendimento de que preenche todas as condições para a obtenção do benefício, visto que não agira com dolo, fraude ou simulação e que não incorrera na falta de pagamento do imposto, mas tão somente na sua postergação.

Quanto à infração 5, referente à omissão de entradas de mercadorias, que configura presunção de omissão de saídas, manifestou concordância com as diferenças apuradas na ação fiscal, porém contestou o cálculo efetuado pela auditora fiscal, visto que a mesma não cumpriu as determinações da Instrução Normativa 56/07, para o cálculo da proporcionalidade, visando determinar a base impunível. Afirmou que a escrita da empresa permite a apuração da proporcionalidade prevista norma tributária. Por tais motivos, requereu a revisão do valor lançado na autuação, apresentando na peça de defesa, planilha com a indicação do percentual de 49,07% de saídas tributadas para o exercício de 2008. Com isso, pondera que a base de cálculo da exigência fiscal deverá ser R\$ 18.636,93, correspondente a 49,07% de ~~valor originalmente apurado~~. Argumentou que deverá ser concedida também a redução da base 30%, prevista no art. 87, inc. XXVI, do RICMS-Ba, uma vez que a alíquota de 27%, por considerar que as saídas eram referentes a l

redução, a base de cálculo passaria para R\$ 13.045,88, sobre o qual incidirá a alíquota, gerando o débito de R\$ 3.522,38.

Ao finalizar pediu que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

A autuante prestou informação fiscal (fl. 82 a 84), fazendo, inicialmente, uma breve síntese, das acusações fiscais e das razões apresentadas pela impugnante. Ao se debruçar sobre os itens impugnandos, declarou que a multa lançada na infração 1 é a prevista em lei para o descumprimento da obrigação acessória em questão, informando ainda que após checagem das entradas interestaduais, envolvendo 53 notas fiscais do mês de dezembro de 2007, detectou o recolhimento a menor de aproximadamente 25,32% do ICMS relativo à antecipação parcial. Pede que a multa seja mantida sem redução ou cancelamento.

Em relação à infração 5, reconheceu que deixou de considerar as disposições da Instrução Normativa nº 56/07, referentes à proporcionalidade sobre as operações de saídas. Após a correção, a base de cálculo foi ajustada e reduzida para a cifra de R\$ 18.225,40, resultado no imposto no valor de R\$ 4.920,86, conforme planilha anexada à fl. 85 dos autos. Em decorrência, o valor lançado do Auto de Infração foi reduzido para R\$ 15.632,78. Salientou em seguida que pelo fato dessa infração estar baseada em presunção legal de omissão de saídas, não se pode precisar quais foram as operações omitidas, razão pela qual entende não caber redução alguma no valor da base impunível.

Finaliza, pedindo que o lançamento seja mantido em sua maior parte.

O contribuinte ao ser cientificado da informação fiscal, ingressou com nova manifestação, reiterando a sua defesa quanto à infração 1 e, no tocante à infração 5, disse que a auditora, apesar de ter acolhido a proporcionalidade, não se pronunciou acerca da redução de 30% da base de cálculo, prevista no art. 87, inc. XXVI, do RICMS. Manteve o pedido originário, pela redução do imposto para a cifra de R\$3.444,60, em conformidade com os cálculos apresentados à fl. 92 do PAF.

A autuante, à fl. 97, apresentou nova informação fiscal. Frisou que a redução da base de cálculo pleiteada pelo contribuinte na infração 5 não pode ser aplicada visto tratar-se de operações que não foram levadas a registro e se referem a omissões de saídas apuradas a partir de entradas omitidas (presunção de omissão de saídas). Destacou que diferentemente da auditoria de estoque que gerou a infração 4, onde se fez legítima a redução de 30% da base de cálculo das mercadorias selecionadas, conforme planilha inserida à fl. 34 do PAF, onde se identifica os produtos omitidos, na infração em análise não é possível se fazer esta identificação. Disse ainda que a alíquota utilizada foi de 27% por ter selecionado apenas bebidas alcoólicas, produtos de maior expressão monetária, apesar da autuada comercializar outros itens, a exemplo de sucos, molhos, azeites, queijos, salgados, doces, chás, temperos, geléias e enlatos diversos. Manteve os termos da primeira informação fiscal e reiterou pedido pela procedência parcial do lançamento.

A impugnante atravessou petição nos autos, protocolada em 05/05/2010, pedindo a juntada de instrumento procuratório, constituindo a advogada, Dra. Sandra Helena N. P. Leal, para representar a autuada no presente processo administrativo fiscal, ocasião em que requereu que todas as intimações e notificações sejam encaminhadas para o endereço indicado na sua petição.

Em despacho exarado à fl. 109, este relator determinou que a petição acima mencionada fosse apensada aos autos.

VOTO

A defesa formulada pelo sujeito passivo contesta apenas os fatos geradores correspondentes às infrações nº 1 e nº 5. No tocante às imputações constantes dos itens 2, 3 e 4, a impugnante reconheceu o acerto da exigência fiscal, inexistindo lide em relação procedentes as referidas infrações.

No que tange à primeira imputação, o contribuinte postula o cancelamento ou a redução da penalidade, para o montante correspondente aos acréscimos moratórios, pela falta de pagamento do ICMS – antecipação parcial nos prazos fixados na legislação, nas entradas de mercadorias destinadas à comercialização, tendo efetuado, entretanto, as saídas com a devida tributação. O fato que ensejou a aplicação da multa se verificou no mês de dezembro/07, e o autuado argumentou que houve uma falha administrativa, que ensejou o não recolhimento do tributo no prazo da lei. Para respaldar a redução do gravame invocou a aplicação do art. 915, § 6º, do RICMS/97, afirmando que o tributo foi recolhido por ocasião das saídas, inexistindo também dolo, fraude ou simulação.

Vislumbro no presente caso a possibilidade de redução da penalidade, isto porque, além dos pressupostos previstos na norma geral, vez que o imposto foi recolhido nas saídas e inexistente prova de que a conduta do sujeito passivo tenha sido pautada por dolo, fraude ou simulação, o fato ensejador da imposição da penalidade ficou restrito a um único período mensal, não havendo, portanto, continuidade delitiva, ou seja, ao longo dos dois exercícios fiscalizados (2007 e 2008), houve somente um mês em que o contribuinte deixou de efetuar o pagamento do ICMS – antecipação parcial, porém o tributo foi pago nas saídas subsequentes, conforme consta na própria peça acusatória (Auto de Infração).

Todavia, apesar de mitigada a infração, houve o descumprimento da lei e neste caso, o Estado tem direito a ser ressarcido, através de penalidade fixada na norma legal, que não só avalia o prejuízo financeiro (acréscimos moratórios pela intempestividade no cumprimento da obrigação), mas também a alteração uniletral do regime de tributação adotado pelo contribuinte, a negligência no cumprimento da norma tributária e os efeitos dessa conduta perante os outros contribuintes, entre outras variáveis.

Invocando assim, as excludentes previstas no art. 42, parágrafo 7º, da Lei nº 7.014/96, que corresponde às disposições do art. 915, § 6º, do RICMS/97, e os princípios da proporcionalidade e da equidade, que devem nortear as decisões administrativas e judiciais, reduzo a penalidade para 10% do valor originalmente lançado, passando item 1 de R\$ 6.576,98 para R\$ 657,69.

No tocante à infração 5, o autuante reconheceu, após o reclamo da empresa, que deixou de aplicar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07, visto que a acusação fiscal diz respeito à presunção de omissão de saídas em razão de entradas de mercadorias não registradas. Após o ajuste nos cálculos, efetuados na informação fiscal, o contribuinte ainda reclama a redução da base de cálculo do imposto, prevista no art. 87, inc. XXVI, do RICMS/Ba.

Tal postulação, todavia, encontra óbice na legislação posta, visto que em se tratando de presunção, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, não se pode concluir que a omissão de saídas se refere tão somente a bebidas alcoólicas, produto alcançado pelo benefício, visto que a empresa comercializa com outros itens não sujeitos à redução da base de cálculo do ICMS.

Todavia, no tocante à alíquota, por ser uma questão de ordem pública e resultar de expressa disposição da legislação, não pode o percentual de 27% prevalecer. E o argumento aplicável aqui é o mesmo para a não adoção da redução da base de cálculo. Senão vejamos. A exigência fiscal diz respeito à presunção de omissão de saídas, não se podendo precisar, nesta situação, quais as espécies de mercadorias foram omitidas. Nesta situação prevalece a alíquota de 17%, já que a empresa comercializa outros produtos que não se submetem à tributação pela alíquota diferenciada de 27%, a exemplo de sucos, molhos, azeites, queijos, salgados, doces, chás, temperos, geléias e enlatados diversos.

Assim partindo do demonstrativo de débito constante da fl. 85 dos autos, após a redução decorrente da proporcionalidade, a base de cálculo apurada totalizou o montante de R\$ 18.225,40, que a alíquota de 17%, resulta no ICMS a recolher de R\$ 3.098,47.

Assim, considerando o acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PAI

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 **207668.0007/09-2**, lavrado contra **CASA DOS VINHOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$7.233,23**, acréscimos das multas de 60% sobre R\$1.760,99 e 70%, sobre R\$5.472,24, prevista no art. 42, II, alíneas “a” e “e” e III, da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$657,69**, prevista no art. 42, II, “d”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, conforme norma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA