

**A. I. Nº** - 180459.0001/11-5  
**AUTUADO** - PONTUAL CALÇADOS E ACESSÓRIOS LTDA.  
**AUTUANTE** - JOSÉ ALMIR LAGO DE MEDEIROS  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 06.07.2011

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO

### ACÓRDÃO JJF Nº 0181-02/11

**EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias tributáveis não escrituradas, mantida a exigência. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO TEMPESTIVAMENTE. MULTA. A multa por descumprimento da obrigação acessória de pagar tempestivamente o imposto devido na antecipação parcial, cujo imposto foi pago nas saídas subsequentes, não tinha previsão legal à época dos fatos geradores. Infração improcedente. Afastadas as arguições de nulidade e não acolhidas as solicitações de diligência/perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

## RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/02/2011, traz a multa no valor total R\$15.504,33, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, referente a dezembro 2006 e junho de 2007. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$8.518,86;

Infração 02: multa percentual sobre o imposto devido (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriormente tributadas normalmente. MULTA no valor de R\$6.985,47.

O autuado, às fls. 127 a 147 dos autos, apresenta defesa afirmando que todo o tributo cobrado pelo autuante foi devidamente recolhido nas operações de saídas, conforme faz prova a própria alegação do autuante na peça acusatória.

Afirma que o autuante de forma equivocada exigiu indevidamente a multa por antecipação parcial que não existia à época dos fatos.

Considera comprovada a insubsistência do auto de infração e requer a este Conselho Estadual que aplique ao caso em tela o mesmo entendimento dado a casos idênticos, reconhecendo o adimplemento da obrigação principal, julgando improcedente a autuação, que poderá ser comprovada através de diligência fiscal para a busca da verdade material.

Aduz que a multa por Antecipação Parcial foi introduzida na legislação baiana pelo Decreto 8669/04 efeitos a partir de 01/03/2004.

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de

apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Argui que se trata da antecipação do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas fora do Estado para comercialização.

Assegura que na hipótese de o contribuinte não efetuar o recolhimento do imposto por antecipação parcial, nenhum prejuízo estaria causando ao Erário, pois ao tributar na saída recolheria normalmente o imposto devido quando das suas operações comerciais.

Afirma que apesar de não ter recolhido o tributo a título de antecipação parcial, registrou todas as notas fiscais na sua escrita fiscal e ofereceu à tributação no momento da saída da mercadoria, fato este reconhecido pelo próprio autuante.

Argumenta que a multa de 60% é excessiva, não encontra amparo na concepção de proporcionalidade em sentido estrito, e, em última análise, no artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal.

Requer ao órgão julgador o cancelamento da multa exorbitantemente aplicada, nos termos do artigo 158 do RPAF, em razão do valor confiscatório da referida penalidade e também por não ter havido prejuízo para o Estado da Bahia, em face do ICMS ter sido recolhido nas operações normais do autuado.

Alega sua condição de hipossuficiência e da competitividade desequilibrada para pedir a anulação da exigência fiscal descabida e injusta.

Com efeito, se o RICMS no artigo 352-A, § 4º concede uma redução no imposto devido por antecipação parcial.

Assegura que só extrair deste raciocínio o mero esquecimento do legislador, eis que no mínimo o tratamento deveria ser isonômico.

Portanto, reitera a aplicação do artigo 158 do RPAF-BA, que permite ao julgador reduzir as multas aplicadas desde que não tenha havido falta de recolhimento do tributo, fato confirmado pelo próprio autuante.

Alinha considerações e doutrina sobre os princípios Constitucionais da isonomia, capacidade Contributiva.

Afirma que está enquadrado no regime do SimBahia e o desenquadramento do contribuinte constitui um ato administrativo independente do lançamento do crédito tributário. Os dois atos são praticados em momentos distintos, por agentes distintos, e são submetidos a regimes jurídicos distintos.

Argumenta que, para robustecer as suas alegações defensivas e ferir de morte a pretensão do fisco baiano com relação à malfadada infração 02, tem que as mercadorias objeto deste lançamento (calçados), estão submetidas ao regime de substituição tributária, e, portanto, não cabe aplicação do instituto da antecipação parcial, nos termos do artigo 352-A, § 1º, III, do RICMS-BA, *in verbis*:

Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação, exceto nas aquisições

de álcool de que trata o art. 515-D.

Conclui que, nessa esteira esta infração 02 deve ser julgada improcedente tendo em vista a natureza tributária das mercadorias cujo imposto deveria ser pago por antecipação tributária por força do regime que encerra a fase de tributação.

Quanto à infração 01, afirma que o autuante deixou de considerar algumas notas que se encontram registradas, aplicando com isso indevidamente a multa no percentual de 10%.

A título de exemplo cita as notas fiscais de n°s: 086347 da Calçados Tabita; 194163 da Ferruci & Cia Ltda.; 083607 da Indústria e Comércio da Calçados Tânia Ltda.

Ademais, continua o autuado, como se trata de calçados, produtos submetidos ao regime da substituição tributária, deveria ter sido exigida a multa no percentual de 1%, conforme se depreende da leitura do artigo 42, XI da Lei 7014/96:

XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria não tributável ou cujo imposto já tenha sido pago por antecipação, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;

Portanto, considera que não há que se falar em multa no percentual de 10% para produtos submetidos ao regime da substituição tributária cujo imposto foi pago por antecipação, devendo o nobre Colegiado reduzir de ofício o percentual contido na peça acusatória.

Argui que o autuante não considerou sua situação de enquadramento no Simples Nacional, como também em redação anterior as microempresas e empresas de pequeno porte em redação anterior estão dispensadas de escrituração fiscal, conforme se depreende da leitura do artigo 315 do RICMS-BA.

Considera as multas confiscatórias, trazendo decisão do STF, e concluindo que a Carta Magna, em seus artigos 145, § 1º, e 150, IV, prescreve a vedação do confisco que, embora dirigidos literalmente aos impostos, se espraiam por todo o sistema tributário, atingindo por inteiro o crédito tributário na sua acepção mais lata, vinculando, por isso, inclusive a seara

Pede: o reconhecimento de que o imposto exigido por antecipação parcial foi recolhido nas operações de saída; a inaplicabilidade da multa de 60%, pela sua generalidade; a redução ou cancelamento da multa em respeito ao princípio da isonomia e do não confisco; o reconhecimento de que as mercadorias estavam enquadradas no regime de substituição tributária (calçados); a redução da multa exigida no percentual de 10%; o reexame das notas fiscais registradas; o cancelamento da multa com caráter confiscatório; revisão fiscal com perícia e diligência para se considerar todos os elementos quantitativos e qualitativos, ensejadores da lavratura do lançamento de ofício, ora guerreado, e a apresentação de todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive testemunhais e a juntada de novos documentos.

O autuante, às fls. 168 dos autos apresenta a informação fiscal afirmando que a empresa era normal entre o período de 01/05/2004 até 30/06/2007, passando a simples em 01/07/2007.

Aduz que as notas fiscais de entrada não foram lançadas nos livros de entradas e não consta a retenção na fonte como alegado e as três notas que o autuado se refere ter lançado nos livros não ocorreu.

Argumenta que, no mais, toda argumentação de microempresa não se sustenta, pois a empresa era normal no período fiscalizado.

#### **VOTO**

O presente lançamento de ofício, ora imputando, traz 02 infrações por descumprimento de obrigação acessória, conforme segue resumidamente: Infração 01- deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal; Infração 02: multa percentual sobre o imposto devido (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas, adquiridas

com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriormente tributadas normalmente.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas, até porque as notas fiscais em questão encontram-se acostadas aos autos, devidamente entregues ao autuado, permitindo aos julgadores dirimirem as dúvidas lançadas pelo sujeito passivo, bem como a solicitação é genérica quanto a todos os elementos quantitativos e qualitativos.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Verifico que, em relação à infração 01, o autuado, conforme consta do histórico das informações cadastrais do autuado na SEFZ, à fl. 165, se encontrava na condição de normal entre 01/05/2004 até 30/06/2007, passando a Simples em 01/07/2007. Assim, não cabe a arguição de que não deveria efetuar os registros fiscais das notas relativas às mercadorias adquiridas, bem como as demais arguições por se encontrar na condição alegada.

Quanto à arguição de que efetuou o lançamento das notas fiscais números: 086347 da Calçados Tabita; 194163 da Ferruci & Cia Ltda; 083607 da Indústria e Comércio da Calçados Tânia Ltda., não tem acolhimento pelo simples motivo de o autuado não demonstra quando efetuou o lançamento, a página do livro que consta o mesmo, cópia do livro ou qualquer indicação que ampare sua afirmativa. Assim, concordo com o autuante que não há demonstração de que houve tais lançamentos, bem como a análise das demais notas fiscais não verifiquei a exigência de mercadorias adquiridas cuja fase de tributação esteja encerrada através do regime de substituição tributária, o que implicaria na aplicação da multa de 1%, devendo ser mantida a multa de 10%, tendo em vista que tais mercadorias são tributáveis.

O § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Essa discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo às infrações por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, o sujeito passivo deixou de registrar notas fiscais de aquisição. Assim, ainda que dolo não existisse, devidamente demonstrado, considero a falta de registro de notas fiscais um elemento de fragilização de todo o sistema de controle implantado, através das obrigações acessórias, por atos normativos, visando acompanhar e assegurar o devido e regular recolhimento do ICMS aos cofres do Estado. Razões, pelas quais, não acolho o pedido de cancelamento ou redução das multas aplicadas.

No que tange à infração 02, cabe observar que a redação da alínea “d” inciso II do art. 42 da Lei

7014/96, incluído a multa por descumprimento da obrigação acessória de não recolhimento tempestivo do imposto por antecipação parcial, cujo imposto foi pago nas saídas subsequentes, só foi dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, DOE de 28/11/07, efeitos a partir de 28/11/07. Assim, diante da constatação de que os fatos que ensejaram o descumprimento das obrigações acessórias ocorreram entre 31/03/2006 a 31/06/2007, portanto, antes da entrada em vigor da nova redação, acima aludida, considero improcedente a infração 02, por não haver, à época da infração, previsão legal da multa aplicada, ou qualquer outra que determina a sanção pelo descumprimento dessa obrigação acessória.

Diante do exposto, voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, cabendo a manutenção da infração 01 e a improcedência da infração 02.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **nº 180459.0001/11-5**, lavrado contra **PONTUAL CALÇADOS E ACESSÓRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$8.518,86**, prevista no art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2011

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR