

A. I. N ° - 300449.0890/09-0
AUTUADO - CAÇULINHA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 23. 08. 2011

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0234-01/11

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devida 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. No presente caso, os elementos de prova acostados aos autos pelo impugnante, comprovam o pagamento de parte do valor exigido na autuação antes do início da ação fiscal. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 2. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). 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 devido o crédito presumido de 8%, no caso de contribuinte enquadrado no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia. Infração subsistente. Não acolhidas as nulidades arguidas e decadência. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista na época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96). Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/12/2009, exige do autuado crédito tributário no valor de R\$ 28.725,53, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. 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 março, maio a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, janeiro, março a junho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 26.185,56, acrescido da multa de 50% ;

2. Falta de recolhimento do ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos referidos cartões, nos meses de janeiro a junho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.539,97, acrescido da multa de 70%.

O autuado, através de advogada legalmente constituída, apresentou defesa(fls. 291 a 304), consignando, inicialmente, que a via do Auto de Infração que lhe é destinada não foi assinada pelo autuante, conforme cópia que anexa.

Reporta-se sobre as duas infrações apontadas no Auto de Infração, para depois arguir, preliminarmente, a nulidade do lançamento por ter sido lavrado por Auditor Fiscal quando deveria ter sido lavrado por Agente de Tributos, tendo em vista que se trata de empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, consoante prevê o §3º do artigo 107 da Lei Estadual 3.956/81 – Código Tributário do Estado da Bahia, cujo teor reproduz.

Prosseguindo, aduz que ainda que se considere aceitável a absurda irregularidade, mesmo assim, preexistirá a impropriedade, pois segundo o art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o Auto de Infração será lavrado em 3 (três) vias, que devem ser assinadas pelo autuante, conforme transcrição do referido artigo 39 que apresenta, contudo, a via destinada ao contribuinte não se encontra assinada pelo autuante, conforme comprova a cópia que acosta aos autos.

Sustenta que desse modo estando à autuação irregular e em desconformidade com o inciso VI do §1º do artigo 129 do COTEB (Lei Estadual 3.956/81), deve ser cancelada ou não efetivada a inscrição de crédito tributário em Dívida Ativa, nos termos do inciso II do artigo 119 do Código Tributário do Estado da Bahia, cuja redação transcreve.

Continuando, alega que os débitos apresentados pelo demonstrativo da infração 01, se referem aos exercícios de 2004, 2005, 2006 e 2007, porém, os créditos tributários referentes ao ano de 2004, não podem ser constituídos, haja vista que em conformidade com o Código Tributário Nacional - CTN, ocorrido o fato gerador do tributo, em cinco anos, extingue-se o crédito tributário na hipótese de ocorrência de prescrição ou decadência, consoante previsto no art. 150, inciso V do referido CTN.

Frisa que a decadência consiste na perda do direito à constituição do crédito tributário, por decurso de prazo, através do lançamento tributário, sendo que, ocorrida à decadência não terá mais o Fisco o direito de exigir o seu crédito. Acrescenta que a prescrição consiste na perda do direito, por decurso de prazo à ação judicial para a cobrança do crédito tributário - a ação de execução, sendo que, ocorrida à prescrição, não terá o Fisco direito à exequibilidade. Portanto, enquanto a decadência interfere com a exigibilidade do crédito tributário, a prescrição afeta a exequibilidade desse crédito.

Realça que o Código Tributário Nacional arrola regras para a contagem dos prazos de decadência: a) nos lançamentos por homologação, o prazo de cinco anos é contado da data da ocorrência do fato gerador, nos termos do artigo 150, § 4º do CTN; b) nos lançamentos diretos e por declaração, o prazo de cinco anos é contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme o art.173, I.

Observa que a infração 01 se refere a tributo que tinha o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, por isso trata-se de lançamento por homologação, consoante o artigo 150 do CTN, cujo teor reproduz.

Afirma que se tratando de tributo cujo lançamento ocorre por homologação, o prazo de cinco anos para efeito da decadência é contado da data da ocorrência do fato gerador, nos termos §4º do artigo 150 CTN.

Salienta que nos termos do demonstrativo do Auto de Infração, as ocorrências dos fatos geradores dos créditos tributários referentes ao exercício de 2004 se deram em 31/03/2004; 31/05/2004; 30/06/2004; 31/07/2004; 31/08/2004; 30/09/2004; 31/10/2004; 30/11/2004; 31/12/2004, porém, como a efetiva lavratura do Auto de Infração ocorreu em 22/12/2009, e sendo o tributo cujo lançamento dá-se por homologação, percebe-se que os créditos referentes ao período de 31/03/2004; 31/05/2004; 30/06/2004; 31/07/2004; 31/08/2004; 30/09/2004; 31/10/2004 e 30/11/2004, se encontram decaídos, ou seja, não podem ser constituídos os créditos tributários, já que foram lançados após o decurso do prazo quinquenal a que se refere §4º do artigo 150 CTN.

Sustenta que o período acima apontado não pode ser objeto de exigência fiscal, por ocorrência de decadência do direito da Fazenda Pública em constituir o crédito tributário, razão pela que tal exigência fiscal quanto a estes valores tem a caracterização de confisco, que a Constituição Federal de 1988, veda em seu artigo 150, cujo texto transcreve.

Conclui requerendo a extinção do direito da Fazenda Estadual constituir e exigir os créditos tributários referentes ao exercício de 2004, cuja ocorrência do fato gerador por homologação deu-se em 31/03/2004; 31/05/2004; 30/06/2004; 31/07/2004; 31/08/2004; 30/09/2004; 31/10/2004 e 30/11/2004.

Prosseguindo, alega quanto à infração 01, a existência de cerceamento do direito de ampla defesa, afirmando que não existem nos autos, elementos que permitam identificar com segurança a infração. Diz que a descrição apenas evidencia a transcrição de dados totalizando as operações mensais, mas não existem informações sobre como as diferenças apontadas foram identificadas, especialmente em relação às notas fiscais que compõe o valor das diferenças, o tipo de mercadorias, se estão sujeitas ou não a substituição tributária.

Frisa que desse modo, o demonstrativo de débito dificulta sua defesa, já que não apresenta a relação de todas as vendas que compõe o valor de cálculo do qual se exige o tributo. Assevera que a ausência da referência dos valores impede que proceda sua defesa com amplitude necessária ao esclarecimento da inexistência da exigência tributária que lhe está sendo imposta.

Diz que por conta disto, evidencia-se o cerceamento do direito de plena defesa, razão pela qual requer que seja declarada a nulidade da autuação, ou que se apresente o demonstrativo detalhado com os respectivos documentos que comprovam o valor do qual chegou ao montante exigido, concedendo, por consequência, novo prazo para defesa.

Continuando, alega a existência de excesso de exação, afirmando que com relação ao crédito tributário no valor de R\$ 881,27, referente à data de ocorrência de 31/01/2005, as cópias autenticadas do livro Registro de Entradas de mercadorias, assim como do DAE datado de 25/02/2005, que anexa, comprovam que foi pago a título do tributo exigido o valor de R\$ 612,65.

Afirma que o crédito tributário no valor de R\$ 1.364,31, referente à data de ocorrência de 31/03/2005, as cópias autenticadas do livro Registro de Entradas, do DAE de 25/05/2005 e de 31/10/2005, bem como os demais documentos anexados, comprovam que foi pago a título do ICMS antecipado exigido, o valor de R\$ 371,03.

Com relação aos créditos tributários no valor de R\$ 1.159,78, referentes à data de ocorrência de 30/09/2006, afirma que foi pago, consoante DAE de 27/11/2006, anexado.

Quanto aos créditos tributários de R\$ 511,84 referentes à data de ocorrência de 31/10/2006, diz que o DAE datado de 27/11/2006, anexado, comprova que foi pago a título do tributo exigido o valor de R\$ 245,01.

Assevera que desse modo, observa-se nitidamente que há cobrança de tributo, além da quantia efetivamente devida, ou seja, há excesso de exação, o que torna a conduta do agente eivada de

nulidade em toda plenitude, dos quais por ferir a fé pública torna sem nenhum efeito na ordem jurídica.

Consigna que diante da comprovação do excesso de exação na cobrança do crédito tributário referente à infração 01, requer a decretação da nulidade do ato de lançamento ou, caso assim não se entenda, requer o abatimento dos valores já pagos.

Insurge-se contra a infração 02, sustentando sua improcedência, sob o argumento de que o inciso VI do §3º do artigo 2º do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, cujo teor transcreve, deixa claro que só ocorre a infração quando os valores declarados de vendas forem inferiores aos valores informados por instituições financeiras e administrativas de cartão de crédito.

Alega que nos meses apontados no demonstrativo de débito do Auto de Infração os valores de vendas declarados são superiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartão consoante DARF – SIMPLES que anexa e planilha comparativa que apresenta. Diz que é inquestionável que os valores informados pelas instituições de cartão de créditos são inferiores aos valores que declarou, inexistindo a caracterização desta infração. Acrescenta que nos termos do §4º do artigo 4º da Lei 7.014/96, cabe ao Fisco comprovar a declaração de vendas em valor inferior ao informado pelas instituições financeiras, contudo, como não há sequer detalhamento é improcedente a autuação.

Continuando, alega que dentre os valores exigidos na infração 02 existem, também, valores referentes à comercialização de mercadorias não tributadas nas saídas, a exemplo de cimento, tintas e cerâmica, sendo que a Instrução Normativa 56/2007, determina aos prepostos fiscais que procedam a exclusão da base de cálculo dos valores referentes à mercadorias não tributadas, em face de “... decisões reiteradas do Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF no sentido excluir da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, ... os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas a antecipação ou substituição tributária...”.

Frisa que nos termos da Instrução Normativa nº 56/2007, caso não seja anulada a infração 02, que seja excluída da base de cálculo do ICMS lançado na autuação os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária.

Aduz que nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento, inclusive taxa de administração, não são considerados no cálculo do ICMS, sendo, portanto, justo pedir a dedução da base de cálculo do imposto dos encargos financeiros decorrentes do uso do cartão, em pagamento parcelado ou à vista.

Afirma que a inclusão da taxa de administração dos cartões de créditos é ilegal e fere o inciso II do artigo 155 da Constituição Federal, uma vez que a base de cálculo é o valor da operação referente à saída da mercadoria, sendo que a mercadoria deixa o estabelecimento pelo valor efetivamente recebido pelo comerciante, no caso, o valor do preço, menos a verba exigida pela operadora de cartão de crédito, ou seja, o valor efetivo do negócio jurídico que dá apoio à hipótese de incidência tributária. Diz que se não fosse dessa maneira estaria pagando ICMS por verba não pertencente ao negócio jurídico relativo à compra e venda mercantil, o que, é sumamente inadmissível.

Pelas razões acima esposadas, requer que no caso de não ser anulada a infração 02, a exclusão da base de cálculo do ICMS lançado na autuação os valores relativos aos encargos financeiros, inclusive taxa de administração, decorrentes do uso do cartão de crédito, em pagamento parcelado ou à vista, que é da ordem de 5% do valor do serviço.

Argui o caráter confiscatório da multas indicadas no Auto de Infração, no percentual de 50% na infração 01, prevista no art. 42, inciso I, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/97 e 70% na infração 02, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/97, afirmando que os valores das multas são exorbitantes, por se tratar de empresa de pequeno porte, no qual o valor da multa, caso exigida seria no valor de 5% (cinco por cento), conforme estabelece o inciso XII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/97, cujo teor transcreve. Invoca a Lei Federal nº 9.298/96, para argumentar que esta determina que a multa não

pode exceder a 2%, tendo em vista que este percentual diz referência aos casos de não cumprimento de obrigação. Evoca, também, posições jurisprudenciais e doutrinárias, no sentido de que, no caso de concurso de Leis, deve-se aplicar a mais benéfica ao contribuinte, dando ênfase à máxima “*in dubio pro contribuinte*”, haja vista se tratar do “elemento mais fraco na relação”.

Aduz que, desta forma, a multa deve ser reduzida ao patamar de 2%, por ser mais benéfica.

Salienta que o Supremo Tribunal Federal tem entendido que as multas aplicadas em decorrência de infrações tributárias não podem exceder a 30% do valor do tributo devido, transcrevendo, nesse sentido, o voto do Ministro Xavier de Albuquerque.

Diz que caso seja mantida a exigência, frente às circunstâncias e estando reconhecida a lisura na escrituração fiscal da empresa, é de se deduzir a multa ao percentual de 30%, montante aceito pelo Supremo Tribunal Federal, conforme aduzido acima, sobretudo, por inexistir o mínimo indício de fraude, dolo ou simulação, tanto é que foi possível para a Fiscalização apurar as supostas “bases de cálculo”.

Alega que em nenhum momento dificultou ou impôs empecilhos à realização da ação fiscal, e não realizou ato fraudulento, conforme reconhece a própria Fiscalização, bem como que o crédito tributário relativo a presente exigência fiscal foi devidamente autuado, nos expressos termos do CTN. Questiona que se a sua conduta está corroborada pela legislação tributária complementar, qual é o motivo para que o Fisco lhe impute multa que representa 50% a 70% deste crédito?

Invoca o artigo 159 do RPAF/99, para requerer a redução da multa para um patamar de 2% do montante (Lei 9.298/96), se não para 5% (inc. XII-A, art. 42, Lei Est. BA nº 7.014/97) ou se não a um valor que não excede a 30% do valor do tributo devido, consoante menciona a jurisprudência do STF.

Consigna que ao mesmo tempo em que estabelece a exigência fiscal o Auto de Infração indica a sucessão de legislação acerca dos juros aplicados, contudo, nos termos do artigo 101 do COTEB (Lei nº 3.956/81), resta claro que para fins de atualização monetária, os débitos tributários podem utilizar o índice adotado pelos créditos tributários da União, sendo que a Lei Federal nº 8.383/91, estabelece o índice adotado pelos créditos tributários da União, conforme o art. 5º cujo teor transcreve. Invoca, ainda, o art. 1.062 do Código Civil, para afirmar que na relação entre particulares a taxa de juros permitida é de 6% ao ano. Questiona qual o motivo para que justamente a Administração Pública, parte deste organismo estatal, pretenda incidir em seu favor juros que excedam tal índice?

Requer, neste sentido, que caso não se entenda a necessidade de limitação dos juros de 6% ao ano, que seja aplicada a Lei 8.383, que prevê a incidência de juros de 1% ao mês.

Finaliza sua peça defensiva requerendo que seja declarada a ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente ao exercício de 2004, bem como a nulidade do lançamento referente às infrações 01 e 02. Requer, ainda, que seja reduzida a multa para um patamar de 2% do montante (Lei 9.298/96), se não para 5% (inc. XII-A, art. 42, Lei Estadual nº 7.014/97, ou se não a um valor que não excede a 30% do valor do tributo devido, consoante menciona a jurisprudência do STF, observando a redução das multas previstas no art.45 da Lei 7014/96, assim como, que seja a correção monetária realizada em um patamar de 6% ao ano ou de 1% ao mês.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 334 a 337), na qual contesta inicialmente o argumento defensivo de que a lavratura do Auto de Infração deveria ter sido realizada por Agente de Tributos, afirmando que a competência do Agente de Tributo refere-se aos lançamentos de tributos do período em que a empresa estiver cadastrada no Simples Nacional, o que ocorreu a partir de julho de 2007.

Salienta que no caso do Auto de Infração em lide o período objeto da autuação alcança o exercício de 2004 a junho de 2006, período em que a empresa estava cadastrada no SimBahia, sendo o lançamento de competência do Auditor Fiscal.

Diz que a SEFAZ/BA adotou um sistema misto, no qual tanto o Auditor Fiscal quanto o Agente de Tributos podem autuar uma empresa, limitando-se este último ao período posterior à adesão do Simples Nacional.

Com relação às cópias do Auto de Infração, esclarece que foram entregues duas cópias ao autuado, sendo uma ao procurador que recebeu a ciência e outra ao contador, em momento diverso, porque este pediu uma outra cópia. Aduz que a cópia reprográfica anexada ao processo foi tirada de uma delas, justamente a que não continha a assinatura. Salienta que não seria necessário informar que a via original do PAF deve obrigatoriamente estar assinada pelo autuante, outras cópias não.

Observa que o art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelece que o Auto de Infração deverá conter o nome, o cadastro e a assinatura do autuante, sendo estas formalidades totalmente cumpridas, conforme se verifica às fls. 01, 03 e 04 dos autos.

Afirma que se fosse procedente o argumento defensivo, caberia a este anexar cópia autenticada, para validade e eficácia, o que não fez, razão pela qual refuta a nulidade arguida pelo autuado, pois sem fundamento legal.

No que tange à decadência suscitada pelo impugnante, diz que não procede, haja vista que o lançamento referente ao exercício de 2004, poderia ser realizado até o último dia do exercício de 2009. Registra que a ciência do autuado ocorreu em 22/12/2009.

Ressalta que o CONSEF já pacificou o entendimento de que o § 4º do art. 150 do CTN, invocado pelo autuado, prevê que, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador, contudo, o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, ao tratar do instituto da decadência, manteve a mesma redação do art. 173 do Código Tributário Nacional sobre a referida matéria, conforme redação que reproduz. Assevera que inocorreu a decadência.

Quanto à alegação de cerceamento ao direito de defesa, afirma que não procede, pois, além do demonstrativo indicando as notas fiscais objeto da autuação, todas elas foram anexadas ao Auto de Infração, em seu original, conforme consta às fls. 71 a 277.

No respeitante ao argumento defensivo relativo à infração 01, consigna que no DAE de fl. 314, realmente constam as Notas Fiscais nºs 80.426 e 80.427, com imposto total cobrado de R\$ 612,65, porém, constam também outras notas fiscais, não arroladas na autuação e das quais não se sabe os detalhes necessários à aferição do imposto a recolher. Afirma que para sua comprovação, cabia ao autuado anexar os documentos comprobatórios, contudo, como não o fez, manifesta o entendimento de que se encontra precluso o direito do autuado de impugnar o lançamento.

Diz que os documentos de fls. 316 a 318 comprovam o recolhimento do imposto relativo às Notas Fiscais nº 226.095 e 38.813, referentes ao mês de março de 2005.

Quanto ao DAE de fl. 319, diz que efetivamente consta o registro da Nota Fiscal nº 12.481, porém, constam também outras notas fiscais, não arroladas na autuação e das quais não se sabe os detalhes necessários à aferição do imposto a recolher.

Com relação ao DAE de fl. 321, consigna que o autuado comprova o recolhimento do imposto relativo à Nota Fiscal nº 145.850.

No que tange ao DAE de fl. 322, observa que realmente consta o registro da Nota Fiscal nº 451.727, porém, constam também outras notas fiscais, não arroladas na autuação e das quais não se sabe os detalhes necessários à aferição do imposto a recolher.

No respeitante à infração 02, diz que o autuado alega que as vendas declaradas são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito, não havendo assim qualquer razão para a infração, contudo, a infração decorre da inferioridade das vendas declaradas em ECF (leitura Z) com relação à informação prestada pelas administradoras de cartão de crédito.

Sustenta que a infração é procedente, podendo apenas ser aplicada a proporcionalidade, tendo sido solicitado ao autuado demonstrativo detalhado da proporcionalidade.

Finaliza mantendo parcialmente o Auto de Infração, com a exclusão das notas fiscais que comprovadamente tiveram o imposto quitado.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência à INFRAZ/ITABUNA(fls. 344/345), a fim de que fossem adotadas as seguintes providências:

Repartição Fazendária.

1. Intimasse o contribuinte, entregando-lhe no ato da intimação, mediante recibo específico, cópia das notas fiscais arroladas na autuação coletadas através do sistema CFAMT, referentes à infração 01, assim como, cópia do Relatório de Informações TEF – Diário, contendo as operações diárias individualizadas, relativo ao período objeto da infração 02;
2. Intimasse também o autuado para que identificasse e comprovasse, mediante documentos fiscais, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, conforme a Instrução Normativa nº 56/2007, inclusive, elaborando demonstrativo apontando a proporcionalidade, para confirmar as suas alegações;
3. Na oportunidade, deveria ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa 30 (trinta) dias, a contar da ciência do recebimento da intimação.

Autuante

Após o cumprimento da solicitação contida nos itens 1, 2 e 3 pela repartição fazendária, caso o autuado se manifestasse no prazo que lhe foi concedido, deveria o diligente prestar informação fiscal abrangendo todos os aspectos da defesa, elaborando novos demonstrativos, com as correções ou ajustes referentes às infrações 01 e 02, se fosse o caso.

O autuado se manifestou (fls. 366 a 387), observando que em 01/10/2010, tomou conhecimento da intimação referente ao Auto de Infração em lide, para identificar e comprovar mediante documentos fiscais, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, conforme a Instrução Normativa nº 56/2007, inclusive, elaborando demonstrativo apontando a proporcionalidade, para confirmar as alegações de sua defesa, reabrindo o prazo de defesa. Diz ainda que encaminhou, em anexo, os documentos de fls. 71 a 277 e mais oito documentos, e não cópias das fls. 353 a 360, dos autos, como mencionado no ofício que lhe foi encaminhado.

Registra que dessa forma mantém a impugnação já apresentada, ao tempo em que acrescenta as suas razões, conforme passa a expor.

Reitera os argumentos defensivos apresentados na defesa vestibular referentes à nulidade do Auto de Infração, por ter sido lavrado por Auditor Fiscal e não Agente de Tributos. Também, reafirma a nulidade do lançamento de ofício, por não ter sido assinada pela autuante a via que lhe foi destinada, invocando, nesse sentido, o art. 39 do RPAF/99, cujo teor reproduz, bem como o inciso VI do §1º do artigo 129 do COTEB (Lei Estadual 3.956/81), no sentido de que deve ser cancelada ou não se efetivará a inscrição de crédito tributário em Dívida Ativa, nos termos do inciso II do artigo 119 do Código Tributário do Estado da Bahia, conforme transcrição dos referidos dispositivos legais que apresenta.

Reitera, ainda, a ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário, referente ao período autuado de 2004.

Apresenta relação de notas fiscais emitidas no período de 31/03/2004 a 31/12/2004, afirmando que no referido período, cujo Auto de Infração a ele faz referência, inclusive os que não fazem parte do processo, de logo impugnadas, mas que acompanharam o ofício que lhe foi encaminhado, não pode ser objeto de exigência fiscal, por ocorrência de decadência do direito da Fazenda Pública de

constituir o crédito tributário. Afirma que as demais notas fiscais que relaciona não foram arroladas na autuação, razão pela qual a exigência fiscal quanto a estas notas fiscais não é cabível.

Salienta que mesmo tendo sido encaminhadas cópia das notas fiscais, permanece o cerceamento de defesa, já que várias apontadas na autuação não foram apresentadas, a exemplo, das notas fiscais referidas no ofício de fls. 353 a 360, bem como outras que foram citadas no Auto de Infração, porém, não foram juntadas aos documentos encaminhados, conforme relação que apresenta a título exemplificativo.

Afirma que não constam nos autos, elementos que permitam identificar com segurança a infração, a descrição apenas evidencia a transcrição de dados totalizando as operações mensais, mas não existem informações sobre como as diferenças apontadas foram identificadas, especialmente em relação às notas fiscais que compõe o valor das diferenças, o tipo de mercadorias, se estão sujeitas ou não a substituição tributária.

Diz que deste modo, o demonstrativo de débito dificulta sua defesa, já que não apresenta a relação de todas as vendas que compõe o valor de cálculo do qual se cobra o tributo, sendo que, a ausência da referência dos valores lhe impede que proceda a sua defesa com amplitude necessária ao esclarecimento da inexistência da exigência tributária que lhe está sendo imposta.

O autuante se pronunciou (fls. 410 a 413), no qual reitera os termos da contestação apresentada na informação fiscal.

Acrescenta com relação à infração 01, que todas as notas fiscais indicadas no demonstrativo foram anexadas aos autos às fls. 72 a 277, razão pela qual a listagem apresentada pelo impugnante não faz sentido.

Quanto à infração 02, diz que a infração é motivada pela inferioridade das vendas declaradas em ECF (leitura Z), com relação à informação prestada pelas administradoras de cartão de crédito.

Sustenta que a autuação é procedente, contudo, podendo ser aplicada a proporcionalidade, o que foi solicitado ao contribuinte para apresentar demonstrativo detalhado.

Finaliza mantendo parcialmente o Auto de Infração com a exclusão das notas fiscais que comprovadamente tiveram o imposto quitado na infração 01.

A 1ª JJF, após discussão em pauta suplementar, converteu o processo em diligência à INFRAZ/ITABUNA (fls. 415/416), a fim de que, relativamente à infração 01, intimasse o contribuinte para que identificasse, claramente, inclusive com a elaboração de demonstrativo, os valores recolhidos relativos a cada nota fiscal discriminada nos DAEs apresentados relativos ao período impugnado, haja vista a necessidade do detalhamento para permitir a aferição dos valores recolhidos com as respectivas notas fiscais, assim como para que apresentasse elementos necessários à realização da proporcionalidade pretendida, em conformidade com a Instrução Normativa nº 56/2007, inclusive, elaborando demonstrativo, referentemente à infração 02.

O autuante se pronunciou à fl. 420, esclarecendo que cumprindo a diligência intimou o contribuinte para que atendesse a solicitação nela contida, inclusive informando-o quanto a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, tendo fornecido cópia das notas fiscais coletadas no sistema CFAMT de fls. 71 a 277 e 353 a 360, acostadas aos autos.

O autuado se manifestou (fls. 424 a 426), afirmando que se encontra nas peças de defesa anteriormente apresentadas o quanto solicitado no termo de intimação para cumprimento de diligência dos referidos autos, inclusive, na peça de defesa entregue em 03/11/2010, às fls 09 a 18.

Salienta que ratifica todos os termos da defesa e manifestação apresentadas anteriormente, para que sejam apreciadas em todos os seus termos, inclusive, quanto a matéria da prescrição e nulidade do Auto de Infração, em virtude da ausência de formalidades essenciais e demais fundamentos arguidos naquelas peças já apresentadas.

VOTO

Inicialmente, cabe-me apreciar a nulidade arguida pelo impugnante, por ter sido o Auto de Infração lavrado por Auditor Fiscal quando deveria ter sido lavrado por Agente de Tributos, tendo em vista que se trata de empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, consoante prevê o §3º do artigo 107 da Lei Estadual 3.956/81 – Código Tributário do Estado da Bahia.

Certamente não pode prosperar tal argumento defensivo, haja vista que a competência do Agente de Tributo para lavrar Auto de Infração somente ocorreu a partir de julho de 2007, quando da efetivação do Simples Nacional, valendo dizer que a partir desta data o Auditor Fiscal não pode mais lavrar Auto de Infração referente à contribuinte optante pelo Regime do Simples Nacional. Ou seja, tratando-se de autuação referente a período anterior a julho de 2007, quando o contribuinte ainda se encontrava na condição de SimBahia a competência é do Auditor Fiscal.

Desta forma, como o período objeto da autuação abrange o mês de março de 2004 a junho de 2007, inexiste qualquer ilegalidade na lavratura do Auto de Infração em exame, decorrente da falta de competência do Auditor Fiscal - autuante.

Com relação à nulidade arguida, sob o fundamento de que a via destinada ao contribuinte não se encontra assinada pelo autuante, verifico que a 1ª via do Auto de Infração se encontra devidamente assinada, inclusive, com a ciência do autuado. Ou seja, apesar de a cópia da via do Auto de Infração anexada pelo impugnante quando da apresentação da defesa, efetivamente, não se encontrar assinada, verifico que esta guarda total corresponde com a 1ª via devidamente assinada pelo autuado, valendo dizer que inexistiu ofensa ao devido processo legal e cerceamento do direito de ampla defesa do contribuinte.

Portanto, no presente caso, não vislumbro a existência de cerceamento do direito da ampla defesa e do contraditório, haja vista que o procedimento fiscal não violou as regras contidas no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, inociorrendo quaisquer das hipóteses previstas no artigo 18 do mesmo RPAF/99, que inquine de nulidade o ato de lançamento.

No que concerne à arguição de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente ao ano de 2004, certamente não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que as disposições do artigo 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêem que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e não da ocorrência do fato gerador, conforme o artigo 150, § 4º do CTN invocado pelo impugnante.

Na realidade, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, haja vista que o impugnante deixou de recolher parcelas do imposto devido, a Fiscalização, de forma acertada, efetuou o lançamento correspondente.

No caso em exame, o prazo para contagem referente ao período objeto do questionamento (janeiro a agosto de 2004) se iniciou em 01/01/2005, com termo final em 31/12/2009.

Diante disto, considerando que a ação fiscal se iniciou em 14/10/2009 - data de emissão da intimação para apresentação de livros e documentos fiscais -, e o lançamento ocorreu em 21/12/2009, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário.

É certo que, no presente caso, como o autuado deixou de recolher parcelas do imposto devido, agiu acertadamente o Fisco ao efetuar o lançamento correspondente.

Vale registrar, que este tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, 0009-12/08, sendo que, deste último,

transcrevo o voto proferido pelo eminente Conselheiro/Relator Nelson Antonio Daiha Filho, a título ilustrativo:

“Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretriva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”

Não acolho, portanto, a decadência argüida.

No que concerne à infração 01, após análise dos elementos acostados aos autos, verifico que assiste razão ao autuado quanto à alegação referente às Notas Fiscais nºs 80426 e 80427, período de ocorrência de 31/01/2005, haja vista que as notas fiscais discriminadas no DAE acostado à fl. 314, inclusive as Notas Fiscais nºs 80426 e 80427, totalizam o ICMS a recolher no valor de R\$ 1.069,42, valor este que o contribuinte recolheu tempestivamente, portanto, sem acréscimos legais, restando evidente que descabe a exigência referente às Notas Fiscais nºs 80426 e 80427, no valor total de R\$ 612,65, pois inserido no valor recolhido de R\$ 1.062,42.

Assim sendo, com a exclusão dos valores de R\$ 397,34 e R\$ 215,31, relativos às Notas Fiscais nºs 80426 e 80427, respectivamente, a exigência fiscal referente ao período de ocorrência de 31/01/2005, fica reduzida para R\$ 268,62, sendo atinente às notas fiscais arroladas neste item da autuação que não foram objeto de impugnação.

Com relação ao período de ocorrência de 31/03/2005, constato que assiste razão ao impugnante, haja vista que o imposto devido referente às Notas Fiscais nºs 226095, 38813, efetivamente, foi exigido através do Auto de Infração nº 931604-3, conforme cópia acostada às fls. 317/318 dos autos. Quanto às demais notas fiscais arroladas neste período da autuação, considero que subsiste a exigência fiscal, pois o autuado não comprova suas alegações.

Vale observar que, diversamente do que foi apurado no período de 31/01/2005, onde restou comprovada a alegação defensiva de que o imposto exigido fora recolhido conforme DAE anexado à fl. 314, no período de ocorrência de 31/03/2005 não há como confirmar a veracidade do argumento defensivo, pois nem todas as notas fiscais discriminadas no DAE, no caso, as Notas Fiscais nºs 221 e 149463, estão devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas – conforme cópia do referido livro fiscal acostada aos autos -, o que impossibilitou a apuração do valor efetivamente devido, para confrontar com o valor recolhido constantes no DAE.

Relevante registrar que esta Junta de Julgamento Fiscal, no intuito de alcançar a verdade material converteu o processo em diligência, a fim de que o impugnante identificasse, claramente, inclusive com a elaboração de demonstrativo, os valores recolhidos relativos a cada nota fiscal discriminada nos DAEs apresentados relativos ao período impugnado, considerando a necessidade do detalhamento para permitir a aferição dos valores recolhidos com as respectivas notas fiscais, o que não foi atendido pelo contribuinte.

Diante disto, este item da autuação é parcialmente subsistente no valor de R\$ 1.319,18, relativamente às Notas Fiscais nº's 192711, 975634, 288358, 4832,56293, 290310,681247, 210268 e 12481.

No respeitante ao período de ocorrência de 30/09/2006, constato que descabe a exigência relativamente à Nota Fiscal nº 145850, haja vista que, independentemente de o autuado ter efetuado o recolhimento, trata-se de mercadoria sujeita à antecipação “total” e não parcial, pois se refere a mercadorias relacionadas no art. 353, inciso II do RICMS/BA.

Desta forma, permanece a exigência fiscal relativamente às Notas Fiscais nº's 28918, 802472, 225471, no total de ICMS devido de R\$ 862,92.

Quanto ao período de ocorrência de 31/10/2006, verifico que assiste razão ao autuante, haja vista que o valor recolhido pelo autuado através do DAE acostado à fl. 322 dos autos totalizou o valor de R\$ 1.298,15, não restando comprovado o argumento defensivo de que o valor exigido neste item da autuação já fora recolhido.

Diante do exposto, a infração 01 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 25.108,93, conforme demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Ocorrência	Vencimento	Val./ Devido(R\$)
31/03/2004	09/04/2004	1.642,77
31/05/2004	09/06/2004	636,63
30/06/2004	09/07/2004	469,01
31/07/2004	09/08/2004	445,75
31/08/2004	09/09/2004	437,62
30/09/2004	09/10/2004	356,54
31/10/2004	09/11/2004	1.217,54
30/11/2004	09/12/2004	669,61
31/12/2004	09/01/2005	781,38
31/01/2005	09/02/2005	268,62
28/02/2005	09/03/2005	716,79
31/03/2005	09/04/2005	1.197,19
30/04/2005	09/05/2005	328,53
31/05/2005	09/06/2005	922,57
30/06/2005	09/07/2005	1.268,94
31/07/2005	09/08/2005	714,47
31/08/2005	09/09/2005	804,81
30/09/2005	09/10/2005	123,33
31/10/2005	09/11/2005	938,01
30/11/2005	09/12/2005	178,02
31/12/2005	09/01/2006	107,85
31/01/2006	09/02/2006	765,65
28/02/2006	09/03/2006	1.068,31
31/03/2006	09/04/2006	914,78
30/04/2006	09/05/2006	526,79
31/05/2006	09/06/2006	652,54
30/06/2006	09/07/2006	215,96
31/07/2006	09/08/2006	181,65
31/08/2006	09/09/2006	1.877,30
30/09/2006	09/10/2006	862,92
31/10/2006	09/11/2006	511,84
30/11/2006	09/12/2006	1.075,47
31/12/2006	09/01/2007	169,44
31/01/2007	09/02/2007	695,70
31/03/2007	09/04/2007	161,30
30/04/2007	09/05/2007	933,41

31/05/2007	09/06/2007	222,63
30/06/2007	09/07/2007	47,26
TOTAL		25.108,93

No respeitante à infração 02, o levantamento realizado pelo autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, *in verbis*:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Verifico que o autuado impugna a autuação alegando que nos meses apontados no demonstrativo de débito do Auto de Infração os valores de vendas declarados são superiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartão consoante DARF – SIMPLES que anexa e planilha comparativa que apresenta. Diz que é inquestionável que os valores informados pelas instituições de cartão de créditos são inferiores aos valores que declarou, inexistindo a caracterização desta infração.

Argumenta, ainda, que dentre os valores exigidos nesta infração, existem valores referentes à comercialização de mercadorias não tributadas nas saídas, razão pela qual invoca a Instrução Normativa nº 56/2007, a fim de que sejam excluídos da base de cálculo do ICMS lançado na autuação os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária.

No que diz respeito à primeira alegação, isto é, de que os valores de vendas declarados são superiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartão consoante DARF – SIMPLES e planilha comparativa anexas aos autos, certamente não encontra guarida tal argumentação, haja vista que a exigência fiscal diz respeito, exclusivamente, às vendas realizadas pelo contribuinte mediante pagamento com cartão de crédito/débito, que são comparadas com as vendas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões. Ou seja, não são computados os valores de vendas realizadas com pagamento mediante dinheiro, cheque, e outros meios de pagamentos, diversos de cartão de crédito/débito, sendo óbvio que o total das vendas realizadas pelo contribuinte utilizando-se de diversos meios de pagamentos, conforme aduzido acima, sempre será superior aos valores de vendas realizadas unicamente com pagamento através de cartão de crédito/débito.

Quanto à segunda alegação, de que dentre os valores exigidos nesta infração existem valores referentes à comercialização de mercadorias não tributadas nas saídas, razão pela qual invoca a Instrução Normativa nº 56/2007, a fim de que sejam excluídos da base de cálculo do ICMS lançado na autuação os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, cabe aqui registrar que esta Junta de Julgamento Fiscal, no intuito de atender a solicitação do impugnante converteu o processo em diligência, a fim de que este apresentasse elementos necessários à realização da proporcionalidade pretendida, em conformidade com a Instrução Normativa nº 56/2007, o que não foi atendido pelo contribuinte.

Convém consignar que a Instrução Normativa nº 56/2007, editada pelo Superintendente de Administração Tributária da SEFAZ/BA, adveio em decorrência de decisões reiteradas do Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF no sentido excluir da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, quando apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do § 3º do art. 2º do RICMS/97, com matriz no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, desde que provados pelo contribuinte autuado por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza.

Neste sentido, assim dispõe a referida a Instrução Normativa nº 56/2007, nos seus itens 1, 2 e 3, abaixo transcrita:

“INSTRUÇÃO

1 - Apurada omissão de operações de saídas de mercadorias, nas hipóteses previstas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o preposto fiscal poderá considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão.

2 - No curso da ação fiscal, caso o preposto fiscal verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e aplicar outros roteiros de fiscalização.

3 - Não sendo obtidos ou apresentados pelo contribuinte dados que possibilitem o cálculo da proporcionalidade admitida nos termos do item 1, o preposto fiscal lançará o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total da omissão de operações de saída apurada, devendo ser registrada no termo de encerramento de fiscalização tal impossibilidade, sob pena de não registro do auto de infração.”

Ora, conforme o item 3, acima transscrito, cabe ao contribuinte apresentar dados que permitam o cálculo da proporcionalidade na forma do item 1 - também transscrito acima-, sendo que, caso o interessado não atenda a solicitação, deverá o preposto fiscal lançar o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total das saídas omitidas.

No presente caso, não resta dúvida sobre o não atendimento da disposição da Instrução Normativa nº 56/2007, invocada pelo próprio impugnante, mesmo com a realização de diligência nesse sentido, conforme aduzido acima.

Conforme dito linhas acima, o levantamento levado a efeito pelo autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas através de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, apurando o ICMS devido no valor de R\$ 2.539,97, conforme planilha e demonstrativo de débito acostados aos autos, valor este que considero corretamente exigido e devido, por restar comprovado o cometimento da irregularidade imputada ao autuado.

Cumpre observar que não procede a alegação defensiva de que devem ser excluídos da base de cálculo do ICMS os encargos financeiros, haja vista que tais encargos, via de regra, não são computados quando da ocorrência do fato gerador do imposto, ou seja, quando da realização da venda mediante cartão de crédito/débito, momento no qual é emitido o cupom fiscal com o respectivo boleto de pagamento com a indicação do valor da operação, inexistindo qualquer acréscimo financeiro.

Ademais, mesmo que existissem tais encargos computados no levantamento, caberia ao autuado identificá-los, a fim de que pudessem ser examinados.

É certo que nos termos do art. 55 do RICMS/BA, não integra a base de cálculo do ICMS o valor correspondente a juros, multas e atualização monetária recebidos pelo contribuinte a título de mora, por inadimplência de seu cliente, desde que calculados sobre o valor da saída da mercadoria ou do serviço prestado, e auferidos após a ocorrência do fato gerador do tributo, o que não é caso da presente lide.

Vejo que no cálculo do imposto o autuante concedeu o crédito de 8% sobre o valor das saídas omitidas computadas na apuração, bem como tomou como base os critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, por se tratar o autuado de contribuinte optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, agindo conforme manda a legislação do ICMS, especificamente, o artigo 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02.

No que diz respeito à arguição de que as multas são confiscatórias, observo que estas foram corretamente apontadas ao caso da lide, estando previstas na Lei 7.014/96. Quanto à sua dispensa ou redução, requerida pelo autuado, por se tratar de multas por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da eqüidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF

Contudo, no que concerne à multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, “I”, da Lei nº 7.014/96, constato que foi indicada erroneamente no Auto de Infração, haja vista que a multa aplicável à época da ocorrência dos fatos – março de 2004 a junho de 2007- 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)

Divirjo 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”, “I”, 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 aliena “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 I 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, fica retificada de ofício para 60%, conforme previsto no art. 42, II, “f”, do mesmo Diploma legal retro referido.

Diante do exposto, esta infração é integralmente subsistente no valor de R\$ 2.539,97.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300449.0890/09-0**, lavrado contra **CAÇULINHA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.648,90**, acrescido das multas de 60%, sobre o valor de R\$ 25.108,93, e de 70%, sobre o valor de R\$ 2.539,97, previstas no artigo 42, II, “f”, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR