

A. I. Nº - 022227.0010/11-8
AUTUADO - TEREZINHA GONÇALVES DE OLIVEIRA
AUTUANTE - MARIA MAGNÓLIA SANTIAGO DE OLIVEIRA LIMA
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 18.10.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0258-02/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Não foram apresentados elementos que elida a exigência tributária. Infração mantida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO PAGO A MENOS. Não foram apresentados elementos que elida a exigência tributária. Infração mantida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS NA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA. Infração reconhecida pelo impugnante; b) RECOLHIMENTO A MENOS, CONDIÇÃO NORMAL. Infração reconhecida pelo impugnante; c) FALTA DE RECOLHIMENTO. Não foram apresentados elementos que elida a exigência tributária. Infração mantida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. MICROEMPRESA. Reconhecida pelo impugnante; b) INSCRITO NO SIMPLES NACIONAL. Não foram apresentados elementos que elida a exigência tributária. Infrações mantidas. 5. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Reconhecida pelo impugnante. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. a) MERCADORIAS ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO E NÃO INFORMADAS EM DECLARAÇÃO DE MOVIMENTO ECONÔMICO DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Multa de 5% do valor comercial das mercadorias não informadas. Não cabe a aplicação apenas sobre as mercadorias tributáveis. Infração mantida; b) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Mantida a multa aplicada; c) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Mantida a multa exigida; d) EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DE USO DO ECF. Multa mantida. Infração procedente. Não acolhidas as arguições de nulidade e as solicitações de perícia e de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 17/05/2011, foi efetuado o lançamento por descumprimento de obrigações acessórias e principais do ICMS, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 – utilizar indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição. ICMS no valor de R\$ 20.018,05. Multa de 60%;

Infração 02 – deixar de recolher ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$48.637,97, cabendo a multa de 50% sobre R\$1.152,72, art. 42, I, “a”, ocorrências de 31/07/2007 e 28/02/2010 e multa de 60% sobre R\$47.485,25, prevista no art. 42, II, “f”, período de 31/03/2010 a 31/12/2010;

Infração 03 – efetuar recolhimento a menos por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado. ICMS no valor de R\$120,82. Multa de 50%;

Infração 04 - efetuar recolhimento a menos por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas e/ou exterior relacionadas no anexo 88 e 89. ICMS no valor de R\$298,82. Multa de 60%;

Infração 05 – deixar de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas e/ou exterior, relacionadas no anexo 88 e 89. ICMS no valor de R\$1.154,32. Multa de 60%;

Infração 06 – deixar de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado. ICMS no valor de R\$ 419,66. Multa de 50%;

Infração 07 – deixar de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Simples Nacional. ICMS no valor de R\$6.882,49, cabendo multa de 50% sobre R\$47.485,25, ocorrências de 31/07/2007 até 28/02/2010, prevista no inciso I, alínea “b”, item 1, art. 42 da Lei 7014/96, bem como multa de 60% sobre as ocorrências de 31/03/2010 a 31/10/2010, prevista no inciso II, “d” “d”, do mesmo artigo e lei;

Infração 08 – efetuar o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Simples Nacional, de mercadorias provenientes de outro Estado. ICMS no valor de R\$75,86. Multa de 50%;

Infração 09 – omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de caixa. ICMS no valor de R\$373,68. Multa de 70%;

Infração 10 – omissão de entrada de mercadorias no estabelecimento das informações econômico-fiscais apresentadas através de DME. Multa no valor de R\$31.306,88;

Infração 11 – dar entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$19.124,13;

Infração 12 – dar entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$2.611,06;

Infração 13 – emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Multa no valor de R\$25.883,53.

O autuado, às fls. 3.871 a 3.877 dos autos, apresenta a impugnação ao lançamento de ofício, acatando, preliminarmente, as infrações 03, 04, 06, 08 e 09, requerendo, desde já a emissão de Documento de Arrecadação para recolhimento dos valores apurados.

Quanto as Infrações 01 e 02, afirma que os responsáveis pela empresa verificaram que houve erro no levantamento realizado pelo preposto fiscal, o que macula a imputação, e que tal fato pode ser constatado mediante perícia, a qual fica, desde já, requerida, colocando a disposição desta turma

de julgamento toda documentação relativa ao período fiscalizado. O mesmo ocorre com a infração tipificada pelo item 02.

Entende que, desta forma, não há que prosperar tal infração, uma vez que maculada por erros de levantamento, erros estes que ficarão comprovados na apuração revisional que for deferida, com amparo também no levantamento oportunamente anexado ao PAF, elaborado pela empresa.

Aduz, no que se refere às Infrações 05 e 07, que as mesmas não merecem resguardo vez que prejuízo algum causara ao erário estadual, e mais, por não encontrar amparo na Constituição Federal.

Afirma que tipifica a Autuante como infração, o não recolhimento do ICMS por antecipação parcial e substituição tributária sobre algumas mercadorias adquiridas em outras unidades da federação.

Alude que caberia a constatação prévia do recolhimento do imposto nas saídas normais para que se justificasse a cobrança por antecipação, sem prejuízo do questionamento jurídico da sua aplicação.

Assegura que os fatos alegados podem ser facilmente comprovados mediante realização de revisão fiscal, a qual estará lastreada no levantamento a ser elaborado pela defendente em contradição a todo levantamento fiscal apresentado nesta e nas demais imposições lançadas.

No tocante a infração 10 aduz que em relação à suposta omissão de entrada de mercadorias tributáveis, o preposto fiscal incorrera em erro quando da determinação da base de cálculo imposta para o recolhimento do tributo e aplicação da multa correspondente.

Alinha que os demonstrativos, que instruem o presente auto de infração, demonstram que o preposto fiscal ao determinar a base de cálculo da suposta omissão de saída, utilizou-se da totalidade dos valores lançados na contabilidade, sem, contudo observar o histórico de mercadorias não sujeitas à cobrança do ICMS.

Entende que a determinação da base de cálculo da suposta omissão, o preposto fiscal deveria levar em consideração, por meio de proporcionalidade, as mercadorias que deram saída no estabelecimento comercial fiscalizado, as quais se encontram sujeitas a isenções, não-tributação, imunidades e até mesmo antecipação, sobre as quais, consequentemente, não incidirá a cobrança do imposto.

Para as infrações 11 e 12, argumenta que, assim como os demais, também não condizem com a realidade dos fatos, o que também será comprovado pela documentação a ser anexada, bem como pela revisão do lançamento.

Argumenta o caráter confiscatório da multa aplicada, na forma do art. 150, IV, da Constituição Federal.

Considera nula a infração 13, desde o seu nascedouro. Afirmar que, instituído o ECF, seus usuários ficaram obrigados a emitir Cupom Fiscal nas vendas para consumidor final, sendo que, não lhes foi cancelados os talonários de Nota Fiscal D-1, até porque, determinadas pessoas jurídicas, dentre elas o próprio governo federal, não pagavam contra Cupom, exigindo a Nota Fiscal própria, ou seja, as D-1.

Considera não ter havido fraude fiscal, tanto assim que, todo o tributo relativo às notas objeto foi lançado e recolhido, haja vista não ter sido objeto de autuação. Aduz que os seus pontos de venda, quando solicitado pelo Comprador, a loja emitia a Nota Fiscal D-1 e efetuava seu lançamento normal, chegando a alguns casos ao “*bis in idem*”, com emissão da Nota e do Cupom.

Argui que, nos termos do que rege o § 7º da Lei 7.014/96, quando a autuação versar sobre obrigação acessória, como no caso, e restar como resta, demonstrado que não há falta de recolhimento do imposto, pode e deve este Colendo Órgão Julgador, dispensar, de logo requerido, a aplicação da multa, nestas situações.

Alinha ser necessário observar a situação de um pequeno Contribuinte (à época), que, para não perder venda, além dos cupons fiscais que emitia se via obrigado a emitir notas fiscais D-1, para consumidores finais que, sendo pessoas físicas ou jurídicas, por falta de informação do fisco estadual e das regras documentais para o lançamento de despesas do fisco federal, somente admitiam pagar contra Nota Fiscal. Considera que punir o emissor, que recolheu o tributo, com uma multa formal que equivale à carga tributária incidente sobre a mercadoria é injusto e confiscatório, cabendo ao CONSEF, essa injustiça.

Requer a improcedência parcial do Auto de Infração, uma vez que afora as infrações acatadas pelo contribuinte, as demais infrações levantadas pelo Fiscal não condizem com a realidade dos fatos.

Requer ainda a realização de Perícia Fisco/Contábil onde restará demonstrado todos os equívocos cometidos na autuação, bem assim todas as provas em direito admitidas, inclusive a juntada posterior de documentos, no prazo de lei, notadamente as planilhas de levantamento quantitativo de estoque realizado pela Empresa Autuada.

A autuante, às fls. 3893 a 3895 dos autos, apresenta a informação afirmando que a autuada tacitamente admite as infrações 01 e 02 quando às folhas 3.873 do PAF pretensamente expressa: "...ao realizar apuração dos fatos lançados, os responsáveis pela empresa verificaram que houve erro no levantamento realizado pelo preposto fiscal...", pois, não apresenta demonstrativo ou quaisquer documentos que possam comprovar a sua versão. Assim, entende ter ficado caracterizado que a empresa tem consciência da veracidade dos fatos que deram origem às infrações 01 e 02 (folhas 24 a 132 e 133 a 155 do PAF respectivamente), mas usa de meios aleatórios para atingir os seus objetivos. Considera as alegações da autuada vagas não pontuando os erros supostamente cometidos pela autuante, assim como desprovidas de qualquer fundamentação.

Quanto às infrações 05 afirma que a autuada confirma a aquisição das mercadorias constantes das infrações mencionadas fora do estado da Bahia, na desconsiderando em momento algum da sua defesa, assim como declara o não recolhimento do ICMS devido ora exigido através das infrações 05 (Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária), e, 07 (Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial), o que caracteriza verdadeira confissão. Argumenta que, mesmo que a autuada comprovasse em sua defesa que as mercadorias tiveram as suas saídas tributadas, o que de fato não ocorreu, a legislação vigente determina que as aquisições de mercadorias oriundas de outros estados estão obrigadas ao pagamento da antecipação tributária para aquelas elencadas no anexo 88 e ao pagamento da antecipação parcial para as demais mercadorias tributáveis.

Quanto à infração 10 afirma que a autuada não observou o que determina a legislação, quando exige a aplicação da multa de 5% sobre todas as operações de entradas omitidas na DME independentemente de ser ou não tributadas.

Considera prejudicada a defesa das infrações 11 e 12, visto que quando a empresa autuada às folhas 3.875 do PAF tenta induzir a evidência de caráter confiscatório nas mesmas, inclusive faz citação do art. 150 da Constituição Federal e lição de Hector Villegas.

No que se refere à infração 13 considera descaracterizadas as alegações da autuada tendo em vista o art. 238 caput, incisos I e II e no § 1º, do RICMS/BA.

Quanto ao percentual da multa de 5%, ao invés dos 2% aplicado à infração em tela, aduz que não procede a arguição da autuada, por se tratar de percentual previsto no Art. 2º, inciso V da Lei nº 10.847/07, que altera a Lei nº 7.014/96, atribuído pelo próprio Sistema de Emissão de Auto de Infração (SEAI), que retroage reduzindo o percentual da multa por ser mais benéfico ao contribuinte. Portanto, fica caracterizado o interesse da autuada em apenas ganhar tempo com as suas argumentações infundadas.

Diante do exposto, o autuante mantém integralmente a autuação.

VOTO

O presente Auto de Infração se refere à exigência de ICMS, face às treze infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão objeto da apreciação a seguir. Cumpre, antes, examinar as preliminares, suscitadas pelo sujeito passivo.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências, observando, inclusive, que o autuado não especifica as razões da arguição de nulidade alinhada em sua defesa.

O autuado acata, preliminarmente, as infrações 03, 04, 06, 08 e 09, requerendo a emissão de Documento de Arrecadação para recolhimento dos valores apurados. Verifico que as infrações, acima alinhadas, foram imputadas em consonância com o devido processo legal, bem como amparadas nos corretos dispositivos legais e regulamentares, razões pelas quais as considero procedentes.

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, tendo em vista, inclusive, que o autuado solicita algumas vezes perícia, contudo não alinha os necessários quesitos ou mesmo traz aos autos qualquer elemento que indique haver necessidade de tal providência. Quanto à necessidade de se verificar as saídas, para a exigência do imposto devido por antecipação ou antecipação parcial, o ônus da prova é do autuante, visto que ficou demonstrado pelo autuante o descumprimento das obrigações concernentes a falta das antecipações, alvo das exigências que pede revisão.

Quanto as Infrações 01 e 02, o impugnante afirma existirem erros no levantamento, contudo não indica quais os erros ou mesmo quais as modalidades de erros cometidos pela autuante. Assim, não cabe a simples negativa da ocorrência da infração, sendo necessário que, para tanto, o sujeito passivo traga aos autos os elementos que amparem suas alegações. Considero, portanto, procedentes as infrações 01 e 02.

Quanto às infrações 05 e 07, não cabe a alegação de que não houve prejuízo ao erário estadual, e mais, por não encontrar amparo na Constituição Federal, pois o autuado não demonstra em qualquer momento de sua impugnação que efetivamente recolheu o imposto relativo à antecipação, constante da infração 05 e a antecipação parcial constante da infração 07, muito menos, como alega, nas saídas subsequentes. No que diz respeito à falta de amparo constitucional, tais exigências se encontram lastreadas no §7º do art. 150 da nossa Carta Constitucional.

No tocante a infração 10, foi aplicada a multa de 5% (cinco por cento) do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento nos exercícios de 2006 e 2007, que não foram informadas em Declaração de Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

Não verifico qualquer erro quando da determinação da base de cálculo imposta para a aplicação da multa correspondente, pois a multa em questão, prevista no art. 42, XII-A da Lei 7014/96, não incide apenas sobre as omissões de informações de mercadorias tributáveis e sim sobre o valor comercial das mercadorias não informadas na DME, cabendo, portanto, a incidência da multa, inclusive sobre as não tributadas ou com fase de tributação encerrada, não cabendo a argüida proporcionalidade.

A infração 10, portanto, é procedente.

Quanto às infrações 11 e 12, verifico que o autuado não apresenta a documentação que elide a infração conforme promete.

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.

Considero, assim, as infrações 11 e 12 procedentes, tendo em vista que o autuado não trouxe qualquer elemento aos autos que possa elidir a presente imputação, cabendo a manutenção das multas aplicadas.

Em relação à infração 13, o autuado, conforme alinha com pertinência a autuante, deixou de cumprir o disposto no art. 238 do RICMS/BA, Decreto nº 6.284/97 no seu caput, incisos I e II, e §1º, quando não emitiu, nem anexou à via fixa, o cupom fiscal correspondente a cada nota fiscal D-1 emitida no período, o que caracterizou emissão de documento diverso, para a operação em pauta, de acordo o art. 824-D, inciso II do Decreto 6.284/97.

Em relação à penalidade aplicada, vigia a época de parte das ocorrências dos fatos a redação do art. 42, XIII-A, alínea “h”, da Lei 7014/96, que determinava, nas infrações relacionadas com o uso de equipamento de controle fiscal e de sistema eletrônico de processamento de dados, a aplicação da multa de 5% (cinco por cento) do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. A redação atual desse dispositivo, porém, foi dada pela Lei 10.847, de 27/11/2007, DOE de 28/11/2007, com efeito, a partir de 28/11/2008, conforme segue, cabendo a multa de 2% em relação às ocorrências antes de 28/11/2008, em consonância com a alínea “c”, II, do art. 106 do CTN.

Quanto à alegação de que não deixou de recolher os tributos e requer a redução das multas aplicadas, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, permite discricionariamente, que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo à infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não conceda a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso verifico nos exercícios que a multa foi aplicada, o autuado foi alvo de exigência tributária por descumprimento de obrigação principal, ora caracterizada. Contudo, ainda que dolo não existisse ou mesmo não fossem efetuados levantamentos para apurar o descumprimento de obrigação principal, considero a emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso do emissor de cupom fiscal – ECF, 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 redução ou cancelamento da multa em questão.

Considero mantida a infração 13.

Diante de todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **022227.0010/11-8**, lavrado contra **TEREZINHA GONÇALVES DE OLIVEIRA** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$77.981,67**, acrescido das multas de 50% sobre R\$5.422,92, 60% sobre R\$72.185,07 e de 70% sobre R\$373,68, conforme art. 42, inciso I, “a”, “b” 1, inciso II, “d” e “f”,

inciso III, inciso VII, “a”, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$78.925,60**, prevista nos incisos, IX, XI, XII-A, e XIII-A, alínea “h” do art. 42, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR