

A. I. N° - 117227.0403/09-3
AUTUADO - CBE – COMERCIAL BOBONIERE E EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTES - ROQUE PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTENTET - 09.11.2011

**2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N° 0279-02/11**

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** ANTECIPAÇÃO INTEGRAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS. Acolhida parcialmente as argüições do sujeito passivo quanto ao mérito. Infração parcialmente mantida. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Mantida a exigência, não impugnada pelo sujeito passivo. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESTAQUE A MAIS DO IMPOSTO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. Não foi apresentada impugnação específica relativa ao mérito. Mantida a exigência; **b)** IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Não foi apresentada impugnação específica relativa ao mérito. Mantida a exigência; **c)** MERCADORIA ADQUIRIDA DE MICORMPRESA, EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Não foi apresentada impugnação específica relativa ao mérito. Mantida a exigência. 3. CONTA "CAIXA". SALDOS CREDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Não foi apresentada impugnação específica relativa ao mérito. Mantida a exigência. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NA ESCRITA FISCAL. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. **b)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Não foi apresentada impugnação específica relativa ao mérito das aludidas multas por descumprimento de obrigação acessória. Mantidas as exigências. Não acolhidas as argüições de nulidade, decadência, bem como as concernentes a taxa SELIC e multas. Não acolhido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração foi lavrado em 30/12/2009 para exigir do sujeito passivo o ICMS devido pelo descumprimento de obrigação principal e multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de R\$152.810,99, conformem infrações a seguir imputadas:

Infração 1 – efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas e ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. ICMS no valor de R\$71.211,59, multa de 60%;

Infração 2 – multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. ICMS no valor de R\$8.402,96. Multa de 60%;

Infração 03 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais. ICMS no valor de R\$15,00, multa de 60%;

Infração 04 – utilizou indevidamente crédito fiscal referente a imposto não destacado em documentos. ICMS no valor de R\$824,87. Multa de 60%;

Infração 05 – utilizou indevidamente crédito fiscal referente mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. ICMS no valor de R\$3.765,94. Multa de 60%;

Infração 06 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante. ICMS no valor de R\$4.792,64, multa de 60%;

Infração 07 – omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada. ICMS no valor de R\$58.841,97, multa de 70%;

Infração 08 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$4.486,50;

Infração – 09 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 469,52.

O autuado, às fls. 1875 a 1876 dos autos, apresenta a defesa afirmando que o preposto fiscal considerou MVA de 40% no cálculo da antecipação/substituição tributária, em parte das compras de mercadorias oriundas de outras unidades da federação. Esse MVA de 40% só deveria ser aplicado em compras da indústria, código fiscal da operação - 6101. Afirma que as compras foram efetuadas de empresas comerciais com o código fiscal de operações - 6102, ou seja, compra diretamente de atacadistas ou de indústrias que operavam com comércio, tendo adquirido produtos de outras indústrias anteriormente.

Argumenta que, sendo compras com o código 6102 (equivalente a atacadistas) o MVA correto é o de 30% e não de 40% que foi aplicado por engano, pelo ilustre preposto fiscal.

Efetuou o sujeito passivo uma planilha com as notas fiscais de compras em atacadistas (código já dito 6102) para que sejam feitas pelo preposto fiscal as devidas correções. Com a redução do MVA de 40% para 30%, entendendo que haver uma redução substancial no valor do ICMS apurado a recolher, a seguir: “ANO 2006 JAN \$ 743,22; FEV \$ 843,81; MAR \$ 1.173,35; ABR \$ 494,47; MAI \$1.264,86; JUN \$ 814,30; JUL \$ 120,88; AGO \$702,79; SET \$ 586,74; OUT \$ 1.118,55; NOV \$ 760,50; DEZ \$522,38 ; ANO 2007 JAN \$ 338,53; FEV \$ 1.221,31; MAR \$ 294,54; ABR \$ 487,37; MAI \$ 589,00; JUN \$ 69,54; JUL \$ 168,01; AGO \$421,83; SET \$ 153,58; OUT \$386,54; NOV \$ 191,46; DEZ \$ 143,17; ANO 2008 \$ 372,47; FEV \$ 178,12; MAR \$582,33; ABR \$270,56; MAI \$834,93; JUL \$ 174,61; AGO \$ 166,92; SET \$ 409,57; OUT \$ 397,70; NOV \$93,21 DEZ \$ 1,15;. Essa planilha faz parte integrante da nossa defesa parcial e que se encontra em anexo, para que seja examinada e comprovada por quem de direito.”

Argumenta que o preposto fiscal calculou a antecipação/substituição tributária das notas fiscais a seguir demonstradas conforme planilha, não abatendo os devidos créditos pelos pagamentos efetuados com antecipação parcial, nos meses a seguir:

Março de 2009:

Datas	Notas fiscais	Valor nota fiscal	Valor de antecipação parcial
06/03	474.725	25.105,70	2.510,57
26/02	46.243	701,91	70,19
26/02	46.242	2.660,51	266,05
03/03	145.458	577,51	57,75
03/03	145.459	435,42	43,54
03/03	145.460	307,22	30,72

06/03	93.986	848,10	84,81
TOTAL			3.063,63

Abril de 2009:

16/04	37.033	4.703,12	470,31
24/04	5.869	1.296,82	129,68
30/03	489.538	561,64	56,16
TOTAL			658,15

Entende que essas notas fiscais tiveram pagamento de antecipação parcial cujos valores têm que ser abatidos no cálculo da antecipação/substituição tributária.

Assegura que o preposto fiscal cobrou substituição tributária das NF 00449 (49,06) 23403 (88,21), conforme cópias em anexo, uma vez que as mesmas já vieram com os valores de ICMS retidos na própria nota. Solicita que seja efetuado o devido abatimento no cálculo do ICMS a recolher dos meses jun/07 jul/07.

Informa que já parcelou parcialmente o auto de infração em questão e esta solicitando apenas algumas correções de algumas infrações, por parte do ilustre preposto fiscal, conforme demonstrado acima, por ser de inteira justiça. Ressalta que teve um bom relacionamento com o preposto fiscal.

O autuante, às fls. 2111 a 2116 dos autos, apresenta a informação fiscal afirmando que, em relação à infração 01, acolhe o argumento do autuado quanto ao MVA de 30% ao invés de 40%, visto que realmente as aquisições originárias de estabelecimentos atacadistas ou relativos a indústrias cujos produtos não são de sua fabricação. Assim, refaz o levantamento com a redução da infração para R\$56.113,87.

Quanto ao item 02 da defesa, ainda em relação à infração 01, afirma que o autuado realizou o pagamento concernente à antecipação parcial/antecipação tributária, relativo ao mês de marços de 2009, efetuou o pagamento em sua totalidade como antecipação parcial, não considerando a existência de produtos da antecipação tributária, o mesmo ocorrendo o mês de abril. Afirma que não procede a informação do contribuinte de que não foram considerados os valores recolhidos, e que os mesmos também, foram computados integralmente como antecipação parcial conforme demonstrativo às fls. 84 e 85. Complementa que os valores contidos na defesa do contribuinte não correspondem aos valores totais das NFs e sim dos valores dos produtos do regime da antecipação tributária, conforme se pode verificar, confrontando os valores contidos na defesa e os lançados no Demonstrativo da Antecipação Tributária.

Quanto às notas fiscais números 00449 e 23403, que o autuado pede para abater a cobrança do imposto por substituição tributária já pago, afirma que não há o que se abater, visto que nada foi cobrado quanto a esta notas fiscal, conforme se pode verificar das planilhas às fls. 61 e 62 dos autos.

Finaliza afirmando que a infração 01 passa de R\$ 71.211,50 para R\$56.113,87, passando o valor total do Auto de Infração para R\$137.713,27.

O autuado, às fls. 2163 a 2173 dos autos, em sua manifestação, afirma que o autuante seguiu um procedimento de fiscalização não legitimado pela Administração Fazendária, colocando-o em igualdade com contribuintes de grande porte o que inviabiliza o lançamento em questão, maculando-o de nulidade.

Ressalta que não se verificou a omissão de saídas de mercadorias sem nota fiscal, pois com a entrega das notas fiscais ao autuante restou provada a devida emissão dos documentos em questão.

Alude que a Administração Fazendária conferiu tratamento adequado às microempresas e às empresas de pequeno porte, contribuintes optantes pelo SimBahia, ao dispensá-las da escrituração fiscal dos livros de entrada e saída de mercadorias e o agente Autuante, ao arrepro-

da lei, procedeu à auditoria fiscalizatória de levantamento de estoque incompatível com o tratamento dispensado pelo Estado da Bahia.

Considera ilegal a aplicação da taxa de juros trazendo considerações do Professores Fábio Augusto Junqueira de Carvalho e Maria Inês Caldeira Pereira da Silva, em artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, fazendo alusão ao Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC, que foi criado pela circular nº 471/79, a fim de dar maior agilidade e credibilidade aos negócios efetuados com as Letras do Tesouro Nacional (LTN's).

Afirma que a taxa SELIC, propriamente dita, foi instituída pela resolução do Banco Central do Brasil de nº 1.124/86 que assim determinou:

“O Banco Central do Brasil, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595 de 31 de Dezembro de 1964, torna público que o Conselho Monetário Nacional, em seção realizada nesta data, tendo em vista o disposto no inciso V do art. 11 da mencionada Lei, resolveu:

I – Autorizar o Banco Central do Brasil, a emitir títulos de sua responsabilidade, para fins de política monetária, com as seguintes características: (...)

F) rendimento: definido pela taxa média ajustada dos financiamentos apurados no sistema especial de liquidação e de custódia – SELIC para títulos federais, divulgada pelo Banco Central do Brasil, calculado sobre o valor nominal e pago no resgate do título; (...”).

Alinha que a esta conclusão já chegou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, na sua segunda turma, por via do Ilustre Ministro Franciulli Netto, no REsp de nº 215.881-PR.

Entende que, constatado isto, não há lei que preveja o que venha a ser a taxa SELIC, sendo esta definida por uma singela circular do BACEN de nº 2.868/99 e a circular do BACEN de nº 2.900/99, contendo, ambas, no art. 2º, § 1º.

Complementa que a dívida tributária não está de nenhum modo vinculada ao sistema financeiro, tampouco ao mercado monetário ou de capitais, não se justificando, por conseguinte, a correção de seu valor por critérios utilizados no sistema bancário e interbancário. Qual seria a ligação entre as variações dos títulos no mercado de capitais ou sistema especial de liquidação e de custódia dos títulos federais com a obrigação tributária? Nenhuma, evidentemente.

Repete a arguição quanto ao equívoco na aplicação do MVA, bem como considera que o autuante ignorou completamente tais pagamentos, deixando de abater do suposto débito, os créditos pelos pagamentos efetuados com a antecipação parcial relativos aos anos de 2006 a 2009.

Afirma que o Agente Fiscal cobrou substituição tributárias de várias notas fiscais já constantes dos autos, sem promover, contudo, o efetivo abatimento no cálculo final do ICMS.

Diante do exposto, requer que: a) declare a invalidade do procedimento adotado pelo fisco estadual, haja vista o mal ferimento à Constituição Federal e à Legislação Infraconstitucional, por ter desconsiderado o tratamento diferenciado que é dispensado às empresas de pequeno e médio porte; b) anule o ato declarativo da dívida tributária, como decorrência lógica do afronto à Cara Magna e à Legislação Infraconstitucional, vez que o procedimento administrativo fiscal se perfez de modo viciado, pois o ato de lançamento se respaldou em uma escrituração fiscal não exigida pelo Ordenamento Jurídico ao contribuinte; c) subsidiariamente, caso a presente Junta Julgadora não venha a dar tutela ao pedido principal, qual seja, de anulação, que dê provimento ao pedido de declaração de inexistência de vínculo jurídico, em face da existência do efetivo recolhimento de ICMS conforme as provas juntadas aos autos, requerendo, como consectário lógico, a anulação da cobrança; d) em não se acolhendo nenhum dos pedidos acima, ordene a diminuição do valor do débito, em face: do excesso de cobrança na qual a Fazenda incorreu, haja vista que se respalda na ilegal Taxa SELIC; seja refeito o valor do suposto débito com abatimento de valores já pagos a título de antecipação e substituição, no período da autuação; ademais, seja diminuída a multa de cunho confiscatório.

O autuante, às fls. 2192 a 2195 dos autos, afirma que todos os argumentos do autuado em sua nova manifestação, são réplicas de defesas anteriores.

Aduz ter feito as correções relativas ao código fiscal 6102, em atenção à solicitação de correção feita pela autuada.

Assegura que não houve em nenhum momento auditoria de estoque, incorrendo em engano do impugnante.

Consigna que os argumentos do autuado são falaciosos e fora corrigido o que era pertinente, nos temos do que consta na informação fiscal, constante da página 2111 a 2117 e respectivos demonstrativos às fls. 2118 a 2157.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de 09 infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, já devidamente relatadas.

Cabe, preliminarmente, alinhar que o sujeito passivo não obteve tratamento tributário distinto do que efetivamente lhe caberia, não ficando demonstradas as razões de tais alegações visto que o autuado não se encontra enquadrado no regime simplificado de apuração do ICMS no período em que ocorreram os fatos alvo das infrações imputadas, viso que a partir do exercício de 2004 o autuado se encontra enquadrado na condição de normal, conforme informações do sistema da SEFAZ, não cabendo a alegação de que a ele não era exigido os aludidos livros e escrituração dos documentos fiscais alvo das presentes exigências, não cabendo a argüição de nulidade.

Verifico que o autuado se insurge, unicamente, contra a exigência constante da infração 01, “Efetuou o recolhimento a nos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outra unidades federativas ou do exterior, relacionadas no anexo 88 e 89”. Cabe razão ao autuado, efetivamente houve o aludido engano cabendo a aplicação do MVA de 30% ao invés de 40%, visto que realmente as aquisições originárias de estabelecimentos atacadistas ou relativos a indústrias cujos produtos não são de sua fabricação. Assim, o autuante refaz o levantamento com a redução da infração para R\$56.113,87, conforme novo demonstrativo de débito à fl. 2117, e ajustes nos levantamentos, às fls. 2118 a 2157 dos autos.

Quanto à afirmação do autuado de que realizou pagamentos relativos à antecipação parcial/tributária, concernente ao mês de abril e março de 2009, efetuou o pagamento em sua totalidade como antecipação parcial, não considerados pelo autuante para deduzir do valor exigido, não cabe acolhimento, visto que não demonstra o autuado, em primeiro lugar que efetivamente recolheu esses valores através da antecipação parcial, bem como não demonstra que estes são referentes a mercadorias constantes das notas que estão enquadrados no regime de substituição tributária. Assim, sem os elementos materiais probatórios dos aduzidos argumentos, não cabe a exclusão dos mencionados valores, relacionados na defesa.

No que é pertinente às notas fiscais números 00449 e 23403, cabe razão ao autuante quando afirma que o autuado pede para abater a cobrança do imposto por substituição tributária já pago, contudo não há o que se deduzir, visto que nada foi exigido quanto a esta notas fiscal, conforme se pode verificar das planilhas às fls. 61 e 62 dos autos.

A infração 01, acompanhando o entendimento do autuante, passa de R\$71.211,50 para R\$56.113,87, consequentemente o valor total do Auto de Infração passa para R\$137.713,27, conforme demonstrativo da infração 01 à fl. 2117 dos autos.

Quanto à discussão atinente à aplicação da Taxa Referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, saliento que é entendimento sedimentado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que ela pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários ocorridos a partir de 1º de janeiro de 1996. Acrescento que tendo em vista que o art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional (CTN) tem natureza supletiva, deve ser aplicado apenas quando não há lei disposta de modo diverso, não sendo esta a hipótese da lide, haja vista que a legislação

estadual prevê a aplicação da referida taxa no cálculo dos acréscimos moratórios, em conformidade com o disposto no art. 102, § 2º, inciso II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), não havendo nenhuma ilegalidade declarada pelo Poder Judiciário a respeito desta norma.

Verifico que à 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 Baleiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º 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 omisso que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade. Quanto à diminuição da multa, não resta competência a essa JJF reduzir multa relativas a descumprimento de obrigação principal, na forma do RPAF/BA, bem como as multas por descumprimento de obrigação acessória não preenche o autuado as condições necessária para o exercício dessa discricionariedade prevista no mesmo ato normativo, acima alinhado.

É importante lembrar, tanto em relação à Taxa Selic quanto à argüição de que as multas são confiscatórias, que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Considerando que o autuado não traz impugnação específica em relação às infrações de 02 a 09, restou constatar a legalidade das respectivas exigências, mantendo-as integralmente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado o quanto recolhido.

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 **117227.0403/09-3**, lavrado contra **CBE – COMERCIAL BOBONIERE E EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$124.354,29** acrescido das multas de 60%, sobre R\$65.512,32 e de 70% sobre R\$58.841,97, previstas nos incisos II, “d”; VII, “a” da Lei nº 7.014/96, prevista no inciso III do art. 42 da mesma Lei, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$13.358,98**, prevista no artigo 42, incisos IX e XI do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o *quanto* recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR