

A. I. Nº - 114155.0001/11-4
AUTUADO - TELLERINA COMÉRCIO DE PRESENTES E ARTIGOS PARA DECORAÇÃO S.A.
AUTUANTE - PAULO CESAR CARVALHO DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 07.12.2011

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0309-04 /11

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, conforme presunção legal nesse sentido (§ 2º do art. 2º do RICMS/BA). 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. a) MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações caracterizadas. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS PARA O CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração caracterizada. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MULTA. Ocorrências anteriores a 28/11/2007 não procedem por falta de previsão legal. Infração caracterizada, mas subsistente apenas para ocorrência posterior a 28/11/2007. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/03/2011, refere-se à exigência de R\$26.464,76 em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas. Valor do ICMS exigido: R\$14.859,27. Período: março, maio, julho a setembro e novembro 2006, março a maio, agosto e outubro 2007. Multa 70%;

Infração 02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$600,13. Período: agosto e setembro 2006 e abril 2007.

Refere-se a notas fiscais relacionadas nos demonstrativos de fls. 14 e 22.

Infração 03: Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de R\$437,69. Período: março, maio, julho e novembro 2006, março a maio, agosto e dezembro 2007.

Infração 04: Deixou de recolher ICMS no valor de R\$21,28, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Período: fevereiro e abril 2006.

Infração 05: Multa percentual no valor de R\$10.546,39, sobre a parcela do ICMS que deixou de ser pago 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. Período: fevereiro, setembro e dezembro 2006, abril, maio e dezembro 2007.

O autuado apresentou defesa (fls. 103 a 106), dizendo que ao protocolar a Defesa Administrativa observou que as informações contidas no comprovante de protocolo não se referiam ao auto de infração impugnado. Receosa, investigou e descobriu que há um registro na SEFAZ com outro número: 114155.0001/11-4 (doc. 02). Diz que o AI 114155.0001/10-6, lavrado pelo Auditor Fiscal Paulo Cesar Carvalho se refere à empresa VENT-LUX COMÉRCIO DE VENTILADORES DE TETO LTDA (doc. 04).

Alega que para o AI apresentar condições de validade deve observar os princípios de direito público, dentre eles o da legalidade. Transcreve ensinamentos de Hely Lopes Meirelles e Paulo de Barros Carvalho, nesse sentido.

Entende que o AI está irregular ante o incorreto apontamento do número da autuação, pois caso não atentasse ao recibo do protocolo, jamais saberia que sua Defesa seria encartada em autos diversos, podendo daí surgir danos irreparáveis à autuada, posto que o débito não seria contestado, inscrito em dívida ativa e ajuizada execução fiscal, constrição de bens o que impossibilitaria a emissão de certidão de regularidade fiscal, essencial à sua atividade empresarial, razão pela qual requer a nulidade com base nos incisos II e IV, “a” do art. 18 do RPAF, que transcreve.

Alternativamente, reitera os argumentos espostos na Defesa Administrativa anteriormente protocolada.

Às fls. 114 a 127, consta cópia da defesa inicial, cujo original foi juntado aos autos às fls. 136 a 149, na qual, depois de transcrever as infrações, argui sua nulidade por imprecisão na indicação do fato jurídico tributário. Alega inobservância de princípios constitucionais tributários; transcreve lições de juristas; diz-se prejudicado em seu direito de ampla defesa; transcreve o art. 42, III da Lei 7.014/96, alegando que o autuante deixou de apontar em qual penalidade específica incorreu a autuada, dificultando a defesa. Aduz que há incongruências na autuação, especialmente no que tange ao percentual e montante imputado.

Argui que na primeira infração se exige multa de 70% sobre o valor do imposto não recolhido, no entanto, quando realiza o cálculo da mencionada multa observa que ela é de 100% do valor do imposto. Erro também cometido na infração 04.

Alega que as cinco penalidades impostas possuem características comuns. A primeira que se destaca é com relação à natureza jurídica das imposições: todas decorrem de descumprimento de obrigações acessórias. Nas três primeiras, se exige multa sob acusação de falta de registro das notas fiscais de entradas nos livros próprios. Já na quarta e quinta, se exige multa pelo recolhimento intempestivo. Diz que naquela infração se cobra penalidade por ter feito o pagamento intempestivo do ICMS e nesta por não ter recolhido o ICMS devido no momento que o RICMS determina. Afirma que em ambas as situações o recolhimento do imposto não deixou de ser realizado, sendo tão-somente pago a destempo.

A segunda característica que destaca é que todas as infrações não provocaram dano ao Erário, pois se referem a descumprimento de obrigação acessória. Embora teoricamente possuam caráter didático, ressalta que elas possuem nítido caráter arrecadatório por serem desproporcionais aos fatos infracionais.

Afirma que no caso das infrações 01 e 02, a falta cometida não significou prejuízo ao Erário, eis que todo imposto devido e objeto da autuação foi devidamente recolhido. Ademais, como não houve escrituração das notas fiscais de entrada não foi possível constatar a existência de crédito de ICMS. Assim, se existiu algum dano, entende que somente afetou à autuada que não se utilizou do crédito oriundo das operações realizadas.

Argumenta que no caso da infração 03, inexiste dano ao Erário posto que as operações envolveram mercadorias não passíveis de tributação e as operações não geraram créditos à autuada.

Com relação à infração 04, não há que se falar em dano ao Erário. Primeiro porque o imposto oriundo das operações foi pago, mesmo que a destempo, e segundo, porque a multa cobrada é irrisória e exigida equivocadamente a maior, vez que o artigo 42, II, “F”, da Lei nº 7.014/96 prevê aplicação de 60% sobre o valor do imposto não recolhido tempestivamente, exigindo-se, contudo, o percentual de 100%, pois se calculada corretamente a penalidade passa para R\$12,77.

Com relação à infração 05, diz que também não existiu dano ao Erário porque houve o efetivo recolhimento do imposto, mesmo a destempo, pelo que entende ser a multa desproporcional.

Argui que os fatos punidos foram meras irregularidades materiais já sanadas pelo pagamento do ICMS dos períodos autuados, os quais se mostraram suficientes para identificar o valor devido a título de imposto, não causando prejuízo ao fisco baiano, restando patente a boa fé da autuada.

Transcreve os arts. 156, IV, e 172 do CTN, além de excerto doutrinário que tratam da remissão e equidade, instituto este que entende poder ser utilizado para extinguir este auto de infração, bem como o art. 42, §7º que trata da possibilidade de cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória, uma vez que, segundo ele, a autuada preenche os requisitos necessários para tanto.

Concluindo, pede: i) acolhimento das preliminares para que o auto seja declarado nulo; ii) remissão baseada na aplicação da equidade, e; iii) alternativamente, o cancelamento das multas.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 174/182 dos autos, quanto à preliminar suscitada, diz que o impugnante se equivoca argüindo a inversão do número do auto. Escreve que antes da lavratura do auto de infração ocorreu reunião com preposta da autuada para apresentar o resultado da fiscalização, quando imprimiu um modelo de auto de infração com as infrações entregando cópia à mesma. No entanto, ao encaminhar o registro do PAF constatou que no AI constava como lavrado em 2010, ocasião em que corrigiu esta data o que não causou prejuízo à autuada já que se manteve de modo integral o mérito das infrações como no modelo em posse da preposta da autuada. Em respaldo ao entendimento, transcreve o §2º do art. 18 do RPAF, aduzindo que o contribuinte exerceu seu amplo direito de defesa contestando o mérito da autuação, sobre o qual passa a informar.

Diz que fiscalizou os exercícios de 2006 e 2007 e nesse período o inciso III do art. 42 da Lei 7.014/96, como transcreve, já discriminava todas as infrações com multa de 70%, mas não trazia as alíneas hoje em vigor. Portanto, para a infração 01, não buscou comodidade nem imputação genérica, propondo para aplicação a multa vigente à época.

Aduz que como consta na fl. 03, na ciência deste PAF entregou cópia dos demonstrativos que o compõe. Assim, não entende a contestação da infração 04 demonstrada nos anexos de fls. 32 e 33, sem indicação de erro no seu levantamento fiscal.

Entende equivocado o pleito do benefício do §7º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois reclamou o ICMS nas infrações 01 e 04, além do que as multas das demais infrações têm origem em não pagamento do ICMS no prazo regulamentar, havendo sim, prejuízo ao Erário.

Conclui pedindo seja o auto de infração julgado procedente.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade argüida, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, em especial, quanto ao disposto nos artigos 38, 39, 40 e 42 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa foi exercida com pleno entendimento das acusações fiscais, sendo o imposto e base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I

a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração. O auto de infração está cientificado pelo contribuinte, inclusive constando declaração de recebimento dos demonstrativos que o suportam. A intercorrência citada pelo impugnante ocorreu em fase anterior à sua ciência neste lançamento de ofício, fase em que o procedimento fiscal é regido pela inquisitoriedade e, além de nada alterar quanto à matéria aqui tratada a prévia comunicação do resultado da fiscalização antes da lavratura do auto de infração ocorreu por mera discricionariedade do autuante, pois que ainda que não a houvera feito em nada prejudicaria sua ação fiscalizadora.

A primeira infração, demonstrada nas fls. 14, 22 e notas fiscais juntadas aos autos (fls. 16 a 21 e 24 a 31), cuida da omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada por entradas de mercadorias não registradas nos livros próprios em que se exige o imposto sobre o valor das mercadorias adquiridas com recursos de saídas anteriores de mercadorias tributáveis omitidas. Presunção legal prevista no art. 2º, §3º do RICMS/BA, como tipificada no auto de infração. Assim, exige-se por essa infração o pagamento do imposto devido e corretamente propõe-se a multa de 70% do valor do imposto em face do descumprimento da obrigação principal, conforme prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente à época dos fatos geradores em face do quanto disposto no art. 144 do Código Tributário Nacional – CTN.

O impugnante não nega a falta de registro nem desconhece os documentos fiscais, apenas alega punição incorreta em 100% do valor do imposto por descumprimento de obrigação acessória e que não houve prejuízo do Erário, pois o imposto foi recolhido mesmo que a destempo. Não é isto que se depreende dos autos, pois conforme se vê no demonstrativo de débito de fls. 04 e 05 todas as multas estão calculadas no correto percentual e, como visto, na infração 01 se exige o ICMS devido por vendas de mercadorias tributáveis omitidas de seus registros fiscais. Quanto ao percentual de 100%, mais parece mera confusão do impugnante quanto à repetição do imposto exigido em valor histórico e real no corpo do auto de infração. Deste modo, não comprovando na forma prevista no art. 123 do RPAF o pagamento do imposto que lhe está sendo exigido por presunção legal, esta se confirma com base nos artigos 140, 141, 142 e 143 do RPAF/99, pois o fato acusado não foi objetivamente contestado, com o que será admitido como verídico já que o contrário não resulta do conjunto das provas; também não comprovou ocorrência de fato que obste os efeitos da acusação de falta de pagamento do imposto exigido, uma vez que se tais provas existissem necessariamente as dispunham, o que torna sua alegação em simples negativa do cometimento da infração não o desonerando de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Assim, os valores das ocorrências da infração são subsistentes, razão pela qual a mesma se mantém na íntegra.

Infração procedente.

Do mesmo modo, as infrações 02 e 03 que tratam, agora sim, de multa por descumprimento de obrigação acessória, qual seja a falta de registro das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos de fls. 14 e 22 e juntadas aos autos (fls. 16 a 21 e 24 a 31), subsistem, inclusive, em face de expresso reconhecimento de cometimento na impugnação.

Em relação às infrações 02 e 03, o impugnante, a despeito de reconhecer o caráter didático, repete a alegação de não prejuízo ao Erário dizendo, sem comprovar, ter pagado o imposto das mercadorias tributáveis (infração 02). Também confirmando a infração 02, afirmou que como não houve a escrituração das notas fiscais de entradas, também não se creditou do ICMS nelas destacado. Neste aspecto, embora tais créditos não possam ser considerados nesta exigência fiscal, visto que a omissão de receita equivalente aos seus valores se reporta a operações anteriores, não existe impedimento de a empresa escriturar os documentos fiscais, obedecendo ao período de prescrição e decadência e regras de utilização extemporânea do crédito fiscal (art. 101 do RICMS/BA).

Infrações procedentes.

Pela infração 04 se exige o ICMS devido pela diferença entre as alíquotas interna e interestadual

por aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento autuado, conforme demonstrado nas fls. 32 e 33 dos autos. Também para essa infração o impugnante alega não prejuízo ao Erário afirmando (mais uma vez sem comprovar), que o imposto oriundo das operações realizadas foi pago, mesmo que a destempo. Por segundo, quiçá também se confundindo pela repetição do valor histórico e real do imposto no corpo do auto de infração, tratar-se de incorreta e irrisória exigência de multa em 100% por descumprimento de obrigação acessória tipificada no auto no percentual de 60%.

Não procede o argumento defensivo, pois sendo a exigência relativa a mercadoria adquirida para consumo do estabelecimento, esta não foi objeto de saída tributada para a eventualidade de possível comprovação de recolhimento a destempo do imposto como alega o impugnante e, como já visto na infração 01, o valor correto da multa tipificada acha-se no demonstrativo de débito de fls. 4 e 5. Portanto, também essa infração é subsistente.

Infração procedente.

A infração 05 exige a multa de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago 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, cuja penalidade foi aplicada relativamente a fatos geradores ocorridos no período de fevereiro, setembro e dezembro de 2006, abril, maio e dezembro de 2007, conforme demonstrativos de fls. 34 a 98.

Todavia, deve-se observar que tal sanção só passou a ter previsão legal a partir da Lei nº 10.847, de 27/11/2007, com efeitos a partir de 28/11/2007, cuja norma alterou o § 1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, incluindo a expressão “inclusive por antecipação parcial”, conforme abaixo reproduzido:

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II;

Assim, seguindo entendimento já sedimentado neste Conselho, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0061-12/11, as ocorrências anteriores a 28/11/2007 não procedem por falta de previsão legal à época das ocorrências, razão pela qual resta devido nesta infração apenas a multa no valor de R\$694,58, relativo à ocorrência de 31/12/2007.

Infração procedente em parte.

Indefiro o pedido de cancelamento das multas. As por descumprimento de obrigações acessórias por ter implicado em falta de recolhimento de tributo (art. 158 do RPAF/99) e as propostas por descumprimento de obrigação principal por não ser de competência desta instância de julgamento (art. 159 do RPAF/99).

Não conheço do pedido de aplicação de equidade por não se enquadrar em qualquer dos incisos do § 1º do art. 159 do RPAF/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, que passa de R\$26.464,76 para R\$16.612,95, em face da subsistência integral das infrações 01, 02, 03 e 04, e subsistência parcial da infração 05, devendo desta ser mantida no demonstrativo de débito original, apenas a ocorrência de 31/12/2007.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 114155.0001/11-4, lavrado contra **TELLERINA COMÉRCIO DE PRESENTES E ARTIGOS PARA DECORAÇÃO S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 14.880,55**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 14.859,27 e 60% sobre R\$ 21,28, previstas no art. 42, III e II,

“f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$ 694,58**, prevista no inciso II, “d” do mesmo dispositivo citado e das multas por descumprimento de obrigações acessórias no montante de **R\$ 1.037,82**, previstas nos incisos IX e XI do mesmo dispositivo legal, ambas com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR