

PROCESSO - A. I. Nº 128966.0002/10-8
RECORRENTE - EXPODOMUS COMERCIAL LTDA. (GAIA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0055-01/11
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
INTERNET - 29/02/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0048-11/12

EMENTA: ICMS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O próprio autuado admite a ocorrência da irregularidade apontada no Auto de Infração ao afirmar que emitiu nota fiscal de demonstração quando deveria ter emitido nota fiscal de venda, haja vista que se tratava efetivamente de venda de estoque destinada a outro estabelecimento. Corrigido de ofício o equívoco existente na autuação, por ter o autuante aplicado a alíquota interna de 17% quando a alíquota correta é de 12%, por se tratar de operação interestadual destinada a contribuinte. Infração devidamente comprovada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do Acórdão em referência que julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/07/2010 para exigir ICMS decorrente da falta de destaque do ICMS em documento fiscal acobertando o trânsito de mercadorias para fora do Estado da Bahia, a título de demonstração, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 72.929,02, acrescido da multa de 60%. Consta na “*Descrição dos Fatos*” do Auto de Infração que o autuado transportava mercadorias tributadas com as Notas Fiscais ns 0999 e 1000, emitidas em 17/07/2010, com destino a PRA TI PRESENTES ARTES E DECORAÇÕES LTDA., CNPJ 53.485.066/0001-85, Inscrição Estadual 111.057.055.110, localizado no logradouro Alameda Gabriel Monteiro da Silva, nº 1.719, Complemento, bairro Jardim Paulistano, Município de São Paulo-SP. Consta nos documentos fiscais apresentados, a natureza da operação como “*demonstração*”. Foi realizada diligência fiscal no endereço do contribuinte e comprovado que a empresa retirou todo o seu estoque e estava remetendo para outra unidade da Federação, simulando uma operação de demonstração com a finalidade de não recolher o ICMS devido, já que a empresa encerrou as suas atividades sem o pagamento do estoque, conforme prevê a legislação. O estabelecimento não exerce mais as atividades no local indicado. Para surtir os efeitos legais foi lavrada a Ficha de Localização do Contribuinte (FLC), inclusive com fotografia em anexo. Enfim realizou uma operação tributada como não tributada.

A JJF dirimiu o contencioso administrativo proferindo Decisão sob os fundamentos seguintes:

“(…)

Do exame das peças que compõem o presente processo, verifico que o próprio impugnante admite o cometimento da infração quando diz que “por ter sido mal assessorado, no momento de emitir a nota fiscal para acobertar as saídas das mercadorias do Estado da Bahia com destino ao Estado de São Paulo, emitiu nota fiscal de demonstração, quando deveria ter emitido nota de venda, haja vista que se tratava efetivamente de venda de estoque, pois destinado a outro estabelecimento, o que motivou a autuação.”

Também quando consigna que “ciente da sua falha, procurou pagar o débito e liberar a mercadoria, mesmo sabendo que o Fisco não poderia reter a mercadoria sob estratégia oblíqua para pagamento do imposto”.

Portanto, não resta dúvida que o autuado estava realizando operação tributada como não tributada, conforme identificado pelo Fisco na presente autuação.

Na realidade, insurge-se o impugnante contra a aplicação da multa de 17%, por entender que é cabível a aplicação da multa de 3%, em face de sua condição de optante pelo Simples Nacional.

Apesar de laborar em erro o impugnante quando sustenta o argumento acima, haja vista que para a irregularidade apontada no Auto de Infração, não há que ser observada a condição de optante do infrator pelo Simples Nacional para aplicação da alíquota de 3%, constato que também incorreu em equívoco o autuante quando aplicou a alíquota de 17%, pois, em conformidade com o art. 632, inciso VII, alínea “a”, item 1, do RICMS/BA, utilizado para fundamentar a aplicação da alíquota, será aplicada a alíquota de 17% nas operações internas, conforme se vê da transcrição abaixo do referido dispositivo regulamentar:

“Art. 632. Relativamente aos prestadores de serviços de transporte e às pessoas que portarem ou transportarem mercadorias ou bens, por conta própria ou de terceiro, observar-se-á o seguinte:

(...)

VII - para efeitos de definição do local da ocorrência do fato gerador e da alíquota aplicável na hipótese de operação ou prestação sem documentação fiscal ou em situação fiscal irregular, inclusive quando constatada no trânsito, ainda que a mercadoria ou o serviço sejam procedentes de outra unidade da Federação, presume-se a mercadoria ou o serviço, conforme o caso, posta em circulação ou prestado neste Estado, estando sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, considerando-se ocorrido o fato gerador no local onde se encontre a mercadoria ou o prestador do serviço, sendo que:

a) será aplicada a alíquota prevista para as operações:

1 - internas, nas situações de que cuida o inciso I do art. 50, a menos que se trate de serviço de transporte aéreo ou de mercadoria ou serviço integrantes da cesta básica ou considerados supérfluos, hipótese em que a alíquota aplicável é a do inciso III do art. 50 ou do art. 51, conforme o caso;”

Ocorre que, no presente caso, conforme consta na “Descrição dos Fatos” do Auto de Infração, o autuado transportava mercadorias tributadas acobertadas pelas Notas Fiscais n.s 0999 e 1000, emitidas em 17/07/2010, com destino a PRA TI PRESENTES ARTES E DECORAÇÕES LTDA., CNPJ 53.485.066/0001-85, Inscrição Estadual 111.057.055.110, localizado no logradouro Alameda Gabriel Monteiro da Silva, nº 1.719, Complemento, bairro Jardim Paulistano, Município de São Paulo-SP.

Portanto, não resta dúvida que se trata de operação interestadual que destina a mercadoria para contribuinte do imposto situado em outro Estado, situação na qual a alíquota aplicável é de 12%, conforme previsto no item 2. 2.1 do inciso VII do art. 632 do RICMS/BA, cujo texto transcrevo abaixo:

“Art. 632...

(...)

2 - interestaduais, tratando-se de operação ou prestação:

2.1 - que destine mercadoria ou serviço a contribuinte do imposto situado em outra unidade da Federação, ainda que o destinatário seja contribuinte não inscrito, sendo bastante para sua caracterização como contribuinte o preenchimento dos requisitos do art. 36;”

Assim sendo, aplicando a alíquota correta de 12% sobre a base de cálculo apontada no Auto de Infração no valor de R\$ 428.994,28, o valor do ICMS devido passa para R\$ 51.479,31.

No que diz respeito à arguição de que a multa de 60% é confiscatória, observo que esta se apresenta correta no caso da presente lide, haja vista que prevista na Lei 7.014/96.

Por fim, devo registrar que muito embora a situação e o estado de saúde da senhora Heliana Vicari Miele, - conforme relatado na peça impugnatória-, sensibilize os julgadores desta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, não há como este órgão julgador analisar e julgar o presente processo senão com a observância da lei e dos elementos fáticos que resultaram na irregularidade apontada no Auto de Infração, haja vista a indisponibilidade do crédito tributário.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração. “

Irresignado, o sujeito passivo interpõe Recurso Voluntário tecendo considerações, inicialmente, sobre a atividade comercial varejista por si exercida de vendas de artigos para presente, decoração em geral, objeto de arte, tapeçaria e show-room.

Discorre sobre os sentimentos da sua representante legal, viúva do então sócio que faleceu subitamente de infarto levando-a uma fragilidade psicológica que exigiu tratamento e medicamento correlatos como disse comprovar com as receitas e recibos anexos, e que sozinha à frente do estabelecimento, atravessou sérias dificuldades, o que a levou a remeter o resto de estoque de produtos para o São Paulo capital, para fins de demonstração com vistas a angariar Recursos financeiros inclusive para saldar o aluguel atrasado, situação que estava por ensejar o despejo da loja.

Alega que foi mal assessorada e que ao invés de emitir nota fiscal de venda quando da saída dos produtos deste estado, já que se tratava de venda de estoque para outro estabelecimento, emitiu

nota fiscal de demonstração, em cujo trânsito, ao passar pelo Posto Honorato Viana na altura de Simões Filho, foi verificado.

Menciona que buscou pagar o débito para liberação das mercadorias, pois o fisco se valeu dessa apreensão para forçar o pagamento do ICMS, que como optante do Simples Nacional, a alíquota respectiva é de 3% e não de 17% como entendeu a autuante, afirmando ser indevida a diferença exigida de 14 %, o que torna inviável o pagamento.

Diz que buscou parcelar a dívida, mas que lhe foi dito que era preciso uma depositária fiel localizada neste estado, tendo essa situação se agravado na medida em que a fiscalização apreendeu todos os seus talonários de nota fiscal a impedindo de emitir novas notas, corretamente, e que somente por força de Decisão judicial conseguiu liberá-los e a mercadoria apreendida.

Passa a transcrever julgado da Câmara Superior de Recursos Fiscais- 1ª Turma, em cuja ementa consta que o processo administrativo que prejudique a defesa é matéria de cunho constitucional.

Discorre sobre a multa afirmando que não cometeu ilícito tributário a justificá-la, se reportando ao ilustre tributarista Sacha Calmon e sua posição de que a multa tem o limite quantitativo a ser alcançado que é o patrimônio do contribuinte sobre o qual é vedada a dilapidação genérica a causar óbices a sobrevivências de empresas, transcrevendo lições nesse sentido. Idem quanto à doutrina de Heron Arzua e Dirceu Galdino, que disse ter sido veiculada na Revista Dialética nº 20 de maio/97.

E que assim a vultosa penalidade deve ser cancelada ou reduzida para coadunar-se com o sistema jurídico pátrio, eis que o sujeito ativo está buscando uma indenização, penalidade esta que configuraria o confisco a macular os princípios da liberdade de iniciativa do trabalho, de ofício, de profissão.

Cita doutrina do douto Hugo de Brito Machado, trazendo à baila jurisprudência do TJ-MG e do TRF- PE, decisões que reduziram a multa de 75% para 20%.

Finaliza propugnando pelo acolhimento da súplica recursal, para que seja determinado o cancelamento da multa de 60% por ser confiscatória.

A PGE/PROFIS proferiu Parecer de fl. 130 pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, ressaltando cingir-se à discussão de que a alíquota aplicada está equivocada por se tratar de contribuinte inscrito no Simples Nacional e sobre a multa ter caráter confiscatório, tese defensiva que rechaçou argumentando que, por ter ocorrido operação interestadual, sem o competente documento fiscal, deve o percentual ser de 12%, a teor do art. 632, 2.1 do RICMS-BA.

Refutou as alegações em derredor da multa asseverando que encontra previsão no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96 e que descabe ao CONSEF apreciar e decidir acerca da arguida inconstitucionalidade.

Por fim, salientou que o sujeito passivo deve ser orientado para dirigir-se à Câmara Superior deste Colegiado com pedido de redução ou cancelamento da multa ao apelo da equidade, com abrigo no art. 169, 1º c/c art. 159, do RPAF-BA.

VOTO

De início, em que pese merecerem toda atenção e respeito os sentimentos de luto expostos pela representante legal do recorrente, não têm evidentemente o condão de eximi-la do cumprimento cabal e pontual da obrigação tributária por se sobrelevar o interesse público que pode se curvar à situação particular de cada contribuinte.

Assim, devo atentar para o que efetivamente foi invocado como fundamento recursal, este que se centra na alegação de que a alíquota aplicável é de 3% e não de 17% por se tratar de pessoa jurídica inscrita no Simples Nacional e, ainda, sobre o caráter confiscatório da multa.

Nesse contexto, cumpro-me analisar o teor contido na informação fiscal de fls. 76/82, na qual o autuante afirma de modo incisivo e veemente, que a questão principal se resume à exigência do

ICMS relativo à circulação de mercadorias que estavam sendo remetidas para outra unidade federativa em face do encerramento das atividades do recorrente, sem a devida baixa cadastral e sem pagamento desse tributo, como foi verificado na diligência fiscal que apurou ter havido a venda de mercadoria apreendida em trânsito, que efetivamente não se destinava à demonstração, mas, sim à venda, fato que se tornou incontroverso por ter sido admitido pelo recorrente desde sua impugnação, não sendo possível acolher, por evidente, a mera alegação ali contida de que agiu ilicitamente por estar a sua representante legal de luto e por ter sido mal assessorada.

Já o autuante asseverou na dita informação fiscal que, desde o início do PAF, o sujeito passivo agiu de má-fé e que todas as suas alegações são inverídicas, inclusive sobre a tentativa de pagamento e de parcelamento da dívida – que afirmou não ter havido -, e que a apreensão dos talonários de nota fiscal ocorreu espontânea e não arbitrariamente.

Destas circunstâncias fático-jurídicas, é certo que restou configurada a circulação de mercadoria para a Pra Ti Presentes Artes e Decorações Ltda, localizada no Estado de São Paulo, tendo havido, por conseguinte, operação interestadual de venda de mercadoria, pelo recorrente, com trânsito irregular, eis que sem a emissão tempestiva do cabível documento fiscal (nota fiscal de saída de mercadoria relativa à venda e não de demonstração) e, nem tampouco, o pagamento do ICMS devido.

Tal hipótese que dos autos se extrai faz incidir a regra do art. 632 2.1 do RICMS acima transcrito, cuja alíquota é de 12% e não mais de 3% (Simples Nacional), ante o ilícito tributário, não sendo, destarte, também de 17%, como constatado pelos Julgadores de primeiro grau, que alteraram acertadamente, no voto supra transcrito, a alíquota aplicável ao caso em concreto reduzindo de 17% (autuação) para 12%, daí o julgamento pela procedência parcial do lançamento fiscal.

No que concerne à alegada confiscatoriedade da multa de 60% que lhe foi imposta, como ressaltado pela Procuradoria, está prevista na legislação tributária deste Estado, mais especificamente no art 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96, além do que, importa esclarecer, faltar a esta CJF competência material para deliberar sobre essa matéria – cancelamento ou redução da multa.

Entretanto, se o sujeito passivo assim o quiser, poderá dirigir requerimento à Câmara Superior deste Colegiado para, ao apelo da equidade, postular o cancelamento ou redução, como salientado pela PGE/PROFIS no Parecer supra relatado.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário mantendo inalterada a Decisão hostilizada.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **128966.0002/10-8**, lavrado contra **EXPODOMUS COMERCIAL LTDA. (GAIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$51.479,31**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2012.

RUBENS BEZERRA DE SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELOTORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS