

PROCESSO - A. I. N° 022227.0010/11-8
RECORRENTE - TEREZINHA GONÇALVES DE OLIVEIRA (SUPERMERCADO DA FELICIDADE)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF n° 0258-02/11
ORIGEM - INFAS SERRINHA
INTERNET - 02/01/2013

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0424-11/12

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 capazes de elidir a exigência tributária. Infração mantida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Não foram apresentados elementos para desconstituir a exigência tributária. Infração mantida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. INSCRITO NO SIMPLES NACIONAL. Não foram apresentados elementos para elidir a exigência tributária. Infração mantida. 5. 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. c) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Mantida a multa. d) EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DEO USO DO ECF. Multa reduzida com fulcro no § 7º do artigo 42 da Lei n° 7.014/96. Não acolhido o pedido de realização de perícia e diligência. Reformada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 2^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, lavrado para imputar ao contribuinte o cometimento de treze imputações, sendo objeto do presente Recurso as infrações 1, 2, 5, 7, 10, 11, 12 e 13 da peça inicial da autuação, abaixo transcritas:

INFRAÇÃO 1 – utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 20.018,05 referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição;

INFRAÇÃO 2 – falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$48.637,97, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios;

INFRAÇÃO 5 – falta de 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 nos Anexos 88 e 89. ICMS no valor de R\$1.154,32;

INFRAÇÃO 7 – falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial no valor de R\$6.882,49, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Simples Nacional;

INFRAÇÃO 10 – multa de 5% no valor de R\$31.306,88 por omissão de entrada de mercadorias no estabelecimento das informações econômico-fiscais apresentadas por meio de DME;

INFRAÇÃO 11 – multa de 10% no valor de R\$19.124,13 por entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal;

INFRAÇÃO 12 – multa de 1% no valor de R\$2.611,06 por entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal;

INFRAÇÃO 13 – multa de 2% no valor de R\$25.883,53 por emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

A Junta de Julgamento dirimiu a lide com os seguintes fundamentos:

“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 argüição 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 omissivo 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, aliena “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, fractionários 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.”

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o presente Recurso Voluntário, alegando, quanto às infrações 1, 2, 5, 7 e 10 que a Junta de Julgamento Fiscal vulnerou seu direito à ampla defesa, ao indeferir a realização de “perícia contábil”, que seria a “única forma de comprovar o erro de fato cometido pelo preposto fiscal quando de sua autuação”, sendo, portanto, crucial para a garantia de seu direito ao contraditório.

Por essa razão, renova o pedido de realização de perícia para comprovar a improcedência das infrações, devido à “impossibilidade de juntada de todas as notas fiscais de saída vez que as mesmas eram realizadas de forma manual, gerando um número muito grande de talonários emitidos”.

Quanto às infrações 11 e 12, alega que as acusações também não condizem com a realidade dos fatos, o que “*também será comprovado pela documentação a ser anexada, bem como pela revisão do lançamento*”.

Acrescenta que é evidente o caráter confiscatório das multas aplicadas, o que é coibido pelo sistema jurídico pátrio (Constituição Federal, artigo 150, inciso IV), haja vista que o valor exigido supera a renda anual da empresa.

Pede a nulidade da infração 13, pois não houve fraude, o tributo foi recolhido e houve apenas um equívoco, pois, para não perder vendas, emitia, além dos cupons fiscais, notas fiscais D-1 para aqueles clientes que a exigiam.

Por fim, pede a realização de diligência e a improcedência da autuação, ou, pelo menos, a redução das penalidades nos termos do § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, pontuando que o recorrente não trouxe nenhum elemento capaz de justificar a realização de diligência para reavaliar o trabalho fiscal referente às infrações 1, 2, 5, 7 e 10.

Em referência às multas por descumprimento de obrigação acessória, afirma que “*não há qualquer argumento ou prova para as infrações 11 e 12, e a alegação para a infração 13 não se sustenta, pois a empresa deve emitir cupom fiscal a consumidor final, não podendo substituir por outro documento fiscal*”.

Entende que não há razão para a redução das multas, “*pois a fiscalização apurou falta de recolhimento de ICMS nas demais infrações*”.

VOTO

Inicialmente, indefiro a diligência/perícia contábil solicitada pelo recorrente, tendo em vista que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação do convencimento desta Corte, nos termos do artigo 147, I, “a”, do RPAF/99.

Ademais, o contribuinte não anexou aos autos nenhum elemento de prova para que se pudesse avaliar a necessidade de converter o PAF em diligência. Por fim, o exame das notas fiscais de saídas, como deseja o autuado, é absolutamente improdutivo para demonstrar a existência de equívocos no trabalho fiscal relativamente às infrações 1, 2, 5, 7 e 10, que tratam, respectivamente, de uso indevido de crédito; falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar; falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária e por antecipação parcial e, finalmente, cobrança de multa pela falta de registro de entradas de mercadorias nas informações econômico-fiscais apresentadas por meio de DME.

O mérito das imputações acima relacionadas não foi abordado pelo recorrente e, dessa maneira, considero correta a Decisão recorrida.

Concernente às multas indicadas nas infrações 11, 12 e 13, a Decisão da Primeira Instância não merece reparos. Restou comprovado o cometimento de infrações de caráter acessório e o contribuinte, em nenhum momento, apresentou provas da existência de erros na autuação, limitando-se a dizer que eventual diligência comprovaria tais equívocos.

Referente ao argumento de que as multas aplicadas são confiscatórias, ressalto que elas estão previstas na Lei nº 7.014/96 para as hipóteses aventadas neste Auto de Infração, não cabendo ao CONSEF a apreciação de argumentos relacionados à inconstitucionalidade da legislação estadual.

Finalmente, não vislumbro os requisitos previstos no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96 para reduzir os valores das penalidades aplicadas, já que foi exigido, neste Auto de Infração, o ICMS em razão de diversas acusações, não havendo como se afirmar que o descumprimento das obrigações acessórias não teve como consequência a falta de recolhimento do imposto estadual.

Na infração 13, apesar de ter alegado que emitiu cupom e nota fiscal D-1 de forma concomitante, o recorrente mais uma vez deixou de trazer as provas materiais de suas afirmações, o que me leva a manter a Decisão recorrida.

Entretanto, como foi constatada a emissão de nota fiscal em substituição ao cupom fiscal a que estaria obrigado o contribuinte – situação em que resta patente a inexistência de dolo e a prova de que houve a declaração de vendas – e, além disso, devido ao valor relevante da penalidade aplicada (R\$25.883,53) em face de uma empresa de pequeno porte, considero que deve ser reduzido o montante da infração 13 para R\$1.294,18 (5% da importância originalmente lançada).

Por tudo quanto foi exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para reduzir o valor da exigência fiscal referente ao item 13 da autuação para R\$1.294,18, conforme demonstrativo abaixo, mantendo a Decisão recorrida quanto às demais imputações.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO 13					
Seq.	D.Ocorrência	D.Vencimento	Vlr. Histórico	Multa %	Multa de 5% sobre a Importância original
91	31/01/2006	09/02/2006	342,50	2	17,13
92	28/02/2006	09/03/2006	696,61	2	34,83
93	30/04/2006	09/05/2006	100,17	2	5,01
94	30/06/2006	09/07/2006	605,76	2	30,29
95	31/08/2006	09/09/2006	705,95	2	35,30
96	31/10/2006	09/11/2006	500,74	2	25,04
97	30/11/2006	09/12/2006	936,10	2	46,81
98	31/12/2006	09/01/2007	641,68	2	32,08
99	28/02/2008	09/03/2008	17,02	2	0,85
100	31/03/2008	09/04/2008	477,14	2	23,86
101	30/04/2008	09/05/2008	145,75	2	7,29
102	31/05/2008	09/06/2008	48,06	2	2,40
103	30/06/2008	09/07/2008	49,90	2	2,50
104	31/07/2008	09/08/2008	1.773,24	2	88,66
105	31/08/2008	09/09/2008	1.315,90	2	65,80
106	30/09/2008	09/10/2008	35,22	2	1,76
107	31/10/2008	09/11/2008	7,88	2	0,39
108	30/11/2008	09/12/2008	26,30	2	1,32
109	31/12/2008	09/01/2009	35,69	2	1,78
110	31/01/2009	09/02/2009	35,19	2	1,76
111	28/02/2009	09/03/2009	32,44	2	1,62
112	31/03/2009	09/04/2009	24,53	2	1,23
113	30/04/2009	09/05/2009	23,89	2	1,19
114	31/05/2009	09/06/2009	2.711,80	2	135,59
115	30/06/2009	09/07/2009	24,85	2	1,24
116	31/07/2009	09/08/2009	78,88	2	3,94
117	31/08/2009	09/09/2009	1.626,29	2	81,31
118	30/09/2009	09/10/2009	59,51	2	2,98
119	31/10/2009	09/11/2009	34,09	2	1,70
120	30/11/2009	09/12/2009	65,77	2	3,29
121	31/12/2009	09/01/2010	24,84	2	1,24
122	31/01/2010	09/02/2010	15,33	2	0,77
123	28/02/2010	09/03/2010	86,52	2	4,33
124	31/03/2010	09/04/2010	30,47	2	1,52
125	30/04/2010	09/05/2010	43,42	2	2,17
126	31/05/2010	09/06/2010	28,85	2	1,44
127	30/06/2010	09/07/2010	19,30	2	0,97
128	31/07/2010	09/08/2010	12,10	2	0,61
129	31/08/2010	09/09/2010	28,42	2	1,42
130	30/09/2010	09/10/2010	54,89	2	2,74
131	31/10/2010	09/11/2010	52,13	2	2,61
203	31/01/2007	09/02/2007	2.393,52	2	119,68
204	28/02/2007	09/03/2007	1.357,28	2	67,86
205	31/03/2007	09/04/2007	1.001,94	2	50,10
206	30/04/2007	09/05/2007	16,28	2	0,81
207	31/05/2007	09/06/2007	40,19	2	2,01
208	30/06/2007	09/07/2007	1.130,06	2	56,50
209	31/07/2007	09/08/2007	1.288,64	2	64,43
210	31/08/2007	09/09/2007	1.445,01	2	72,25
211	30/09/2007	09/10/2007	378,56	2	18,93
212	31/10/2007	09/11/2007	1.394,75	2	69,74
213	30/11/2007	09/12/2007	860,54	2	43,03
214	31/12/2007	09/01/2008	34,47	2	1,72
215	31/01/2008	09/02/2008	967,17	2	48,35
TOTAL			25.883,53		1.294,18

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 022227.0010/11-8, lavrado contra **TEREZINHA GONÇALVES DE OLIVEIRA (SUPERMERCADO DA FELICIDADE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$77.981,67**, acrescido das multas de 50% sobre R\$6.608,80, 60% sobre R\$70.999,19 e 70% sobre R\$373,68, previstas no art. 42, incisos I, alíneas “a” e “b”, item 1, II, alíneas “d” e “f”, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$54.336,25**, prevista no art. 42, incisos IX, XI, XII-A e XIII-A, alínea “h”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de dezembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

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