

A.I. Nº - 298921.0014/10-5
AUTUADO - TRAVEL ROUPAS LTDA.
AUTUANTE - ARI SILVA COSTA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 26/04/12

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JF N° 0075-03/12

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. Fato em parte demonstrado nos autos. Refeitos os cálculos, em face das provas apresentadas pelo contribuinte. Reduzido o valor do imposto a ser lançado.

2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DEVOLUÇÕES DE MERCADORIAS EFETUADAS POR CONSUMIDORES FINAIS – FALTA DE COMPROVAÇÃO. Devoluções referentes a valores de troca. Os documentos não indicam os nomes dos clientes. Não especificam as Notas Fiscais das vendas que deram ensejo a tais devoluções. Não contêm a discriminação das mercadorias, preços unitários, valores, etc. Documentos emitidos nessas circunstâncias são absolutamente inaceitáveis. O art. 653 do RICMS prevê que, em caso de recebimento de mercadoria devolvida por consumidor, o contribuinte pode creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução. A prova deve ser produzida nos termos do § 2º, que regula a forma como deve ser emitida a Nota Fiscal de entrada das mercadorias devolvidas, devendo ainda o contribuinte obter, na Nota Fiscal ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade. Essas providências não foram adotadas. Está configurada a infração. Lançamento mantido.

3. EQUIPAMENTO DE CONTROLE FISCAL (ECF). FALTA DE CUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS LEGAIS. INTIMAÇÕES PARA CESSAÇÃO DE USO. MULTA. Vícios formais e materiais do procedimento fiscal. Enquadramento do fato em dispositivo legal inexistente. Descrição do fato de forma vaga, não permitindo saber-se qual o motivo da autuação. Multa indevida.

4. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. a) FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. b) FALTA DE APRESENTAÇÃO DE LIVROS FISCAIS. MULTA. Foram aplicadas duas multas, de idêntico valor, uma por falta de apresentação de documentos, e outra por falta de apresentação de livros. O fato foi enquadrado no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96. O referido inciso XX prevê a aplicação de multa ao

contribuinte que “deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exhibir livro ou documento...”. A lei não diz que se aplique uma multa pela falta de exibição dos livros e outra pela falta de exibição dos documentos. Mantida a primeira multa, na qual já está compreendida a segunda, sendo esta indevida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 15/12/10, diz respeito aos seguintes fatos:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos a título de “antecipação parcial”, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, sendo lançado imposto no valor de R\$ 58.037,23, com multa de 60%;
2. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS a título de devoluções de mercadorias efetuadas por consumidores finais, sem comprovação, sendo glosado crédito no valor de R\$ 5.255,68, com multa de 60%;
3. falta de cumprimento de exigências legais na cessação de uso de equipamento de controle fiscal, pois, após 4 intimações, não houve cessação de uso das máquinas Bematech MP-2100THFI números BE050769200005009086 e BE05076920005009071A, conforme consulta no INC, sendo por isso aplicada multa de R\$ 4.600,00;
4. falta de apresentação de documentos fiscais, quando intimado, pois, após 4 intimações, não apresentou a totalidade das Notas Fiscais de entradas e saídas, sendo por isso aplicada multa de R\$ 4.140,00;
5. falta de apresentação de livros fiscais, quando intimado, pois, após 4 intimações, não apresentou os livros Registro de Entradas de 2007 e 2009, Registro de Saídas de 2007 e 2009, Registro de Apuração de 2007 e 2009, RUDFTO e Registro de Inventário de 2007, 2008 e 2009, sendo por isso aplicada multa de R\$ 4.140,00.

O contribuinte defendeu-se (fls. 142/153) requerendo preliminarmente que a intimação do resultado deste feito seja feita no endereço de seu representante, com escritório profissional na Av. Tancredo Neves, nº 1.485, sala 902, Edifício Esplanada Trade Center, bairro Caminho das Árvores, CEP 41.820.121, Salvador, Bahia.

Alega que o ICMS da antecipação parcial de que cuida o item 1º deste Auto de Infração foi devidamente recolhido. Reclama de iliquidez e incerteza da autuação, por falta de discriminação das Notas Fiscais e respectivos valores que serviram de amparo para o levantamento. Argumenta que tal fato por si só eiva de nulidade os Autos de Infração, pois desobedece ao art. 142 do CTN. Adverte que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulo o presente Auto de Infração, por deixar de informar as Notas Fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão do Auto, cerceando a plena defesa. Requer que, se assim não se entender, sejam adotadas diligências para a constatação dos reais valores devidos, evitando assim detrimento aos seus direitos em benefício do locupletamento desmotivado do Estado. Fala das agruras sofridas pelas empresas nacionais devido à pesada carga tributária a elas imposta. Alude às leis, habitualmente confusas e obscuras, ou constituindo ainda apenas mais uma bandeira da burocracia que destrói o País, haja vista o tumulto legislativo ao qual estão submetidas as empresa nacionais no tocante à tributação do não menos confuso ICMS. Considera que a receita estadual pode ser comparada às grandes instituições financeiras, que “trabalham” com o dinheiro dos correntistas, pois o ICMS sobre mercadorias de outras unidades da Federação é cobrado da empresa antecipadamente, na entrada do produto neste Estado, momento em que a receita se utiliza do montante arrecado, e posteriormente repassa este valor na forma de crédito a ser

debitado nos livros fiscais, causando burocracia desnecessária e comumente usada neste país com a única finalidade de atravancar todo o sistema. Nega que no caso do item 1º haja obrigação tributária a ser adimplida.

Quanto ao item 2º, alega que, em face das peças processuais e do demonstrativo apresentado pelo fiscal, remanesce a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS, porém não ficou demonstrado no demonstrativo, de forma a se estabelecer, com segurança, uma relação entre os documentos fiscais, as espécies de mercadorias e os correspondentes créditos do ICMS lançadas nas Notas Fiscais. Aduz que teria comprovado os créditos no curso da ação fiscal, por meio de documentos, mas o fiscal deixou de considerar os documentos, de modo que resta comprovado não haver a diferença apurada pelo autuante.

Com relação à cessação do uso das máquinas, o autuado alega que improcede o lançamento do item 3º, haja vista que a empresa ainda não procurou uma das empresas credenciadas pela SEFAZ para efetuar intervenção técnica para cessação de uso do ECF, pois não requereu o pedido de baixa da empresa, substituição do equipamento, perda do equipamento por motivos técnicos, etc., para que seja retirado o lacre instalado e ser apagada toda programação do ECF. Diz que manteve o ECF à disposição do fiscal para que fossem adotadas todas as medidas necessárias para o desempenho da fiscalização, em conformidade com o art. 766 e § 3º do art. 767 do RICMS.

Com relação às multas por falta de apresentação de documentos e livros fiscais – itens 4º e 5º –, sustenta ser nula a autuação efetuada por meros indícios não provados. Reclama que o autuante não procedeu a qualquer exame concreto, preferindo ficar no terreno dos meros indícios, que nem presunções “*hominis*” podem constituir, armado tão-somente de simples anotação, desconhecida e não produzida pela empresa, desacompanhada de qualquer outro elemento de prova ou de convicção. Aduz que a doutrina, de forma unânime, tem rechaçado o uso arbitrário e indevido de indícios e da mera presunção como prova absoluta a favor do fisco, indicando a necessidade de o fisco demonstrar todos os fatos em que se apóia. Transcreve trecho do processualista penal José Frederico Marques.

A seu ver este Auto de Infração não merece prosperar porque, em se tratando de falta de apresentação de livros e documentos fiscais, não sendo este o caso em tela, que resultar em multa, ou do relatório que seja parte integrante do Auto, deve constar a indicação pormenorizada dos fatos e dos elementos qualitativos e quantitativos considerados para a fixação do valor tributável, uma vez que a falta de tais elementos ocasiona a nulidade do lançamento, e é isto o que requer.

Quanto às multas, especificamente, alega que a confusão tributária se torna mais grave ainda no presente caso, haja vista a preliminar já argüida e os valores que incidiram sobre a obrigação principal.

Protesta que o valor alocado pela notificação e as multas impostas são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada pela Constituição, de ofensa aos direitos dos contribuintes e aos de defesa do consumidor. Assinala que o art. 150 da Constituição sedimenta o que está sendo sustentado, ao vedar a utilização de tributo com efeito de confisco.

Argumenta que as multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% sobre o valor, e não no percentual que restou imposto neste Auto, e sendo assim o Auto de Infração esbarra na inexistência de liame legislado entre os valores pretendidos e a exigência efetuada, devendo essa ausência de liame restar declarada judicialmente. Toma por fundamento o parágrafo único do art. 52 da Lei nº 9.298/96, segundo o qual as multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a 2% do valor da prestação.

Considera que, ao se aceitar a imposição de tal penalidade, que escapa à sua capacidade contributiva, estar-se-ia no império de Luiz XV, onde o Estado é o Rei, tudo podendo. Pondera que o sistema tributário não pode apenar o contribuinte desse modo, seja em forma de multas, seja em forma de juros extremamente onerosos e contrários aos critérios legais. Sustenta que a vedação existente quanto à capitalização é norma “erga omnes”, não podendo o Estado utilizar-se de sua posição privilegiada para obter vantagens. Argumenta que a multa, se mantido este Auto de Infração, deve ser reduzida aos parâmetros legais e convencionais. Vale-se nesse sentido da regra do art. 96 do CTN. Socorre-se ainda do parâmetro preconizado pelo art. 1º da Constituição. Conclui pleiteando que, existindo cobrança a mais, perdendo o Auto de Infração os requisitos da liquidez e certeza, seja ele arquivado, ou que, em caso de entendimento contrário, seja elaborada nova planilha, expurgando-se a capitalização, reduzindo-se as multas incidentes sobre o valor principal aos índices preconizados em lei.

Pede que o Auto de Infração seja declarado nulo, pelos motivos desfilados, ou que se determine diligência a fim de apurar as questões suscitadas no tocante aos valores “auferidos” pelo fiscal relativamente aos períodos relacionados, de modo a comprovar as alegações de erro na apuração dos valores lançados, ou ainda que, no mérito, constatando-se a incidência de multas superiores às previstas legalmente, se proceda aos recálculos do real valor devido, expurgando-se a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, e que a empresa seja intimada de todo o andamento do processo administrativo, para o regular exercício da ampla defesa.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 157/159) observando que não houve preliminares quanto a formalidades essenciais do Auto de Infração.

Com relação ao mérito, considera não haver qualquer nulidade na apuração da antecipação parcial a menos. A seu ver o autuado cometeu um grande equívoco, não tendo observado as cópias dos demonstrativos às fls. 23 e 24 que lhe foram entregues, nos quais constam os números das Notas Fiscais, com suas séries e modelo, CFOP, data, CNPJ do fornecedor, UF, valor total, BC ICMS [*sic*], valor do ICMS e outros dados, elementos esses que permitem apurar o fato gerador, o documento fiscal, a base de cálculo e o valor do ICMS.

Explica que o contribuinte só tem dois fornecedores em potencial (fls. 31 e 32): Travel Roupas Ltda. e Santa Mônica Indústria e Comércio Ltda., que são fábricas do grupo Travel, e portanto as Notas Fiscais estão em poder dos próprios sócios, não havendo necessidade de “circularização”. Informa que fez 4 intimações e o autuado não apresentou as Notas Fiscais de entrada, sendo que o seu procurador sempre alegava que os livros e documentos fiscais estavam em poder dos sócios no Rio de Janeiro, ao passo que os sócios declaravam que não encontravam as Notas Fiscais. O autuante considera que para alegar alguma contestação deveriam eles apresentar as Notas Fiscais com valores divergentes dos demonstrativos fiscais, e isto não ocorreu, e como não foi apresentado nenhum documento fiscal, e estando os documentos em poder dos sócios, que os retiveram, que então contestassem os documentos. E aduz: “Eles Estão de acordo com o art. 142 do CTN e são claros e transparentes”. Considera que alegar cerceamento de defesa é totalmente descabido, e o contribuinte deveria analisar com clareza as cópias dos demonstrativos fiscais para evitar estas situações desnecessárias. Entende que não há por que se falar em nulidade, pois um contribuinte que não fornece ao fisco seus livros, documentos e informações por vias normais não está apto a contra-arrazoar os levantamentos, e portanto o 1º lançamento é procedente.

Quanto ao 2º lançamento, informa que houve utilização indevida de crédito fiscal, acrescentando que o anexo às fls. 79 a 133 é elucidativo. Aduz que as devoluções são fictícias, e as Notas Fiscais nem foram preenchidas completa e corretamente.

Com relação ao 3º lançamento, assinala que houve 4 intimações e o autuado não realizou a cessação de uso das máquinas. Observa que o relatório do ECF detalhado à fl. 134 demonstra que não houve cessação de uso até a data da autuação.

Relativamente às outras infrações, o fiscal considera descabidas as alegações do autuado, que não apresenta os livros e documentos fiscais após 4 intimações e ainda tenta com argumentos pífios a nulidade, sem qualquer fundamento, já que a lei é clara e transparente.

No tocante às questões acerca das multas, o autuante considera que questionar o sistema tributário foge totalmente ao processo administrativo.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

O processo foi remetido em diligência à repartição de origem (fls. 163-164) para que o fiscal juntasse cópias de todas as Notas Fiscais que embasaram os lançamentos 1º e 2º que ainda não estivessem nos autos e excluísse do levantamento os valores referentes a Notas Fiscais não anexadas ao processo.

Em resposta à diligência, o fiscal informou (fls. 166-167) que o Auto de Infração foi lavrado após 4 intimações, tendo o contribuinte apresentado apenas 10% dos livros e documentos fiscais, tendo sido arrecadadas somente 22 Notas Fiscais de entrada, sendo que no período da fiscalização (4º trimestre de 2010) o CFAMT [Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito] estava desativado, restando apenas o Sintegra, com base no qual foi apurada a 1ª infração. Informa que, no tocante ao 2º lançamento, as Notas Fiscais de entrada (devolução) estão todas nos autos (fls. 82 a 133). Especifica as datas e os fatos atinentes à diligência. Conclui observando que elaborou novos demonstrativos (fls. 168 a 174). Juntou documentos.

Deu-se ciência dos novos elementos e do resultado da revisão fiscal ao contribuinte, reabrindo-se o prazo de defesa.

O autuado requereu a prorrogação do prazo para se manifestar por mais 30 dias (fl. 332), alegando a paralisação grevista dos funcionários dos Correios.

A prorrogação foi deferida (fl. 333). O autuado foi cientificado do deferimento (fls. 334-336).

O autuado não se manifestou.

VOTO

Este Auto de Infração compreende 5 lançamentos.

O 1º cuida de recolhimento de ICMS efetuado a menos a título de “antecipação parcial”, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização.

Os documentos objeto do levantamento fiscal foram discriminados em demonstrativos dos quais foram entregues cópias ao contribuinte.

Na fase de instrução o processo foi remetido em diligência à repartição de origem para que o fiscal juntasse cópias de todas as Notas Fiscais que embasaram o lançamento que ainda não estivessem nos autos e excluísse do levantamento os valores referentes a Notas Fiscais não anexadas ao processo. A diligência foi cumprida. O demonstrativo resultante da revisão do lançamento encontra-se à fl. 168, remanescendo imposto a ser lançado no total de R\$ 41.932,90. Acato o resultado da revisão. O demonstrativo do débito deverá ser feito com base nos elementos da planilha à fl. 168.

Quanto ao item 2º, a acusação é de que houve utilização indevida de crédito fiscal de ICMS a título de devoluções de mercadorias efetuadas por consumidores finais, sem comprovação de tais devoluções. Foi feita uma diligência para que o autuante anexasse todos os documentos fiscais envolvidos no levantamento, sendo informado que todos os documentos se encontram nos autos.

Analisando-se os documentos às fls. 82 a 133, percebe-se que se trataria de devoluções referentes a valores de troca. Os documentos não indicam os nomes dos clientes. Não especificam as Notas Fiscais das vendas que deram ensejo a tais devoluções. Não contêm a discriminação das

mercadorias, preços unitários, valores, etc. Documentos emitidos nessas circunstâncias são absolutamente inaceitáveis. O art. 653 do RICMS prevê que, em caso de recebimento de mercadoria devolvida por consumidor, o contribuinte pode creditar-se do imposto debitado por ocasião da saída da mercadoria, desde que haja prova inequívoca da devolução. A prova deve ser produzida nos termos do § 2º, que regula a forma como deve ser emitida a Nota Fiscal de entrada das mercadorias devolvidas, devendo ainda o contribuinte obter, na Nota Fiscal ou em documento apartado, declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade. Essas providências não foram adotadas. Está configurada a infração. Lançamento mantido.

O 3º item do Auto de Infração diz respeito a uma multa por falta de cumprimento de exigências legais na cessação de uso de equipamento de controle fiscal (ECF), pois, após 4 intimações, não houve cessação de uso das máquinas Bematech MP-2100THFI números BE050769200005009086 e BE050769200005009071A, conforme consulta no INC [informações do contribuinte no sistema da SEFAZ].

No Auto foi indicada como data da ocorrência desse fato o dia 15.12.10. O cometimento foi enquadrado no art. 42, XIII-A, “c”, 4, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 6.284,97.

Ocorre que na “data da ocorrência” a redação do referido inciso XIII-A era a que foi dada pela Lei nº 10.847/07. Na redação vigente à época do fato (dezembro de 2010) a multa estipulada pelo autuante, de R\$ 4.600,00, não era prevista na alínea “c”, e sim na alínea “d”, e o fato tipificado era outro – essa multa era aplicável “ao contribuinte que não apresentar equipamento de controle fiscal quando intimado pelo Fisco, aplicada a penalidade por cada equipamento”.

Quanto ao enquadramento apontado pelo autuante – art. 42, inciso XIII-A, alínea “c”, item 4 –, note-se que a alínea “c” não tem item 4, tem apenas os itens 1 e 2, sendo que o item 1 compreende os subitens 1.1 a 1.3, e o item 2 subdivide-se nos subitens 2.1 a 2.10.

Poder-se-ia corrigir o equívoco, aplicando a multa cabível. O problema é que não se sabe qual o fato que motivou a autuação. O fiscal não disse por qual razão o contribuinte teria de cessar o uso dos equipamentos. Na descrição do fato é dito que se trata de falta de cumprimento de “exigências legais”. Quais seriam essas exigências legais?

Concluo que a multa é indevida.

Os itens 4º e 5º referem-se a multas por falta de apresentação de documentos e livros fiscais. O autuante aplicou duas multas: uma de R\$ 4.140,00 por falta de apresentação de documentos, e outra, também de R\$ 4.140,00, por falta de apresentação de livros. O fato foi enquadrado no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96.

O referido inciso XX prevê a aplicação de multa ao contribuinte que “deixar de prestar esclarecimento ou informação, de exibir livro ou documento, arquivo eletrônico ou similar (exceto os arquivos previstos no inciso XIII-A), ou de mostrar bem móvel ou imóvel, inclusive mercadoria, ou seu estabelecimento a funcionário fiscal, quando por este regularmente solicitado”. Portanto, em se tratando de falta de exibição de livros e documentos, a multa é aplicável quando o contribuinte deixa de apresentar livros ou documentos. A lei não diz que se aplique uma multa pela falta de exibição dos livros e outra pela falta de exibição dos documentos.

Mantenho a multa do item 4º, na qual já está compreendida a do item 5º. Assim, a multa do item 5º é indevida.

As intimações deverão ser encaminhadas ao endereço indicado na fl. 2.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298921.0014/10-5**, lavrado contra **TRAVEL ROUPAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 47.188,58**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, “d”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 4.140,00**, prevista nos incisos XX do art. 42 da supracitada lei, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA