

A. I. N° - 269102.0010/11-0
AUTUADO - PAULO MÁRCIO CARDOSO VILASBOAS BARROS
AUTUANTE - OSVALDO SÍLVIO GIACHERO
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET 18.06.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0172-05/12

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. a) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração procedente. b) MICROEMPRESA. Infração procedente em parte, haja visto a comprovação do ICM relativo à Nota Fiscal n° 695515, do mês de agosto de 2007. 3. PRESUNÇÃO LEGAL DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. PAGAMENTOS NÃO REGISTRADOS. Na época dos fatos geradores não havia tipificação desta infração, na Lei n° 7.014/96. Infração improcedente. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. FALTA DE ENTREGA DE ARQUIVO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração comprovada. 5. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE VENDA A CONSUMIDOR EM LUGAR DO USO DE ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração procedente. Preliminares de nulidade rejeitadas. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 16/12/2011, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de R\$191.939,77, imputando ao autuado as seguintes infrações:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Valor Histórico: R\$347,17 – Multa de 50% - 07.03.03;
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Valor Histórico: R\$1.955,29 – Multa de 60% - 07.15.01;
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamento(s) não registrado(s). Valor Histórico: R\$161.369,12 – Multa de 70% - 05.05.02;
4. Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), Omissão de entrega do arquivo. Multa Fixa: R\$20.700,00 – 16.12.20;
5. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Multa de 2%: R\$7.568,19 – 16.12.16;

O autuado apresenta defesa, fls. 851 a 860, de início, suscita a preliminar de nulidade do Auto de Infração em face da sua manifesta impropriedade, especialmente pela forma com que foi instaurado e por inexistência de justa causa para a sua lavratura, pois a Constituição Federal – CF, garante aos cidadãos o exercício sagrado do direito de defesa, tanto na fase administrativa como na judicial, ao tempo em que reproduz o art. 5º, inciso II.

Sustenta que a autuação não passa de equívocos, cujos dispositivos oferecidos não possibilitam o entendimento esposado na exação, tampouco abre espaço ou possibilidade para o apenamento

pretendido, tendo como ilegítima, assim, deve ser declarada nula, dando-se baixa dos registros pertinentes, com o consequente arquivamento do processo, que lhe propiciou a origem.

Observa que a legislação estadual considera como “*presunção de operação ou prestação tributável não registrada, quando constatada diferença apurada mediante controle físico dos bens ou mercadorias, assim entendidos os confrontos entre **número de unidades estocadas** e o número de entradas e de saídas*”; veja que a expressão **número de unidades estocadas** está no plural, significando que o levantamento específico, para sua correção, está condicionado à existência tanto do estoque anterior como do **estoque final**.

Reclama que a autuação da maneira como foi realizada, se tornou fictícia, imaginária, eis que não foi procedido o levantamento do estoque final no interior da empresa autuada, para dar sustentação de validade (prova material), aos demonstrativos que acompanham a ação fiscal; e, sem essa apuração não possui qualquer valor legal a ação fiscal. Com efeito, a autoridade lançadora ao oferecer as incertezas de que trata o Auto de Infração sob exame, maculou sua pretensa obra, porquanto da forma realizada, não enseja chegar a um raciocínio lógico da suposta infração cometida, porquanto, referida ação fiscal, realizou-se de forma equivocada, eis que os demonstrativos que pôderiam oferecer suporte ao Auto de Infração não possuem nenhuma validade jurídica.

Traz à baila os ensinamentos de Samuel Monteiro (MONTEIRO, Samuel. Tributos e contribuições. 2.ed. São Paulo: Hemos, 1991, t. 3, p.160-161). Afirma que é incontestável a obrigatoriedade do lançamento de ofício, nos termos do parágrafo único, do art. 142, do Código Tributário Nacional – CTN, essa obrigação legal indiscutível há de estar regrada pelos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, como disciplinados no caput do artigo 37, da CF.

Aduz que a empresa não ofendeu quaisquer normas da legislação estadual, muito menos cometeu atos irregulares, para se sujeitar às cominações que lhe venha fixar o Auto de Infração.

Aduz que também se equivocou o agente fiscal, por falta da demonstração da ocorrência do fato gerador que viesse a permitir referida exigência. Também afirma que é amadorismo conhecido que o fato gerador do ICMS ocorre na saída da mercadoria do estabelecimento, assim, somente nessa hipótese há que se falar em débito de ICMS, jamais na hipótese descrita no lançamento fiscal, em face da precariedade da demonstração anexada ao Auto de Infração, que é peça imprestável e de nenhum valor jurídico.

Acrescenta que o lançamento que ora se hostiliza, quer impor apenamento indevido, portanto, à revelia da lei, neste caso, dúvida não existe quanto à inexistência de prática ilícita.

Sustenta que o autor dos levantamentos fiscais negou vigência também ao art. 142 do CTN, fato que invalida a propositura fiscal.

Reproduz ensinamento do jurista IVES GANDRA DA SILVA MARTINS (MARTINS, Ives Granda da Silva. Direito econômico empresarial. São Paulo: CEJUP, 1986, p. 96-97) e o artigo 112 do Código Tributário Nacional – CTN.

Passa a arguir o princípio do não confisco e ofensa ao direito de propriedade, posto que o percentual aplicado nas multas é astronômico e com caráter confiscatório, caracterizando verdadeiro abuso do poder fiscal, pois a multa por eventual infração de regulamento fiscal não pôde ser proporcional ao valor da operação, ferindo, assim, o princípio da razoabilidade.

Esclarece, ainda, que a CF/88, já determinava tratamento diferenciado para as pequenas empresas, objetivando a simplificação das obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e referente a créditos. A União, através da Lei nº 9.317/96 cria o SIMPLES, reduzindo substancialmente os controles burocráticos e a carga tributária. Para cumprimento das exigências legais o Estado da Bahia promulgou a Lei nº 7357/98, regulamentada pelo Decreto nº 7466/98, criando o SimBahia – Regime Simplificado de Apuração, posteriormente modificada pela Lei nº 7556/99, ampliando os limites para enquadramento.

Disse que, se for observado o contrato social da empresa juntado aos autos, trata-se de micro-empresa, devendo ter, dessa forma, tratamento diferenciado, até porque as infrações alegadas não foram de má-fé.

Pede a desconstituição do lançamento do débito ou redução da multa imposta, caso não seja acolhida a peça defensiva ou, ainda, a realização de diligências necessárias para elucidar as questões suscitadas, inclusive a realização de perícias.

O autuante, presta informação fiscal, fl. 908, informa que a defesa pede a nulidade do Auto de Infração, na qual alega a inexistência de justa causa para a sua lavratura. Disse também que a defesa se confundiu sobre o roteiro de fiscalização realizado, pois fez citações de auditoria de estoque, quando na verdade o roteiro executado foi de auditoria de caixa.

Informou, contrapondo-se aos argumentos apresentados, que o Auto de Infração possui fundamento na Ordem de Serviço – OS, exarada pela INFAZ de origem Guanambi e nas infrações apuradas e demonstradas neste processo. Dada a grande variedade de itens comercializados preferiu pela execução do roteiro de caixa, no qual a defesa se confunde e faz citações alusivas ao roteiro de estoque.

Em relação aos elevados valores cobrados, todos se fundamentam na base de cálculo apurada e demonstrada no processo ora explanado, na alíquota vigente neste Estado e nas multas preconizadas pela Lei nº 7.014/96, que fundamenta a cobrança do ICMS. Quanto ao pedido de nulidade, de desconstituição do débito e de redução das multas, lembra ao Conselho de Fazenda – CONSEF que todo comerciante que sonega concorre deslealmente com os demais, de sua região, beneficiando-se e os prejudicando.

Enfatiza que o argumento defensivo é genérico e não consegue afrontar a realidade dos fatos, claramente expostos nos demonstrativos do Auto de Infração. Além do que a defesa não cita nenhum número errado, tampouco um cálculo ou mesmo nota fiscal trocada. Sendo, assim, incapaz de demonstrar qualquer incoerência na lavratura do referido Auto de Infração, só lhe resta fazer apelações vagas.

Requer a Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, nego o pedido de diligência, haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor, a teor do que dispõe o art. 147, I do RPAF/99.

Quanto ao pedido de nulidade da autuação, constato que o procedimento de fiscalização não afrontou qualquer princípio constitucional e jurídico, o Auto de Infração foi lavrado com obediência aos ditames do art. 39 do RPAF/99, e observado o devido processo legal e o direito à ampla defesa, quando o sujeito passivo foi cientificado de todos os atos processuais e pôde participar ativamente de sua defesa. Desta forma, não restam caracterizadas irregularidades que possam anular o lançamento tributário sob comento, previstas no art. 18 do mesmo diploma legal dantes citado.

No mérito, na infração 1 está sendo exigido ICMS antecipação parcial, em decorrência da falta de recolhimento, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, consoante demonstrativo de fl. 17 e cópias das notas fiscais, fls. 18 a 20 do PAF, cujas mercadorias procedem dos Estados de Paraná e Goiás.

A antecipação parcial está prevista no Art. 352-A do RICMS-BA, o qual reproduz o art. 12-A da Lei nº 7.014/96,

“Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição”.

O fato gerador da antecipação parcial ocorre no momento das entradas interestaduais de mercadorias para comercialização, inclusive a título de transferências entre estabelecimentos da mesma empresa. Todo o adquirente no Estado da Bahia está obrigado a efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, independentemente do regime de apuração, e de sua condição no cadastro estadual, sob o Código de Receita nº 2175.

A base de cálculo é composta do valor total da operação constante no documento fiscal, ou seja, de todos os itens que compõem o custo da mercadoria, tais como IPI, frete, despesas acessórias.

O contribuinte não trouxe qualquer comprovação do pagamento do ICMS ora exigido, a infração fica mantida.

Na infração 2, semelhante à anterior, a exigência refere-se à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, como previsto no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, repetido no art. 352-A do RICMS/97.

O demonstrativo da infração encontra-se nas fls. 22, onde estão discriminadas as notas fiscais que tiveram origem na escrita do contribuinte ou no CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito), e as cópias dos documentos fiscais estão anexas, fls. 23 a 44.

O sujeito passivo comprova a regularidade do pagamento do ICMS, referente à Nota Fiscal nº 695515, no valor de R\$ 76,34, relacionada no levantamento fiscal, ora exigido. Deste modo, deve ser abatido este valor, referente ao mês de agosto de 2007, e naquele mês o ICMS exigido passa a ser de R\$ 376,52. Deste modo, procedente em parte a infração, no valor de R\$ 1.878,95, vez que os demais valores permanecem na íntegra. Infração procedente em parte.

Na infração 3, a exigência refere-se à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, no período de maio de 2007 a agosto de 2008.

Está amparada na Lei nº 7.014/96, § 4º do art. 4º, cuja redação atual dispõe:

Art. 4º -Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I – saldo credor de caixa;

II – suprimimento a caixa de origem não comprovada;

III- manutenção, no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV – entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V – pagamentos não registrados;

VI – valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) Instituições financeiras,

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

c) “Shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante.

VII – valores de operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.

Contudo, como os fatos geradores apontados nesta infração correspondem ao período de 31/05/2007 a 31/12/2008, encontrava-se vigente a seguinte redação à norma legal acima descrita, que surtiu efeitos de 28/12/2002 a 30/03/2010, onde não havia a previsão legal para a ocorrência de pagamentos não registrados:

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Observe que o autuante enquadrou a infração no art. 2º § 3º, IV, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, e naquele dispositivo regulamentar, a infração encontrava-se prevista, quando ditava que “*Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar: entradas de mercadorias ou bens não registradas*”. (redação dada pela

Alteração nº 10 (Decreto nº 7490, de 30/12/98. DOE de 31/12/98).

Não obstante a leitura do dispositivo regulamentar acima, quando a Constituição Federal confere a competência tributária ao Estado, esta competência é legislativa, ou seja, para editar a lei que instituirá, em abstrato, um tributo, no caso o ICMS. Desta forma, o princípio da legalidade tributária, ou o princípio da reserva legal, tem que ser estritamente observado, conforme a previsão contida no art. 150, I da C.F., nos termos do qual “*é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça*”. Este dispositivo de forma expressa, exige lei para a instituição e a majoração de tributos, logo, Regulamento de ICMS não é o instrumento hábil, portanto, para fundamentar a exigência de ICMS, se a hipótese de incidência não estiver tipificada em lei, lei formal, de competência para a sua edição, atribuída ao Poder Legislativo.

Em conclusão, como nos períodos de ocorrência dos fatos geradores, não havia previsão legal, somente a previsão regulamentar, não prevalece à autuação, mesmo porque a lei não retroage para alcançar fatos anteriores à sua edição. Portanto, improcedente a acusação fiscal, pois a conduta do contribuinte não estava vedada pela lei do ICMS.

Na infração 4, a exigência refere-se à falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, os quais deveriam ter sido enviados via Internet, através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED). Houve, portanto, a omissão de entrega dos arquivos, nos meses de outubro de 2007 a dezembro de 2008, serão aplicada a multa no valor de R\$ 1.380,00, mensal, consoante previsão do art. 42, XIII-A “i”, no mês de outubro de 2007 e de novembro de 2007 a dezembro de 2008, no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96.

O arquivo deverá ser entregue via Internet, através do programa Validador/Sintegra, que disponibilizará para impressão o Recibo de Entrega de Arquivo, cancelado eletronicamente pós a transmissão, ou na repartição fazendária.

Verifico que, de acordo com a Relação de Arquivos recepcionados, fls. 79 a 82, o contribuinte não enviou os arquivos, 50, 61, 61 R, 70, 74, referentes à realização de movimentação econômica, emissão de notas fiscais de venda a consumidor, de serviços de transporte, e do inventário, respectivamente, e pela legislação em vigor, a empresa deveria transmitir os arquivos magnéticos até o 30º dia do mês subsequente à sua movimentação econômica (art. 708-A, IV do RICMS-BA), tendo em vista que o cronograma de recebimento dos Arquivos Magnéticos pela SEFAZ é fixado pelo final da inscrição do contribuinte.

Deste modo, por não ter o contribuinte entregue, nos prazos regulamentares, previstos na legislação, nos meses apontados no demonstrativo de débito, o arquivo eletrônico contendo a totalidade das operações de entrada e de saída, ocorridos em cada período, foi aplicada a multa no valor de R\$ 1.380,00 mensal, prevista na Lei nº 7.014/96, anteriormente citada, para cada período em que os arquivos magnéticos deixaram de ser entregues.

Esta matéria já foi sobejamente apreciada por este CONSEF, inclusive pelas Câmaras de Julgamento Fiscal, que referendam a aplicação da multa conforme este lançamento. (Acórdão CJF 308-11/11; CJF nº 0039-11/10). Infração procedente.

Por último, na infração 5 a exigência fiscal reporta-se ao fato de o contribuinte ter emitido outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, referente aos meses de janeiro a dezembro de 2008, quando foi aplicada a multa de 2% do valor da operação prevista na Lei nº 7.014/96, art. 42, XIII-A, “h”.

Observo que não consta nos autos a justificativa de que tenham ocorrido intervenções técnicas no equipamento de controle fiscal (ECF), o que autorizaria a utilização de documentos fiscais, em lugar daquele equipamento.

Deste modo, fica mantida a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269102.0010/11-0**, lavrado contra **PAULO MÁRCIO CARDOSO VILASBOAS BARROS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.226,12**, acrescido das multas de 50% sobre R\$347,17, 60% sobre R\$1.878,95 previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 1 e II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$28.268,19**, previstas no art. 42, XIII-A, alíneas “j” e “h”, da já citada lei, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de junho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR