

A. I. N° - 140764.0010/12-0
AUTUADO - ELBERTO CASTRO NOGUEIRA
AUTUANTE - ETEVALDO NONICO SILVA
ORIGEM - INFAC GUANAMBI
INTERNET - 07/02/2013

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0010-03/13

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO FALTA DE PAGAMENTO. Restou comprovado que o autuado na condição de condição de Empresa de Pequeno Porte - EPP, de acordo com o art. 7º, inciso V, do RICMS-BA/97, não é devida a exigência. Infração insubstancial. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração subsistente. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não contestada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA DE 1%. Infração caracterizada. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS DE INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração Reconhecida. 6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. USUÁRIO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. Infração caracterizada. 7. INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO DE DADOS INCORRETOS NAS INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. MULTA. Item subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/06/2012, para exigência de crédito tributário no valor total de R\$19.239,59, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

Infração 01 - deixou de recolher do ICMS no total de R\$8.060,00, no mês de julho de 2007, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Indicada a multa de 60%;

Infração 02 - falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$1.723,43, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97, no período de março e setembro de 2008. Indicada a multa de 60%;

Infração 03 - utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no total de R\$423,35, nos meses de março e setembro de 2008, referente à aquisição de mercadorias com pagamento de imposto por antecipação tributária. Indicada a multa de 60%;

Infração 04 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro, julho e outubro de 2007, janeiro, abril, junho a outubro e dezembro de 2008. Exigida a multa no valor de R\$265,51, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias;

Infração 05 - deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$207,30, no mês de outubro de 2007, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Indicada a multa de 60%;

Infração 06 - falta de entrega do arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados - TED, Omissão da entrega do arquivo, nos meses de março, setembro e outubro de 2007 e junho, outubro e novembro de 2008. Indicada a multa de R\$1.380,00, para cada período, totalizando o montante de R\$8.280,00;

Infração 07 - declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA, nos meses de dezembro de 2007 e dezembro de 2008. Indicada a multa de R\$140,00 para cada período, totalizando o valor de R\$280,00.

O autuado em sua defesa, fls. 85 a 95, inicialmente discorre acerca da tempestividade da impugnação, transcreve o teor das infrações, e em seguida, articula os seguintes argumentos.

Em relação à infração 01 diz que o autuante precipitou-se na interpretação da legislação aplicada à espécie, uma vez que é uma empresa individual e encontra-se amparado pelo inciso V do art. 7º do RICMS-BA/97, que transcreve. Destaca que a norma citada é perfeitamente aplicável no tempo e no espaço ora mencionado, uma vez que a infração refere-se ao exercício de 2007.

Observa que se encontra ativo no cadastro do ICMS, como Empresa de pequeno Porte - EPP, optante pela forma de pagamento “Conta Corrente Fiscal” e CNAE 4744099 - Comércio varejista de materiais de construção em geral. Diz que para afastar qualquer discussão no que tange as condições de seu enquadramento como empresa de pequeno porte, e traz a colação o Balanço Patrimonial levantado em 31 de dezembro de 2006, no qual consta na Demonstração do Resultado do Exercício o valor da receita operacional bruta na importância de R\$1.146.006,90, cuja receita bruta assegura o enquadramento na condição de EPP, que nos termos da legislação citada está desobrigada do pagamento de diferença de alíquota.

Assevera que não tem pertinência a exigência fiscal deste item do Autuado de Infração, por falta de amparo legal.

Quanto à infração 02 afirma que não foi feita a prova necessária para a exigência, ou seja, as mercadorias adquiridas não estão sujeitas ao recolhimento do ICMS por antecipação, sem essa prova a cobrança não tem agasalho normativo, devendo, pois, ser rechaçada de plano.

Colaciona trecho da obra do processualista J. J. Calmon de Passos sobre produção de prova documental para corroborar sua tese de que é imprescindível para a lavratura do auto, a juntada de documentos que respaldem a pretensão fiscal. Arremata assinalando que, no presente caso, a documentação encartada não dá suporte para a pretensão fiscal almejada.

Com relação às multas atinentes às infrações 04, 06 e 07 afirma ser primária e de bons antecedentes situação facilmente comprovada através de seus registros junto a essa Repartição Fazendária. Aduz que a aplicação excessiva de penalidades fixas, vem de encontro aos princípios da equidade e razoabilidade, uma vez que não se tem prova nos autos da ocorrência nos exercícios fiscalizados de dolo, má-fé ou simulação.

Afirma que na inteligência do Legislador Estadual essas multas poderão ser canceladas ou reduzidas, tal entendimento está consubstanciado nas regras do §4º, do art. 60, da Lei nº 7.014/96, cujo teor reproduz.

Menciona que a Carta Política traz em seu bojo o princípio da razoabilidade, que deve ser observado e aplicado por todas as autoridades administrativas do Estado. Diz que nesse feito, tal princípio não foi observado pelo autuante, sabedor que é da legalidade de sua contabilidade, deveria ter considerado os seus registros, evitando, desta forma os prejuízos que estão à vista caso não seja aceita as razões deste petitório.

Colaciona fragmentos dos ensinamentos dos juristas, Alexandre de Moraes, Hely Lopes Meirelles e Júlio F. Mirabete para enaltecer a aplicação do princípios da razoabilidade, da legalidade e verdade material e consubstanciar seu pleito de nulidade dessas infrações.

Protesta provar o alegado por todos os meios de provas úteis em direito, e requer a juntada de novos documentos.

Conclui requerendo a procedência parcial do Auto de Infração e, no que concerne às multas que sejam canceladas ou reduzidas em obediência a norma e os princípios citados.

Ao proceder à informação fiscal, fls. 99 a 102v, o autuante, depois de transcrever as infrações e discorrer acerca das razões de defesa apresentadas pelo sujeito passivo, alinha os argumentos abaixo sintetizados.

Em relação à infração 01, afirma que, embora o autuado seja inscrito no cadastro básico do ICMS, como Empresa de Pequeno Porte, optou como forma de pagamento o Conta Corrente Fiscal, ou seja, apura o imposto de forma normal, utilizando todos os livros fiscais obrigatórios, creditando-se e debitando-se do imposto incidente nas operações normais de compra e venda de mercadorias, inclusive apresentando os documentos de informação econômico-fiscais compatíveis com a sua segmentação, como é o caso da DMA.

Destaca que, apesar do autuado encontrar-se enquadrado como Empresa de Pequeno Porte, devido ao valor da sua receita operacional bruta se encontrar dentro dos limites estabelecidos pelo art. 150 do RICMS-BA/97, todavia, por opção, é considerada como se normal fosse e, por conseguinte, obrigado ao recolhimento do diferencial de alíquotas, conforme disposição da legislação em vigor, de acordo com os documentos de fls. 06 a 21, obtidos diretamente do fornecedor, uma vez que a empresa deixou de apresentá-los, apesar de intimada. Fato consumado.

Com respeito às infrações 02 e 03, cujos demonstrativos e documentação constam às fls. 33 a 41, assevera que a argumentação do autuado carece de consistência regulamentar. Prossegue assinalando que não é necessário muito esforço para constatar que o contribuinte foi bastante infeliz ao negar que o produto pisos para construção, não estaria sujeito ao regime de substituição tributária, e que por isso, deixou de recolher o ICMS correspondente à antecipação tributária, bem como utilizou indevidamente do crédito destacado nos respectivos documentos fiscais, quando por força da legislação, já havia encerrado a fase de tributação da citada mercadoria. Arremata mencionando que caso tivesse consultado a legislação correspondente, especificamente os artigos 353 e 356 do RICMS-BA/97, que reproduz, certamente perceberia o engano cometido.

Sustenta que o autuado ao alegar a falta de provas e juntada de documentos é atestar que não leu ou mesmo folheou o processo administrativo fiscal, pois as infrações apuradas acham-se amparadas na legislação pertinente e lastreadas em farta documentação obtida da própria empresa ou de seus fornecedores. Cita como exemplo a Nota Fiscal nº 39.378, emitida em 23/10/2007, pela Indústria e Comércio de Plásticos Majestic, fls. 67 e 68, é a prova cristalina de que a autuada adquiriu tubos PVC no estado de São Paulo e deixou de fazer a antecipação tributária parcial do ICMS, no valor de R\$207,30, relativa à aquisição interestadual de mercadorias para comercialização do seu estabelecimento. Arremata frisando que argumentação retórica, não tem o condão de anular o ilícito fiscal.

No que concerne às infrações 04, 06 e 07 diz que o autuado tangenciou o mérito da autuação e enveredou pela exposição teórica, discorrendo sobre os princípios da razoabilidade, equidade, legalidade e da verdade real escudando-se na figura de renomados expoentes do Direito, na vã tentativa de desqualificar as infrações cometidas. Acrescenta que o autuado invoca a inteligência do legislador e estribado no §4º, do artigo 60, da Lei 7.014/96, solicita a redução ou exclusão das multas imputadas.

Ressalta que o autuado é primário, porém não se pode igualmente dizer de bons antecedentes, haja vista que as Nota Fiscal nº 178.391, relativa à compra de um caminhão Mercedes Benz, no estado de São Paulo, no valor de R\$161.200,00, bem como as notas fiscais emitidas pela Cerâmica Formigres Ltda., também de São Paulo e notas fiscais de Valdir Saraiva de Carvalho - DIMACOL, estas do Estado da Bahia, documentos respectivamente de folhas, 07 a 31, 34 a 37 e 48 a 66, foram todos obtidos dos fornecedores, através do sistema SINTEGRA e solicitados por intermédio das cartas de circularização, fl. 09, uma vez que a defendante deixou de apresentá-los, apesar de devidamente intimado, fl. 05, na forma da legislação em vigor. Assegura que aplicou as multas regulamentares pelo fato do autuado não ter escriturado notas fiscais de compras de mercadorias, nos livros fiscais, não ter entregue os arquivos magnéticos, além de ter fornecido informações econômico-fiscais com divergência entre arquivos e livros.

Frisa que o pedido de cancelamento da multa por descumprimento de obrigação acessória, requerido é previsto na legislação, porém, para o caso em que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não implique falta de recolhimento de imposto, o que não se aplica no caso em tela. Prossegue asseverando que ainda que o autuado desconhecesse da obrigatoriedade da legislação, a sua estratégia não teria respaldo jurídico, haja vista que o art. 3º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, disciplina justamente o contrário, ou seja: “A ninguém é dado o direito de ignorar a lei”, ou melhor dizendo, “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Arremata destacando que contra a realidade dos fatos, não há como sobreviver e prevalecer os argumentos defensivos.

Destaca que o autuado em nenhum momento da sua impugnação questionou o mérito da autuação, assim como os papéis de trabalho apresentados pelo preposto do fisco, manifestando, dessa forma, total concordância com os mesmos. Acrescenta ressaltando que o autuado somente contestou verbalmente, sem nada apresentar de concreto que viesse impugnar os legítimos valores levantados pela fiscalização e, assim, eximir-se regularmente da sujeição passiva imposta pela legislação tributária. Arremata afirmando que o procedimento adotado pela defesa foi meramente protelatório, uma vez que contra fatos e provas, não sobrevivem os argumentos, por mais nobres que sejam, e estes, no presente caso, se mostraram incapazes de refutar o ilícito praticado.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

Na assentada de julgamento após análise e discussão a 1ª JJF deliberou pela conversão dos autos em diligência para que fosse entregue ao autuado cópias dos demonstrativos de apuração das infrações constante dos autos e das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal da infração 02 e obtidas junto a terceiros, fl. 107. Cumprida a diligência, fl.111, o autuado não se manifestou no prazo regulamentar.

VOTO

Na análise das peças processuais, constato que das sete infrações contempladas no Auto de Infração, somente não foram impugnadas pelo sujeito passivo as infrações 03 e 05. Logo, inexistindo lide quanto ao cometimento dessas infrações, ficam mantidas.

A infração 01 que cuida da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais teve seu cometimento refutado pelo sujeito passivo sob o fundamento de que, por estar inscrito no cadastro do ICMS na condição de Empresa de Pequeno

Porte - EPP, de acordo com o art. 7º, inciso V, do RICMS-BA/97, não é devido o pagamento da diferença de alíquota.

Ao compulsar os autos verifico que efetivamente o autuado está enquadrado como EPP, e de acordo o supracitado dispositivo regulamentar desde janeiro de 1999 as microempresas e as empresas de pequeno porte estão desobrigadas do pagamento da diferença de alíquota, conforme se verifica do seu teor a seguir reproduzido.

Art. 7º Não é devido o pagamento da diferença de alíquotas:

[...]

V - por parte das microempresas, das empresas de pequeno porte e dos ambulantes devidamente inscritos como tais no cadastro estadual, a partir de 01/01/99;

Convém salientar que a ponderação alinhada na informação fiscal pelo autuante de que o impugnante optou pelo sistema de apuração do imposto por meio de Conta Corrente Fiscal não tem influência alguma na exoneração. Portanto, resta descaracterizada essa infração.

A infração 02 cuida da falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária na qualidade de sujeito passivo por substituição nas aquisições de fora do Estado. O autuado em sede defesa aduziu que “não foi feita a prova necessária para tal cobrança, ou seja, as mercadorias adquiridas não estão sujeitas ao recolhimento do ICMS por antecipação”, e que “nesta lide, a documentação encartada não dá suporte para a pretensão almejada”.

Constatando das peças que compõem os autos que o demonstrativo elaborado pela fiscalização, fl. 33, bem como das cópias das Notas Fiscais de nºs 349668, 349669, 379803 e 379804, fls. 34 a 37, foram fornecidas pelo próprio contribuinte e se referem à aquisição interestadual de pisos cerâmicos, mercadoria incluída no regime de Substituição Tributária no item 15.2 do inciso II do art. 153 do RICMS-BA/97. Concluo pela subsistência do lançamento.

No que concerne à infração 04 que cuida da falta de registro na escrita fiscal de entradas de mercadorias não tributáveis, autuado não contestou o cometimento, requereu o cancelamento ou a redução. Entretanto, verifico que não restaram inequivocamente demonstrados nos autos os pressupostos do art. 158 do RPAF/99, motivo pelo qual fica rejeitado o pleito do autuado. Ademais, é indubioso que a falta de registro de entradas tem reflexo na apuração e pagamento do imposto. Assim, fica mantida a infração 04.

Quanto à infração 06 - falta de entrega de arquivos magnéticos referentes aos meses março, setembro e outubro de 2007 e junho, outubro e novembro de 2008, o autuado se defendeu requerendo o cancelamento ou a redução das multas imputadas, alegando, tão-somente, ser primário e de bons antecedentes, invocando os princípios da equidade e da razoabilidade por inexistir nos autos prova de que houve dolo, má-fé ou simulação.

Constatando que em vista da falta de envio dos referidos arquivos nos prazos normais, conforme se verifica nas intimações para apresentação dos arquivos magnéticos, fls. 73 e 74, a fiscalização, de forma correta, sugeriu a multa no valor de R\$1.380,00, pelo descumprimento por cada período mensal, prevista no inciso XIII-A, alínea “j” do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, o que torna plenamente caracterizada a imposição da multa. Do mesmo modo que na infração 04, fica rejeitado o pedido de redução ou cancelamento, ante a ausência dos pressupostos preconizados pelo art. 158 do RPAF/99. Logo, fica mantida a infração 06.

Em relação à infração 07 - divergência de informação entre a DMA e os arquivos magnéticos, verifico que o autuado não se defendeu especificamente em relação a essa infração, usando o mesmo argumento das infrações 04 e 06, requerendo a anulação ou redução da multa sugerida. Também mantenho a multa sob o mesmo fundamento alinhado em relação às infrações 04 e 06. Portanto, conforme demonstrado às fls. 80 e 81, a divergência entre a informação prestada na DMA e nos arquivos magnéticos resta evidenciado o descumprimento da obrigação acessória. Desse modo, é subsistente a infração 07.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **140764.0010/12-0**, lavrado contra **ELBERTO CASTRO NOGUEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.354,08**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, 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\$8.825,51**, prevista, respectivamente, nos inciso XI, XIII-A, alínea “j” e XVIII alínea “c” do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de janeiro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR