

A. I. N° - 222549.0009/14-9
AUTUADO - S D ARAÚJO E CIA LTDA - ME
AUTUANTE - RAIMUNDO OLIVEIRA MASCARENHAS
ORIGEM - INFAS SERRINHA
INTERNET - 15.09.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0152-02/15

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS; **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Contribuinte se limita a discutir a decadência, assumindo o risco de sucumbir na questão de mérito, na hipótese de se ver vencido na apreciação da questão prejudicial posta. Infrações caracterizadas; 2. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL DIVERSO EM LUGAR DO USO DE ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração não contestada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/08/2014, exige créditos tributários no valor histórico de R\$53.093,63, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 07.21.04: Efetuou recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2009, janeiro a junho e agosto a dezembro de 2010, e fevereiro a dezembro de 2011. Valor do imposto: R\$27.050,55. Multas de 50% e 60%;

Infração 02 – 07.21.03: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no mês de janeiro de 2011. Valor do imposto: R\$157,00. Multa:60%.

Infração 03 – 16.12.16: O Contribuinte emitiu documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal – ECF, nas situações em que, legalmente, está obrigado, nos meses de março a dezembro de 2009, fevereiro a dezembro de 2010, e janeiro a dezembro de 2011. Valor da multa: R\$25.886,08.

A autuada apresenta impugnação às folhas 686 a 690, mediante a qual contesta parcialmente o lançamento, deduzindo as razões a seguir.

Inicialmente, o contribuinte discorre acerca daquilo que denomina de “prescrição de parte do diferencial de ICMS e multa”. Ensina que a prescrição de ordem tributaria é matéria constitucional, elencada no artigo 146, inciso III, alínea “b” da Constituição Federal de 1988 e extingue o direito, pertencente ao credor, da ação de cobrança do crédito tributário, também pelo decurso do prazo de cinco anos, contado da data da sua constituição definitiva, conforme artigo 174 do CTN.

Transcreve a doutrina de Luciano Amaro, de Sacha Calmon Navarro Coelho, de Hugo de Brito Machado e Toniolo em apoio à sua tese defensiva.

Nesse sentido, e tendo a certeza de que não houve dolo ou culpa de sua parte, o contribuinte afirma que a cobrança no diferencial de ICMS nos meses de janeiro a outubro de 2009 encontra-se prescrita nos termos do referido artigo do Código Tributário Nacional e Constituição Federal, devendo ser abatido da dívida o montante de R\$ 5.536,93 referente ao diferencial de ICMS recolhido a menor nos meses citados.

Afirma encontrar-se também prescrito o valor de R\$ 3.901,61 referente a multa aplicada nos meses de janeiro a setembro de 2009, pelos mesmos motivos acima narrados.

Quanto aos demais meses (2010 e 2011) em que houve lançamento do crédito tributário, assegura que a infração ocorreu por puro desconhecimento do autuado, que, por falta de conhecimento técnico, não observou as diferenças quanto à arrecadação dos tributos, depois que a sua empresa migrou de microempresa (ME) para empresa de pequeno porte (EPP). Ainda assim, afirma que quando tomou conhecimento do que deveria ser feito, adquiriu imediatamente o emissor de cupom fiscal (ECF).

Ressalta ainda que, apesar de não ter instalado as máquinas ECF, a empresa continuou recolhendo os tributos com base na emissão de talões, de forma que nunca houve por parte do agente a intenção de fraudar o fisco sonegando impostos, ao contrário, sempre buscou honrar com todos os seus compromissos, inclusive fiscais.

Informa que a empresa sofreu baixas consideráveis nos últimos meses, estando enfrentando uma queda muito acentuada nas vendas devido à crise em que se encontra o comércio das pequenas cidades do interior (queixa unânime entre os comerciantes da região), o que tem dificultado o prosseguimento dos trabalhos, de modo que o enfrentamento imediato da dívida no valor apresentado irá comprometer seriamente o andamento da empresa, não só pelos altos valores cobrados, mas pela queda no faturamento da empresa.

Diante desses fatos pede que lhe seja concedido o parcelamento da dívida como forma de atenuar os efeitos extremamente danosos da mesma sobre o patrimônio da empresa. Salienta que pleiteia aqui não a exclusão do crédito, visto que este é reconhecidamente devido, mas o parcelamento do mesmo. Desse modo, afirma que mesmo havendo prescrição de parte do crédito tributário, a dívida ainda permanece em montante muito elevado, por isso pede que seja concedido o parcelamento da dívida, no total de R\$ 18.973,76, em 60 parcelas.

Por todos os motivos acima expostos, pede, ainda, a concessão da moratória do crédito cobrado, concedendo um prazo ao devedor para organizar suas finanças e dar início ao pagamento da dívida, devido ao seu valor elevado e pelos demais motivos já narrados anteriormente.

Quanto à multa proposta, apresenta as razões para o seu abatimento. Argumenta que o artigo 150, inciso IV da Constituição Federal é muito claro ao proibir o tributo com caráter confiscatório. E embora este dispositivo faça referência apenas aos tributos quando sua cobrança tem caráter confiscatório, a jurisprudência e a doutrina entendem perfeitamente aplicável às multas a mesma limitação constitucional.

Transcreve jurisprudência do Tribunal Regional Federal, da 1ª Região, bem como do STF em apoio ao seu ponto de vista.

Em vista do exposto, pleiteia a redução da multa aplicada em 80%, ao argumento de que tal montante apresenta-se de maneira insuportavelmente elevado, e o seu pagamento, no atual momento da empresa, comprometeria de maneira implacável o seu pleno funcionamento.

Ressalta que não está contestando os motivos de a Fazenda Pública aplicar a multa, mas defende que não deve ser intenção do Estado prejudicar qualquer atividade econômica, comprometendo a sua continuidade, pois, ao contrário, deve oferecer condições para que essas atividades progridam.

Desse modo, alega que a aplicação da multa em tão elevado valor afetaria sobremaneira a continuidade dos trabalhos da empresa, correndo o risco, inclusive, de ter que reduzir suas atividades ou até paralisá-las. É seguindo essa esteira que se pede a redução da multa a valores

que condigam com a realidade da empresa, oferecendo-a prazo justo para efetuar o pagamento bem como o parcelamento da dívida, de maneira que as atividades exercidas não sejam prejudicadas.

Em conclusão, pede: 1- A prescrição do direito à cobrança da antecipação parcial do ICMS e da multa aplicada, relativas aos meses de janeiro a dezembro de 2009 por estarem inclusas na prescrição quinquenal; 2- O parcelamento e/ou moratória do pagamento a ser realizado referente ao diferencial de ICMS devido no valor de 18.973,76, em 60 meses; 3- O parcelamento e/ou moratória da multa aplicada como forma e facilitar o seu pagamento; 4- O abatimento do valor da multa em 80%, por ter caráter confiscatório, não podendo ser paga em sua integralidade sem prejudicar o real funcionamento da empresa.

Nestes termos, pede deferimento.

À folha 691, o contribuinte anexa um formulário integrante do termo de confissão de dívida.

Às folhas 695 a 697, o autuante presta informação fiscal, contra arrazoando o que segue.

Quanto ao pedido de prescrição, contra argumenta que o período fiscalizado é de 01 janeiro de 2009 a 31 de dezembro de 2012. Afirma que está dentro do prazo quinquenal e previsto na legislação tributária vigente de acordo com o RICMS-BA, Decreto 6284 de 06 de março de 1997, no Art. 965, Inciso I, que reflete fielmente o contido no art. 173, Inciso I, do CTN. Informa que o crédito tributário foi constituído no quinquênio, através de Auto de Infração lavrado em 25.08.2014. Conclui, por isso, que não há como se falar em decadência. Explica que a decadência do ano de 2009 se configura após 31 de dezembro de 2014. Assim sendo, arremata, não há decurso de prazo conforme Código Tributário Estadual, em seu art. 107-A – I, cujo texto transcreve.

Ressalta que a defesa pede, na página nº 687, a declaração da prescrição da antecipação parcial e do diferencial de Alíquota nas compras oriundas de fora do Estado dos produtos tributados entre os meses de janeiro a setembro no valor de R\$ 5.536,93. Porém, não mencionou o restante dos meses de outubro a dezembro do mesmo ano de 2009, no valor de R\$ 2.539,86. Informa que a autuada apresentou um demonstrativo de débito dos anos 2010 e 2011, à pagina 691.

Da mesma forma, dia que a autuada alega a prescrição da multa por uso indevido de talões D-1, talão Saídas e entradas (S/E), em substituição à Maquina Emissora de Cupom Fiscal (ECF), alegando que estava prescrito o período de janeiro a outubro de 2009. Não reportou, porém, sobre as diferenças contidas nos meses de novembro e dezembro do ano 2009 cujo valor é de R\$ 2.229,40.

Referindo-se aos argumentos deduzidos pela defesa, destaca que a autuada concorda com a procedência do auto de infração, apenas está tentando amenizar os valores da autuação.

Destaca o fato de que o Estado libera a inscrição e cabe ao empresário administrar com presteza a empresa a fim de garantir o sucesso.

Quanto ao pleito de parcelamento do débito, afirma que, certamente, a empresa terá o seu pedido atendido, pois o Estado facilitará todos aqueles que queiram sanar suas pendências, principalmente quando este reconhece o seu erro.

Destaca que a defesa reconhece o débito quando não pede a sua exclusão, mas sim o parcelamento do mesmo.

Quanto ao pleito empresarial de redução da multa pelo uso indevido de equipamento de controle fiscal, transcreve dispositivos de lei que embasam o procedimento fiscal.

Arremata a sua peça informativa, afirmado que utilizou os documentos como prova da verdade e buscou fazer o trabalho com honestidade e justiça.

Diante do exposto, mantém na íntegra o lançamento fiscal.

Esse é o relatório.

VOTO

Preliminarmente, observo que a fiscalização descreveu detalhadamente o fato objeto da autuação, tendo, inclusive, promovido a anexação dos demonstrativos e respectivos documentos que respaldam o auto de infração, conforme folhas 19 a 684. Entendo, portanto, que o lançamento se encontra revestido das formalidades previstas em lei.

Quanto à argüição de decadência, deduzida pela defesa, com base no CTN, não há de ser acolhida uma vez que o Código Tributário do Estado da Bahia fixa período decadencial distinto daquele previsto no CTN. De fato, embora este último diploma normativo fixe o marco temporal de cinco anos após a ocorrência do fato gerador, essa regra somente se aplica na hipótese de vácuo legal, conforme § 4º do art. 150.

“Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação (grifos acrescidos).”

Acontece que o legislador baiano tratou de prever prazo distinto para efetivação do lançamento, conforme inciso I do art. 107-A do Código Tributário do Estado da Bahia (vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, in verbis:

“Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

...”

Assim, a norma especial, contida no código baiano, afasta a incidência da norma genérica, prevista no CTN. O que nos leva a concluir que no dia 22/09/2014 (data da lavratura do presente auto de infração) não havia ainda ocorrido a decadência do direito de lançar o crédito relativo às operações realizadas no exercício de 2009, o que somente se daria em janeiro de 2015, nos termos do inciso I do art. 107-A, acima citado.

É importante que se diga que a Constituição Federal não proibiu que as unidades federativas legislassem acerca da decadência, apenas atribuiu à lei complementar a competência de emitir “NORMAS GERAIS”, conforme se pode depreender do texto do art. 146, reproduzido abaixo.

“Art. 146. Cabe à lei complementar:

...

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

...

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

...”

Não há, por isso, vedação a que os entes federativos emitam norma específica acerca da matéria, especialmente na hipótese em que o texto do CTN remete tal mister à lei ordinária.

Qualquer interpretação que implique subtrair aos Estados a competência para editar leis próprias e específicas atentaria contra o princípio federativo, erigido ao patamar de cláusula pétrea da CF/88, conforme § 4º do seu art. 60, reproduzido in verbis.

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

...

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- ..."

A interpretação do art. 146 da Carta Magna precisa ser guiada por uma ponderação dos interesses constitucionalmente protegidos, de forma a não sacrificar o princípio federativo, em nome de um suposto “garantismo”.

É, portanto, harmônica com o ordenamento jurídico a edição da lei baiana, a qual não se deu no vazio normativo, nem tampouco foi erigida à revelia do Sistema Tributário Nacional, pois guarda consonância com o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional, conforme já citado.

Considerando que o CTN possui estatura de lei complementar nacional (já que assim foi recepcionado pela CF/88), como tal, dispôs acerca do tema decadencial nos seus artigos 150 e 173, em perfeita harmonia com a regra de reserva legal prevista no art. 146, III, “b” da carta magna.

O legislador complementar exercitou, portanto, em seu art. 150, a prerrogativa que lhe foi conferida pelo texto constitucional, remetendo este ponto específico da matéria para regulação por lei ordinária. Emitiu, assim, uma norma subsidiária, aplicável sempre que não houver regra específica editada pela unidade federada.

Não há, por isso, contrariedade ao texto maior na medida em que o legislador constituinte não vedou a edição de lei ordinária para tratar da matéria, nem tampouco vedou que a LC pudesse remeter a matéria ao legislador ordinário.

Ora, as leis emanadas do poder legislativo (estadual e federal), no exercício regular das prerrogativas conferidas a esse poder, presumem-se constitucionais até que venha a ser declarado em contrário pelo órgão competente para tal, que é o STF. Gozam, por isso, de exigibilidade ampla e irrestrita, sendo vedado que os cidadãos em geral, e os servidores públicos em especial, neguem-lhes aplicabilidade.

Por conseguinte, enquanto a inconstitucionalidade não venha a ser declarada (de forma concentrada), há de se aplicar a legislação vigente, com todas as suas letras.

Ademais, considerando que o legislador estadual editou uma lei, expressamente autorizado pelo CTN, não pode haver declaração de inconstitucionalidade somente da lei baiana, sem que se declare, concomitantemente, inconstitucional o § 4º do art. 150 do diploma normativo já citado, o que atentaria contra o princípio federativo.

E não se diga que a norma estadual contraria a Sumula Vinculante nº 08, emitida pelo STF, pois a sua vinculação guarda pertinência apenas com o enunciado, não sendo possível, ao intérprete, avançar além do seu texto para atingir diplomas normativos outros que não aqueles especificamente ali previstos, quais sejam os dispositivos da Lei de Custeio da Previdência Social. Não há, portanto, qualquer referência à lei baiana, não sendo possível, por isso, afastar a sua incidência.

Ex-positis, em obediência ao que dispõe o Código Tributário Estadual e em prestígio aos princípios federativo e da presunção de constitucionalidade dos atos legais emanados do poder público, não há que se falar em decadência do direito de lançar na medida em que os valores relativos às competências de 2009 podiam, ainda, ser lançados até dezembro de 2014, com amparo no do inciso I do art. 107-A do COTEB.

Quanto à infração 01, a acusação consistiu em “efetuou recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial ...”. A empresa autuada não negou os fatos que lhe foram atribuídos, pelo contrário, confessou-os, tendo atribuído a infração ao seu desconhecimento da matéria, conforme se depreende da leitura de trecho da sua peça defensiva, à folha 687, abaixo transcrito

“No caso em análise, temos a cobrança do diferencial de ICMS antecipação parciais concernentes ao exercício dos anos de 2010 e 2011, recolhido a menor pela empresa autuada.

Ocorre que essa diferença não paga ocorreu por puro desconhecimento do autuado, que, por falta de conhecimento técnico, não observou as diferenças quanto à arrecadação dos tributos quando a sua empresa

migrou de microempresa (ME) para empresa de pequeno porte (EPP). Ainda assim, quando tomou conhecimento do que deveria ser feito, adquiriu imediatamente o emissor de cupom fiscal (ECF)."

Ora, tendo confessado o débito e solicitado o seu parcelamento, é forçoso reconhecer que não mais existe pretensão estatal resistida, o que faz desaparecer a lide, relativamente ao débito. Em que pese a confissão não abranja os fatos ocorridos em 2009, a falta de contraposição de defesa, no mérito, autoriza a que se declare a confissão, como efeito da revelia, também para o exercício de 2009, pois o contribuinte se limita a discutir a decadência, assumindo o risco de sucumbir na questão de mérito, na hipótese de se ver vencido na apreciação da questão prejudicial posta.

Assim, entendo que restou perfeitamente caracterizada a infrações 01, em função do que a tenho como procedentes.

Quanto à infração 02, a acusação consistiu em "Deixou de efetuar recolhimento do ICMS antecipação parcial, ...". A autuada não fez qualquer referência, em sua impugnação, a essa infração, tendo se omitido a respeito. Considerando que nada opôs, aplico os efeitos da revelia, resultando em confissão ficta do ilícito.

Assim, tenho por procedente, também, a infração 02.

Quanto à infração 03, a acusação fiscal consistiu em "o contribuinte emitiu documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal – ECF ...". Neste ponto, a autuada também não negou o fato, mas limitou-se a deduzir argumentos com vistas a revelar a sua boa-fé, conforme se pode depreender da leitura á folha 687, conforme abaixo.

"Ressalte-se ainda que, apesar de não ter instalado as maquinas ECF, a empresa continuou recolhendo os tributos com base na emissão de talões, de forma que nunca houve por parte do agente a intenção de fraudar o fisco sonegando impostos, ao contrário, sempre buscou honrar com todos os seus compromissos, inclusive fiscais."

Assim, como não há dúvidas acerca da prática dos atos contrários à legislação, entendo que a presente infração encontra-se, igualmente, caracterizada. Tenho a infração 03 como procedente.

Quanto ao pedido de redução da multa, é importanteressaltar que esta instância não dispõe de competência para dispensar ou reduzir a multa por descumprimento de obrigação principal, pelo que ficam denegados tais pedidos no que se referem às infrações 01 e 02.

Quanto ao pedido de redução da multa por descumprimento de obrigação acessória relacionada à infração 03, denego, igualmente, pois não há provas de que a prática dos atos ali citados não tenha implicado em falta de recolhimento de tributo, conforme exige o art. 158 do RPAF, cujo texto transcrevo.

"Art. 158. As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo (grifo acrescido).

Como esse aspecto não foi sequer debatido, entendo que descabe a redução da multa.

Quanto aos pedidos de parcelamento e moratória, são prerrogativas legais conferidas à administração tributária, falecendo a este conselho competência para tal.

Diante do exposto, julgo procedente o auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 222549.0009/14-9, lavrado contra - S D ARAÚJO E CIA LTDA - ME, no valor de **R\$27.207,55** acrescido das multas de 50% sobre R\$8.786,78 e de 60% sobre R\$18.420,77, previstas no item "1" da alínea "b" do inciso I, "d" do inciso II, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$25.886,08**, prevista na alínea "h" do inciso XIII-A, do mesmo dispositivo legal e dos

acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de agosto de 2015.

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ ALBERTO AMARAL OLIVEIRA - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR