

A. I. Nº - 232183.0004/14-1
AUTUADO - PERKATA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTES - EDSON DOS SANTOS VASCONCELOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 31/08/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0173-03/15

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ajustes realizados quando da informação fiscal diminuem o valor originalmente exigido. Infração parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Revisão realizada pelo autuante corrige equívoco no levantamento fiscal e reduz valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Rejeitado pedido de perícia e de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 06/03/2014, traz a exigência de ICMS no valor histórico de R\$27.828,98, acrescido da multa de 60%, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo enunciadas:

Infração 01 - **07.21.03**. Falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do regime Simples Nacional, referente a mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de maio, julho e agosto de 2011, fevereiro, abril e junho a novembro de 2012, abril, maio, julho e dezembro de 2013, no valor de R\$24.225,38 - Demonstrativo às fls. 10 a 16;

Infração 02 - **07.21.01**. Falta de recolhimento ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional, referente a aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado, nos meses de junho, agosto, outubro e novembro de 2013, no valor de R\$3.603,60 - Demonstrativo à fl. 17.

O autuado apresenta impugnação, fls. 36 a 49, depois de reproduzir o teor da acusação fiscal articula os argumentos que se segue.

Afirma que se deve algum valor ao Fisco tal quantia não chega nem a 10% do valor da autuação e para tanto se predispõe e pagar o imposto imediatamente.

Diz que basicamente comercializa produtos oriundos da cesta básica e não concorda com a autuação, pois os impostos que lhe cabem foram recolhidos.

Observa que a planilha ora anexada aos autos, fl. 58, discrimina os impostos quitados, correspondentes as mercadorias adquiridas. Frisa que no caso de se entender pela procedência da autuação, a multa aplicada ganha foro de ilegalidade.

Menciona que a multa tributária foi objeto de diversos estudos Doutrinários, visando a aferição de sua natureza, que, por sua vez, alimentaram correntes distintas. Afirma que uns sustentavam que a multa tinha uma natureza indenizatória, outros identificavam sua natureza como de caráter

penal. Prossegue citando que, com o aprimorar das discussões a jurisprudência veio a consolidar o caráter penal da multa pelo descumprimento da obrigação tributária, uma vez que indenizatórios são a correção monetária e os juros de mora. Para corroborar seu entendimento transcreve trecho do pensamento sobre o tema do doutrinador, Sacha Calmon Navarro Coelho.

Esclarece que, delineado o caráter penal da multa, sua aplicação tem por cunho impedir a prática de atos implicadores do não adimplemento de obrigação principal ou acessória, é pena a ser aplicada diretamente pela autoridade fazendária e só alcança o patrimônio do infrator ou de seus descendentes, diferentemente da pena aplicada contra os delitos tributários, cuja aplicação visa restringir a liberdade do indivíduo. Neste sentido, transcreve trecho do pensamento do jurista pátrio, Ruy Barbosa Nogueira que diz expressar com a clareza peculiar seu entendimento.

Observa que devido à classificação doutrinária, esta infração tributária é passível de ser aplicada pela autoridade Administrativa, como o fez o autuante, sendo regulada pelos entes federativos que detém a competência para a instituição e cobrança do tributo. Frisa ser com essas assertivas que se justifica a competência do Estado para instituição da multa. Continua frisando que, apesar de ter se permitido aos Estados e o Distrito Federal, no caso do ICMS, a estipulação e, as suas Autoridades Administrativas, a sua aplicabilidade, não se libertou o ente tributante dos Princípios estabelecidos no texto Constitucional dados como garantia aos contribuintes.

Destaca que na maioria dos Estados, em especial em relação ao ICMS, é comum a aplicabilidade de multas que extrapolam os limites constitucionais do não confisco, pois com facilidade as legislações tributárias tratam de aplicar 40%, 100%, 200% sobre o valor do tributo, no caso, 100%. Adverte que esta aplicabilidade de percentuais que em muito oneram a obrigação tributária não cumprida fere o princípio do não confisco.

Sustenta que a multa atribuída ao presente caso, além de absolutamente indevida, assume o caráter de abuso do poder fiscal, posto que manifestamente confiscatória, pois, atinge valor absurdo superior, inclusive, ao próprio imposto reclamado. Afirma não haver qualquer causa legítima ou legal para esse confisco tributário, que fere de morte o art. 150, inciso IV da CF/88.

Lembra que o confisco não pode ser examinado a partir de cada tributo, mas da universalidade de toda carga tributária incidente sobre um único contribuinte. Prossegue explicando que o total do valor dos tributos incidentes sobre o contribuinte, não podem, segundo o princípio do não confisco, representar carga crescente e de inexplicável intromissão no patrimônio ou na renda do contribuinte, impedindo-o de viver e se desenvolver.

Cita posicionamentos da doutrina em relação ao princípio do não confisco.

Afirma que, como proteção ao cidadão, a CF/88, no inciso IV, art. 150, proibiu a utilização de tributos com efeito de confisco, o que vem ocorrendo através da exação pretendida no auto de infração guerreado, pois ao ser privado de dispor do seu patrimônio por ato arbitrário, unilateral e por autoridade administrativa, e sendo esta superior a obrigação tributária não cumprida resta por se confiscar parcela do patrimônio do contribuinte.

Explana que, apesar de sanção ter caráter penal, não estar embutida no âmbito do Direito Penal, a multa não deve ser aplicada de forma que impeça o desenvolvimento das atividades, pois o sentido da multa não é de impossibilitar o desenvolvimento das atividades comerciais que é o próprio objeto da empresa contribuinte.

Esclarece que o patrimônio do indivíduo que sofre a imposição de 50% sobre um valor supostamente existente é flagrantemente confiscatório, pois ao se adimplir uma obrigação estará a cumprir mais da metade da imposição tributária supostamente originária.

Indaga se, em nome desta sanção, o Estado pode se apropriar de parcela de patrimônio alheio. Afirma em seguida que o texto Constitucional, assegurado das garantias aos contribuintes, veda este tipo de comportamento Estatal, mais especificamente, vedando todo e qualquer tipo de confisco.

Revela que este entendimento de que multa em valores astronômicos devem ser repelidas e graduadas a uma realidade que não fira a vedação do não confisco já foi externada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, a exemplo da decisão no RE N.º 91.707-MG, transcrevendo voto da relatoria do Ministro Moreira Alves.

Revela que para melhor visualizar o caráter confiscatório, transcreve outro precedente inescusável, tratando do ICMS, onde o pleno do Supremo Tribunal Federal considerou confiscatório o percentual elevado aplicado às infrações tributárias, na ADIN n.º 00005511/600. Reproduz ainda desse julgado trecho do despacho que trata especificamente das alíquotas imputadas e que fora proferido nesta ADIMC pelo Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio.

Diz restar demonstrado que a aplicação de “mera multa” a margem de 100% soa como confiscatória e inviabilizadora de sua exigência e patente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente à impossibilidade de aplicação de multa confiscatória, passa a discorrer sobre o pedido.

Requer o abatimento do valor do ICMS já pago, incidente sobre as operações descritas acima sobre as quais o imposto seria devido.

Protesta ainda por todos meios de provas permitidos em direito, tais como diligências, perícias, e todas as demais que levem à prática da mais lúdima Justiça.

Conclui pugnando pela de declaração de insubsistência do Auto de Infração, ou caso decidam em sentido contrário, que determine a realizar novo levantamento fiscal para apuração do suposto débito, sendo esta a única medida de se evitar a utilização do assoberbado Poder Judiciário para resolução da demanda.

O autuante presta informação fiscal, fls. 93 e 94, depois de destacar a alegação do impugnante, em sede defesa, de que comercializa basicamente produtos da cesta básica anexando planilha com relação de notas fiscais cujo imposto foi recolhido, fl. 58, assinala que após analisar os Demonstrativos de débitos anexos que serviram de base para a lavratura do Auto de Infração, constatou a existência de alguns produtos da cesta básica relacionados indevidamente e prontamente procedeu à exclusão.

Em relação aos pagamentos das Notas Fiscais constantes da planilha anexada pelo defendente, não consta no sistema da SEFAZ, conforme verificação folhas n.ºs 23 a 27. Observa que também, não foi anexado pelo autuado, comprovação dos alegados pagamentos.

Conclui sustentando serem improcedentes as argumentações da defesa em relação ao pagamento do ICMS das mercadorias constantes da relação anexa à fl. 58. Assevera que, no tocante às mercadorias da cesta básica, foram retiradas dos demonstrativos, sendo anexadas as planilhas com as devidas correções, fls. 62 a 65.

O defendente, intimado a tomar ciência do teor da informação fiscal, fls. 108 e 109, se manifesta, fls. 113 a 115, articulando as ponderações a seguir resumidas.

Assinala inicialmente que na qualidade de contribuinte inserido no Simples Nacional comercializa produtos da cesta básica, portanto, os impostos referentes a esses produtos são pagos na fonte.

Registra que o autuante em seu informativo mencionou que, depois de ter analisado os demonstrativos de débitos acostados autos que serviram de base para a lavratura do referido Auto de Infração, constatou que alguns produtos da Cesta Básica haviam sido incluídos indevidamente, mas que, após constatado o equívoco, procedera à exclusão.

Destaca que o autuante na informação fiscal asseverou que não consta no Sistema do SEFAZ a quitação correspondente aos impostos devidos relativo aos pagamentos das notas fiscais anexadas, e não foram apresentados os respectivos comprovantes. Frisa que também foi informado pelo autuante serem improcedentes os argumentos da defesa de pagamento do ICMS

das mercadorias constantes da relação acostada à fls. 58 e no que se refere as mercadorias da cesta básica os valores imputados como não recolhidos foram excluídos.

Requer, de logo, a dilatação de prazo de dez dias para apresentar os comprovantes correspondentes a quitação do ICMS.

Afirma que o autuante, no demonstrativo acostado às fls. 62 a 65, por equívoco, continua insistindo com a cobrança de ICMS de produtos da cesta básica, cujas notas fiscais discrimina: NF n° 2595 - Charque, NF n° 267766 - Ponta de Agulha, NF n° 7105 - Carne Bovina Salgada - NF n° 29914 - Refresco, NF n° 29915 - Gelatina, NF n° 7346 - Carne Bovina salgada, NF n° 30234 - Sucos, NF n° 78598 - Doce, NF n° 15510 - Manteiga e NF n° 7564 - Carne Bovina Salgada.

Observa que demonstrativos às fls. 62 a 65 elaborados pelo autuante elencam inúmeras notas fiscais apontando a falta de recolhimento do ICMS, mas tal assertiva não pode ser aceita, pois se trata de mercadorias de mais de 95% atinentes a cesta básica. Arremata assinalando que recolhera o imposto correspondente das mercadorias que não são da cesta básica.

Protesta provar tudo o quanto alegado por todos os meios admitidos em direito, inclusive a prova pericial a ser realizada por fiscal estranho ao feito.

Conclui pugnando pelo acolhimento dos termos de sua defesa e requer que o Auto de Infração seja julgado insubsistente consoante os argumentos expendidos.

O autuante presta nova informação fiscal, fls. 119 a 121, em relação à manifestação do defendente, fls. 113 a 115, esclarecendo que tendo observado alguns equívocos na autuação efetuou uma revisão geral de todos os produtos e MVAs utilizados nos demonstrativos, fls. 10 a 17 e mencionou as seguintes constatações.

1. Nos demonstrativos de fls. 10, 12 a 15, constam as Notas Fiscais de n°s 2595, 26766, 7105, 7346, 7564, 7888, 8024, 017 e 9584, cujo produto é Charque com NCM 0210.20.00, qual estava contemplado com o benefício da redução de base de cálculo, prevista no art. 268, inciso XXVII do RICMS-BA/12, até 31/12/2013. Por equívoco, na apuração inicial, possivelmente por ter consultado o RICMS sem notas, não identificou que o Charque tinha redução de base de cálculo até 31/12/2013, uma vez que a alteração de n° 20, através do Dec. n° 14.898/13, revogou o inciso XXVII do art. 268 do RICMS-BA/12;
2. Já as Notas Fiscais de n°s 23481, 28844, 32212, e 34888, fls. 10 e 12, nas quais constam Arroz refere-se a mercadoria relacionada como produto da cesta básica, conforme art. 51 do RICMS-BA/12;
3. Diz que conferiu a planilha correspondente a apuração da substituição Tributária referente aos meses de junho, agosto, outubro e novembro de 2013, em que constam as Notas Fiscais de n°s 59237, 61377, 62649 e 63625, relacionadas no demonstrativo de débito, fl. 17, e observou que o produto das referidas notas fiscais, açúcar, constante do Anexo 1 do RICMS-BA/12, em que a MVA é de 27,23% para aquisições oriundas do nordeste, ao invés de 20%. Afirma que retificou o demonstrativo de débito ICMS/Substituição Tributária, constantes à fl. 126.

Afirma que considerando os benefícios citados nos itens 1 e 2, promoveu as exclusões das referidas mercadorias e retificou as MVAs, conforme descrito no item 3, resultando em alteração dos valores, conforme demonstrativos corrigidos e anexados às fls. 122 a 126, para retificação do Auto de Infração.

Destaca que após consultar o sistema de arrecadação da SEFAZ, verificou que das notas fiscais listadas pelo autuado, fl. 58, somente consta o pagamento da Nota Fiscal de n° 63625, em 18/11/2013, conforme DAE e extrato de arrecadação anexado às fls. 127 e 128, recolhimento considerado na apuração.

Assevera que são improcedentes as argumentações apresentadas pelo autuado em relação aos pagamentos do ICMS das demais mercadorias.

Salienta que em relação às mercadorias da Cesta Básica e relativas à Redução da Base de Cálculo que resulta em alíquota interna de 7%, foram devidamente excluídas, conforme correção dos novos demonstrativos, fls. 122 a 126, resultando na redução para R\$9.508,43 a infração 01 e para R\$2.782,72 a infração 02.

Constam, às fls. 139 a 141, intimação para ciência do sujeito passivo da revisão fiscal efetuada pelo autuado. Entretanto, não ocorrera qualquer manifestação.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir do sujeito passivo, na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional, o crédito tributário atinente a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização - infração 01 e falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, nas aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado - infração 02.

Depois de examinar os elementos que integram os autos, verifico que o presente lançamento está lastreado em expressa disposição normativa, e que os dois itens da autuação afiguram-se em estritamente consonância com a Lei 7.014/96. Constato também que todos os procedimentos adotados no transcurso do processo estão em consonância com os princípios que regem o Processo Administrativo Fiscal - PAF.

Por entender que constam dos autos todos os elementos necessários e indispensáveis para exame e decisão da matéria, objeto da lide, rejeito o pedido do autuado para realização de diligência e pericia com fundamento nos art. 147, incisos I e II, do RPAF-BA/99.

No tocante ao mérito o sujeito passivo em suas razões de defesa asseverou não concordar com a autuação sob a alegação de que basicamente comercializa com produtos que integram a cesta básica e os impostos que lhe cabem já foram recolhidos. Aduziu também que se deve algum valor ao Fisco o montante devido não alcança 10% do valor exigido no Auto de Infração colacionou à fl. 58 uma relação de notas fiscais arroladas no levantamento fiscal cujo imposto devido recolhera.

Ao proceder à informação fiscal, o autuante reconheceu a inclusão no levantamento fiscal de alguns produtos arrolados que são alcançados pela redução da base de cálculo prevista no art. 87 do RICMS-BA/97 e no art. do RICMS-BA/12 e promoveu a exclusão elaborando novo demonstrativo de débito, fls. 62 a 69. No entanto, o impugnante ao se manifestar acerca da revisão efetuada pelo autuante reiterou suas razões de defesa e afirmou que ainda constam do levantamento diversas notas fiscais de produtos da cesta básica, as quais discrimina à fl. 115, e requereu a prorrogação do prazo de dez dias para apresentar os comprovantes de pagamento das notas fiscais elencadas.

O autuante elaborou novo demonstrativo de apuração dos dois itens da autuação, fls. 121 a 126, contemplando a exclusão das notas fiscais com produtos da cesta básica elencados pelo defendente, reconhecendo e corrigindo o equívoco em relação à MVA das operações com o produto açúcar e excluiu a exigência relativa à Nota Fiscal nº 63625, depois de ter constatado o seu pagamento no sistema de arrecadação da SEFAZ, fls. 127 e 128. Dos ajustes e correções resultaram na redução da infração 01 para R\$9.508,43, e a infração 02 para R\$2.782,72, fl. 121.

Observo que o sujeito passivo foi intimado a tomar ciência da última revisão fiscal, fls. 139 a 140, e decorrido o prazo regulamentar, não se manifestou.

Compulsando os elementos que compõem o presente processo, constato que o autuante em sua última revisão realizada contemplou a correção das inconsistências e equívocos identificados e devidamente comprovados pelo contribuinte e constantes no sistema de arrecadação da SEFAZ e efetuou novo demonstrativo de apuração e de débito que resultou na redução do débito.

Saliento que sendo o contribuinte possuidor dos possíveis elementos probatórios das alegações defensivas, quanto à comprovação dos recolhimentos alegados caberia juntar aos autos por ocasião da defesa como expressamente preceitua o art. 123, §5º, do RPAF-BA/99.

Rejeito o pedido de redução da multa proposta na autuação e prevista na alínea “d”, do inciso II, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, visto que, consoante determinação expressa nos artigos 158 e 159, do RPAF-BA/99, esta Junta de Julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal. Deixo também de apreciar a suscitada natureza confiscatória e inconstitucional do dispositivo da legislação estadual que rege a sanção aplicada, com base no inciso I do art. 167, do RPAF-BA/99.

Assim, por tudo quando expendido acolho os demonstrativos de apuração e débito elaborados pelo autuante em sua última revisão, fls. 121 a 126, e concluo pela subsistência parcial da autuação no valor de R\$12.291,15.

Ante ao exposto, 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 **232183.0004/14-1**, lavrado contra **PERKATA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.291,15**, acrescido da de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de agosto de 2015.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO – JULGADOR