

A. I. Nº - 298579.0021/14-2
AUTUADO - AVANÇO DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.
AUTUANTE - HÉLIO RODRIGUES TORRES JÚNIOR
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 26.04.2016

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0039-04/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Considerando as reduções de base de cálculo a que estavam sujeitas as operações de saídas realizadas pelo autuado, a infração não subsiste. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA, A DAS OMISSÕES DE SAÍDAS. Infração reconhecida como procedente. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de, respectivamente, 10% e 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Efetuadas correções no cálculo das multas. Infrações parcialmente caracterizadas. Com fulcro no previsto no art. 106, II, "c", do CTN, a multa aplicada de 10% passa para 1%, uma vez que o inc. IX do art. 42, da Lei nº 7.014/96, foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015. 4. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA EM OPERAÇÕES DESTINADAS A CONTRIBUINTES INAPTOSS, BAIXADOS E/OU INTIMADOS POR INAPTIDÃO. BENEFÍCIO DO DECRETO Nº 7.799/00. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Constitui obrigação tributária acessória dos contribuintes verificar a situação cadastral de seus clientes. Nas vendas para contribuintes não inscritos, não é cabível a redução de base de cálculo prevista no art. 1º do Dec. 7799/00. Infração subsistente. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RELATIVO ÀS OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. Nas vendas para contribuintes não inscritos, é devida a retenção do ICMS devido por substituição tributária relativamente às operações subsequentes. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 26/06/14, traz a exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$22.328,99, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

Infração 1 - Recolheu a menos de ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas à comercialização. ICMS: R\$5.547,68. Multa de 60%.

Infração 2 – Deixou de recolher imposto relativo às operações de saída de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2009, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. ICMS: R\$2.132,99. Multa de 70%.

Infração 3 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Foi indicada multa no valor de R\$4.245,00, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas.

Infração 4 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Foi indicada multa no valor de R\$1.125,43, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas.

Infração 5 - Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS: R\$6.907,55. Multa de 60%. Consta que se trata de empresa atacadista, com Termo de Acordo, realizando vendas com redução de base de cálculo para contribuintes inaptos, baixados e/ou intimados por inaptidão.

Infração 6 - Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. ICMS: R\$2.370,34. Multa de 60%. Consta que se trata de vendas para contribuintes inaptos, baixados e/ou intimados por inaptidão.

O autuado apresenta defesa, fls. 113 a 123, na qual reconhece a procedência da infração 2 e impugna as demais conforme relatado a seguir.

Quanto à infração 1, sustenta que o autuante se equivocou nos cálculos do ICMS devido por antecipação, pois desconsiderou que algumas notas fiscais não deveriam ter sido computadas, uma vez que são referentes a aquisições interestaduais de mercadorias tributadas a alíquota igual ou superior à praticada neste Estado por força do Termo de Acordo previsto no Dec. 7799/00. Em seguida, relaciona, mês a mês, as notas fiscais que no seu entendimento tiveram o cálculo do imposto realizado de forma equivocada e, às fls. 136 a 177, acosta cópia dessas notas fiscais.

No que tange às infrações 3 e 4, afirma que localizou várias notas fiscais de entrada, ora emitidas pelo próprio defensor, por aquisição de materiais do seu uso e consumo, ora emitidas por estabelecimentos diversos, que por sua natureza não devem ser registradas na escrita fiscal do autuado. Diz que, além disso, algumas notas fiscais de saídas foram anuladas pelos fornecedores mediante a emissão de notas fiscais de entradas. Frisa que não há omissão de registro de nota fiscal, pois várias mercadorias jamais ingressaram no seu estabelecimento.

Menciona que algumas empresas, quando da saída de mercadorias de seus estabelecimentos, emitem nota fiscal de saída e, posteriormente, ao constatarem a ocorrência de erro no preço ajustado, na quantidade fornecida ou outro motivo qualquer, determinam o retorno das mercadorias para o seu estabelecimento.

Diz que algumas notas fiscais foram emitidas com o seu CNPJ ou a sua inscrição estadual, porém a razão social é totalmente estranha. Frisa que há notas fiscais que repetidamente são emitidas para uma única razão social, embora utilizando o CNPJ do defensor.

Aduz que as multas de 10% e 1% foram aplicadas não em virtude da entrada no seu estabelecimento das mercadorias, mas sim, pela presunção de entrada das mercadorias sem a devida escrituração. Transcreve o disposto no art. 42, IX e XI, da Lei nº 7.014/96, e, em seguida,

ressalta que a lei é clara ao tipificar a conduta passível de aplicação dessas multas como sendo a entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas ou não à tributação. Afirma que a entrada das mercadorias em seu estabelecimento não restou demonstrada e, portanto, não é possível lhe impor as penalidades de que tratam as infrações em comento.

Destaca que o único meio de provar que tais mercadorias não entraram em seu estabelecimento é pelo não registro em sua escrita fiscal, porém o Fisco pode comprovar a veracidade de tal fato mediante uma fiscalização daqueles estabelecimentos que supostamente efetuaram as vendas em questão, verificando se houve algum depósito ou pagamento de boletos ou de emissão de nota fiscal de entrada dessas mercadorias.

Diz que, em suma, da forma como foi efetuado o lançamento, houve uma inversão do ônus da prova. Frisa que o autuante não se enquadra nos ditames dos artigos 239 e 364 do CPC, uma vez que não goza da prerrogativa de fé-pública. Para embasar seus argumentos, transcreve trechos de votos proferidos em decisões de órgãos julgadores administrativos.

Quanto às infrações 5 e 6, afirma que no período abarcado por esses itens do lançamento, já havia sido implantado o sistema de emissão de nota fiscal eletrônica, cuja validade jurídica é garantida pela assinatura digital do emissor e pela recepção, pela Fazenda, do documento fiscal eletrônico, antes da circulação da mercadoria. Diz que, a partir do momento em que a Fazenda recepciona uma nota fiscal eletrônica, torna-se contraditório atribuir ao contribuinte uma infração pela emissão desta, pois possuindo os instrumentos próprios para impedir a emissão de tal nota, a Fazenda não o fez.

Aduz que não poderia deixar de efetuar as vendas, já que aparentemente o instrumento fiscalizatório criou uma inicial aparência de segurança quanto à situação fiscal do contribuinte destinatário. Menciona que inviabilizaria a sua atividade se, a cada nota fiscal emitida, tivesse que verificar a situação cadastral do destinatário das mercadorias.

Sustenta que não procede a alegação do autuante quanto às infrações em comento, já que os impostos devidos foram pagos, não subsistindo qualquer obrigação do deficiente junto à Secretaria da Fazenda.

Argumenta que a multa de 60%, indicada na autuação, configura uma penalidade totalmente confiscatória, o que afronta o disposto no art. 150, IV, da Constituição Federal. Discorre sobre a vedação do confisco no direito tributário e cita farta doutrina. Ressalta que a Lei nº 9.298/96 aboliu a prática de imposição de multa em índices não condizentes com a realidade econômica, reduzindo a dois por cento (2%) do valor da prestação vencida o patamar de multa moratória. Frisa que não há o que se falar que não cabe ao CONSEF a discussão da presente matéria, uma vez que em acórdão de Junta de Julgamento deste Conselho de Fazenda, ao tratar da questão da decadência, foi aduzida a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Ao finalizar, solicita a anulação ou improcedência da autuação quanto às infrações impugnadas.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 244 a 247, na qual acata o argumento defensivo quanto à infração 1, uma vez que a empresa atacadista que possui Termo de Acordo, quando compram em outros Estados em que a alíquota é de 12%, não há antecipação parcial a recolher, já que as saídas são feitas com a alíquota de 10%. Diz que essa primeira infração não subsiste.

No que tange às infrações 3 e 4, afirma que “*As notas fiscais de entrada de emissão própria de outro contribuinte citada nas fls. 180 a 182; As notas fiscais de entrada e saída (Anuladas) presentes nas fls. 184 a 189; E as notas fiscais que o fornecedor utilizou o CNPJ e Inscrição Estadual da deficiente, contudo com Razões Sociais diversas anexas nas fls. 191 a 240 do PAF foram retiradas dos DEMONSTRATIVOS DE NFENS NÃO LOCALIZADAS NO REG DE ENTRADAS EXERCÍCIOS 2009 E 2010.*”

Prosseguindo, diz que foram confeccionados novos demonstrativos para essas duas infrações, fls. 248 a 250, ficando o valor das multas da seguinte forma:

Infração 03 - R\$1.501,73 (no exercício de 2009) e R\$ 1.548,87 (no exercício de 2010).

Infração 04 - R\$34,89 (exercício de 2009) e R\$ 826,62 (exercício de 2010).

Relativamente às infrações 5 e 6, transcreve o disposto no artigo 1º do Decreto nº 7799/00 e, em seguida, afirma que a base de cálculo na venda interna só pode ser reduzida em 41,176% quando for destinada a contribuinte inscrito no Cadastro de ICMS do Estado da Bahia. Caso contrário, a base de cálculo será o valor normal da operação. Aduz que nesses casos deve ser efetuada a retenção e o recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizadas neste Estado.

Notificado acerca da informação fiscal, fls. 253 e 254, o autuado se pronunciou às fls. 262 a 265.

Quanto às infrações 3 e 4, frisa que conforme documentação trazida na defesa não há como se falar em omissão de registro, uma vez que várias mercadorias identificadas pelo autuante jamais ingressaram no estabelecimento do defendant. Como as mercadorias não ingressaram em seu estabelecimento, não foi praticado nenhum ato que o obrigue a efetuar a escrituração estatuída no art. 322 do RICMS-BA/97.

Repete argumentos trazidos na defesa e já constantes neste relatório e, em seguida, repisa que a entradas das mercadorias em seu estabelecimento não restou comprovada e, portanto, não lhe podem ser imputadas as infrações em tela. Reitera que só possui como único meio de provar que tais mercadorias não entraram em seu estabelecimento pelo não registro em sua escrituração. Diz que a autuação é um enorme equívoco.

Relativamente às infrações 5 e 6, repete que as notas fiscais eletrônicas se submetem à chancela do Estado. Reitera que a verificação da situação cadastral dos seus clientes, sempre que emitir uma nota fiscal, inviabilizaria a sua atividade. Diz que a exigência fiscal não se sustenta, já que o imposto devido foi pago.

Ao finalizar, solicita a anulação ou improcedência do Auto de Infração.

O autuante foi notificado do pronunciamento do autuado, porém manteve-se silente.

VOTO

Trata a infração 1 de recolhido a menos de ICMS devido por antecipação parcial, no valor de R\$5.547,68, conforme os demonstrativos de fls. 15 e 16/90.

O autuado alega que a exigência fiscal não procede, pois, como celebrou com a SEFAZ o Termo de Acordo previsto no Dec. 7799/00, as operações de saídas internas que realiza são tributadas com redução de base de cálculo, de forma que a carga tributária seja equivalente a 10%. Diz que, assim, não é devida a antecipação parcial relativamente às aquisições tributadas à alíquota igual ou superior a 10%. Na informação fiscal, o autuante acata o argumento defensivo e sugere que essa infração seja julgada improcedente.

O ICMS devido por antecipação parcial é apurado mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. Considerando que as operações de saídas efetuadas pelo autuado gozam de redução de base de cálculo de forma que a carga tributária seja equivalente a 10%, não haverá antecipação parcial a recolher quando as aquisições forem tributadas por alíquota igual ou superior a 10%. Em consequência, foi correto o posicionamento do autuante quando na informação fiscal reconheceu a improcedência da infração em tela. Dessa forma, a infração 1 é improcedente.

Em sua defesa, o autuado expressamente reconheceu a procedência da infração 2. Assim, não há lide quanto a esse item do lançamento e, portanto, a infração 2 subsiste em sua totalidade.

Tratam as infrações 3 e 4 da falta de registro de registro de entradas de mercadorias tributáveis e não tributáveis, respectivamente.

Na defesa, o autuado afirma que diversas aquisições não foram registradas pois: a) uma parte foi emitida pelo defensor em razão de utilização de materiais de uso e consumo pelo próprio estabelecimento; b) outra parte não deveria ser registrada em virtude de sua natureza; c) algumas notas foram canceladas pelos fornecedores mediante a emissão e notas fiscais de entradas; d) várias operações eram destinadas a estabelecimentos com razão social diversa. Como prova essa alegação, o defensor acostou ao processo os documentos de fls. 197 a 240.

Na informação fiscal, o autuante acatou o argumento defensivo e refez a apuração do quanto devido, tendo o valor das multas passado para R\$3.050,60 (infração 3) e R\$861,52 (infração 4).

Acolho as retificações efetuadas quando foi prestada a informação fiscal, pois foram realizadas pelo próprio autuante, preposto fazendário que efetuou a auditoria e que teve acesso aos livros e documentos do autuado. O argumento defensivo de que as mercadorias não ingressaram em seu estabelecimento não merece prosperar, pois as operações cujos destinatários possuíam inscrição cadastral ou CNPJ diferentes foram excluídas da autuação, ao passo que as operações que foram mantidas são referentes a documentos fiscais idôneos destinados ao autuado.

Dessa forma, a infração 3 subsiste parcialmente, no valor de R\$3.050,60, conforme os demonstrativos retificados elaborados pelo autuante na informação fiscal. Todavia, com fulcro no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, a multa que subsiste parcialmente na infração 3, no valor de R\$3.050,60, fica reduzida de 10% para 1%, uma vez que o inciso IX do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, foi alterado pela Lei nº 13.461, de 10/12/2015, DOE de 11/12/2015, efeitos a partir de 11/12/2015, passando a ter a seguinte redação:

IX - 1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadorias ou serviços sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal;

Em face ao acima exposto, a infração 3 é subsistente em parte, no valor de R\$ 305,06, por força do que dispõe o art. 106, II, “c”, do CTN, combinado com a nova redação dada ao inc. IX, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, pela Lei nº 13.461/15, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

DATA OCORR.	B. CÁLCULO	MULTA	VALOR
31/03/09	50,00	1%	0,50
31/07/09	400,00	1%	4,00
31/08/09	12.220,13	1%	122,20
31/10/09	555,62	1%	5,56
30/11/09	189,86	1%	1,90
31/12/09	1.601,73	1%	16,02
31/03/10	250,59	1%	2,51
30/04/10	7.300,00	1%	73,00
31/08/10	1.082,60	1%	10,83
31/10/10	560,10	1%	5,60
30/11/10	47,76	1%	0,48
31/12/10	6.247,63	1%	62,48
SOMATÓRIOS			305,08

Por seu turno a infração 4 subsiste parcialmente no valor de R\$861,52, consoante os demonstrativos retificados elaborados pelo autuante na informação fiscal, ficando o demonstrativo de débito da seguinte forma:

DATA OCORR.	B. CÁLCULO	MULTA	VALOR
30/09/09	1.079,65	1%	10,80
30/10/09	34,67	1%	0,35
31/12/09	2.375,00	1%	23,75
31/01/10	8.920,11	1%	89,20
30/04/10	534,27	1%	5,34
31/05/10	2.081,08	1%	20,81
30/06/10	158,71	1%	1,59

31/07/10	2.493,27	1%	24,93
31/08/10	11.356,52	1%	113,57
30/09/10	10.082,41	1%	100,82
31/10/10	16.600,00	1%	166,00
30/11/10	4.650,96	1%	46,51
31/12/10	25.784,57	1%	257,85
SOMATÓRIOS			861,52

As infrações 5 e 6 tratam, respectivamente, de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas para contribuintes inaptos, baixados ou intimados para inaptidão e de falta de retenção do ICMS nas vendas para contribuintes inaptos, baixados ou intimados para inaptidão.

Em sua defesa, referindo-se às infrações 5 e 6, o defendant afirma que já estava em vigor o sistema de emissão de nota fiscal eletrônica e, portanto, a SEFAZ possuía os meios próprios para impedir a emissão das notas fiscais em tela.

Esse argumento defensivo não se mostra capaz de elidir as infrações em comento, pois, no período abarcado pelas infrações em tela, para fins de denegação de uso de nota fiscal eletrônica, o sistema emissor verificava a regularidade fiscal do emitente do documento. Apenas a partir de 01/10/11, com o advento da Alteração nº 147 do RICMS-BA/97, introduzida pelo Dec. 13.165, de 11/08/11, o referido sistema passou a aferir a regularidade do emissor da nota fiscal eletrônica e da empresa destinatária das mercadorias.

Apesar de, à época dos fatos, o sistema emissor de nota fiscal eletrônica não aferir a regularidade fiscal da empresa destinatária, constituía obrigação tributária acessória dos contribuintes do ICMS verificar a regularidade da situação cadastral dos seus clientes, quando com eles efetuar operações comerciais, nos termos do art. 142, inc. I, do RICMS-BA/97. Assim, por ser uma obrigação acessória regulamente prevista, não há como se acolher a tese defensiva de que o cumprimento dessa obrigação inviabilizaria o funcionamento das atividades do estabelecimento.

Quando os destinatários das mercadorias não estejam inscritos no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, como é o caso das infrações em comento, não é cabível a redução de base de cálculo de que trata o art. 1º do Dec. 7799/00 (infração 5), bem como deve ser feita a retenção do ICMS referente às operações subsequentes que serão realizadas por esses contribuintes não inscritos (infração 6).

Ressalto que a alegação defensiva de que o imposto exigido nessas duas infrações foi pago não se sustenta, uma vez que não há qualquer prova desse fato.

Dessa forma, as infrações 5 e 6 subsistem integralmente.

Quanto ao alegado caráter de confisco da multa de 60% indicadas na autuação, saliento que essa penalidade está correta e é a prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 para as irregularidades descritas no Auto de Infração, não cabendo a este órgão julgador apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, nos termos do art. 125, I, da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia). Também não há como se reduzir essa multa para o patamar de 2%, uma vez que se trata de multa por descumprimento de obrigação principal e, portanto, tal redução está fora da competência das Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar improcedente a infração 1, procedentes em parte as infrações 3 e 4 e procedentes as infrações 2, 5 e 6, retificando, de ofício, o percentual da multa indicada para a infração 3.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298579.0021/14-2, lavrado contra **AVANÇO DISTRIBUIÇÃO E LOGÍSTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.410,88**, acrescido das multas de 70% sobre

R\$2.132,99 e de 60% sobre R\$9.277,89, previstas no art. 42, III, II, “a” e “e”, da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além de multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$1.166,60**, previstas no art. 42, IX e XI, da referida lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2016

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS DE CARVALHO - JULGADORA