

A. I. Nº - 232299.0001/13-0
AUTUADO - JUNIO WENISTAY SANTOS - ME
AUTUANTE - JEANNETTE OLIVEIRA SANTOS SOARES
ORIGEM - INFRAZ SEABRA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 08.04.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0049-05/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. EMPRESA ENQUADRADA NO SIMPLES NACIONAL. Considerando a inexistência nos autos de comprovação de regular exclusão, o lançamento por antecipação tributária deve obedecer aos preceitos da legislação do SIMPLES, e mesmo havendo exclusão, esta deve expressamente autorizar efeitos retroativos para lançamento dos tributos devidos, os valores da antecipação devem obedecer aos limites previstos em lei. Infração 1 procedente em parte. **2.** EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). EMISSÃO DE NOTA FISCAL DE VENDA A CONSUMIDOR EM LUGAR DO USO DE ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA A segunda infração encontra-se perfeitamente descrita e dentro da legalidade, não havendo qualquer contestação de erros, mas tão somente questões de Direito, como o do confisco, e justificativa quanto à inexistência de pessoas habilitadas para consertos do equipamento. O impugnante não trouxe ao processo qualquer atestado de intervenção técnica que comprovasse defeitos no ECF. Infração 2 procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

No auto de infração lavrado em 28/06/2013, foi efetuado lançamento de imposto no valor total de R\$102.713,97, em razão das seguintes infrações:

- 1- Efetuou a menos o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, na condição de empresa optante do regime especial unificado de arrecadação de tributos devidos pelas microempresas e empresas de pequeno porte - SIMPLES NACIONAL, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do estado, sendo lançado o valor de R\$57.349,92, acrescido das multas de 50 e 60%.
- 2- Emitiu documento fiscal diverso daquele decorrente do uso regular de equipamento de controle fiscal – ECF, nas situações em que legalmente está obrigado, sendo lançada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$45.364,05.

Embora o processo seja composto de 2 infrações, o impugnante apresenta defesa às fls. 1.125/1.175, e ao longo de 50 páginas coloca uma extensa exposição doutrinária sobre a inconstitucionalidade do SIMPLES, capacidade contributiva, confisco, taxa SELIC etc, com muitas citações de juristas renomados, além de alguns julgamentos administrativos e também do Poder Judiciário, que foram suprimidos deste relatório, dada a total inviabilidade e falta de necessidade de se transpor a esta peça tantos argumentos de Direito, visto que este Órgão Administrativo não tem competência para apreciar pedidos relativos à inconstitucionalidade da legislação tributária, e assim, reservo transcrever apenas as questões fáticas e de direito, que objetivamente traz subsídios à defesa do contribuinte.

Alega que na infração 1, o que se verificou da apuração da douda Agente de Tributos Estaduais é que o levantamento fiscal foi equivocado, posto que a preposta fiscal calculou a antecipação parcial nota por nota, sem considerar o limite de 4% sobre o valor das entradas ou saídas, o que for maior, nos termos do art. 352-A do RICMS. Que a redação dada ao dispositivo do § 6º do RICMS/97 é limitada a 4% das receitas e transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais, o que for maior.

No entanto, a Agente de Tributos em seus demonstrativos apurou apenas o valor isolado da antecipação parcial do ICMS de cada documento fiscal, sem considerar este limite. Que há nítida violação ao princípio da legalidade, pois cabe ao Preposto Fiscal observar toda a legislação acerca da matéria, não podendo escolher quais normas devem ou não ser aplicadas. Salienta que os decantados princípios da legalidade e da tipicidade fechada não foram observados, *in casu*, pois a legislação impõe uma limitação ao valor do tributo a ser pago mensalmente, e o que está previsto na legislação não pode deixar de ser aplicado ao contribuinte, sob pena de violação à segurança jurídica e ao princípio da não surpresa tributária (sic).

Que, assim, não poderia a douda Autoridade Fiscal criar uma fórmula própria e ao arrepio da Legislação Tributária. Ademais, cumpre salientar que a Preposta Fiscal nada pode fazer senão o que a lei determina, a autoridade fiscal só age de acordo com a lei. Por força do princípio da legalidade, a douda Agente de Tributos tem a função de aplicar a legislação tributária, exigindo o seu fiel cumprimento pelos contribuintes e terceiros (art. 142, parágrafo único, CTN). É, portanto, a aplicação estrita do princípio da legalidade não podendo, portanto deixar de aplicar o limite de 4% previsto no regulamento do ICMS vigente à época do fato.

Que ao invés do sistema normal de tributação, por assim dizer, com a conta corrente fiscal, compensação de créditos e débitos de ICMS ou aplicação da substituição tributária (antecipação ou diferimento), optar-se-ia por um sistema simplificado no qual a única tributação incidente a título de ICMS recairia sobre a receita.

Aduz que como a própria lei indica, a antecipação parcial não encerra a fase de tributação, ou seja, os integrantes do SIMPLES terão que antecipar parcialmente o ICMS e pagá-lo novamente sobre a receita bruta ajustada, NO ENTANTO, SEM DIREITO A QUALQUER CRÉDITO. Que como se pode perceber, o sistema simplificado foi totalmente descaracterizado e implicou em violação à Carta Magna de 1988, resultando em confisco e oneração das micro e pequenas empresas em relação aos demais contribuintes de ICMS, que submetem-se ao regime normal de tributação.

Que se incluiu os integrantes do SIMPLES na antecipação parcial, sem que a Lei Complementar permitisse, mas manteve-se a vedação à utilização de quaisquer créditos fiscais, ou seja, quando do cálculo da antecipação tributária parcial, *in casu*, não se poderá utilizar qualquer crédito destacado de ICMS, bem como não se poderá efetuar qualquer utilização de crédito pelo pagamento da antecipação parcial (já que não encerra a fase de tributação).

Justifica que o contribuinte integrante do SIMPLES paga ICMS sobre a receita e não sobre o valor da venda de mercadoria descrita em nota fiscal. Tanto assim é verdade, que não há qualquer destaque de ICMS em notas fiscais de venda. O pagamento de ICMS, frise-se, é efetuado sobre a receita bruta ajustada. Para os integrantes da apuração do ICMS sob regime normal a realidade é totalmente diferente e não gera confisco, visto que poderão utilizar o crédito de ICMS pago a título da denominada antecipação parcial.

Que a Carta Constitucional em seu art. 179, caput, determina que as micro e pequenas empresas devem ter tratamento tributário simplificado e também redução da carga tributária e o que se vê na nova sistemática adotada pela inovação legislativa é justamente o contrário, os integrantes do SIMPLES ficarão mais onerados na medida em que há confisco do valor pago a título de antecipação parcial do ICMS. As empresas maiores, no entanto, sob regime normal de tributação, inclusive os fortes atacadistas, poderão creditar-se do imposto.

Traz o princípio da vedação de utilização de tributo com efeito de confisco que está consagrado expressamente no inciso IV do art. 150 da Constituição e ainda o princípio da capacidade

contributiva, insculpido no art. 145, §1º, da Carta Magna, que obriga o legislador a graduar o tributo de acordo com a capacidade econômica de cada contribuinte.

Que na infração 2, o segundo ponto que manifesta a cabal improcedência da infração 1, é que a referida multa foi aplicada SOBRE O SOMATÓRIO DE TODAS AS EMISSÕES DE DOCUMENTOS DIVERSOS, mas desconsiderou a inexistência de assistência técnica para instalação e conserto das Máquinas. Que está se falando de uma região pobre do Estado da Bahia, município de Oliveira dos Brejinhos, e a lei não pode estar dissociada da realidade de cada localidade.

Alega que por mais que se entenda o caráter de controle que os equipamentos eletrônicos possibilitam ao Fisco, é preciso ter a exata noção de que nem todas as regiões do Estado da Bahia possuem condições e assistência técnica na sede da cidade. Há necessidade de deslocamentos e muita demora no atendimento em casos de defeitos. Que a infra-estrutura na cidade é tão precária que há uma constante queda de energia, 5 ou mais vezes no mesmo dia.

Diz que estes fatores contribuem para impossibilidade de uso contínuo dos equipamentos de cupom fiscal ECF. Que não houve sonegação, pois o documento fiscal foi emitido e o tributo foi pago, mas as condições precárias da cidade levaram o Autuado a essa condição, emitir um documento diverso da ECF ou deixar de vender e fechar as portas. Em sendo assim, está utilizando do tributo como verdadeiro confisco, pois a penalidade representa um valor demasiado para uma microempresa.

Que a taxa SELIC é manifestamente ilegal e inconstitucional uma vez que fere os institutos do princípio da legalidade (art. 150, I, da CF), anterioridade (150, III, “b” da CF), anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF), da indelegabilidade de competência tributária (arts. 48, I, e 150, I, da CF) e da segurança jurídica (inserido em vários incisos do art. 5º da CF). Faz longa exposição doutrinária e jurisprudencial sobre adoção da taxa SELIC e diz ao final que resta demonstrado assim, que a Taxa SELIC está eivada de inconstitucionalidades, devendo ser excluída do montante do débito consoante levantamentos em anexo.

Ademais, espera que, caso pare ou reste alguma dúvida a este Colendo Conselho Estadual de Fazenda seja *deferida diligência fiscal*, por preposto estranho ao feito, caso entenda necessário, a FIM DE QUE SEJAM VERIFICADOS E REFEITOS OS LEVANTAMENTOS FISCAIS REFERENTES À LIMITAÇÃO DE 4% PREVISTO NO § 6º DO ART. 352-a DO RICMS/97, haja vista que não há suporte legal para o procedimento da Agente de Tributos.

Diante do exposto, o Autuado confiando na alta sensibilidade e no espírito elevado dos Senhores Julgadores, requer a posterior juntada do instrumento de mandato no prazo de 15 dias, consoante faculta o Estatuto da Advocacia, no mérito, espera, ainda, seja deferida diligência por fiscal estranho ao feito, e que a ação fiscal em tela seja julgada IMPROCEDENTE, pelas razões anteriormente aduzidas, tudo por ser de Direito e da mais lúdima JUSTIÇA, visto que todo extremo, é uma extrema injustiça.

A autuante apresenta informação fiscal às fls. 1.389/1.408, não tão longa quanto a defesa do contribuinte, com “apenas” 23 páginas”, mas exigindo também desse Relator, uma abreviação objetiva para se adequar às necessidades da objetividade do julgamento, visto ser inviável a transcrição e apreciação neste relatório, de textos em longas 73 páginas, apenas de defesa e informação fiscal.

Informa que o contribuinte, acima identificado não atendeu às intimações realizadas ‘in loco’ nos dias 21 de maio de 2012 e 27 de junho de 2012, conforme folhas nº 12 e 13 do Auto de Infração, e, por este motivo, contra o mesmo foi cobrada a respectiva penalidade de acordo com o Art. 42 da Lei 7014/96, através da Notificação Fiscal nº 9232299.001/12-1 Que a empresa foi reprogramada para o II trimestre de 2013, cujo resultado da ação fiscal foi a lavratura do Auto de Infração em lide.

Que quanto ao primeiro item, relativo ao imposto devido por antecipação parcial, é assegurado ao contribuinte credenciado o pagamento do imposto a recolher no limite de 4% (quatro por

cento) de suas receitas acrescidas das transferências, ou valor de suas entradas mais transferências, o que for maior. No entanto há uma cláusula condicionante que deve ser considerada - tal limite é assegurado ao contribuinte credenciado para pagamento no prazo previsto no § 7º do art. 125 do Decreto 6284/97.

Que o inciso IV é claro, pois para que haja credenciamento, é necessário que o contribuinte esteja em dia com as obrigações acessórias e atenda regularmente as intimações fiscais. No tocante ao atendimento às intimações fiscais, há provas materiais no PAF que comprovam a falta de atendimento.

Quanto às obrigações acessórias, por sua vez, a infração 2, *per si*, já configura como contundente prova de que o contribuinte não se encontra em dia com as mesmas. Que o contribuinte iniciou a utilização do equipamento somente em 28 de maio de 2013 e, a obrigatoriedade de uso de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) ocorreu em 2010, conforme Art. 824-B, § 2º do Decreto 6284/97.

Alega que o contribuinte reivindica para si o direito de efetuar o recolhimento do imposto na ordem de 4% das suas entradas ou saídas, o que for maior, e no entanto, não gozava deste direito, conforme Art. 125, § 7º, 'IV' do RICMS/BA, porque não reunia as condições necessárias para tanto.

Informa que *“os cálculos constantes do Demonstrativo de Débito do Auto de Infração contêm incorreções, cuja origem não foi possível identificar para que apresentássemos uma justificativa para tal fato. Entendemos que houve um lamentável lapso.”* Ademais, o contribuinte tem por hábito não relacionar junto aos Documentos de Arrecadação Estadual (DAE) os números das Notas Fiscais, ao qual o mesmo se refere, fazendo-o em uma folha de papel A-4 à parte, dificultando por demais o desenvolvimento do trabalho. A fim de sanar tais incorreções, elabora novos demonstrativos, os quais anexa ao final desta Informação Fiscal, e altera a primeira infração de R\$57.349,92 para R\$65.748,79.

Informa que além de constatar débito referente ao recolhimento a menor da Antecipação Parcial, constata que o contribuinte apresenta omissão de recolhimento da Substituição Tributária, referente ao imposto devido pelas entradas interestaduais de fraldas e tapetes, respectivamente, conforme discriminado no demonstrativo supra. Que assim sendo, ao Auto de Infração em lide deverá ser incluída a Infração 07.21.01 - ICMS NÃO ANTECIPADO - ANTECIPAÇÃO TOTAL.

Que na Infração 02, a multa não foi aplicada sobre o somatório de todos os documentos fiscais emitidos, mas apenas as Notas Fiscais de Venda ao Consumidor (NFVC), série D-1, conforme cópias xerográficas acostadas ao Auto de Infração (fls. nº 479 a 1108).

O autuado atingiu a obrigatoriedade de uso de Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) em 2009, no entanto, não o fez tempestivamente. Conforme informações coletadas junto ao Sistema INC, a intervenção inicial para uso do equipamento ocorreu em 28/05/2013 (Anexo 4), mais precisamente, quatro anos, sete meses e vinte e cinco dias após a sua obrigatoriedade.

Que o período fiscalizado compreendeu os exercícios de 2009 a 2011. Como falar em assistência técnica para conserto (pg. 25) se tal equipamento sequer existia? porquanto, sua utilização tem como início a data de 28/05/2013.

Que em menos de um ano de atividade a empresa ultrapassou o limite de microempresa enquadrando-se como empresa de pequeno porte, cujo enquadramento, também, não o fez, tempestivamente. Com referência aos pedidos de Diligência desde já manifesta-se pelo INDEFERIMENTO do pedido, em nome, inclusive, da celeridade do processo. Ademais, elabora e anexa novos demonstrativos. Manifesta-se pela PROCEDÊNCIA TOTAL (sic) do feito.

À fl. 2.143 o processo foi convertido em diligência, pois foram constatadas inúmeras incorreções nos demonstrativos, mesmo após as alterações produzidas na informação fiscal, conforme pode se verificar no pedido e em atendimento aos princípios da ampla defesa, da verdade material e do devido processo legal, em sessão de pauta suplementar do dia 18/12/2014, esta 5ª JF decidiu

converter o processo em diligência à Inspeção de Origem para que a autuante corrigisse as falhas apontadas e reabrisse prazo de defesa ao impugnante.

À fl. 2.147/48 a autuante, em atendimento à diligência, diz que o demonstrativo foi refeito compreendendo o período de fevereiro de 2010 a dezembro de 2011; que os valores relativos aos pagamentos da antecipação parcial encontram-se devidamente relacionados de forma analítica assim como os valores excedentes. Ao final diz que a diferença de recolhimento da antecipação parcial a menor considerou que o contribuinte deixou de cumprir com suas obrigações acessórias e por tal motivo o mesmo equipara-se à situação de descredenciado não podendo usufruir do benefício de recolher o imposto considerando o limite de 4% das receitas ou entradas, o que for maior. Apresenta novo demonstrativo à fl. 2.152.

O impugnante se manifestou à fl. 2.179. Este Relator observou que a numeração a partir da fl. 2.199 passou para a página 3.000, havendo um salto de 800 folhas. No entanto não há caracterização de supressão de páginas, mas de erro de numeração.

Alega cerceamento de defesa, e que a autuante na infração 1 não considerou o limite **de 4% do** valor das entradas internas e interestaduais, conforme disposto no art. 352-A, parágrafo 6º e que assim, houve erro no lançamento; que o descredenciamento não consta originariamente em qualquer infração ou relatório. Alega também que a constituição proíbe a tributação com efeito de confisco.

Na segunda questão, reclamou da inexistência de assistência técnica para instalação e conserto de máquinas, e que é uma condição necessária à sobrevivência do autuado vender mercadorias mesmo que o equipamento ECF não esteja funcionando por estar quebrado ou por ausência de energia elétrica.

Alega a impropriedade da taxa selic como índice de acréscimo moratório e ao final pede nova diligência para refazer o lançamento com limitação de 4% previsto no parágrafo 6º do art. 352-A do RICMS. Enfim, repete os mesmos termos da impugnação, sem, contudo apontar erro material nos cálculos efetuados pela autuante.

Às fls. 3029/45, a autuante se manifesta e reafirma os mesmos termos da primeira informação fiscal. Diz que além de constatar débito de antecipação parcial a menor, há também omissão de antecipação total por aquisições interestaduais de fraldas e que deverá ser incluído na lide esta infração. Aduz que o impugnante ultrapassou o limite de enquadramento na condição de microempresa em 2008 e deveria ser reenquadrado na condição de PEQUENO PORTE a partir de 01.01.2009. À fl. 3083 apresenta apuração do imposto devido por substituição tributária.

VOTO

Em homenagem ao princípio da ampla defesa, o processo foi convertido em diligência para correções das falhas apontadas e o impugnante tomou ciência das alterações, novamente se manifestando no processo, sem, contudo apontar qualquer erro material nos demonstrativos, mas tão somente alegando questões de Direito, que serão devidamente apreciadas neste voto e assim, não acato o alegado cerceamento de defesa.

Quanto ao novo pedido de diligência, denego, tendo em vista o processo já conter todos os elementos aptos ao julgamento, assim como fica sem objeto a alegação de cerceamento de defesa, visto a diligência e abertura de prazo para nova defesa.

Na primeira infração é certo que a autuante ao realizar o cálculo da antecipação parcial não obedeceu aos critérios previstos em lei, quanto à limitação do percentual de *4% das receitas ou das entradas, o que for maior*. O impugnante invoca o princípio da legalidade estrita do Direito Tributário e que o *“descredenciamento não consta originariamente em qualquer infração ou relatório e invoca o princípio da legalidade em matéria tributária. Aduz que para os integrantes do regime de apuração do ICMS normal, pode-se utilizar o crédito pago na antecipação parcial, não ocorrendo isso no SIMPLES.*

Quanto a este aspecto, devo admitir que o impugnante tem razão, pois o Direito Tributário é regido pelo princípio da legalidade estrita, devendo o autuante respeito às regras definidas para constituição do crédito, conforme art. 142 do CTN. Impõe-se distinguir a ocorrência do fato gerador do momento da exigibilidade do crédito tributário. Não pode o contribuinte ser excluído dos benefícios do SIMPLES NACIONAL sem o regular processo administrativo. O atual Regulamento de ICMS regulamenta em detalhes, a forma de exclusão do SIMPLES, nos termos dos artigos abaixo:

Art. 326. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação da microempresa ou da empresa de pequeno porte, na forma determinada em resolução do Comitê Gestor do Simples Nacional.

Art. 327. Na hipótese de exclusão de ofício, será expedido termo de exclusão e o contribuinte será comunicado da exclusão por meio de edital publicado no Diário Oficial do Estado, identificando-se o contribuinte e o motivo da exclusão.

Art. 328. O contribuinte poderá impugnar a exclusão na repartição fazendária do seu domicílio fiscal, até 30 (trinta) dias após a publicação da comunicação, que será apreciada pelo inspetor fazendário.

Parágrafo único. No âmbito da DAT Metro, o titular da Coordenação de Processos apreciará a impugnação à exclusão do contribuinte.

Art. 329. Mantida a decisão de exclusão do contribuinte, o termo de exclusão será registrado no Portal do Simples Nacional na Internet para que possa produzir seus efeitos.

Considerando a inexistência nos autos de comprovação de regular exclusão, o lançamento por antecipação tributária deve obedecer aos preceitos da legislação do SIMPLES, e mesmo havendo exclusão, esta deve expressamente autorizar efeitos retroativos para lançamento dos tributos devidos, os valores da antecipação devem obedecer aos limites previstos em lei. Assim, extraído da diligência, os valores a serem mantidos neste julgamento conforme demonstrativo abaixo:

MÊS	VL. AUTO	VL. DILIGÊNCIA	LIM. 4% ENTRADAS OU SAIDAS (O MAIOR)	VL. JULGADO
fev/10	1.038,55	1.095,24	644,21	644,21
mar/10	3.521,15	1.717,43	1.029,59	1.029,59
abr/10	930,71	3.648,91	1.484,36	930,71
mai/10	3.488,65	2.482,30	1.060,30	1.060,30
jun/10	1.030,47	871,62	1.600,00	871,62
jul/10	244,03	1.973,62	1.108,38	244,03
ago/10	4.438,18	811,60	916,05	811,60
set/10	0,00	3.280,36	1.319,98	0,00
out/10	6.500,45	17.747,28	7.468,76	6.500,45
nov/10	3.395,15	17.979,63	9.196,09	3.395,15
dez/10	4.337,43	3.584,44	18.781,14	3.584,44
jan/11	1.296,55	1.813,27	1.296,86	1.296,55
fev/11	1.254,63	8.392,69	3.716,09	1.254,63
mar/11	772,82	6.308,64	4.980,14	772,82
abr/11	2.848,62	7.428,14	3.629,75	2.848,62
mai/11	611,32	19.268,12	9.453,75	611,32
jun/11	646,30	12.291,96	6.179,73	646,30
jul/11	884,53	3.056,04	3.743,24	884,53
ago/11	1.715,02	4.394,72	4.053,68	1.715,02
set/11	756,31	4.422,47	6.509,60	756,31
out/11	1.542,07	8.906,20	8.464,85	1.542,07
nov/11	5.769,89	3.781,69	7.422,05	3.781,69
dez/11	10.327,09	2.637,99	1.738,39	1.738,39
TOTAL	57.349,92	137.894,36	105.796,99	36.920,35

Os critérios de julgamento foram considerados da seguinte forma: compara-se o valor obtido na diligência com o valor inicialmente lançado no auto. O valor da diligência não pode ser maior que o do auto de infração dado o princípio da imutabilidade do lançamento. Assim, admite-se o

valor da diligência desde que não ultrapasse o valor originário e em seguida, compara-se com o limite de 4%, adotando-se o maior valor até limite legal.

Assim é que em dezembro de 2011 o valor inicial foi de R\$10.238,09, e o valor corrigido na diligência foi de R\$2.637,99, mas o valor limite foi de R\$1.738,39, adotando-se este como o valor julgado. No entanto, deve-se fazer novo procedimento para efetuar os lançamentos que não foram possíveis manter neste auto, como o de setembro de 2010, inexistente no lançamento originário, ou outubro de 2010, cujo valor originário é inferior ao limite, mas a diligência encontrou valor maior, devendo ser cobrada a diferença neste caso. O valor deste item então fica reduzido para R\$36.920,35. Infração 1 procedente em parte.

Oportuno ressaltar que a autuante trouxe em sede de informação fiscal uma nova infração por falta de antecipação total, que não pode ser acrescida a este processo, tendo em vista o princípio da imutabilidade do lançamento, que só pode ser alterado em situações específicas, jamais para um novo lançamento. Neste caso, recomenda-se a renovação da ação fiscal não só para lançar os valores remanescentes da infração 1 como também para esta nova infração.

A segunda infração encontra-se perfeitamente descrita e dentro da legalidade, não havendo qualquer contestação de erros, mas tão somente questões de Direito, como o do confisco, e justificativa quanto à inexistência de pessoas habilitadas para consertos. O impugnante não trouxe ao processo qualquer atestado de intervenção técnica que comprovasse defeitos no equipamento além do largo espaço de tempo decorrido sem a utilização do ECF.

No entanto, há de se admitir que as notas fiscais foram emitidas, conforme atestam as cópias nos autos, utilizadas inclusive para cálculo da multa. Descartadas as alegações acerca da capacidade contributiva e do confisco, visto a multa aplicada encontrar-se dentro da proporcionalidade da movimentação comercial e financeira do impugnante, já que é de apenas 2% do valor de cada documento fiscal.

Devo considerar em princípio não há configuração de prejuízos ao fisco quanto à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, mas é certo que a falta de utilização do equipamento emissor de cupom fiscal traz dificuldades para a fiscalização efetuar controles e roteiros de auditoria. Além disso, foram comprovadas inúmeras dificuldades impostas pelo contribuinte para a fiscalização conforme comprovam inúmeras intimações não atendidas. Entendo que a redução de multa seria cabível se o impugnante comprovasse defeitos no equipamento, caracterizando a ausência de dolo. Além disso, o processo contém uma infração à obrigação principal e o contribuinte extrapolou os limites de faturamento para o seu enquadramento no SIMPLES como microempresa.

Por outro lado, a autuante traz evidências da falta de recolhimento de imposto devido por antecipação total, não considerada neste processo, por questões relativas ao devido processo legal, razão pela qual mantenho a infração 2 integralmente sem benefícios da redução. Infração 2 procedente.

Quanto à taxa SELIC, foi admitida a partir da LEI Nº 7.753 DE 13 DE DEZEMBRO DE 2000, (DOE 14/12/00), e, portanto sua aplicação encontra-se perfeitamente legalizada. O questionamento já foi feito em tribunais superiores, a exemplo do agravo abaixo transcrito, do STJ, que manteve a sua aplicação.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CDA. EXAME DE REGULARIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. POSSIBILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA E FUNRURAL. REGULARIDADE.

1. A investigação acerca do preenchimento dos requisitos formais da CDA, demanda, necessariamente, a revisão do substrato fático-probatório contido nos autos. Aplicação do enunciado sumular n. 7 desta Corte.

2. É legítimo o emprego da taxa Selic na atualização monetária dos débitos fiscais tributários.

3. São devidas as contribuições destinadas ao INCRA e ao FUNRURAL por empresa urbana, em virtude do seu caráter de contribuição especial de intervenção no domínio econômico para financiar os programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1131083/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 30/03/2010).

Quanto às demais alegações de Direito feitas na impugnação, a exemplo da inconstitucionalidade do SIMPLES, são questionamentos que nos termos do art. 167, I, do RPAF, não se inclui na competência deste órgão para julgamento.

Face ao exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232299.0001/13-0**, lavrado contra **JUNIO WENISTAY SANTOS - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.920,35**, acrescido das multas de 50% sobre R\$644,21 e de 60% sobre R\$36.276,14, previstas no art. 42, I, "b", 1 e II "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento das obrigação acessória no valor de **R\$45.364,05**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, "h", da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios, conforme determina a Lei nº 9.837/05.

Recomendada a renovação da ação fiscal quanto à primeira infração deste auto e para a nova infração por falta de antecipação total conforme informado pela autuante na informação fiscal.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de março de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO- JULGADOR