

A. I. N° - 271351.1504/15-0
AUTUADO - JJ COMÉRCIO EIRELI - ME
AUTUANTE - LAUDIONOR BRASIL PEDRAL SAMPAIO
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 20/05/2016

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0060-04/16

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES DE VENDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SUJEITAS AO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. VALORES REGISTRADOS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Refeitos os cálculos para efeito de concessão dos créditos fiscais aos quais o autuado faz jus. Infração parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. Item mantido. Multas aplicadas com base em previsão legal em vigor. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em referência, lavrado em 27/04/2015, exige crédito tributário no valor de R\$97.693,48 em decorrência das seguintes imputações:

1 - Deixou de recolher ICMS no total de R\$86.333,23 em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, conforme demonstrativo de fls. 09 a 86. Foi aplicada multa de 60% prevista pelo art. 42, II "a" da Lei nº 7.014/96.

2 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, no total de R\$11.360,25, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, apurado de acordo com o demonstrativo de fls. 88 a 94. Foi aplicada multa de 60% prevista pelo art. 42, II "d" da Lei nº 7.014/96.

Cientificado do lançamento o autuado ingressou com impugnação, fls. 153 a 157, pleiteando a anulação do Auto de Infração sob o argumento de que a apuração do ICMS é diferenciada entre os regimes de tributação pelo lucro real, lucro presumido e Simples Nacional.

Discorre acerca de como se apura o imposto em cada uma das situações citadas, reporta-se ao princípio da não cumulatividade para as empresas submetidas ao regime do lucro real, destacando o direito ao crédito do ICMS nas operações de entradas, observando que tal fato não foi considerado no presente Auto de Infração, visto que somente aderiu ao Simples Nacional em 01 de janeiro de 2015.

Após tecer outras considerações acerca do direito à utilização do crédito e do princípio da não cumulatividade do imposto, requer que o Auto de Infração seja anulado e posterior cobrança com o valor adequado à época dos fatos ocorridos, com a dedução dos valores dos impostos pagos no período.

O autuante prestou informação fiscal, fls. 206 a 208, efetuando a juntada de novos demonstrativos, fls. 210 a 304, onde, após efetuar uma breve síntese dos argumentos defensivos, menciona que a presente infração (1) decorre do contribuinte não ter recolhido ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, ou seja, aplicou alíquota zero ao invés de ter aplicado a alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, conforme comprovam os demonstrativos anexos à fls. 09 a 86, bem como as cópias dos livros Registro de Saídas, referentes aos exercícios em tela, anexas às fls. 95 a 130 deste PAF. Esclarece que o contribuinte também não se creditou do ICMS na sua escrita fiscal nas entradas das referidas

mercadorias durante todo o exercício de 2012, creditando-se parcialmente durante os exercícios de 2013 e 2014, conforme comprovam as cópias dos livros Registro de Entradas, referentes aos exercícios em tela, anexas às fls. 131 a 148 deste PAF.

Neste passo e objetivando corrigir o valor do ICMS exigido nesta infração, e, tendo em vista que os referidos livros Registro de Entradas não expressam a realidade por não lançarem todos os créditos oriundos das aquisições de mercadorias, anexou à presente Informação Fiscal as planilhas "Demonstrativo 1 - Crédito Fiscal - Entradas", "Demonstrativo 2 - Pagamentos e Créditos Relativos à Antecipação Parcial", e "Demonstrativo 3 - Tributação Normal - Saídas - Retificado", que reduzem o valor do ICMS exigido nesta infração para R\$ 59.683,66, conforme demonstrado abaixo no "Quadro Resumo Comparativo".

QUADRO RESUMO COMPARATIVO							
Data de Ocorrência	Data de Vencimento	Base de Cálculo Inicial R\$	Base de Cálculo Retificada R\$	Alíquota %	Multa %	Valor Histórico Inicial R\$	Valor Histórico Retificado R\$
28/02/2012	09/03/2012	30.228,29	16.614,59	17,00	60,00	5.138,81	2.824,48
31/03/2012	09/04/2012	24.288,52	16.821,97	17,00	60,00	4.129,05	2.859,74
30/04/2012	09/05/2012	31.229,82	22.612,80	17,00	60,00	5.309,07	3.844,18
31/05/2012	09/06/2012	30.499,58	23.550,72	17,00	60,00	5.184,93	4.003,62
30/06/2012	09/07/2012	34.423,41	28.374,28	17,00	60,00	5.851,98	4.823,63
31/07/2012	09/08/2012	26.623,17	18.143,67	17,00	60,00	4.525,94	3.084,42
31/08/2012	09/09/2012	34.549,52	26.320,68	17,00	60,00	5.873,42	4.474,52
30/09/2012	09/10/2012	14.419,05	8.442,61	17,00	60,00	2.451,24	1.435,24
31/10/2012	09/11/2012	29.736,17	24.543,79	17,00	60,00	5.055,15	4.172,44
30/11/2012	09/12/2012	12.434,11	7.799,63	17,00	60,00	2.113,80	1.325,94
31/12/2012	09/01/2013	7.657,17	7.410,14	17,00	60,00	1.301,72	1.259,72
28/02/2013	09/03/2013	875,00	0,00	17,00	60,00	148,75	0,00
31/03/2013	09/04/2013	4.598,00	1.740,29	17,00	60,00	781,66	295,85
30/04/2013	09/05/2013	5.860,00	3.450,06	17,00	60,00	996,20	586,51
31/05/2013	09/06/2013	4.779,00	4.535,18	17,00	60,00	812,43	770,98
30/06/2013	09/07/2013	5.875,00	532,59	17,00	60,00	998,75	90,54
31/07/2013	09/08/2013	6.775,00	2.591,12	17,00	60,00	1.151,75	440,49
31/08/2013	09/09/2013	6.750,00	5.840,88	17,00	60,00	1.147,50	992,95
30/09/2013	09/10/2013	8.708,58	7.122,42	17,00	60,00	1.480,46	1.210,81
31/10/2013	09/11/2013	14.012,41	12.272,58	17,00	60,00	2.382,11	2.086,34
30/11/2013	09/12/2013	7.257,82	3.637,51	17,00	60,00	1.233,83	618,38
31/12/2013	09/01/2014	9.410,58	6.327,07	17,00	60,00	1.599,80	1.075,60
31/01/2014	09/02/2014	14.478,35	11.458,05	17,00	60,00	2.461,32	1.947,87
28/02/2014	09/03/2014	12.386,29	5.583,76	17,00	60,00	2.105,67	949,24
31/03/2014	09/04/2014	11.855,11	9.180,20	17,00	60,00	2.015,37	1.560,63
30/04/2014	09/05/2014	15.320,47	6.271,10	17,00	60,00	2.604,48	1.066,09
31/05/2014	09/06/2014	26.415,58	19.771,52	17,00	60,00	4.490,65	3.361,16
30/06/2014	09/07/2014	13.363,88	9.669,04	17,00	60,00	2.271,86	1.643,74
31/07/2014	09/08/2014	13.220,00	9.748,54	17,00	60,00	2.247,40	1.657,25
31/08/2014	09/09/2014	13.041,41	8.338,18	17,00	60,00	2.217,04	1.417,49
30/09/2014	09/10/2014	13.230,64	8.728,25	17,00	60,00	2.249,21	1.483,80
31/10/2014	09/11/2014	9.550,17	5.552,85	17,00	60,00	1.623,53	943,99
30/11/2014	09/12/2014	9.841,00	6.141,76	17,00	60,00	1.672,97	1.044,10
31/12/2014	09/01/2015	4.149,29	1.952,50	17,00	60,00	705,38	331,93
Total Geral						86.333,23	59.683,67

Quanto a infração 02 observa que o autuado, em toda a sua peça de defesa, não faz nenhuma alegação referente à esta infração, a qual está devidamente comprovada nos demonstrativos anexos à fls. 88 a 94, bem como nas cópias dos livros Registro de Entradas, referentes aos exercícios em tela, anexas às fls. 131 a 148 deste PAF.

Ao final pugna pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Ao se manifestar acerca da informação fiscal, fls. 313 a 318, o autuado expõe inicialmente que "*o benefício da compensação, que foi respeitado pelo fiscal somente no segundo auto, não foi o único benefício não garantido no primeiro auto lavrado. Também não se verificou o desconto de 50% no ICMS, na antecipação parcial, para Microempresas que tem como fornecedor direto a indústria.*"

Observa que este benefício às microempresas e empresas de pequeno porte ganharam publicidade inclusive no site da SEFAZ, efetuando a seguinte transcrição:

"Com relação à antecipação parcial, uma das mudanças acordadas será a que concede desconto de 20% do valor devido para Micro e Pequenas empresas que pagam o imposto no dia do vencimento; e, no caso do desconto de 50% que já é concedido às microempresas que adquirem de produtos diretamente de indústrias, se o ICMS for pago no vencimento, o abatimento sobe para 60%."

Em seguida diz que a partir da redação acima "*restou claro que o desconto é concedido para as microempresas mesmo se o pagamento não for realizado em dia, uma vez que o desconto sobe para 60% se for pago no dia vencimento. Entendendo-se por óbvio, que os 50% lhes são direitos independentemente da data do pagamento. Dessa forma, na infração 2 o valor deve ser alterado tendo em vista as mercadorias que foram fornecidas diretamente pela indústria*".

Passa a questionar as multas aplicadas em ambas as infrações, que considera confiscatória, bem como abusiva e desarrazoada. Cita que a constituição Federal veda no Art. 150, IV, a utilização de tributo que tenha efeito confiscatório e que o Art. 5º, inciso LIV, dispõe que ninguém será privado da liberdade ou seus bens, sem o devido processo legal.

Passa a discorrer quanto a questão, referindo-se ao critério da razoabilidade, cita Decisão do STF a este respeito, bem como do Tribunal Regional Federal - 4ª Região, arguindo ser de extrema necessidade a redução da multa para 20%, como muito bem considera razoável a Suprema Corte, uma vez que já está sendo penalizado com os juros de mora que representam um valor significantemente elevado, para que o contribuinte arque com o ICMS que deve, e pretende pagar.

Menciona o Art. 45 da Lei nº 7.014/96, cujos incisos trazem porcentagens de redução do valor da multa que variam de 80 a 15% de desconto, sendo que, no caso presente, afirma que se enquadra no inciso IV do citado artigo. E, por essa razão, requer que lhe seja garantido o desconto de 35% no valor da multa em respeito ao citado artigo.

Em conclusão defende que as alterações feitas pelo autuante ainda não são suficientes para que se considere o Auto de Infração dentro do conceito de legalidade, razoabilidade, proporcionalidade e justiça, ao tempo em que requer:

- Desconto de 50% no ICMS na antecipação parcial, para Microempresas que tem como fornecedor direto a indústria;
- Multa arbitrada em 20% (vinte por cento);
- Desconto de 35% no valor total da multa.

O autuante voltou a se pronunciar, fls. 325 e 326, citando que o autuado, não mais se referiu a infração 01 após a intervenção anterior que reduziu o seu valor para R\$59.683,66, enquanto que em relação a segunda infração diz que o autuado na sua manifestação à primeira informação fiscal, às fls. 313 a 318, confunde antecipação parcial, que não foi objeto de exigência desta infração, com o instituto da substituição/antecipação tributária, levada a efeito com mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária, que é o caso em tela. Portanto, não há que se falar em concessão de desconto de 20% do valor devido para micro e pequenas empresas que pagam o imposto no dia do vencimento, tampouco em desconto de 50%, concedido às microempresas que adquirem produtos diretamente de indústrias. Esquece também o contribuinte que durante todo o período fiscalizado (01/01/2012 a 31/12/2014) a referida empresa

estava inscrita no CAD. ICMS-BA na condição de NORMAL, como comprova documento anexo às fls. 327 do presente PAF.

Diz que esta infração está devidamente comprovada nos demonstrativos de fls. 88 a 94, bem como nas cópias dos livros Registro de Entradas, referentes aos exercícios em tela, anexas às fls. 131 a 148 deste PAF.

Conclui pugnando que o Auto de Infração seja julgado Parcialmente Procedente.

VOTO

O autuado inicia sua peça defensiva pugnando pela anulação do Auto de Infração sob o argumento de que a apuração do ICMS é diferenciada entre os regimes de tributação pelo lucro real, lucro presumido e Simples Nacional, sendo que, pelo fato de estar enquadrada no regime do lucro real está amparada pelo princípio da não cumulatividade do imposto.

Neste ponto, é necessário se esclarecer que regime de lucro real e lucro presumido dizem respeito a tributação pelo imposto de renda, pessoa jurídica, nada tendo a ver com o ICMS. De maneira que pontual, inicialmente, que o presente Auto de Infração preenche todas as exigências estabelecidas pelo Art. 39 do RPAF/BA, inexistindo qualquer motivação para que se declare sua nulidade.

Quanto a infração 01, está demonstrado que inicialmente o autuante se limitou a exigir o imposto com base nas operações de saídas, sem concessão do respectivo crédito fiscal pertinente às operações de aquisições. Neste ponto, tem procedência o argumento defensivo, tanto que o autuante, quando da informação fiscal, efetuou a devida correção no lançamento, concedendo os respectivos créditos, conforme demonstrado nos autos, tendo em vista a condição de contribuinte inscrito sob o regime normal de apuração, fato este que motivou a redução da infração 01 do valor original de R\$86.333,23 para R\$59.683,66 conforme indicado e demonstrado à fl. 207.

Considerando que o autuado, quando da sua manifestação não questionou este novo valor apurado, acolho a redução acima levada a efeito pelo autuante.

Torna-se necessário, contudo, uma observação acerca dos argumentos trazidos pelo autuado no que diz respeito ao pedido de dedução dos valores pagos no período autuado. Verificando os pagamentos realizados pelo autuado, através do banco de dados da SEFAZ, constatei que no exercício de 2012 o total de pagamentos efetivados foi de R\$1.177,11 referente a antecipação parcial. Quanto o exercício de 2013, o total recolhido soma R\$629,24 e se refere também a antecipação parcial e notificação fiscal, enquanto que no exercício de 2014 o único valor recolhido foi de R\$254,24 que também se refere a antecipação parcial. Portanto, nada resta a ser deduzido dos valores lançados no presente Auto de Infração visto que tais valores já foram considerados no demonstrativo retificado pelo autuante, fls. 244 a 304.

Consequentemente, a infração 01 é parcialmente subsistente no valor de R\$59.683,67.

Quanto a infração 02 que trata de falta de pagamento de antecipação tributária no total de R\$11.360,25 vejo que a exigência está devidamente demonstrada nos autos, enquanto que o autuado, na sua impugnação inicial não faz qualquer referência a mesma. Entretanto, quando da sua manifestação acerca da revisão fiscal levada a efeito pelo autuante, confundiu antecipação tributária total, com antecipação parcial, ao se referir que não foi concedido o desconto de 50% do ICMS na antecipação parcial, fato este totalmente alheio ao presente Auto de Infração pois aqui não se faz exigência de antecipação parcial.

Desta maneira, a infração 02 é inteiramente procedente.

No que diz respeito a irresignação do autuado em relação às multas aplicadas, elas possuem previsão na Lei nº 7.014/96 e estão corretamente aplicadas, estando este órgão julgador impossibilitado de proceder a qualquer redução ou cancelamento por se tratar de

descumprimento de obrigação principal. Ademais, o inciso IV do Art. 45 da Lei nº 7.014/96 referido pelo autuado se encontra revogado, estando disciplinado no referido artigo os percentuais e ocasião em que é possível se aplicar a redução nas multas de natureza principal.

Por fim, as arguições trazidas pelo autuado relacionadas a efeito de confiscatoriaidade ante aos percentuais das multas, lembro que de acordo com o Art. 167, inciso I do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia - RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade.

Isto posto, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração.

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 **271351.1504/15-0** lavrado contra **JJ COMÉRCIO EIRELI - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$71.043,92** acrescido da multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II "a" e "d" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de maio 2016.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - JULGADORA

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA