

A. I. Nº - 207185.0013/17-8
AUTUADO - SUPERMERCADO CARISMA LTDA.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10.07.2018

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0101-04/18

EMENTA: ICMS. 1. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OCORRÊNCIAS DE VENDAS DE MERCADORIAS ANTERIORMENTE SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. O autuante apurou apenas falta de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias na escrita fiscal do autuado. Neste caso, não procede a exigência do imposto a título de presunção legal de omissão de vendas. Caracterizado descumprimento de obrigação acessória pela falta de escrituração de notas fiscais nos livros fiscais. Aplicação da norma estabelecida pelo Art. 157 do RPAF/BA. Infração parcialmente subsistente. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO MEDIANTE INTIMAÇÃO. MULTA. **3.** DECLARAÇÃO DE APURAÇÃO DO ICMS. DMA. MULTAS. **a)** FALTA DE APRESENTAÇÃO. **b)** DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. **4.** EQUIPAMENTO DE CONTROLE FISCAL. MULTAS. **a)** FALTA DE PEDIDO DE CESSAÇÃO DE USO. **b)** UTILIZAÇÃO IRREGULAR. **5.** ARQUIVOS ELETRÔNICOS. EFD. **a)** FALTA DE ENTREGA NA FORMA E PRAZOS PREVISTOS PELA LEGISLAÇÃO. **b)** ENTREGA SEM AS INFORMAÇÕES EXIGIDAS. Itens não impugnados. Penalidades mantidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em tela foi expedido em 21/08/2017 objetivando reclamar crédito tributário no montante de R\$597.628,85 em decorrência das seguintes acusações:

- 1 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de setembro a dezembro/2014, março e dezembro/2015 e janeiro a maio/2016, com exigência de imposto no total de R\$460.328,64, com datas de ocorrências em 31/12/2014, 31/12/2015 e 31/12/2016. Multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.
- 2 – Deixou de apresentar Documento(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado. Após regularmente intimado em 03/07/2017. Multa no valor de R\$460,00 prevista pelo Art. 42, inciso XX da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.
- 3 – Falta de apresentação da DMA nos meses de setembro/2014 e janeiro a março/2016. Multa no valor de R\$460,00, com data de ocorrência em 20/04/16, prevista pelo Art. 42, inciso XV, alínea “h” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.
- 4 – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA. Nas DMA dos exercícios de 2014 e 2015 não foram declaradas DMA dos meses de março e dezembro/2015. Multa no valor de R\$140,00, com data de ocorrência em 20/04/16, prevista pelo Art. 42, inciso XVIII, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02.
- 5 – *“Não solicitar a cessação de uso de equipamento de controle fiscal com impossibilidade técnica de uso por mais de 120 (cento e vinte) dias, ou que esteja tecnicamente impossibilitado*

de emitir o documento (leitura da memória fiscal) ou de exportar os dados da memória fiscal ou da memória de fita-detalle para arquivo eletrônico. Aplicada a penalidade por cada equipamento. Penalidade aplicada a 06 ECFs que não tiveram cessação de uso nem foram encontrados no estabelecimento”. Multa no valor de R\$82.800,00 prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “c”, item 1.1 da Lei nº 7.014/96.

6 – Utilizou equipamento de controle fiscal em estabelecimento diverso daquele para o qual foi permitida a utilização, aplicada a penalidade por cada equipamento. ECF cadastrado em outro estabelecimento da empresa. Multa no valor de R\$13.800,00 prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “c”, item 1.3, da Lei nº 7.014/96.

7 – Deixou o contribuinte de atender a intimação para entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária. Arquivos não entregues nos meses de setembro a dezembro/14, março e dezembro/15 e janeiro a março/16. Aplicada multa no total de R\$27.220,21 correspondente a 1% sobre o valor de entradas/saídas, o que for maior, conforme planilha, no item 2.3 do relatório anexo. Penalidade prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” as Lei nº 7.014/96 c/c a Lei nº 12.917/13 e Arts. 106 e 112 do CTN, Lei nº 5.172/66.

8 – Deixou o contribuinte de efetuar a entrega do arquivo eletrônico da Escrituração Fiscal Digital – EFD, ou o entregou sem as informações exigidas na forma e nos prazos previstos na Legislação Tributária, referente aos meses de setembro a dezembro/14, março e dezembro/15 a janeiro a março/16. Aplicada multa no total de R\$12.420,00 prevista pelo Art. 42, inciso XIII-A, alínea “L” as Lei nº 7.014/96 c/c a Lei nº 12.917/13 e Arts. 106 e 112 do CTN, Lei nº 5.172/66.

Consta às fls. 05 a 09, um documento elaborado pelo autuante, intitulado “Relatório de Fiscalização”, com o detalhamento das infrações apontadas na autuação.

O autuado, através de seus representantes legais, ingressou com “**Recurso Voluntário**” objetivando a impugnação do lançamento, fls. 60 a 69, onde, inicialmente, através de uma síntese dos fatos, cita que “*não concorda com o acórdão ora aqui recorrido, por julgar procedente em parte o auto de infração nº 2071850013/17-8...*”.

Assim é que, ao ingressar na seara do Direito, passa a contestar as multas aplicadas, por entender que houve afronta ao princípio da vedação do confisco, em face dos percentuais de 60% e de 100% aplicados. Cita jurisprudência oriunda de Tribunais pátrios a este respeito e conclui este tópico requerendo o a redução das multas ao patamar de 20%.

Em seguida passou a abordar questões relacionadas ao princípio da proporcionalidade, onde volta a arguir o caráter confiscatório das multas, citando, a este respeito, decisões de Tribunais Superiores.

Após pugnar pela suspensão da exigibilidade do crédito tributário, à luz do Art. 151, III do CTN, conclui requerendo o conhecimento do Recurso Voluntário, bem como a redução das multas ao patamar de 20%.

O autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 75 e 76, onde, após tecer algumas considerações preliminares, pontuou que o autuado não apresentou qualquer impugnação efetiva às infrações apuradas, nem produziu qualquer prova material de suas alegações, estando ausentes quaisquer fundamentos capazes de elidir as infrações apontadas pela autuação. Pugna pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração imputou ao autuado 08 (oito) infrações, sendo a primeira e a mais significativa, relacionada a exigência de imposto por presunção legal, enquanto que as demais referem-se a penalidades por descumprimento de obrigações tributárias de naturezas acessórias.

Observe que o representante legal da empresa, intitulou equivocadamente a peça defensiva como sendo Recurso Voluntário, mencionando, inclusive, a ocorrência de um julgamento anterior inexistente, em relação a este PAF. De qualquer maneira e considerando a tempestividade do

referido instrumento, aplico o princípio da fungibilidade processual e passo a apreciá-lo a título de Impugnação do lançamento.

Apesar do representante legal do autuado ter se omitido totalmente a respeito do lançamento, tanto em preliminar quanto em relação ao mérito, é dever do julgador, em determinadas situações, tal como a que se apresenta em relação a infração 01, examinar o lançamento quanto sua legalidade e eficácia, a fim de que possíveis ilegalidades não se sobreponham aos fatos.

Assim é que a infração 01 acusa a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. Portanto, o lançamento foi efetuado com base em presunção prevista em lei. Da análise das peças constitutivas destes autos, vê-se, através da intimação constante à fl. 04, que os exames encetados pelo autuante levaram em consideração apenas a escrita fiscal do autuado, livros e documentos, não havendo qualquer exame efetuado sob o ponto de vista contábil.

Isto posto, registro que a presunção legal de omissão de receitas anteriores de saídas omitidas, deve ser analisada sob o ponto de vista de sua repercussão financeira, ou seja, se houve ingressos de recursos não contabilizados e, conseqüentemente, pagamentos também não registrados, decorrentes destes recursos. Esta presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente nas saídas de mercadorias (não conhecidas) ocorridas em momento pretérito, detectadas via exames contábeis, permitindo que o sujeito passivo obtivesse recursos para realizar aquisições não registradas. Portanto, qualquer aquisição a título oneroso, e que não esteja contabilizada, diz respeito a ocultação de receita. É sobre esta receita de venda oculta que se exige o imposto e não sobre a mercadoria propriamente dita já que aqui se apura o imposto através das disponibilidades do estabelecimento comercial.

Registre-se, por oportuno, que esta é uma presunção *juris tantum*, cabendo ao contribuinte desconstituí-la mediante apresentação de elementos probatórios em contrário, situação esta não ocorrida nestes autos. É o que preconiza a Lei nº 7.014/96, em seu Art. 4º, § 4º, inciso IV:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registrados;

V - pagamentos não registrados;

E esta situação fica mais patente quando a Lei nº 7014/96 assim dispõe, em relação as penalidades:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

III - 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, apurando-se a ocorrência de:

d) entradas de mercadorias ou bens não registrados;

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

XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal - este inciso foi revogado pela Lei nº 13.816, de 21/12/17, DOE de 22/12/17, efeitos a partir de 22/12/17.

Ou seja, a lei determina que quando o documento fiscal **se encontra somente não registrado na escrita fiscal, não é devido imposto e sim multa por descumprimento de obrigação acessória**. Caso contrário, quando o registro não ocorreu na escrita contábil, em princípio, o contribuinte omitiu receitas de vendas. Neste caso, a presunção legal prevê a exigência do imposto.

Dos exames levados a efeito nas peças que integram estes autos, como já dito linhas acima, para o lançamento concernente a infração 01, o autuante apurou apenas falta de registro de notas fiscais de entradas de mercadorias na escrita fiscal do autuado, conforme se constata através do doc. fl. 08 e relação de notas fiscais de fls. 20 a 52. Neste caso, portanto, não procede a exigência do imposto na forma indicada na infração 01, no total de R\$460.328,64, inclusive com indicação incorreta das datas de ocorrências conforme se verifica no lançamento. Deve o julgador, contudo, neste caso, proceder na forma estabelecida pelo Art. 157 do RPAF/BA, que estabelece:

Art. 157. Verificada a insubsistência de infração quanto à obrigação principal, porém ficando comprovado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, o julgador deverá aplicar a multa cabível, julgando o Auto de Infração parcialmente procedente.

De maneira que, na situação sob exame, descabe a exigência do imposto no valor de R\$460.328,64 na forma constante da infração 01, entretanto, de ofício, com base no mencionado dispositivo regulamentar, aplico a penalidade prevista pelo Art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, equivalente ao percentual de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não registradas, totalizando a quantia de R\$26.588,68, de acordo com os períodos indicados na planilha de fl. 08.

Isto posto, a infração 01 remanesce parcialmente procedente, na forma acima consignada.

Quanto as demais infrações, 02 a 08, todas referentes a penalidades por descumprimento de obrigações acessórias, o autuado, por seus representantes legais, se manteve totalmente em silêncio, o que denota seu reconhecimento. Por essa razão, mantenho a procedência das penalidades constantes no Auto de Infração relacionadas as infrações 02 a 08.

No que diz respeito aos argumentos do autuado relacionados a efeito confiscatório da multa aplicada pelo descumprimento de obrigação principal, além de não ser da competência deste órgão julgador administrativo declarar inconstitucionalidade na legislação tributária posta, fica tal argumento prejudicado ante ao afastamento da exigência do imposto concernente a infração 01.

Por fim, naquilo que concerne ao pedido de suspensão da exigibilidade do crédito tributário este fato já possui previsão expressa pelo Art. 153, III do CTN.

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, sendo a Infração 01 procedente em parte com aplicação de penalidade no valor de R\$26.588,68 enquanto que as demais, 02 a 08, ficam mantidas em sua integralidade, tendo em vista a falta de manifestação pelo autuado em relação as mesmas.

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 **207185.0013/17-8** lavrado contra **SUPERMERCADO CARISMA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$163.888,90**, previstas pelo Art. 42, incisos IX, XX, XV “h”, XVIII “c”, XIII-A “c”, itens 1.1 e 1.3, e “L”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, em 20 de junho de 2018

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR