

PROCESSO - A. I. Nº 089027.0010/16-1
RECORRENTE - INDÚSTRIA DE TINTAS VISUALCOLOR LTDA. - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0099-05/17
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/10/2018

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0273-12/18

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. ICMS LANÇADO NA ESCRITA FISCAL. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Não acolhidos os pedidos de nulidade do procedimento fiscal. Infrações devidamente comprovadas com a juntada das cópias reprográficas dos elementos da escrita fiscal do contribuinte. Modificada Decisão recorrida, de ofício, NULA a infração 2 por falta de segurança da imputação, supedâneo no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, contra a decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou por unanimidade Procedente, o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/03/2016, para exigir ICMS no valor histórico de R\$298.835,85, em decorrência do cometimento das infrações abaixo descritas:

Infração 01 – 07.12.01 - Deixou de proceder ao recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados no Estado da Bahia nos meses de março, maio à novembro de 2013 e fevereiro à dezembro de 2014. Valor exigido: R\$281.476,05. Multa de 150%, prevista no art. 42, inc. V, letra “a”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – 02.01.01 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de setembro à dezembro de 2014. Valor exigido: R\$17.359,80. Multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra “f”, da Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou impugnação (fls. 19 a 32), questionando a metodologia aplicada pelo autuante para apuração da base de cálculo referente à infração 01. Alegou, por exemplo, ausência da indicação de critérios de proporcionalidade utilizados, falta de demonstração da alíquota incidente na origem da operação, erro na apuração da base de cálculo, dentre outras alegações.

Já o autuante prestou duas informações fiscais. A primeira (fls. 40 a 42), resumindo que a impugnação apresentada pelo sujeito passivo foi desconectada dos fatos. A segunda (fls. 47 e 48) após deliberação do PAF em diligência pela 5ª JJF para que fosse produzida uma nova informação, tendo nesta abordado os pontos suscitados pelo sujeito passivo, rejeitando-os e pedindo a manutenção na íntegra do presente lançamento.

Intimado da nova informação via correios conforme atesta o aviso de recebimento anexado a fl. 179, o autuado não mais se manifestou. Desta forma, a instrução fiscal foi concluída e os autos remetidos à apreciação da 5ª JJF que optou pela Procedência do Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 02 (duas) imputações conforme foi detalhadamente exposto no relatório. Trata-se da cobrança de ICMS retido e não recolhido, a título de substituição tributária, no valor principal de R\$281.476,05 e de ICMS normal, não recolhido nos prazos regulamentares, relacionado a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no importe de R\$17.359, 80.

A defesa sustentou que o lançamento de ofício em lide padece de diversas nulidades: a) ausência dos critérios da proporcionalidade na apuração de deduções, créditos e impostos a recolher em relação aos produtos da substituição tributária; b) que o fisco não prestou o mínimo de informações capitais, para exercício do contraditório ainda que reconheça que no caso concreto não esteja a sustentar a ausência de infrações; c) violação ao princípio da não cumulatividade do ICMS visto que a autoridade fiscal ainda que tenha considerado os créditos do imposto das mercadorias sujeitas à antecipação tributária, teria deixado de demonstrar as alíquotas aplicáveis na origem para fins de apuração do imposto; d) que se encontrava devidamente enquadrado como empresa de pequeno porte, sujeitando-se à tributação simplificada e que a alíquota do imposto, nessa situação, é determinada em função da receita bruta acumulada; e) que houve erro na apuração da base de cálculo e na falta de indicação do critério de arbitramento, afirmando ainda que ocorreu discrepância entre o arbitramento e a realidade fática; f) argumentou ainda que na base de cálculo foram incluídos encargos financeiros das vendas à prazo (correção monetária), que não integram a base impositiva do tributo; g) enfatizou também que a autuação tomou por base informações das administradoras de cartão de crédito/débito, com conteúdo totalmente errôneo, partindo de presunções e adotando o método de arbitramento, em violação a diversos dispositivos legais; h) por último ressaltou que as multas aplicadas são confiscatórias.

No tocante aos pedidos de nulidade do Auto de Infração, cabe inicialmente registrar que o lançamento de ofício em exame abrange meses os exercícios de 2013 e 2014, sendo aplicável a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores - a Lei nº 7.014/96 e o RICMS/12 (Dec. nº 13.780/12). Portanto, na formalização do lançamento deve ser aplicada a legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, conforme estabelece o art. 144 do CTN (Código Tributário Nacional).

Quanto ao suporte probatório observo que a autoridade fiscal tomou por base as informações constantes da escrita fiscal do sujeito passivo, juntados na segunda informação fiscal, com reabertura do prazo de defesa (docs. fls. 49 a 173 – compreendendo informações de dados cadastrais do contribuinte e cópias dos livros de apuração do ICMS do sujeito passivo). Além dessas provas, que foram obtidas na ação fiscal, o autuante se valeu também das informações existentes no banco de dados da SEFAZ juntados às fls. 12 a 17, declarados pelo sujeito passivo, que serviram de base para a realização dos “batimentos” quanto às operações de saídas, escrituração fiscal e recolhimentos em favor do erário estadual.

Ao contribuinte, por sua vez, foi oportunizado contraditar todos esses elementos de prova, inclusive com a reabertura do prazo de defesa, determinada após a diligência encaminhada por esta 5ª JF (fl. 45).

Portanto, o lançamento fiscal está lastreado em prova documental farta que tem origem na escrita do ICMS do próprio contribuinte e na demonstração dos cálculos do imposto, relativamente à substituição tributária e ICMS normal escriturado e não recolhido que se encontram detalhados nos Demonstrativos juntados às fls. 11 e 10, respectivamente.

O contribuinte no período da autuação se encontrava cadastrado no regime normal de apuração do ICMS, na condição de EPP (empresa de pequeno porte), conforme atesta o documento anexado à fl. 49. Não houve, portanto, uso incorreto de alíquotas e apuração da base de cálculo através da via do arbitramento, visto que o imposto lançado tomou por base os dados da escrituração fiscal do sujeito passivo.

As diversas referências feitas pela defesa à apuração do imposto através das vendas por meio de cartão de crédito/débito não tem relação com os fatos da autuação. A Auditoria Fiscal, conforme já ressaltado linhas acima, se pautou, conforme já alinhado acima, nas declarações firmadas pelo contribuinte em relação ao ICMS próprio e ao devido por Substituição Tributária (ICMS-ST), lançados na escrita fiscal e não recolhidos.

Dessa forma as nulidades suscitadas na peça defensiva para invalidar o Auto de Infração não se sustentam. Da mesma forma no mérito, não há razões para afastar as cobranças lançadas no Auto de Infração.

Quanto à questão da excessiva onerosidade das multas aplicadas frente ao princípio constitucional do não confisco é matéria que não pode ser apreciada na instância administrativa, visto que o julgador do contencioso fiscal não pode declarar a inconstitucionalidade de norma vigente no ordenamento jurídico, deixando de aplicá-la. Incidência das disposições do art. 167, inc. I, do RPAF, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99. Essa matéria deverá ser submetida ao Poder Judiciário através do manejo das ações próprias.

Nosso voto, portanto, é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão proferida pela 5ª JF, o autuado apresentou Recurso Voluntário tempestivo às fls. 198 a 210, pelos motivos que expôs.

Primeiro indicou ausência de critérios de proporcionalidade na apuração das deduções, dos créditos e do imposto a recolher, no que se refere aos produtos da substituição tributária.

Pediu a nulidade do presente auto de infração por cerceamento do direito de defesa, em virtude da insuficiência de menção genérica aos critérios de proporcionalidade. Segundo a recorrente,

deveria haver a indicação de quais critérios teriam sido observados no caso concreto, bem como a sua demonstração nos cálculos.

Alegou que os lançamentos foram realizados por presunções e nelas se bastou o autuante, para chegar à conclusão de que teria havido infrações. Entende até que há infrações, porém, o autuante não prestou o mínimo de informações capitais ao caso vertente, abalando, em essência, a certeza ou materialidade do crédito apurado.

Traz jurisprudências para robustecer a sua tese.

Alegou também a recorrente violação ao princípio da não cumulatividade. Explicou que apesar de o autuante ter considerado crédito referentes ao recolhimento de ICMS de mercadorias, por ocasião da antecipação decorrente da substituição tributária, o mesmo deixou de demonstrar a alíquota incidente na origem e o critério escolhido na proporcionalidade adotada para fins de apuração do imposto a recolher.

No que concerne à limitação proporcional de aproveitamento de créditos de ICMS, explicou que na hipótese de aquisição de mercadorias de fornecedores beneficiados por incentivo fiscal no Estado de origem, a análise deve ser feita sob o prisma constitucional do princípio da não-cumulatividade. Cita a Constituição Federal, esta que determina que o ICMS "será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal" (art. 155, §2º, I).

Reproduz os ensinamentos do constitucionalista José Afonso da Silva e do Professor Roque Antônio Carraza, para dizer que não se trata de uma diretriz facultada ao ente detentor do poder tributante, mas sim de uma norma de hierarquia constitucional a ser cumprida tanto pelo Poder Público quanto pelo contribuinte e que o princípio constitucional da não-cumulatividade é amplo e não comporta restrições, que não as determinadas pelo artigo 155, §2º, II, da Constituição Federal, quais sejam, as hipóteses de isenção ou de não incidência na operação anterior.

Ressalta que se for negado ao sujeito passivo o direito de efetuar a compensação referente ao montante do imposto pago nas operações anteriores, o contribuinte com respaldo na norma constitucional em comento deve fazer valer o seu direito subjetivo de abatimento, nos termos do princípio constitucional da não-cumulatividade.

Para atacar a segunda infração, a Recorrente informa que está devidamente enquadrada no SIMBAHIA como empresa de pequeno porte, uma vez que vem apresentando uma receita bruta e compras acumuladas superiores a R\$360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais) no ano anterior.

Diz que para as empresas de Pequeno Porte o imposto a pagar é calculado da seguinte forma: A alíquota é determinada em função da receita bruta global acumulada desde o início do ano, se for o caso, até o mês de referência, sendo que, caso a empresa tenha titular ou sócio que participe do capital social de outra(s) de mesma condição cadastral, o percentual será determinado em função da receita bruta global acumulada de todos eles. Em seguida, após determinada a alíquota, o imposto a recolher é calculado mediante a aplicação da mesma, sobre o faturamento mensal de cada estabelecimento. Ao começar um novo exercício, o cálculo da receita bruta acumulada é reiniciado, ou seja, normalmente o contribuinte volta para a alíquota de 2,5%.

Aduz que todas as suas saídas de mercadorias pagas com cartão de crédito foram devidamente lançadas nas respectivas DME's e tributadas de acordo com regime SIMBAHIA, de maneira que não houve omissão e o tributo foi recolhido sobre todas as operações.

Portanto, entende que o auto de infração deve ser anulado, entre outras razões, em virtude da descon sideração do enquadramento da empresa no regime SIMBAHIA e, conseqüentemente, do fato de a tributação referente ao período de 2009 ter sido efetivada regularmente sobre todas as operações referentes a compras com cartão de crédito e receitas junto às empresas

administradoras de cartão de crédito VISANET, AMEX, REDECARD e HIPERCARD, devidamente incluídas nas respectivas DME's.

Com base em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pediu a nulidade da autuação em virtude de ter sido considerada na base de cálculo a cobrança de encargos financeiros pelas Administradoras de Cartão de Crédito, bem como pelo fato de não ter sido apresentada nenhuma justificativa, qualitativa ou quantitativa, para o percentual adotado no arbitramento, o que afronta o direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Alegou também que os dias fixados como data da ocorrência do fato gerador e data do vencimento não guardam consonância com a realidade fática, e caracterizam a ausência de informações no auto de infração quanto à forma de apuração do fato gerador, da base de cálculo e do arbitramento da alíquota.

Por fim, disse que as multas aplicadas no Auto de Infração são confiscatórias, abusivas, violando seriamente a Constituição Federal.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5ª JF que julgou, por unanimidade, Procedente o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir da ora Recorrente, ICMS, no valor histórico de R\$298.835,85, na infração 1 por ter deixado de recolher o imposto retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas a contribuintes localizados no Estado da Bahia e pela Infração 2 por ter deixado de recolher o imposto no prazo regulamentar referente às operações escrituradas em livros fiscais próprios.

O autuado possui atividade de fabricação de tintas, vernizes e produtos afins, e como se sabe, essas mercadorias constam listadas no anexo 1 do RICMS/BA, como produtos da substituição tributária. E assim sendo, conforme disposto no enquadramento da infração 1, de acordo com o Art. 8º da Lei nº 7.014/96 o contribuinte alienante de tais mercadorias é responsável pelo lançamento e recolhimento, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto devido na operação ou operações a serem realizadas por seus adquirentes.

Ao analisar os elementos que compõe o presente lançamento de ofício, constatei que os valores dos impostos constavam lançados nos livros fiscais de apuração do ICMS normal e do ICMS-ST (fls. 51 a 173) anexados pelo autuante em sua informação fiscal, mas em alguns meses não constaram pagos, e tal situação foi determinante para os lançamentos de ambas as infrações.

Portanto, foi através dos saldos devedores dos próprios livros fiscais entregues pelo sujeito passivo (intimação fl. 09) e anexado ao presente PAF, que originou o levantamento procedido pelo autuante. O demonstrativo de débito da infração 01 consta anexado à fl. 11 e da infração 02 na fl. 10. Registro também que o autuante anexou o histórico de pagamentos extraídos do INC do contribuinte, referente aos dois exercícios conforme fls. 16 e 17, para comprovação da falta de recolhimento de ambos os impostos (o da substituição tributária da infração 01 e o Normal da infração 02).

O autuado alegou falta de critérios de proporcionalidade na apuração das deduções, pedindo a nulidade por cerceamento do direito de defesa por esta razão, como também alegou violação ao princípio da não cumulatividade, aduzindo que apesar de o autuante ter considerado crédito referentes ao recolhimento de ICMS de mercadorias, por ocasião da antecipação decorrente da substituição tributária, o mesmo deixou de demonstrar a alíquota incidente na origem e o critério escolhido na proporcionalidade adotada para fins de apuração do imposto a recolher.

Rejeito tais pedidos, pois se trata de alegações soltas, sem nenhuma correspondência com as infrações. Os valores cobrados através do auto de infração em epígrafe foram extraídos dos próprios livros fiscais do autuado, conforme já relatado acima. Não houve cálculos para se

chegar aos valores lançados, apenas foi feito um confronto dos valores dos impostos que constavam a recolher nos livros próprios e do que foi efetivamente recolhido.

O autuado alegou também que os lançamentos foram realizados por presunções, além de trazer outras alegações desconectadas com a realidade dos fatos. Tais situações suscitadas pela recorrente não se sustentam, nem nas preliminares, já que os autos possuem todos os elementos que determinam as infrações, nem quanto ao mérito.

No que tange a segunda infração, o autuado ainda informou que à época dos fatos estava devidamente enquadrada no SIMBAHIA e que por isso possuía uma forma diferenciada de recolhimento do imposto.

Ocorre que o SIMBAHIA já deixou de existir há mais de 10 anos, mais precisamente em 30/06/2007, com o advento do Simples Nacional, criado pela Lei Complementar Federal nº 123/2006, bem como também deixou de haver obrigatoriedade de entrega da citada DME, pelos mesmos motivos. E ao consultar o Portal Nacional do Simples Nacional, constatei que a recorrente foi excluído do referido regime em 2010, ou seja, considerando os fatos geradores de 2013 e 2014, trata-se de mais uma alegação sem nexo, que prontamente descarto.

Data da consulta: 21/08/2018

Identificação do Contribuinte - CNPJ Matriz

CNPJ : 07.685.040/0001-63

A opção pelo Simples Nacional e/ou SIMEI abrange todos os estabelecimentos da empresa

Nome Empresarial : INDUSTRIA DE TINTAS VISUALCOLOR LTDA

Situação Atual

Situação no Simples Nacional : NÃO optante pelo Simples Nacional

Situação no SIMEI: NÃO optante pelo SIMEI

Períodos Anteriores

Opções pelo Simples Nacional em Períodos Anteriores

Data Inicial	Data Final	Detalhamento
01/07/2007	31/12/2010	Excluída por Comunicação Obrigatória do Contribuinte

Ainda assim, verifiquei que a infração lançada cobra do sujeito passivo ICMS por ter deixado de recolher o imposto referente as operações escrituradas em seus livros próprios, ou seja, o débito do imposto a recolher já constava declarado em livros próprios. De acordo com o §1º do Art. 54-A do RPAF/BA, “o crédito tributário constituído deverá ser inserido no sistema informatizado de controle de créditos tributários em até 10 (dez) dias, contados do recebimento da declaração ou da denúncia espontânea, identificado por Débito Declarado (DD)”.

Em consulta ao sistema interno da SEFAZ, restou constatado que constavam PAF's abertos contra o contribuinte, com o tipo de “débito declarado”, ou seja, ICMS declarado em livros ou na DMA que não foram pagos e por esta razão foram abertos processos administrativos pela Fazenda Estadual, com o intuito de intimar o contribuinte a quitar as quantias declaradas.

Desta forma, supedâneo na alínea “a” do Inciso IV do Art. 18 do RPAF/BA, de ofício, julgo NULO a infração 2, pela insegurança deflagrada.

Por fim, quanto às multas indicadas na autuação, a de 150% da infração 1 foi aplicada em virtude da apropriação indébita cometida pelo sujeito passivo, que reteve o ICMS de terceiros e não procedeu com o posterior recolhimento, portanto, foi devidamente enquadrada no presente lançamento. A mesma decorre de descumprimento de obrigação principal, portanto, falece de competência a essa Câmara de Julgamento, ao passo que a exigência desta possui expressa previsão legal, apesar de entender que é bastante onerosa aos contribuintes em geral.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, julgar **NULA** a infração 2, modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **089027.0010/16-1** lavrado contra **INDUSTRIA DE TINTAS VISUALCOLOR LTDA. – EPP.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$281.476,05**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de agosto de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

TIAGO DE MOURA SIMÕES – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS