

A. I. N° - 232185.0042/17-0
AUTUADO - F. B. L. AL-BRITAS LTDA. - ME
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - INFAC GUANAMBI
PUBLICAÇÃO - INTERNET 11.03.2019

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0032-02/19

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO NO PRAZO REGULAMENTAR. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS PRÓPRIOS. Comprovado nos autos a acusação fiscal. Infração subsistente. 2. DIFAL. AQUISIÇÕES PARA USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. No período da autuação as microempresas e empresas de pequeno porte estavam dispensadas do pagamento do ICMS por diferença entre as alíquotas internas e interestaduais. Infração insubsistente. 3. MULTA. ENTRADA DE MERCADORIAS SEM O DEVIDO REGISTRO NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. a) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. O sujeito passivo reconhece o cometimento das infrações e apenas pede cancelamento ou redução da multa aplicada. Impossibilidade de cancelamento ou redução do valor da multa por não restar comprovado o cometimento das infrações sem dolo, fraude ou simulação. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2017, objetiva constituir crédito tributário no valor de R\$69.843,64, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS:

INFRAÇÃO 1 – 02.01.02 - Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios. Valor de R\$10.624,45. Período: Janeiro, Fevereiro e Abril 2014. Enquadramento legal: Art. 2º, I e art. 32 da Lei 7.014/96 C/C art. 332, I, § 6º, do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, III, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - 06.05.01 – Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento. Valor R\$ 55.579,01. Período: Janeiro a Dezembro 2014. Enquadramento legal: Art. 4º, XV, da Lei 7.014/96 C/C art. 305, § 4º, III, “a”, do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, II, “f”, da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 3 - 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) ou serviço (s) sujeito (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Valor de R\$ 2.148,13. Período: Janeiro a Junho, Agosto a Outubro 2014. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247, do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, IX, da Lei 7.014/96, alterada pela Lei 13.461/2015.

INFRAÇÃO 4 – 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Valor de R\$ 1.492,05. Período: Janeiro a Dezembro 2014. Enquadramento legal: Arts. 217 e 247º, do RICMS-BA/2012. Multa: Art. 42, XI, da Lei 7.014/96.

O autuado apresenta suas razões de defesa às fls. 52-61. Transcrevendo o art. 43 do RICMS-BA, argui a nulidade do AI por entender que o autuante descumpriu o dispositivo legal transscrito, uma

vez que lavrou num mesmo auto 4 (quatro) infrações relativas a distintos impostos, sendo uma de ICMS normal, outra de ICMS DIFAL e as demais por falta de escrituração fiscal nos livros próprios.

Quanto ao mérito da autuação, alega:

Infração 01

Diz que o autuante se precipitou na coleta e análise dos dados, pois, citando o mês de janeiro 2014, fala que a autuada escriturou suas operações e pagou o ICMS devido, bem como apresentou a DMA correspondente, cuja cópia acosta aos autos.

Infração 02

Diz que as NFs apontadas pelo autuante são de mercadorias adquiridas para uso e consumo e que em tal período, apesar de a forma de pagamento do ICMS ter sido conta corrente fiscal, era uma microempresa e EPP. Com isso, a pretensão do autuante resta falida, pois, o art. 272, do RICMS-BA, à época, dispensava o pagamento do ICMS DIFAL, conforme art. 272, I, "b", 1 e 2, que reproduz, cujos efeitos perdurou até 31/12/2015.

Aduz que o autuante cobra ICMS DIFAL relativa a aquisição para o ativo fixo, mas que isso não procede, pois o ICMS foi recolhido, conforme cópia do DAE que diz acostar aos autos.

Infrações 03 e 04

Diz que a autuada é primária em relação à obrigação acessória descumprida e possui bons antecedentes. Portanto, alega que a autuação afronta aos princípios da equidade e razoabilidade, pois não se provou que agiu com dolo, má-fé ou simulação. Assim, diz que as multas poderão ser canceladas ou reduzidas, conforme o art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, que reproduz.

Seguindo, reproduz o art. 145 do CTN, excertos de doutrina acerca de princípios constitucionais.

Concluindo, pede:

- a) Que sejam acolhidas as preliminares de nulidade;
- b) A improcedência do AI.

O autuante presta Informação Fiscal às fls. 77/78. Após reproduzir as infrações e resumir a Impugnação, informa o seguinte:

1. Sobre a arguição de nulidade, esclarece que apenas exigiu ICMS, ainda que com diversos fatos geradores;
2. Quanto à Infração 01, exige-se ICMS relativo a saída de mercadorias não escrituradas nos livros próprios, conforme Anexos 01 e 02 (fls. 05-19) e, rebatendo a alegação defensiva relativa ao mês de janeiro 2014, diz cobrar apenas a diferença entre o valor devido apurado (R\$16.834,02) e o valor recolhido pelo autuado (R\$ 8.773,42);
3. No que tange à Infração 02, informa razão assistir ao contribuinte autuado, pois, de fato, o art. 272 do RICMS-BA., dispensava o recolhimento do ICMS para EPP, como é o caso do sujeito passivo;
4. Em relação às infrações 03 e 04, diz que o autuado reconhece o cometimento e que o pedido de cancelamento ou redução das multas não deve ser concedido.

Conclui pedindo a procedência parcial do AI.

VOTO

Como acima relatado, o presente Auto de Infração conduz 04 (quatro) infrações pelas quais exige o valor de R\$ 69.843,05.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme doc. de fl. 42, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§, 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF); c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 05-39 e CD de fl. 40); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Trata-se de exação fiscal relacionada a tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (ICMS, CTN: art. 150) - contendo quatro infrações à sua legislação - em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN). Sem sustentação, pois, o pedido de nulidade suscitado que rejeitado está.

Passo, então, a analisar pontualmente o mérito do lançamento tributário em revisão neste órgão administrativo judicante.

Infração 01

A sustentar a Infração estão os demonstrativos Anexo 01 (fl. 05), indicando sinteticamente os valores de ICMS devido com a inclusão das NFs de saídas não escrituradas nos livros fiscais próprios e relacionadas analiticamente no Anexo 02 (fls. 06-19).

Sem objetar quanto à emissão e não escrituração das NFs relacionadas no Anexo 02 e não registradas nos livros fiscais próprios de modo a corretamente ter apurado o saldo periódico do ICMS, citando o mês de janeiro 2014, o Impugnante diz apenas que escriturou suas operações e pagou o ICMS devido, o que apenas nega a verdade material dos fatos a confirmar a acusação fiscal que, inclusive, revela-se ratificada pelo próprio Impugnante que, a despeito de ter recebido os demonstrativos sintético e analítico que suportam a infração e estando de posse dos documentos fiscais que emitiu e não registrou tempestivamente, nada falou a respeito (RPAF: Art. 140).

Sendo, portanto, mera questão de fato que se vê comprovada nos autos, tenho a infração como subsistente.

Infração 02

Essa infração tem suporte no demonstrativo de fls. 20-25 em que se relaciona as mercadorias objeto da cobrança do ICMS DIFAL adquiridas para uso e consumo do estabelecimento, tais como: cordel detonantes, espoletins, mantas, rebolos, engates, buchas, retentores, parafusos, porcas, arruelas, molas, telas, roletes de carga, pinos, travas, abraçadeiras, filtros de óleo, pratos, correias, peneiras, entre outros.

A alegação defensiva é que, sendo contribuinte cadastrado na SEFAZ como Empresa de Pequeno Porte – EPP, conforme previsto no art. 272, I, “b”, com vigência até 31/12/2015, no período autuado (Janeiro a Dezembro 2014), esteve dispensado de pagar ICMS resultante da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais.

Tendo em vista que por ocasião da Informação Fiscal, a autoridade fiscal autuante acertadamente verificou que a alegação defensiva tem absoluta guarida na legislação vigente à época dos fatos geradores, o caso dispensa delongas para seu deslinde. Apenas se basta com reprodução do texto legal citado:

Art. 272. Fica dispensado o lançamento e o pagamento relativo:

I - a diferença de alíquotas:

Redação originária, efeitos até 31/12/15:

“b) material de uso e consumo efetuadas por:

...

2 - microempresas e empresas de pequeno porte;”

Infração insubstancial.

Infrações 03 e 04

Referem-se a multas pela entrada de mercadorias tributável (Infração 03) e não tributável no estabelecimento (Infração 04), sem o devido registro na escrita fiscal.

Atestando o cometimento das infrações, o Impugnante apenas diz ser primário em relação à obrigação acessória descumprida e que possui bons antecedentes. Alega que a autuação afronta aos princípios da equidade e razoabilidade, pois não se provou que agiu com dolo, má-fé ou simulação. Assim, diz que as multas poderão ser canceladas ou reduzidas, conforme o art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, que reproduz.

Pois bem, confessado explicitamente o cometimento das infrações acusadas, de logo observo que, conforme legislado no § 7º do art. 42 da Lei 7.014/96, o critério que possibilita a análise discricionária do órgão julgador administrativo para a possível redução ou cancelamento pleiteado é a comprovação de que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto. Não se trata, portanto, de aplicação obrigatória de cancelamento ou redução de multa, salvo se comprovada que as infrações sejam praticadas mediante a comprovação de dolo, má-fé ou simulação, como alega o Impugnante.

Eis o teor do citado dispositivo legal:

Art. 42...

§ 7º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelo órgão julgador administrativo, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.

O processo administrativo tributário visa o controle de mérito e da legalidade dos atos administrativos, tendo por finalidade a solução para conflito entre Administração e Administrados que, submetidos a uma revisão quase-jurisdicional no exercício do poder de autotutela, a própria Administração busca minimizar os efeitos de possíveis equívocos que, por ventura, os agentes da administração tributária ativa possam ter cometido durante a execução das atividades de sua competência e, no contexto do processo administrativo fiscal da Bahia, ao fisco cabe provar o cometimento da infração (RPAF: Arts. 39 e 41) e ao sujeito passivo comprovar as alegações defensivas (RPAF: Art. 123).

Nesse caso, as infrações estão comprovadas nos autos e atestadas pelo próprio sujeito passivo que apenas reivindica perdão financeiro pela sua inadvertida atitude que, a despeito de não provar ter praticado sem fraude, má-fé ou simulação, alega ter cometido por primeira vez. Ocorre que os próprios autos estão a contrariar tal alegação. Para tanto, basta observar que a comprovada Infração 01 também decorre de falta de registro de documentos fiscais, sendo aqueles NFs de saídas e os relativos às infrações em apreço, relacionados a NFs de entradas. Ora, ainda que minimamente os apreciando, estes fatos implicam forte indício contrário à inocência alegada do sujeito passivo.

Como afirma HUGO NIGRO MAZZILLI em artigo publicado no periódico O Estado de S. Paulo de 22/09/2016,

Para o sistema legislativo brasileiro, na esteira, aliás, do que se generalizou nos países civilizados, os indícios são meios de prova. Para o nosso Código de Processo Penal (CPP), os indícios são prova e, em tese, estão em pé de igualdade com a perícia, a confissão, os

testemunhos, os documentos, etc. (artigo 239). E, como qualquer prova, seu valor não pode ser visto isoladamente, e sim no conjunto das demais provas.

De há muito a lei não mais admite provas de valor tarifado, nem mais estabelece uma hierarquia entre as provas. Dessa forma, não tem fundamento jurídico acreditar que os indícios sejam meias provas ou provas menores, ou até prova nenhuma. Os indícios serão provas fracas ou fortes, como quaisquer outras, pois devem ser aferidos dentro do contexto instrutório, como, aliás, é feito com quaisquer provas.

Nesse sentido, ainda que a verdade absoluta de um fato pretérito a ser extraída do processo seja um tanto utópica - no caso, apenas se as infrações foram motivadas por dolo, fraude ou simulação -, importante observar que, especialmente no âmbito administrativo, diante da impossibilidade da observação concreta do pretérito fato a ser valorado, a sua verdade material, como aspecto fundamental para a solução da controvérsia, há que surgir por verossimilhança em uma ordem de aproximação e probabilidade, como um extrato razoável de uma variedade relativa de pontos de vistas e entendimentos expostos no curso processual de cognição probatória com moderado formalismo. Nesse contexto, como luva se encaixa a seguinte lição de Hely Lopes Meirelles:

“O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade julgadora ou processante tenha conhecimento, desde que o faça transladar para o processo”. (*Direito Administrativo Brasileiro*, 16ª ed., ver. e atual. Pela Constituição de 1988, 2ª tiragem, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, p. 581)

Do mesmo modo, tendo em vista não competir a este órgão judicante administrativo apreciar a ilegalidade da sanção incidente sobre as comprovadas infrações em apreço, a arguição de exorbitância da multa por entendê-la não observar os limites da razoabilidade, também não subsiste. Nesse sentido, por exemplo, ainda que referido apenas a tributo (e não a penalidade fiscal), cabe observar que a disposição contida no inciso IV do art. 150 da CF impedindo a utilização desse instituto jurídico tributário com efeito de confisco, dirige-se ao legislador tributário e não ao aplicador da normativa em vigor. Por conseguinte, nesse caso, não há falar em violação aos limites da razoabilidade, uma vez que as multas por cometimento das infrações tributárias são previamente adequadas para desestimular o descumprimento das obrigações dos contribuintes.

Assim, por não caber ao caso, rejeito o pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada.
Infrações subsistentes.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em face da insubsistência da Infração 02.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232185.0042/17-0 lavrado contra **F. B. LAL – BRITAS LTDA. - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$10.624,45**, acrescido da multa de 100% prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$3.640,18**, previstas no art. 42, IX e XI, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2019.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIO - JULGADOR