

A. I. Nº - 232177.0023/18-8
AUTUADO - RICELLO COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI - EPP
AUTUANTE - EDILSON MEIRELES DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17.05.2019

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0059-05/19

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO. SIMPLES NACIONAL. Infração 1 subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOR. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SIMPLES NACIONAL. a) ANTECIPAÇÃO TOTAL. Infração 2 subsistente. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração 3 subsistente. Negado o pedido de diligência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 12/06/2018, para exigir ICMS no valor de R\$59.385,81, em decorrência das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - (07.21.01): Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme coluna I do Demonstrativo da falta de pagamento do ICMS devido por Antecipação Tributária - Entradas, no valor de R\$22.641,24, no período de janeiro a março, maio e julho de 2015, com multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”;

INFRAÇÃO 2 - (07.21.02): Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme coluna I do Demonstrativo do pagamento a menor do ICMS devido por Antecipação Tributária, no valor de R\$28.535,82, no período de abril, junho, agosto a dezembro de 2015, com multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”;

INFRAÇÃO 3 - (07.21.04): Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, conforme coluna I do Demonstrativo do pagamento a menor do ICMS devido por Antecipação Parcial, no valor de R\$8.208,75, no período de abril e julho de 2015, com multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”.

O autuado apresenta defesa através de sua advogada devidamente habilitada, às fls. 283/301, inicialmente relata quanto à tempestividade e discorre quanto aos fatos da autuação referente às infrações e enquadramento de cada uma delas. Registra que cumpre com todas as obrigações legais, inclusive a tributária, o que se observa pelo seu histórico perante o Fisco, mostrando-se sempre pontual e adimplente com suas responsabilidades fiscais.

Destaca a insubsistência dos argumentos levantados pela Agente Fiscal, visto que não foram considerados, pela ilustre autoridade fiscal, fatos extremamente relevantes à comprovação de inexistência de infração no particular, bem como de qualquer conduta que pudesse implicar em eventual e suposta falta de lançamento e/ou recolhimento do ICMS antecipação parcial ou substituição tributária, de todo o período apontado pela fiscalização e sim somente em relação a alguns meses específicos, por conta da crise financeira que se encontra na atualidade.

Nas razões defensivas pede pela Improcedência do Auto de Infração, vez que trouxe aos autos, não apenas documentos exemplificativos, mas também referência à legislação do ICMS, aplicável no particular, que corroboram o fato de que o combatido Auto de Infração havia sido lavrado, data máxima vênia, de forma plenamente equivocada.

Discorre sobre o princípio constitucional da Legalidade, o qual norteia todos os atos da Administração Pública e, via de consequência, possibilita que a própria Autoridade Administrativa os reveja, de ofício, para fins de controle da própria legalidade.

Ressalta que um dos mais perseguidos e importantes princípios da Administração Tributária é o princípio da verdade material, porque para ele convergem todos os outros, na busca da mais lúdima justiça e aplicação adequada do princípio da legalidade.

Pugna que a Repartição atente para os fatos verdadeiramente ocorridos no particular, e respectivos documentos acostados à defesa (já constantes nos autos), pois, ilidem as supostas infrações impostas equivocadamente à empresa Fiscalizada, consoante restará comprovado adiante.

Com relação às três infrações aduz que há uma interpretação equivocada dos documentos fiscalizados e, por conseguinte, da própria aplicação do RICMS-BA ao caso concreto, notadamente, no que concerne ao recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição, na qualidade de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, referente às mercadorias adquiridas fora do Estado, cujo livro Registro de Entradas fora escriturado a partir das ENTRADAS EFETIVAS DAS MERCADORIAS OU BENS NO ESTABELECIMENTO, nos moldes do art. 125, §7º do RICMS-BA (aprovado pelo Decreto nº 6.284/97) e do art. 217, §3º, I, do RICMS-BA (aprovado pelo Decreto nº 13.780/12), cujo recolhimento do tributo fora realizado consoante comprovantes ora anexados.

Explica que o Ilustre agente de fiscalização se equivocou quanto à análise do lançamento e recolhimento do ICMS, considerando o lançamento a partir da emissão das notas fiscais e não a partir das entradas efetivas das mercadorias ou bens no estabelecimento da autuada, conforme previsto nos dispositivos legais do RICMS-BA acima transcritos.

Registra ainda, que ao analisar os cálculos da antecipação do ICMS de acordo com o RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS e confrontá-las com as planilhas de cálculos realizados pelo auditor fiscal de acordo com a emissão, constatou que muitas das notas consideradas pelo fiscal pela emissão foram lançadas no outro mês subsequente, que fora o mês do efetivo recebimento da mercadoria no estabelecimento, não há, portanto, falta de recolhimento do ICMS ou recolhimento a menor de todo o período, houve apenas a falta do recolhimento de alguns meses específicos e não de todos os meses apontados pela autoridade fiscal, consoante é possível observar dos comprovantes de recolhimento do tributo ora anexados.

Sustenta que os comprovantes de recolhimento, ora anexados, demonstram que o imposto foi recolhido devidamente, conforme apuração alusiva a emissão do documento e recebimento das mercadorias, cujo saldo apurado é equivalente ao pagamento efetuado, restando o saldo a transportar para o mês seguinte, nos moldes do quanto preconiza o RICMS-BA.

Esclarece que conforme demonstrado, a escrituração contábil do ICMS da empresa fiscalizada foi realizada em conformidade com a legislação própria, tendo o respectivo tributo sido recolhido em sua integralidade, somente tendo deixado de recolher o ICMS de alguns meses específicos, consoante planilha em anexo.

Destaca que merece correção, data máxima vênia, todos os levantamentos efetivados pelo r. agente de tributos, haja vista que a sua interpretação equivocada dos registros das mercadorias adquiridas fora do estado levou à apuração viciada do imposto de ICMS no particular, notadamente porque deveria ter considerado o momento da efetiva entrega da mercadoria no estabelecimento do contribuinte e não o momento da emissão dos documentos fiscais.

Reproduz os arts. 125, §7º (aprovado pelo Decreto nº 6.284/97) e 217, §3º, I (aprovado pelo Decreto nº 13.780/12) e 371, ambos do RICMS-BA, que diz sobre o registro das mercadorias devendo ser efetuado de acordo com a efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento e o pagamento deverá ser realizado até o dia 25 do mês subsequente da entrada da mercadoria na empresa. Reitera, registrando que será aplicada a alíquota de 7% quando a mercadoria for procedente dos Estados do Sul e Sudeste, exceto Espírito Santo.

Afirma que colacionou os livros fiscais de apuração do ICMS, bem como os comprovantes de recolhimento do tributo em tela, relacionadas na planilha da r. agente de fiscalização, que demonstram perfeitamente os argumentos ora sustentados, notadamente quanto à interpretação equivocada da autoridade fiscal.

Acosta planilhas de cálculos comparativos para fins de facilitar o reexame da matéria ora impugnada e providenciar a devida correção da autuação.

Sustenta que não restam dúvidas de que o presente Auto de Infração deverá ser julgado improcedente, data máxima vênia, devendo a respectiva lavratura ser Cancelada/Nulificada, por ser imperativo de direito e da mais lúdima Justiça, nos termos técnicos acima arguidos.

Discorre que é muito provável que os “juros” cobrados na planilha de cálculo da autoridade fazendária também estejam capitalizados. Aduz que a natureza jurídica dos juros incidentes sobre os cálculos apurados nos autos de infração é eminentemente moratória. Tal perspectiva leva a considerar despicienda argumentação sobre juros compensatórios, mesmo porque possíveis relações a serem estabelecidas determinarão um desvio do objeto do presente item.

Pontua que o Auto de Infração apurado tem como fundamento o suposto não cumprimento de uma obrigação tributária. Ou seja, os juros nele apresentados são decorrentes de “mora” - retardamento - no cumprimento da obrigação, “in casu” obrigação fiscal, portanto decorrente de lei. Assim, este caráter moratório dos juros incidentes implica no respeito às normas positivas daí decorrentes.

Afirma que nesse sentido tem-se a expressa vedação da capitalização dos juros, ou seja, a prática do anatocismo. Mesmo que se argumentasse o direito à capitalização, este só teria cabimento se decorrente de convenção. No caso em tela é completamente inconsequente esta hipótese, eis que trata-se de obrigações fiscais, portanto, decorrentes da lei. Por outro lado o art. 4º do Decreto nº 22.626/33 (reproduzido) é categórico em vedar a prática do anatocismo. Transcreve a Súmula 121 do STF que consolidou a exegese do Decreto nº 22.626/33.

Diz que, considera-se também inaplicável os juros sobre a multa cominada. Destaca que a multa estampada no corpo do auto de infração (e que até hoje não se sabe o percentual) traduz-se como a sanção aplicada sobre um suposto descumprimento da obrigação fiscal, considerando que juros moratórios punem este descumprimento, e sua incidência sobre a parcela percentual correspondente à multa, configuraria uma sobre sanção, sobre o mesmo fato típico, o que é expressamente repudiado pelo ordenamento jurídico nacional.

Ressalta que ainda se pressupõe a não incidência dos juros sobre os valores acessórios, como a correção monetária. A exegese do artigo 161 do CTN conduz para possibilidade da cumulação (entendida como cobrança simultânea, um sem prejuízo do outro) dos juros com correção monetária e multa, todavia não indica em nenhum momento a possibilidade daqueles incidirem sobre estes (Juros sobre multa e correção monetária). Cita entendimento de Sacha Calmon Navarro Coelho (In “Teoria e Prática das Multas Tributárias, Infrações Tributárias e Sanções Tributárias. Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 77).

Conclui-se ser nula e ilíquida a planilha de cálculo anexada ao auto de infração que fizer incidir ilegalmente nos cálculos, juros sobre a multa e correção monetária bem como indevidamente os capitalizar. Assim, desde já a ora Autuada contesta a incidência dos juros sobre a multa e correção monetária, bem como sua capitalização.

Salienta que a aplicação da multa estabelecida nas planilhas de cálculos do Auto de Infração, definida para penalização da suposta falta de recolhimento do tributo em tela, pelo seu próprio percentual de 60%, já demonstra um caráter confiscatório, pois é aplicado ao sujeito passivo um valor de mais de metade do imposto devido.

Acrescenta ainda que a fiscalização apenas indicou que incorreu em simples falta do recolhimento do tributo, em alguns meses específicos, sem indicar qualquer agravante tal como fraude, conluio etc., verifica-se que a aplicação de multa de 60% torna a referida multa clara e eminentemente confiscatória. Portanto, a conjunção de penalidades aplicadas no caso concreto é ato confiscatório e, assim, não pode ser mantido diante do princípio da vedação do confisco, previsto no art. 150, IV, da Constituição Federal. Transcreve entendimento de José Cretella Júnior (CRETELLA JÚNIOR, José: Curso de Direito Tributário. Rio de Janeiro, Ed. Forense Universitária, 1993, pág. 91), onde afirma ser inconstitucional a legislação que dispor de forma diversa.

Colaciona jurisprudência do STF (RE 81550, Relator(a): Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE, Segunda Turma, julgado em 20/05/1975, DJ 13-06-1975 PP-04181 EMENT VOL- 00989-02 PP-00629; RE 91707, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Segunda Turma, julgado em 11/12/1979, DJ 29-02-1980 PP-00975 EMENT VOL- 01161-02 PP-00512 RTJ VOL-00096-03 PP-01354), onde a sanção pecuniária não pode ultrapassar o limite da razoabilidade em face do total do crédito inadimplido. Cita ensinamento do mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 6ª Edição, pág. 56). Transcreve palavras do Eminent Leandro Paulsen (In Direito Tributário – Constituição, Código Tributário e Lei de Execução Fiscal à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2002, pp. 186/187). Destaca ainda reproduzindo julgado do STF (AI n. 482.281-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 21.08.2009) e entendimento reconhecendo legítimas multas fiscais de até 30% (RE 523471 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/04/2010, DJe-071 DIVULG 22-04-2010 PUBLIC 23-04-2010 EMENT VOL-02398-05 PP-00915 LEXSTF v. 32, n. 377, 2010, p. 203-209).

Requer que seja anulado o crédito materializado no Auto de Infração em tela, haja vista a impossibilidade de cumulação da multa isolada com a multa de ofício em razão do inadimplemento do imposto.

Pede a conversão do processo em diligência, alegando ser imprescindível a sua realização como Meio de Prova dos Fatos Alegados. Alega que há necessidade de apuração de todas as Notas Fiscais de Entrada e das respectivas mercadorias oriundas de fora do Estado, notadamente para verificação e constatação de que não houve falta e ou recolhimento a menor do ICMS de todo o período apurado pela fiscalização e sim de apenas alguns meses específicos por conta da precariedade financeira da autuada.

Desse modo, para obtenção da verdade material e de prolação de um julgamento justo e adequado, reitera o pedido de conversão em diligência, para que sejam constatadas as irregularidades dos Lançamentos ora impugnados.

Formula os pedidos:

- I. que determine a realização da diligência suscitada, no sentido de que seja verificada e comprovada a verdade material quanto à inexistência de infração no particular consoante apontado pela fiscalização, notadamente porque não houve falta de recolhimento do ICMS de todos os meses apontados pela fiscalização, revelando ser equivocada a interpretação do agente fiscal ao considerar as notas fiscais pela emissão e não pelo efetivo recebimento caso concreto, o que majorou indevidamente a apuração da exação em tela, bem como necessária a averiguação da indevida capitalização dos juros;
- II. que se julgue o Auto de Infração plenamente Improcedente, cancelando e nulificando sua respectiva lavratura, em conformidade com os argumentos explicitados nessa defesa, por ser imperativo de direito e da mais lúdima Justiça;
- III. pela produção de todos os meios de provas admitidos, especialmente a documental ora acostada, bem como protesta pela juntada posterior de eventuais documentos julgados necessários, bem como a realização de perícia/diligência nos termos acima aduzidos.

Na informação fiscal, fls. 466/468, o autuante reproduz as infrações e passa, preliminarmente, a salientar que a empresa foi devidamente intimada 3 (três) vezes (fls. 05, 06 e 07), para apresentar os Livros e Documentos fiscais, cujas ciências das Intimações ocorreram em 02/05/2018, 14/05/2018 e 29/05/2018 e todavia não apresentou nenhum Livro de Registros e documentos fiscais.

Reproduz as alegações defensivas principais, constantes na fl. 288 e, informa que o contribuinte não apresentou nenhum Livro de Registro solicitado nas intimações recebidas e que o suposto livro de Registro de Entradas apresentado na defesa (fls. 324 a 400), não possui segurança que ele existia, até porque não foi apresentado quando solicitado. Nota-se também que é uma impressão feita por computador e não cópia de um Livro de Registro conforme requer a Legislação (Falta de termo de abertura, termo de encerramento devidamente assinados).

Assevera que os cálculos do imposto conforme Demonstrativos apresentados estão devidamente corretos. Nota também que a autuada indica decretos antigos do ICMS (Regulamento do ICMS Decreto nº 6.284/97) e outros dispositivos que não estão associadas ao período fiscalizado.

Destaca que nas fls. 291 e 293, o autuado fala de cobrança indevidas de juros e aplicação de multa. Informa que não estão sendo cobrados juros e os Acréscimos Moratórios e as multas aplicadas estão de acordo com a Legislação.

Conclui que nota claramente que a autuada, quer protelar a cobrança dos débitos apurados, uma defesa com desvios de mérito e erros de aplicação de Legislação. Solicita que seja o presente PAF julgado Procedente em sua plenitude.

VOTO

De início, nego o pedido de diligência formulado pelo contribuinte, haja vista que os elementos que compõem o processo administrativo fiscal, são suficientes para a formação de meu juízo de valor acerca da lide trazida a este CONSEF. Ademais, na peça de impugnação não foram trazidos especificamente quais seriam os documentos fiscais erroneamente considerados como ingressados no estabelecimento, nas datas consideradas pelo autuante.

No mérito, trata-se de Auto de Infração no qual estão sendo exigidas três infrações: Na primeira, a exigência fiscal cinge-se ao fato de que o contribuinte deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas empresas optantes do Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

O defendente alega, com relação às mercadorias adquiridas fora do Estado, que o Livro de Registro de Entradas fora escriturado a partir das entradas efetivas das mercadorias ou bens no estabelecimento, cujo recolhimento do tributo fora realizado consoante comprovantes que anexa.

Sustenta, desse modo, que o autuante equivocou-se no lançamento, ao considerar as datas de emissão das notas fiscais e não as dos efetivos ingressos das mercadorias no estabelecimento. Dessa forma, muitas das notas fiscais consideradas na autuação, foram lançadas no mês subsequente, que foi o mês do efetivo recebimento da mercadoria no estabelecimento. Nega o cometimento da infração em sua totalidade, e afirma ter havido a falta de recolhimento de alguns meses específicos, e não de todos os meses apontados na infração. Anexa comprovantes de recolhimentos, bem como os livros fiscais de apuração do ICMS.

Ressalto que a infração é relativa ao exercício de 2015, nos meses de janeiro, fevereiro, março, maio e julho.

Nas planilhas de fls. 11 a 40, estão discriminadas as notas fiscais objeto da autuação, sendo que a planilha sintética se encontra à fl. 09 do PAF.

Da análise dos documentos trazidos pelo defendente, tais como os de fls. 324 a 368, correspondem a uma cópia reprográfica do Livro Registro de Saídas, do exercício de 2016. Também foi colacionada cópia do Livro Registro de Entradas, relativo ao exercício de 2016, fls. 369 a 400 do

PAF. Verifico que esses documentos não têm pertinência com os fatos geradores autuados que são relativos ao exercício de 2015.

Ademais, destaco que o autuante informa que intimou a empresa a apresentar, por três vezes, os Livros e Documentos Fiscais, sendo que não foram apresentados nenhum Livro de Registros e documentos fiscais. Esta cópia ora apresentada, é uma impressão de computador, e não preenche as condições exigidas pela legislação tributária.

Destaco que a infração 01 é relativa ao exercício de 2015, e os documentos trazidos pelo defendente, a título de contestação são de 2016. Desse modo, o sujeito passivo traz alegações sem comprová-las. Aplico o art. 141 do RPAF/99, Decreto 7.629/99: “Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação”.

Infração procedente.

Quanto à infração 02, refere-se ao recolhimento a menor do ICMS antecipação ou substituição tributária, referente ao exercício de 2015, nos meses de abril, junho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro.

A planilha de fl. 10, traz o resumo dos pagamentos do ICMS devido efetuados a menor no exercício de 2015.

Os argumentos da defesa não foram comprovados, conforme explanado na infração anterior, haja vista que as cópias dos livros fiscais colacionados, são relativas ao exercício de 2016, e a infração compreende fatos geradores do exercício de 2015.

Infração procedente.

Por último, na infração 03 o sujeito passivo é acusado de ter efetuado o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Refere-se aos meses de maio e julho de 2015, nos valores de R\$1.272,49 e de R\$6.939,26, respectivamente. A planilha demonstrativa da infração está anexada à fl. 8.

Embora o defendente não tenha acatado a acusação, e argumentado que não foram considerados os ingressos efetivos das mercadorias no estabelecimento, nada conseguiu comprovar. As cópias reprográficas dos livros fiscais anexados referem-se ao exercício de 2016, logo sem qualquer relação com os períodos autuados.

Ademais, o sujeito passivo juntou comprovantes de agendamentos de pagamentos, sem correlacioná-los com qualquer das infrações em análise. (Fls. 401 a 463). Os mesmos sequer possuem validade como comprovantes de liquidação de débitos, eis que o comprovante definitivo somente será emitido após a respectiva quitação.

Infração procedente.

No que pertine aos argumentos quanto às multas aplicadas, estas encontram-se disciplinadas na Lei 7.014/96. Podem ser reduzidas consoante os Arts. 45 e 45-B da Lei 7.014/96.

Outrossim, consoante o Art. 167, I, III do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores, a declaração de inconstitucionalidade, bem como a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

O débito está sujeito a correção monetária, acréscimos moratórios e multa e está sujeito a alterações a serem calculadas pela repartição fazendária, no ato do pagamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232177.0023/18-8, lavrado contra

RICELLO COMÉRCIO DE ALIMENTOS EIRELI - EPP, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$59.385,81**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das sessões do CONSEF, 16 de abril de 2019.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

VLADIMIR MIRANDA MORGADO - JULGADOR