

A. I. N° - 279733.0007/18-0
AUTUADO - S. S. M. SANTOS COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - LINDOMAR PINTO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 29/04/2020

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0050-03/20

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedado, pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. Os cálculos foram refeitos pelo autuante para excluir valores comprovados pelo Contribuinte. Infração subsistente em parte. b) SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. FALTA DE ESTORNO. Autuado não impugnou. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. b) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. c) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. 5. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infrações não impugnadas. Indeferido o pedido de diligência fiscal e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/2018, refere-se à exigência do crédito tributário no valor total de R\$26.884,00, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.02.06: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de setembro de 2013 a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$2.488,84. Multa de 60%.

Infração 02 – 01.05.03: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, nos meses de setembro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$1.243,54. Multa de 60%.

Infração 03 – 03.02.05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2014. Valor do débito: R\$1.582,31. Multa de 60%.

Infração 04 – 04.05.02: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2013). Valor do débito: R\$2.154,24. Multa de 100%.

Infração 05 – 04.05.05: Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saída de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício de 2014. Valor do débito: R\$10.308,73. Multa de 100%.

Infração 06 – 04.05.08: Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado (2014). Valor do débito: R\$4.463,23. Multa de 100%.

Infração 07 – 04.05.09: Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado (2014). Valor do débito: R\$3.431,70. Multa de 60%.

Infração 08 – 07.01.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de agosto, setembro e novembro de 2014. Valor do débito: R\$297,67. Multa de 60%.

Infração 09 – 07.15.02: Recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, nos meses de outubro e dezembro de 2013. Valor do débito: R\$57,19. Multa de 60%.

Infração 10 – 16.01.02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de setembro de 2013 a dezembro de 2014. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$856,55.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 15 a 31 do PAF. Comenta sobre a tempestividade da defesa e reproduz os itens da autuação fiscal. Informa que não impugna as infrações 02 a 10, e que o pagamento do débito será efetuado antes do prazo fatal de defesa, mediante aproveitamento de descontos de multas e juros.

Quanto à infração 01, alega que existem diversas notas fiscais em que o autuante entendeu que houve creditamento indevido do ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, sem que de fato, tenha sido esta a hipótese.

Cita como exemplos diversas notas fiscais de suposto IORGUTE incluídas na planilha de glosa da que instrui o presente auto. No entanto, ACTIVIA BEBIBA LACTEA a base de probióticos naturais não é iogurte, e não consta no Anexo 01 do RICMS-BA/2012, redação de 2013 e 2014, estando autorizado o crédito referente a este produto.

Menciona outros exemplos e informa que o volume de notas fiscais que estão relacionadas a estas infrações é muito grande, por isso, apresenta algumas por amostragem, e informa que deixa de juntar todas em razão do volume. Afirma que a fiscalização pode verificar tais notas através da consulta por sua chave de acesso demonstrada no próprio auto de infração.

Entende que tanto pelos argumentos aqui expendidos, quanto pela documentação anexada, está comprovado que não houve creditamento indevido e que o contribuinte tem direito a usar tais créditos, restando completamente impugnada a infração 01.

Quanto à multa, diz que a Secretaria da Fazenda, por seus prepostos, exige não só o imposto, mas também multa de 60% sobre o valor principal em razão da infração cometida, nos termos do 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Ressalta que todos sabem que o caráter da multa é disciplinador. Entretanto, não há, na conduta do contribuinte, intenção ou premeditação em fraudar o fisco. Diz que a Constituição Federal veda expressamente a utilização de tributos com efeito de confisco, incluindo aí neste rol também as multas.

Registra que ao tratar-se de matérias afeitas a inconstitucionalidades, tem sido cada vez mais corriqueira a posição do Fisco, no sentido de não apreciar a matéria de direito apresentada, por entender que foge a sua alçada de competência. Todavia, já há posição sedimentada em sentido contrário. Transcreve decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais – 1ª Turma.

Conclui que no presente caso, tem direito constitucional de ver apreciada pelo órgão julgador todas as matérias suscitadas na impugnação. A multa fiscal origina-se de um ilícito tributário, ocasionado por uma inobservância no dever de recolher algum tributo ou não cumprir alguma obrigação acessória.

Para o caso em tela, afirma que não incorreu em qualquer irregularidade que ensejasse em atribuir um valor tão absurdo e pesado a título de multa, mesmo porque não há infração cometida. Reproduz ensinamentos do tributarista de Sacha Calmon Navarro Coelho em seu estudo a respeito das multas no seu livro Teoria e Prática das Multas Tributárias.

Ressalta que o montante excessivo em relação à infração tributária não se coaduna com o nosso sistema jurídico, que já prevê a incidência de juros moratórios (com a finalidade de indenizar o erário pela indisponibilidade do montante do tributo durante certo lapso de tempo em que o contribuinte se beneficiou dessa mesma disponibilidade) e correção monetária (para manter o poder aquisitivo do valor).

Diz que a multa teria efeito de apenas penalizar o contribuinte pelo fato de supostamente não obedecer à legislação vigente. Não resta dúvida de que a imposição de multas elevadas leva a verdadeiro confisco do patrimônio do contribuinte. Há ainda efeito confiscatório sempre que houver afronta aos princípios da liberdade de iniciativa, ou de trabalho, de ofício ou profissão, bem assim quando o tributo acarretar a impossibilidade de atividades econômicas.

Assegura que os princípios da vedação do confisco e da capacidade contributiva do contribuinte constam atualmente do texto constitucional, na parte relativa ao Sistema Tributário Nacional. É bem verdade que a parcela ora impugnada com esta defesa não seja tributo em si, mas, em que pese se dirijam expressamente aos tributos, não se pode negar que os mencionados paradigmas constitucionais se estendam a todo o sistema tributário, alcançando por inteiro o crédito tributário em sua expressão mais abrangente, como conceituado no art. 113 do CTN. Ou seja, eles atingem tanto os próprios tributos como as penas fiscais.

Acrescenta que a atual situação da economia nacional não mais autoriza a cobrança de elevadas taxas de juros e multas moratórias por parte de credores cada vez mais ávidos por recursos financeiros.

Diz que a jurisprudência, por sua vez, mantém a mesma postura de afastar a aplicação de penas desproporcionais, evidenciando assim o direito que está a amparar a pretensão do defendente.

Informa que verificou recentemente decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal de Pernambuco ao julga a AMS Nº 79825-PE, entendeu que a multa no percentual de 75% aplicada pelo FISCO FEDERAL corriqueiramente não é cabível e determinou sua redução para 20%.

Diante disso, entende que não existe razão lógica na pretensão estatal em querer cobrar a multa aqui vergastada, deixando ao contribuinte a via estreita desta defesa administrativa, para buscar o reconhecimento do seu direito quanto ao não pagamento desta exação vexatória.

Considerando a documentação juntada, pugna pela decretação da nulidade parcial da presente autuação, nos termos argumentados e pretendidos em relação a cada infração, bem como afastando a multa aplicada no percentual de 60%, mesmo porque, sendo acessória segue a sorte do principal, considerando ainda que se apresenta como sendo confiscatória e abusiva diante da infração em questão.

Caso os julgadores entendam não haver elementos suficientes para julgamento, o Impugnante roga realização de diligências e perícias, nos termos do art. 123, § 3º 7629/99 (RPAF/BAHIA).

Por fim, coloca-se a inteira disposição para os esclarecimentos que se fizerem necessários, cumprimentos de diligências e todo e qualquer ato inerente ao andamento saudável deste procedimento administrativo. Roga ainda, uma vez constituído procurador, para que as intimações sejam realizadas no endereço constante no timbre.

O autuante presta informação fiscal à fl. 56 dos autos. Diz que em relação ao pleito do defendente referente à infração 01, concorda em parte com os valores reclamados, por isso, refez os cálculos, conforme planilha que acostou ao PAF, e elaborou novo demonstrativo do débito na informação fiscal.

Quanto à multa, questionada pelo autuado, informa que aplicou o percentual de acordo com o previsto no art. 42 da Lei 7.014/96.

Pede que o presente Auto de Infração seja julgado procedente em parte, de acordo com os novos valores apurados para a infração 01.

O defendente apresentou manifestação à fl. 64, informando que tomou conhecimento da informação fiscal e que reitera os termos da defesa administrativa apresentada.

Em nova informação fiscal prestada à fl. 69, o autuante diz que não houve contestação à primeira informação fiscal, considerando que o autuado apenas reitera os termos da defesa anteriormente apresentada. Pede que o PAF seja encaminhado para julgamento.

VOTO

Inicialmente, constato que o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade do Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência fiscal e perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I, “a” e “b” e II, “a” e “b” do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide, sendo desnecessária a mencionada diligência/perícia, em vista das provas produzidas nos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados ao PAF, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, não se verificou dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal e perícia formulado pelo autuado em sua impugnação.

No mérito, a infração 01 trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, nos meses de setembro de 2013 a dezembro de 2014.

O defendente alegou que existem diversas notas fiscais em que o autuante entendeu que houve creditamento indevido do ICMS, referente à mercadoria adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, sem que de fato, tenha sido esta a hipótese. Citou exemplos.

O autuante, concordou em parte com os valores reclamados, por isso, refez os cálculos, conforme planilha que acostou ao PAF (fls. 57/59), e elaborou novo demonstrativo do débito na informação fiscal (fl. 56).

Vale ressaltar, que na manifestação à fl. 64, o defendente disse que tomou conhecimento da informação fiscal e que reitera os termos da defesa administrativa apresentada. Portanto, não apresentou qualquer contestação aos novos cálculos efetuados pelo autuante.

Acato os novos demonstrativos elaborados pelo autuante e concluo pela subsistência parcial deste item do presente lançamento, no valor total de R\$554,88, conforme demonstrativo de débito à fl. 66 do PAF.

De acordo com as alegações defensivas, o autuado impugnou apenas a infração 01, tendo informado que não impugna as infrações 02 a 10, e que o pagamento do débito será efetuado antes do prazo fatal de defesa, mediante aproveitamento de descontos de multas e juros.

Dessa forma, voto pela subsistência dos itens não impugnados, considerando que inexistente controvérsia.

Quanto às multas decorrentes da autuação, que foram objeto de contestação pelo autuado, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicados corretamente os percentuais de 60% e 100%, conforme estabelece o art. 42, incisos II, “a” e “d”; III e VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

Vale ressaltar, que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279733.0007/18-0, lavrado contra S. S. M. SANTOS COMERCIAL LTDA., devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.093,49**, acrescido das multas de 60% sobre R\$7.167,29, e 100% sobre R\$16.926,20, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “d”; III e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$856,57**, prevista no art. 42, inciso IX da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA