

A. I. N° - 232943.2019/07-1
AUTUADO - SUPERMERCADO SHOPPING DEL MATOS LTDA.
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COELHO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 11.08.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0217-04/10

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. As declarações de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, autorizam a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Com a exclusão dos valores que já haviam sido exigidos em outro Auto de Infração, e com a aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/07, o montante lançado originalmente foi reduzido. Infração caracterizada parcialmente. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, até o dia 25 do mês subsequente a entrada neste Estado, pelo contribuinte credenciado que adquirir para comercialização mercadorias não enquadradas na substituição tributária, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Foi concedido o crédito fiscal não considerado no levantamento fiscal e reduzido o montante do crédito tributário lançado. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/12/2007, imputa ao autuado o cometimento das seguintes infrações:

1 - omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartões de crédito, sendo lançado o crédito tributário de ICMS no valor de R\$ 57.233,47, aplicada a multa de 70%, no período de janeiro de 2006 a maio de 2007.

2 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de microempresa e empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, para comercialização, no período de janeiro a agosto de 2006. Sendo lançado o valor de R\$9.194,36, acrescido da multa de 50%.

O autuado apresenta defesa às fls. 165 a 176, dizendo que em relação à infração 01, parte do crédito tributário já fora reclamado através de outro Auto de Infração e da nº 206025.0024/06.2, no total de R\$25.976,13, demonstrado em planilha elaborada na defesa e reclamado o mesmo período em duplicidade.

Enfatiza que a imposição tributária representa apropriação de bens do cidadão e confisco, transcreve em seguida lições dos doutrinadores Ives Gandra, Hugo de Brito Machado e Roque Antonio Carraza, tratando sobre os referidos temas.

Aduz que o governo baiano cômico de sua responsabilidade social instituiu o SIMBAHIA, através da Lei nº 7.357, transcreve os seus arts. 1º, incisos I, II e III; 7º inciso II; 8º, incisos I e II, para dizer que o “espírito da lei se evidencia na pena do legislador ordinário”.

Argumenta que considerando que por força de lei não precisava manter alguns controles, por isso nunca se preocupou em registrar em seu ECF, de forma precisa, a forma de pagamento de venda executada. Acrescenta que o pagamento mais comum é via cartão, mas que é possível uma mesma venda ser feita parte em cartão, parte em dinheiro ou parte em cartão e outra em vale transporte ou ticket restaurante, e que é comum o seu cliente antes anunciar que vai pagar em dinheiro e ao finalizar as compras pagar em cartão quando já fora registrado como dinheiro.

Afirma que nunca se preocupou em fazer o controle de modo de pagamento exigido pela lei, porque se encontrava no SIMBAHIA.

Apresenta um demonstrativo totalizando o valor de R\$ 2.027,39, dizendo só reconhecer os valores nele registrados referentes ao exercício de 2007.

Quanto à infração 02, frisa que estranhamente o autuante não considerou o crédito das notas fiscais apresentadas, nem considerou corretamente os pagamentos efetuados pela empresa. Transcreve todos eles em planilha na própria defesa às fls.172 a 175.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 178 a 180, diz que reconhece o argumento e razão do autuado e que reformula os demonstrativos da infração 01, elabora nova planilha que demonstra na defesa com os seus valores ajustados, excluindo o período de 01 a 06/2006, que já havia sido objeto de reclamação através do AI nº 206935.0024/06-3, reduzindo o valor da infração para R\$ 31.726,14.

Aduz que o autuado infringiu a legislação do ICMS que determina que deverá ser indicado no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação ou prestação.

Reconhece que na elaboração da planilha, deixou de apropriar os créditos constantes das notas fiscais para cobrança da antecipação parcial. Proceda a retificação da planilha, apresenta novo demonstrativo, reduz a importância exigida para R\$ 421,87. Junta planilha analítica às fls.181 a 184.

Conclui dizendo que o total do Auto de Infração passa a ser o montante de R\$32.148,01.

O autuado recebeu cópia da defesa e das planilhas decorrentes da revisão fiscal, tomou conhecimento da concessão do prazo de 10 dias para pronunciamento.

Apresentou manifestação às fls. 189 a 192, dizendo que o autuante de maneira justa realizou alterações em seu procedimento, mas ainda tem pontos que precisam novas avaliações.

Esclarece que é um mercadinho, e que 90% de sua receita é de mercadorias da cesta básica, isentas ou de substituição tributária. Aduz que o autuante deveria ter também reconhecido a proporcionalidade na vendas do autuado, conforme preceitua a IN nº 56/2007. Tece algumas considerações em seguida sobre a exigência do imposto sobre mercadorias isentas e não tributadas.

Salienta que retifica a sua posição inicial, e que reconhece 11% dos valores referentes aos meses de janeiro a maio de 2007 no total de R\$ 223,01, planilha à fl. 192.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Consta à fl. 200 termo de entrega ao autuado do “Relatório TEF Operações Diárias” em mídia magnética, pela INFAZ de origem, a pedido da assistente de conselho, não entregue anteriormente ao autuado. Foi reaberto o prazo de defesa de 30 dias. Não houve manifestação.

Face às alegações da defesa o processo foi convertido em diligência. Junta de Julgamento Fiscal, para que o autuante aplicasse a propo 56/2007.

O autuante juntou aos autos relação de notas fiscais subdivididas em tributadas e não tributadas, às fls. 205 a 249, aplicou a proporcionalidade solicitada pela JJF, elaborou nova planilha, à fl. 250, e informou que o valor da infração seria de R\$ 4.306,74.

O autuado recebeu cópia das planilhas decorrentes da revisão fiscal na diligência, com redução dos valores originalmente lançados, tomou conhecimento da concessão do prazo de 10 dias para pronunciamento. Não se manifestou.

VOTO

O presente Auto de Infração trata do lançamento de crédito tributário decorrente do cometimento de duas infrações, que passo a examiná-las.

Em relação à primeira imputação, o fato que ensejou a lavratura do Auto de Infração diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, relativamente a vendas realizadas com cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas por instituição financeira e administradora de Cartões de Crédito/Débito.

O lançamento tributário encontra-se especificado nas planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito” (docs. fls. 10 e 26), nas quais, foram considerados em cada coluna, o período mensal, o total das vendas com cartão de crédito e de débito informados pelas administradoras, os valores mensais das vendas líquidas extraídas da Redução Z; diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto; o imposto lançado calculado à alíquota de 17%; o crédito presumido de 8%, e finalmente, o ICMS devido.

O contribuinte reconheceu na defesa que jamais se preocupou em indicar no cupom fiscal o meio de pagamento adotado na operação realizada, dizendo que na condição optante do SimBahia recolhia o ICMS com base na receita bruta mensal, e que por isso só reconhece os valores referentes aos meses janeiro a março de 2007, no total de R\$ 2.027,39. Disse ainda que os valores lançados referentes ao período de janeiro a junho de 2006, já haviam sido reclamados através do Auto de Infração nº 206935.0024/06-3, no total de R\$ 25.976,13, demonstrado na planilha à fl. 167.

Na informação fiscal o autuante afirmou ter constatado no período de janeiro a junho de 2006 que os valores lançados nos referidos meses, já haviam sido objeto de reclamação através do Auto de Infração nº 206935.0024/06-3 consoante alegado pelo contribuinte. Corretamente, excluiu os valores correspondentes e reduziu o montante originalmente lançado de R\$ 57.233,47, para R\$ 31.726,14, conforme planilha à fl. 179.

O contribuinte recebeu cópias da informação do autuante com o demonstrativo dos valores remanescentes resultantes da revisão fiscal, tomou conhecimento da concessão do prazo de 10 dias para pronunciamento.

Interpôs manifestação às fls. 189 a 192, e ressaltou que o autuante, em seu procedimento, realizou alterações justas, porém não reconheceu a proporcionalidade prevista na IN nº 56/2007, pediu a sua aplicação justificando que em sua atividade de mercadinho 90% de sua receita é de mercadorias da cesta básica, isentas e substituídas, disse que retificando sua posição inicial só reconhece no exercício de 2007 o montante de R\$ 223,01, demonstrado em planilha à fl. 192.

Atendendo ao pleito do contribuinte a 2ª. Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência para o autuante aplicar a referida proporcionalidade. Em atendimento ao que fora solicitado o autuante refez suas planilhas originais, elaborou novos demonstrativos devidamente ajustados com a aplicação da proporcionalidade, às fls. 205 a 249, realizou novos cálculos e reduziu o montante de R\$ 31.726,14 para R\$ 4.306,74. Consignou analiticamente os valores devidos no referido período de julho de 2006 a maio de 2007 na planilha juntada à fl. 250 do PAF.

Em decorrência das alegações do contribuinte, em razão dos elementos trazidos aos autos concordo com o resultado da revisão que excluiu o total de R\$ 25.976,13, bem como com a redução do crédito tributário, no período de julho de 2006 a maio de 2007.

valores apurados pelo autuante, ficando o Auto de Infração reduzido aos valores consignados na planilha elaborada pelo autuante, em substituição ao demonstrativo de débito original, totalizando o montante de R\$ 4.306,74, à fl. 250 do PAF.

O sujeito passivo recebeu cópias das planilhas resultantes da revisão fiscal na diligência, com redução dos valores apurados na defesa, tomou conhecimento da concessão do prazo de 10 dias para pronunciamento. Não se manifestou.

A autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos à caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, ocorridas através de ECF, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal. Infração parcialmente procedente.

A imputação do item 02 é de que o contribuinte deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de microempresa e empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, para comercialização, no período de maio a agosto de 2006.

Na defesa apresentada o contribuinte alegou que o autuante não concedeu o crédito das notas fiscais apresentadas, assim como não considerou corretamente os pagamentos efetuados, nem apresentou cópias das notas fiscais para verificar que se tratava apenas de antecipação parcial. Apresentou relação de ICMS substituição tributária, às fls. 172 a 175.

Examinando as peças processuais verifico que o autuante realizou o levantamento a partir das notas fiscais registradas pelo contribuinte em seu livro Registro de Entradas, sujeitas a tributação, entretanto, em seu levantamento não considerou efetivamente os créditos fiscais consignados no referido livro.

Em sua informação, reconheceu que por uma falha na elaboração da planilha que fundamentou a autuação deixou de apropriar os créditos fiscais constantes das notas fiscais objeto do lançamento da antecipação parcial. Procedeu a retificação de sua planilha original e desta excluiu as importâncias exigidas atinentes aos meses de janeiro, fevereiro, abril e maio, e reduziu os valores relativos aos meses de março, junho, julho e agosto, consoante demonstrado à fl. 179, reduzindo o total do crédito tributário originalmente lançado para o valor de R\$ 421,87. Esclareceu que os pagamentos relativos a ICMS antecipação tributária produtos anexo 88 do RICMS e ICMS GNRE substituição tributária - contribuinte inscrito, não se aplicam à cobrança ICMS antecipação parcial, por isso não os considerou. Comungo com o resultado da revisão da defesa.

O contribuinte recebeu cópias da informação do autuante com o demonstrativo dos valores remanescentes resultantes da revisão fiscal, tomou conhecimento da concessão do prazo de 10 dias para pronunciamento.

Apresentou manifestação, às fls. 189 a 192, contudo não se pronunciou expressamente sobre o resultado da mencionada revisão.

Face ao exposto, coaduno com a revisão fiscal que resultou na redução do crédito tributário de R\$ 9.194,36, para R\$ 421,87, conforme claramente demonstrado pelo 179 dos autos.

Saliento que é devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, até o dia 25 do mês subsequente a entrada neste Estado, pelo contribuinte credenciado que adquirir para comercialização mercadorias não enquadradas na substituição tributária, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, (art. 352-A do RICMS/97, em consonância com o art. 12-A da Lei nº 7.014/96).

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE (quanto a multa aplicada na infração 2)

Peço vênia para discordar do ilustre relator, tão somente quanto à necessidade de re-enquadramento da multa da infração 02 para o art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

Faz-se necessário o mencionado re-enquadramento, em consonância com a jurisprudência reiterada das Câmaras de Julgamento do CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF nº 0060-11/09, e pronunciamentos da Procuradoria Estadual, motivo pelo qual transcrevo, abaixo, parte do acórdão A-0227-05.09, da 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal.

Por outro lado, no presente Auto de Infração, a penalidade imputada ao sujeito passivo se encontra prevista no art. 42, inc. I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96. O mencionado dispositivo apresentava a redação abaixo transcrita à época da verificação dos fatos geradores lançados no Auto de Infração:

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

I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares:

...

b) tratando-se de pessoas dispensadas da escrituração regular de livros fiscais, exceto nos casos de infrações constatadas no trânsito de mercadorias, relativamente ao pagamento:

I - do imposto devido por microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, nas entradas de mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária, quando procedentes de fora do Estado;

(...)

Consignou a PGE/PROFIS, em diversos pareceres, que o texto da norma em questão, a despeito de remeter a uma ilação da possibilidade de sua aplicação às hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial por microempresas e empresas de pequeno porte, mostra-se irrazoável, tendo em vista a obrigatória simbiose entre o artigo em análise e os princípios régios da proporcionalidade e da legalidade estrita, vinculados à imputação de penalidades. Ressaltou que seria ilógico não aplicar uma penalidade adstrita ao regime normal de tributação, prevista no art. 42, inc. II, “d”, aplicando-a, entretanto, aos contribuintes regidos pelo regime simplificado, considerando ademais, o tratamento diferenciado conferido pela Constituição Federal aos pequenos e médios contribuintes, consoante normas estampadas no art. 179 da Carta Magna.

Também foi ressaltada pela PGE/PROFIS a impossibilidade de aplicação da multa prevista no art. 42, II, “d”, ao presente caso, considerando que antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 10.847/07, o dispositivo normativo não abarcava a figura da antecipação parcial, referindo o mesmo ao instituto à substituição tributária, além de o citado comando normativo não alcançar expressamente empresas inscritas nos regimes simplificados de apuração do tributo.

Todavia, consoante entendimento do órgão jurídico do Estado, já se encontrava previsto no ordenamento jurídico tributário estadual, à época da ocorrência dos fatos geradores, a norma tributária-penal, inserida no art. 42, inciso II, alínea “f”, que nos remete à possibilidade de aplicação da multa de 60% para as hipóteses de não recolhimento da antecipação parcial, para todas as categorias de contribuintes, uma vez que de forma conceitual aberta, o referido dispositivo apregoa a aplicação de sanção quando ocorrer qualquer hipótese de infração diversa da prevista no inc. II, do art. 4, que importe em descumprimento de obrigação principal. Nessa linha de entendimento, mostra-se juridicamente possível o re-enquadramento da infração originalmente imputada, conforme autoriza o art. 142 c/c o art. 143 da Constituição Nacional (CTN), que ao disciplinar o ato de lançamento tribu

autoridade fiscal propor a penalidade cabível, podendo, entretanto, essa proposição ser revista de ofício, pela instância julgadora, visando o devido enquadramento normativo do fato tributável aos ditames da lei. Nessa direção, por sinal, se posiciona a legislação do processo administrativo fiscal do Estado da Bahia, no art. 19 do RPAF/99, que não inquina de nulidade o lançamento que contenha indicação errônea do dispositivo de lei ou regulamento, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente a infração cometida pelo contribuinte.

No caso presente, houve equivocado enquadramento do fato infracional, no art. 42, inc. I, “b”, item 1, quando o correto seria o art. 42, inc. II, letra “f”. Todavia, esse equívoco não implicou em modificação do núcleo da exigência fiscal, que remanesce inalterada e circunscrita à cobrança do ICMS da antecipação parcial.

Dessa forma, em face do acima exposto, reviso o lançamento em lide, re-enquadrando as infrações praticadas pelo contribuinte atinentes à falta de recolhimento da antecipação parcial, para o art. 42, inc. II, letra “f”, relativamente aos fatos geradores anteriores à edição da Lei nº 10.847/07, ficando, todavia, ressalvada a possibilidade de o sujeito passivo requerer a dispensa da multa a ele imposta, se valendo do meio processual previsto no art. 158 do RPAF, com pedido dirigido à Câmara Superior, considerando que o errôneo enquadramento do fato infracional pelo autuante o induziu a erro, impossibilitando que o mesmo exercesse o direito de pagamento do tributo com redução de 100% da multa, conforme autoriza o comando normativo contido no art. 45-A da Lei nº 7.014/96. Nesse sentido o CONSEF já se manifestou, conforme decisão recentemente proferida por uma das suas Câmaras de Julgamento Fiscal, no Acórdão nº 0060-11/09.

Destaco ainda que o fato de a legislação baiana ter sido posteriormente alterada para incluir expressamente a falta de recolhimento da antecipação parcial no rol das infrações previstas no art. 42 da Lei nº 7.014/96 em nada altera a aplicação da alínea “f” aos fatos geradores anteriores à vigência da Lei nº 10.847/07, tendo em vista não haver ofensa ao princípio da irretroatividade das normas de conteúdo sancionatório, aplicando ao caso outro princípio jurídico, segundo o qual, os fatos são regidos pelas normas vigentes à época da sua ocorrência (tempus regit actum).

Fica, portanto, mantido o núcleo da exigência fiscal, revisando-se tão somente a capitulação legal do fato infracional, com o re-enquadramento da multa, originalmente capitulada no art. 42, inc. I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, no percentual de 50% para o art. 42, inc. II, letra “f”, no percentual de 60%, relativamente ao imposto devido por antecipação parcial, conforme fundamentação tracejada linhas atrás.

Assim, concluo que o cerne da decisão deve ser mantido, nos termos do voto do relator, com o re-enquadramento da multa para o art. 42, inc. II, “f” da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232943.2019/07-1**, lavrado contra **SUPERMERCADO SHOPPING DEL MATOS LTDA**. Devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.728,61**, acrescido da multa de 50% sobre R\$ 421,87 e de 70% sobre R\$ 4.306,74, previstas no art. 42, I, “b”, I e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FRANCISCO ATAN.

PAULO DANILO REIS LOPES – JU