

PROCESSO - A. I. Nº 269102.0010/11-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PAULO MÁRCIO CARDOSO VILASBOAS BARROS (COMERCIAL BARROS PINTO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0172-05/12
ORIGEM - INFAZ GUANAMBI
INTERNET - 15/03/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0013-12/13

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. MICROEMPRESA. Infração procedente em parte, haja visto a comprovação do ICM relativo à Nota Fiscal nº 695515, do mês de agosto de 2007. 2. PRESUNÇÃO LEGAL DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. PAGAMENTOS NÃO REGISTRADOS. Na época dos fatos geradores não havia tipificação desta infração, na Lei nº 7.014/96. Infração improcedente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, com vistas ao reexame da Decisão proferida nos autos do presente PAF que exonerou parcialmente o Sujeito Passivo.

O Auto de Infração foi lavrado em 16/12/2011, para exigir o ICMS no valor de R\$ 163.671,58, e multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor total de R\$ 28.268,19, em decorrência de 05 infrações, contudo, objeto do Recurso de Ofício restam as infrações 02 e 03, cujas acusações são as seguintes:

***Infração 2** - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Valor Histórico: R\$1.955,29 – Multa de 60% - 07.15.01;*

***Infração 3** - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamento(s) não registrado (s). Valor Histórico: R\$161.369,12 – Multa de 70% - 05.05.02;*

A 5ª JJF decidiu, por unanimidade, julgar parcialmente procedente a infração 2, e improcedente a infração 3, tudo a partir do voto proferido pelo ilustre relator de primeira instância, cujo teor transcrevo abaixo:

VOTO

(...)

Na infração 2, semelhante à anterior, a exigência refere-se à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, como previsto no art. 12-A da Lei nº 7.014/96, repetido no art. 352-A do RICMS/97.

O demonstrativo da infração encontra-se nas fls. 22, onde estão discriminadas as notas fiscais que tiveram origem na escrita do contribuinte ou no CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito), e as cópias dos documentos fiscais estão anexas, fls. 23 a 44.

O sujeito passivo comprova a regularidade do pagamento do ICMS, referente à Nota Fiscal nº 695515, no valor de R\$ 76,34, relacionada no levantamento fiscal, ora exigido. Deste modo, deve ser abatido este valor, referente ao mês de agosto de 2007, e naquele mês o ICMS exigido passa a ser de R\$ 376,52. Deste modo, procedente em parte a infração, no valor de R\$ 1.878,95, vez que os demais valores permanecem na íntegra. Infração procedente em parte.

Na infração 3, a exigência refere-se à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, no período de maio de 2007 a agosto de 2008.

Está amparada na Lei nº 7.014/96, § 4º do art. 4º, cuja redação atual dispõe:

Art. 4º -Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I – saldo credor de caixa;

II – suprimimento a caixa de origem não comprovada;

III- manutenção, no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV – entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V – pagamentos não registrados;

VI – valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) Instituições financeiras,

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

c) “Shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante.

VII – valores de operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras.

Contudo, como os fatos geradores apontados nesta infração correspondem ao período de 31/05/2007 a 31/12/2008, encontrava-se vigente a seguinte redação à norma legal acima descrita, que surtiu efeitos de 28/12/2002 a 30/03/2010, onde não havia a previsão legal para a ocorrência de pagamentos não registrados:

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a 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.

Observe que o autuante enquadrou a infração no art. 2º § 3º, IV, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, e naquele dispositivo regulamentar, a infração encontrava-se prevista, quando ditava que “Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar: entradas de mercadorias ou bens não registradas”. (redação dada pela Alteração nº 10 (Decreto nº 7490, de 30/12/98. DOE de 31/12/98).

Não obstante a leitura do dispositivo regulamentar acima, quando a Constituição Federal confere a competência tributária ao Estado, esta competência é legislativa, ou seja, para editar a lei que instituirá, em abstrato, um tributo, no caso o ICMS. Desta forma, o princípio da legalidade tributária, ou o princípio da reserva legal, tem que ser estritamente observado, conforme a previsão contida no art. 150, I da C.F., nos termos do qual “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça”. Este dispositivo de forma expressa, exige lei para a instituição e a majoração de tributos, logo, Regulamento de ICMS não é o instrumento hábil, portanto, para fundamentar a exigência de ICMS, se a hipótese de incidência não estiver tipificada em lei, lei formal, de competência para a sua edição, atribuída ao Poder Legislativo.

Em conclusão, como nos períodos de ocorrência dos fatos geradores, não havia previsão legal, somente a previsão regulamentar, não prevalece à autuação, mesmo porque a lei não retroage para açambarcar fatos anteriores à sua edição. Portanto, improcedente a acusação fiscal, pois a conduta do contribuinte não estava vedada pela lei do ICMS.

(...)

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

Em razão da sucumbência imposta à fazenda Pública, a 5ª JJF recorreu de ofício da Decisão que exarou, para que uma das Câmaras de julgamento Fiscal deste CONSEF.

Regularmente notificados da Decisão de primeiro grau, autuante e autuado quedaram-se silentes.

VOTO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 5ª JJF deste CONSEF tem por objeto reapreciar do Acórdão de nº 0172-05/12 que impõe sucumbência à fazenda pública estadual em relação às infrações 2 e 3, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA.

Auto de Infração lavrado em 16/12/2011, exige ICMS que monta em R\$ 163.671,58, e multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor total de R\$ 28.268,19. A 5ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu exonerar parcialmente o contribuinte do quanto lhe foi inicialmente exigido, julgando parcialmente procedente a infração 2 e improcedente a infração 3.

Em razão do julgamento feito em primeiro grau, o Recurso que se aprecia cinge-se às infrações 2 e 3, que acusam o Sujeito Passivo de haver deixado de recolher o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, além de haver omitido saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados.

Da análise dos autos, vejo que reparo algum merece a Decisão recorrida.

Referentemente à infração 2, vê-se que o fundamento da Decisão da Junta de Julgamento Fiscal reside no fato de que o Sujeito Passivo demonstrou a parcial regularidade do recolhimento do ICMS exigido. Em verdade, a demonstração de recolhimento restringe-se unicamente à Nota Fiscal nº 695515, listada no levantamento fiscal. Demonstrado o correto recolhimento do tributo, correta a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal que reduziu a exigência fiscal de R\$1.955,29 para R\$1.878,95.

Com respeito à infração 3, a correta aplicação da norma no tempo é o motivo da desoneração feita pelos julgadores de primo grau. É fato que o art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96 prevê como conduta típica a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de pagamentos não registrados, conforme consignado no Auto de Infração. Entretanto, a redação dada ao dispositivo acima referido foi introduzida pela Lei nº 11.899/2010, com efeitos a partir de 31/03/2010. De outra banda, a redação da norma que vigia à época dos fatos (2007 e 2008), não fazia qualquer menção à conduta dita típica e motivadora da indicação da presunção de omissão de saídas de mercadorias como indica a peça vestibular.

Quanto à indicação do enquadramento da infração, art. 2º, §3º, V, do RICMS, a questão fulcral deixa de ser de enquadramento para ser de aplicabilidade da norma. No caso em tela, a expressa indicação no dispositivo de que o Estado tem competência legislativa para instituir e majorar tributos remete ao fato de que a única via para que seja alcançado tal fim é a de edição de Lei, vedado, portanto, o uso de qualquer outro instrumento infralegal. Nessa toada, a conclusão lógica é de que o RICMS/BA não é instrumento que confira aplicabilidade ou mesmo legalidade a norma não prevista em Lei, ou seja, ainda que uma norma de matéria tributária como a que se discute esteja prevista em Regulamento (instrumento normativo que regula a aplicação da Lei), tal norma efetivamente não existe no mundo jurídico quando não deriva de Lei.

Exposta a ilegalidade, se mostra perfeita a conclusão a que chegou a Junta de Julgamento Fiscal. Verdadeiramente, à época dos fatos indicados como motivadores da autuação, não havia previsão legal a indicar a conduta do contribuinte como fato típico, sendo imprestável à manutenção do Auto de Infração a norma insculpida no RICMS/BA, que só foi alterada em 2010.

Isto posto, também considerando que os efeitos da Lei só retroagem para beneficiar o Contribuinte, entendo que não poderiam os Julgadores de piso decidir de outra forma senão aquela levada a termo na Decisão sob revisão. Por isso mesmo, constatando que nenhum reparo merece a Decisão recorrida, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto para manter a Decisão recorrida como julgado em Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269102.0010/11-0, lavrado contra **PAULO MÁRCIO CARDOSO VILASBOAS BARROS (COMERCIAL BARROS PINTO)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.226,12**, acrescido das multas de 50% sobre R\$347,17, 60% sobre R\$1.878,95, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item I e II, alíneas “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$28.268,19**, previstas no art. 42, XIII-A, alíneas “j” e “h”, da já citada lei, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS