

**PROCESSO** - A. I. N° 300449.0890/09-0  
**RECORRENTE** - CAÇULINHA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0234-01/11  
**ORIGEM** - INFAS ITABUNA  
**INTERNET** - 28/02/2013

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO CJF N° 0032-11/13**

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devida a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição. No presente caso, os elementos de prova acostados aos autos pelo impugnante, comprovam o pagamento de parte do valor exigido na autuação antes do início da ação fiscal. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 2. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). A apuração do imposto foi feita em consonância com a regra do art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, que manda abater do valor devido o crédito presumido de 8%, no caso de contribuinte enquadrado no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia. Infração subsistente. Não acolhidas as nulidades arguidas e decadência. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista na época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96). Rejeitadas as preliminares suscitadas. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 21/12/2009 para exigir ICMS no valor de R\$28.725,53 por imputar ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

*1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de março, maio a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, janeiro, março a junho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 26.185,56, acrescido da multa de 50% ;*

*2. Falta de recolhimento do ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos referidos cartões, nos meses de janeiro a junho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.539,97, acrescido da multa de 70%.*

A 1<sup>a</sup> JJF proferiu Decisão dirimindo a lide conforme os fundamentos sustentados no voto vencedor, nestes termos:

*"Inicialmente, cabe-me apreciar a nulidade arguida pelo impugnante, por ter sido o Auto de Infração lavrado por Auditor Fiscal quando deveria ter sido lavrado por Agente de Tributos, tendo em vista que se trata de empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional, consoante prevê o §3º do artigo 107 da Lei Estadual 3.956/81 – Código Tributário do Estado da Bahia.*

*Certamente não pode prosperar tal argumento defensivo, haja vista que a competência do Agente de Tributo para lavrar Auto de Infração somente ocorreu a partir de julho de 2007, quando da efetivação do Simples Nacional, valendo dizer que a partir desta data o Auditor Fiscal não pode mais lavrar Auto de Infração referente à contribuinte optante pelo Regime do Simples Nacional. Ou seja, tratando-se de autuação referente a período anterior a julho de 2007, quando o contribuinte ainda se encontrava na condição de SimBahia a competência é do Auditor Fiscal.*

*Desta forma, como o período objeto da autuação abrange o mês de março de 2004 a junho de 2007, inexiste qualquer ilegalidade na lavratura do Auto de Infração em exame, decorrente da falta de competência do Auditor Fiscal - autuante.*

*Com relação à nulidade arguida, sob o fundamento de que a via destinada ao contribuinte não se encontra assinada pelo autuante, verifico que a 1<sup>a</sup> via do Auto de Infração se encontra devidamente assinada, inclusive, com a ciência do autuado. Ou seja, apesar de a cópia da via do Auto de Infração anexada pelo impugnante quando da apresentação da defesa, efetivamente, não se encontrar assinada, verifico que esta guarda total correspondência com a 1<sup>a</sup> via devidamente assinada pelo autuado, valendo dizer que inexistiu ofensa ao devido processo legal e cerceamento do direito de ampla defesa do contribuinte.*

*Portanto, no presente caso, não vislumbro a existência de cerceamento do direito da ampla defesa e do contraditório, haja vista que o procedimento fiscal não violou as regras contidas no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, inociorrendo quaisquer das hipóteses previstas no artigo 18 do mesmo RPAF/99, que inquine de nulidade o ato de lançamento.*

*No que concerne à arguição de ocorrência da decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente ao ano de 2004, certamente não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que as disposições do artigo 173, inciso I do CTN, que são as mesmas previstas no art. 107-A, inciso I do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, inciso I, do RICMS/97, prevêem que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado e não da ocorrência do fato gerador, conforme o artigo 150, § 4º do CTN invocado pelo impugnante.*

*Na realidade, a incidência da regra do art. 150, § 4º do CTN diz respeito às situações nas quais a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação, o que não vem a ser a presente situação, haja vista que o impugnante deixou de recolher parcelas do imposto devido, a Fiscalização, de forma acertada, efetuou o lançamento correspondente.*

*No caso em exame, o prazo para contagem referente ao período objeto do questionamento (janeiro a agosto de 2004) se iniciou em 01/01/2005, com termo final em 31/12/2009.*

*Diante disto, considerando que a ação fiscal se iniciou em 14/10/2009 - data de emissão da intimação para apresentação de livros e documentos fiscais -, e o lançamento ocorreu em 21/12/2009, não há que se falar em decadência do direito da Fazenda Pública estadual constituir o crédito tributário.*

É certo que, no presente caso, como o autuado deixou de recolher parcelas do imposto devido, agiu acertadamente o Fisco ao efetuar o lançamento correspondente.

Vale registrar, que este tem sido o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05 e 0004-11/06, 0009-12/08, sendo que, neste último, transcrevo o voto proferido pelo eminentíssimo Conselheiro/Relator Nelson Antonio Daiha Filho, a título ilustrativo:

“Inicialmente, passarei a enfrentar o Recurso Voluntário interposto pelo recorrente, em especial quanto à preliminar de decadência reiterada pelo sujeito passivo em segunda instância.

Rejeito a referida preliminar.

Este CONSEF tem firmado cristalinamente o entendimento de que o caso em apreço se refere a lançamento de ofício, devendo, por tal razão, ser cumprido o quanto disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, e estabelece o prazo de decadência de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Ademais, como ressaltado no primeiro Parecer emitido pela Douta PGE/PROFIS, o STJ, através do Resp 63.529-2/PR, dentre outros julgados, vem decidindo nessa diretiva, sem prejuízo do fato de que o COTEB prevê em seu art. 28, de forma expressa, um prazo diferenciado, razão pela qual deve ser rechaçada a preliminar suscitada pelo autuado.”

Não acolho, portanto, a decadência argüida.

No que concerne à infração 01, após análise dos elementos acostados aos autos, verifico que assiste razão ao autuado quanto à alegação referente às Notas Fiscais nºs 80426 e 80427, período de ocorrência de 31/01/2005, haja vista que as Notas Fiscais discriminadas no DAE acostado à fl. 314, inclusive as Notas Fiscais nºs 80426 e 80427, totalizam o ICMS a recolher no valor de R\$ 1.069,42, valor este que o contribuinte recolheu tempestivamente, portanto, sem acréscimos legais, restando evidente que descabe a exigência referente às Notas Fiscais nºs 80426 e 80427, no valor total de R\$ 612,65, pois inserido no valor recolhido de R\$ 1.062,42.

Assim sendo, com a exclusão dos valores de R\$ 397,34 e R\$ 215,31, relativos às Notas Fiscais nºs 80426 e 80427, respectivamente, a exigência fiscal referente ao período de ocorrência de 31/01/2005, fica reduzida para R\$ 268,62, sendo atinente às Notas Fiscais arroladas neste item da autuação que não foram objeto de impugnação.

Com relação ao período de ocorrência de 31/03/2005, constato que assiste razão ao impugnante, haja vista que o imposto devido referente às Notas Fiscais nºs 226095, 38813, efetivamente, foi exigido através do Auto de Infração nº 931604-3, conforme cópia acostada às fls. 317/318 dos autos. Quanto às demais Notas Fiscais arroladas neste período da autuação, considero que subsiste a exigência fiscal, pois o autuado não comprova suas alegações.

Vale observar que, diversamente do que foi apurado no período de 31/01/2005, onde restou comprovada a alegação defensiva de que o imposto exigido fora recolhido conforme DAE anexado à fl. 314, no período de ocorrência de 31/03/2005 não há como confirmar a veracidade do argumento defensivo, pois nem todas as Notas Fiscais discriminadas no DAE, no caso, as Notas Fiscais nºs 221 e 149463, estão devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas – conforme cópia do referido livro fiscal acostada aos autos -, o que impossibilitou a apuração do valor efetivamente devido, para confrontar com o valor recolhido constantes no DAE.

Relevante registrar que esta Junta de Julgamento Fiscal, no intuito de alcançar a verdade material converteu o processo em diligência, a fim de que o impugnante identificasse, claramente, inclusive com a elaboração de demonstrativo, os valores recolhidos relativos a cada nota fiscal discriminada nos DAEs apresentados relativos ao período impugnado, considerando a necessidade do detalhamento para permitir a aferição dos valores recolhidos com as respectivas Notas Fiscais, o que não foi atendido pelo contribuinte.

Diante disto, este item da autuação é parcialmente subsistente no valor de R\$ 1.319,18, relativamente às Notas Fiscais nºs 192711, 975634, 288358, 4832,56293, 290310,681247, 210268 e 12481.

No respeitante ao período de ocorrência de 30/09/2006, constato que descabe a exigência relativamente à Nota Fiscal nº 145850, haja vista que, independentemente de o autuado ter efetuado o recolhimento, trata-se de mercadoria sujeita à antecipação “total” e não parcial, pois se refere a mercadorias relacionadas no art. 353, inciso II do RICMS/BA.

Desta forma, permanece a exigência fiscal relativamente às Notas Fiscais nºs 28918, 802472, 225471, no total de ICMS devido de R\$ 862,92.

Quanto ao período de ocorrência de 31/10/2006, verifico que assiste razão ao autuante, haja vista que o valor recolhido pelo autuado através do DAE acostado à fl. 322 dos autos totalizou o valor de R\$ 1.298,15, não restando comprovado o argumento defensivo de que o valor exigido neste item da autuação já fora recolhido.

Diante do exposto, a infração 01 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 25.108,93, conforme demonstrativo de débito abaixo:

**DEMONSTRATIVO DE DÉBITO**

Ocorrência	Vencimento	Val./ Devido(R\$)
31/03/2004	09/04/2004	1.642,77
31/05/2004	09/06/2004	636,63
30/06/2004	09/07/2004	469,01
31/07/2004	09/08/2004	445,75
31/08/2004	09/09/2004	437,62
30/09/2004	09/10/2004	356,54
31/10/2004	09/11/2004	1.217,54
30/11/2004	09/12/2004	669,61
31/12/2004	09/01/2005	781,38
31/01/2005	09/02/2005	268,62
28/02/2005	09/03/2005	716,79
31/03/2005	09/04/2005	1.197,19
30/04/2005	09/05/2005	328,53
31/05/2005	09/06/2005	922,57
30/06/2005	09/07/2005	1.268,94
31/07/2005	09/08/2005	714,47
31/08/2005	09/09/2005	804,81
30/09/2005	09/10/2005	123,33
31/10/2005	09/11/2005	938,01
30/11/2005	09/12/2005	178,02
31/12/2005	09/01/2006	107,85
31/01/2006	09/02/2006	765,65
28/02/2006	09/03/2006	1.068,31
31/03/2006	09/04/2006	914,78
30/04/2006	09/05/2006	526,79
31/05/2006	09/06/2006	652,54
30/06/2006	09/07/2006	215,96
31/07/2006	09/08/2006	181,65
31/08/2006	09/09/2006	1.877,30
30/09/2006	09/10/2006	862,92
31/10/2006	09/11/2006	511,84
30/11/2006	09/12/2006	1.075,47
31/12/2006	09/01/2007	169,44
31/01/2007	09/02/2007	695,70
31/03/2007	09/04/2007	161,30
30/04/2007	09/05/2007	933,41
31/05/2007	09/06/2007	222,63
30/06/2007	09/07/2007	47,26
<b>TOTAL</b>		<b>25.108,93</b>

No respeitante à infração 02, o levantamento realizado pelo autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, in verbis:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 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”.

Verifico que o autuado impugna a autuação alegando que nos meses apontados no demonstrativo de débito do Auto de Infração os valores de vendas declarados são superiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartão consoante DARF – SIMPLES que anexa e planilha comparativa que apresenta. Diz que é inquestionável que os valores informados pelas instituições de cartão de créditos são inferiores aos valores que declarou, inexistindo a caracterização desta infração.

Argumenta, ainda, que dentre os valores exigidos nesta infração, existem valores referentes à comercialização de mercadorias não tributadas nas saídas, razão pela qual invoca a Instrução Normativa nº 56/2007, a fim de que sejam excluídos da base de cálculo do ICMS lançado na autuação os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária.

No que diz respeito à primeira alegação, isto é, de que os valores de vendas declarados são superiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartão consoante DARF – SIMPLES e planilha comparativa anexadas aos autos, certamente não encontra guarida tal argumentação, haja vista que a exigência fiscal diz respeito, exclusivamente, às vendas realizadas pelo contribuinte mediante pagamento com cartão de crédito/débito, que são comparadas com as vendas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões. Ou seja, não são computados os valores de vendas realizadas com pagamento mediante dinheiro, cheque, e outros meios de pagamentos, diversos de cartão de crédito/débito, sendo óbvio que o total das vendas realizadas pelo contribuinte utilizando-se de diversos meios de pagamentos, conforme aduzido acima, sempre será superior aos valores de vendas realizadas unicamente com pagamento através de cartão de crédito/débito.

Quanto à segunda alegação, de que dentre os valores exigidos nesta infração existem valores referentes à comercialização de mercadorias não tributadas nas saídas, razão pela qual invoca a Instrução Normativa nº 56/2007, a fim de que sejam excluídos da base de cálculo do ICMS lançado na autuação os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, cabe aqui registrar que esta Junta de Julgamento Fiscal, no intuito de atender a solicitação do impugnante converteu o processo em diligência, a fim de que este apresentasse elementos necessários à realização da proporcionalidade pretendida, em conformidade com a Instrução Normativa nº 56/2007, o que não foi atendido pelo contribuinte.

Convém consignar que a Instrução Normativa nº 56/2007, editada pelo Superintendente de Administração Tributária da SEFAZ/BA, adveio em decorrência de decisões reiteradas do Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF no sentido excluir da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, quando apurada omissão de saídas presumidas, nos termos do § 3º do art. 2º do RICMS/97, com matriz no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, desde que provados pelo contribuinte autuado por meio de dados e informações das operações mercantis que costumeiramente realiza.

Neste sentido, assim dispõe a referida a Instrução Normativa nº 56/2007, nos seus itens 1, 2 e 3, abaixo transcrito:

**“INSTRUÇÃO**

1 - Apurada omissão de operações de saídas de mercadorias, nas hipóteses previstas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o preposto fiscal poderá considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão.

2 - No curso da ação fiscal, caso o preposto fiscal verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e aplicar outros roteiros de fiscalização.

3 - Não sendo obtidos ou apresentados pelo contribuinte dados que possibilitem o cálculo da proporcionalidade admitida nos termos do item 1, o preposto fiscal lançará o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total da omissão de operações de saída apurada, devendo ser registrada no termo de encerramento de fiscalização tal impossibilidade, sob pena de não registro do Auto de Infração.”

Ora, conforme o item 3, acima transcrito, cabe ao contribuinte apresentar dados que permitam o cálculo da proporcionalidade na forma do item 1 - também transcrito acima-, sendo que, caso o interessado não atenda a solicitação, deverá o preposto fiscal lançar o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total das saídas omitidas.

No presente caso, não resta dúvida sobre o não atendimento da disposição da Instrução Normativa nº 56/2007, invocada pelo próprio impugnante, mesmo com a realização de diligência nesse sentido, conforme aduzido acima.

Conforme dito linhas acima, o levantamento levado a efeito pelo autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas através de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, apurando o ICMS devido no valor de R\$ 2.539,97, conforme planilha e demonstrativo de débito acostados aos autos, valor este que considero corretamente exigido e devido, por restar comprovado o cometimento da irregularidade imputada ao autuado.

Cumpre observar que não procede a alegação defensiva de que devem ser excluídos da base de cálculo do ICMS os encargos financeiros, haja vista que tais encargos, via de regra, não são computados quando da ocorrência do fato gerador do imposto, ou seja, quando da realização da venda mediante cartão de crédito/débito, momento no qual é emitido o cupom fiscal com o respectivo boleto de pagamento com a indicação do valor da operação, inexistindo qualquer acréscimo financeiro.

Ademais, mesmo que existissem tais encargos computados no levantamento, caberia ao autuado identificá-los, a fim de que pudessem ser examinados.

É certo que nos termos do art. 55 do RICMS/BA, não integra a base de cálculo do ICMS o valor correspondente a juros, multas e atualização monetária recebidos pelo contribuinte a título de mora, por inadimplência de seu cliente, desde que calculados sobre o valor da saída da mercadoria ou do serviço prestado, e auferidos após a ocorrência do fato gerador do tributo, o que não é caso da presente lide.

Vejo que no cálculo do imposto o autuante concedeu o crédito de 8% sobre o valor das saídas omitidas computadas na apuração, bem como tomou como base os critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, por se tratar o autuado de contribuinte optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, agindo conforme manda a legislação do ICMS, especificamente, o artigo 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02.

No que diz respeito à arguição de que as multas são confiscatórias, observo que estas foram corretamente apontadas ao caso da lide, estando previstas na Lei 7.014/96. Quanto à sua dispensa ou redução, requerida pelo autuado, por se tratar de multas por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da eqüidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

Contudo, no que concerne à multa de 50%, prevista no art. 42, I, "b", "I", da Lei nº 7.014/96, constato que foi indicada erroneamente no Auto de Infração, haja vista que a multa aplicável à época da ocorrência dos fatos – março de 2004 a junho de 2007- é de 60%, conforme previsto no art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96.

Registro que o entendimento acima esposado encontra-se lastreado em decisões deste CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF Nº 0301-12/09, cujo voto vencedor é reproduzido abaixo, a título ilustrativo:

**“VOTO VENCEDOR (Em Relação à Exclusão da Multa de 50% - Infração 1)**

Divirjo do posicionamento do ilustre Conselheiro relator apenas no que tange à multa indicada pelo autuante para a infração 1, pois considero que, à época da ocorrência dos fatos, a pena cabível para a citada infração era a prevista no artigo 42, inciso II, alínea “f”, da Lei nº 7.014/96.

Apesar de ser uma questão muito controvertida, acompanho a tese que vem sendo defendida pelos ilustres representantes da PGE/PROFIS, segundo a qual a antecipação parcial e a antecipação no sentido estrito são institutos diversos. Com base nessa premissa, entendo que, à época dos fatos descritos na infração 1, a multa indicada pelo autuante, prevista no art. 42, I, "b", "I", da Lei nº 7.014/96, estava equivocada, haja vista que essa penalidade era aplicável apenas nas hipóteses da falta de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária propriamente dita. Para a falta de pagamento de ICMS devido por antecipação “parcial”, a pena correta, à época, era a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da citada Lei.

Divergindo do entendimento defendido pelo ilustre Conselheiro relator, não vislumbro qualquer óbice à retificação da multa por parte deste colegiado, já que, nos termos do artigo 142 do CTN, cabe à autoridade administrativa que efetua o lançamento apenas “propor a aplicação da penalidade cabível”. Resta, portanto, a este órgão julgador administrativo manter ou corrigir a multa que foi originalmente proposta pela autoridade lançadora, sem a necessidade de lavratura de outro Auto de Infração. Essa retificação de multa no mesmo Auto de Infração não enseja cerceamento do direito de defesa, uma vez que o sujeito passivo se defende da acusação que lhe fora feita, e não da tipificação legal da multa. Do mesmo modo, a retificação da multa não acarreta qualquer inovação, tendo em vista que foram respeitados os limites traçados pela acusação e pelos valores originalmente consignados no Auto de Infração.

Também não comungo com o entendimento do ilustre Conselheiro relator quanto à questão da ausência de dolo, pois, segundo a descrição dos fatos e o enquadramento legal utilizado pelo autuante, no cometimento da infração 1 não houve dolo. Nas infrações à legislação tributária, a constatação e a comprovação de dolo devem ser feitas pelo auditor fiscal autuante, que é quem verifica a ocorrência do fato gerador, determina a matéria tributável, calcula o montante do tributo devido, identifica o sujeito passivo e que propõe a aplicação de multa. Não fica, portanto, ao arbítrio do sujeito passivo classificar os seus procedimentos como dolosos ou não dolosos.

Em face do exposto, retifico a multa indicada na infração 1, no percentual de 50%, para a prevista na aliena “f” do inciso II do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no percentual de 60%, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade à época dos fatos geradores.

Observo que, caso a multa tivesse sido corretamente indicada no Auto de Infração, o recorrente poderia ter se beneficiado da redução de multa prevista no art. 45-A, da Lei nº 7.014/96. Dessa forma, ressalto que o

*recorrente poderá se eximir da multa em questão, requerendo à Câmara Superior do CONSEF a dispensa de multa por infração de obrigação principal ao apelo da equidade, no prazo de trinta dias da ciência desta Decisão, acompanhado da comprovação do pagamento do principal e seus acréscimos, sob o fundamento de ter sido induzido a erro por orientação de funcionário fiscal, conforme previsto no art. 159, I, do RPAF/99.*

*Quanto às demais matérias tratadas no Recuso Voluntário, acompanho, sem ressalva, o voto proferido pelo ilustre Conselheiro Relator.*

*Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, retificando, porém, de ofício, a multa proposta na infração I para 60%, conforme art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96."*

*Dante do exposto, a multa de 50%, prevista no art. 42, I, "b", "I", da Lei nº 7.014/96, indicada originalmente no Auto de Infração, fica retificada de ofício para 60%, conforme previsto no art. 42, II, "f", do mesmo Diploma legal retro referido.*

*Dante do exposto, esta infração é integralmente subsistente no valor de R\$ 2.539,97.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração."*

Irresignado, o contribuinte interpõe o Recurso Voluntário referido de fls. 460/489, renovando os mesmos argumentos expostos em sede de impugnação se reportando sobre o que ali alegou. Seguidamente, passa a deduzir suas razões recursais às fls. 467/489, arguindo a nulidade do AI em face da autuação não está consonante com o art. 39 do RPAF, tendo em vista que as cópias xerografadas têm o mesmo valor do documento original nos termos do art. 372 do CPC, e que por isto. Houve cerceamento do direito de defesa. Cita o art. 119, do COTEB por entender que há víncio insanável ou de ilegalidade como também à luz do disposto no art. 129, VI, que prevê as assinaturas do autuante, o que não diz não constar.

Volta a alegar excesso de exação sob o fundamento de que a JJF reconheceu lhe assistir razão quanto às Notas Fiscais nºs 80426 e 80427, no valor de R\$ 612,65, período de ocorrência 31.01.05, e que conforme DAE de fl. 314, o valor efetivamente recolhido foi de R\$ 1.171,69 e não 1.069,42.

Diz que apesar do Relator ter afirmado que o valor pago referente às Notas Fiscais nºs 226095 e 38813, entretanto considerou subsistente a infração quanto às demais, o que não pode prosperar, há prova nos autos de que a Nota Fiscal nº 12481 o valor foi recolhido mediante DAE no valor total de R\$1.950,52, a destempo, acrescido de correção monetária que montou o importe de R\$ 2.393,98 (DAE fl. 472), consoante demonstrativo de cálculos de fl. 471, e assim requer a dedução para R\$ 203,93.

Menciona que o Relator entendeu que não foi confirmada a veracidade da alegação defensiva eis que nem todas as notas fiscais discriminadas no DAE, no caso, as Notas Fiscais de nºs 221 e 14963, que estão escrituradas no livro de Registro de Entradas a obstar a apuração do valor efetivamente devido, para confrontar com o valor recolhido e constante no DAE sobre o que ressalta que, observando-se o demonstrativo de cálculo com o DAE constata-se que a Nota Fiscal nº 221 que foi recolhido o ICMS no valor de 185,40 e a Nota Fiscal nº 149436 e não 149463 como constou erradamente no acórdão, o valor do tributo foi de R\$ 44,16.

Reporta-se aos itens III a 2 excesso de exação conforme parágrafo 3º e 4º da impugnação e 2b3 do Recurso, e que através do livro de Registro e DAE anexos por si ao PAF resta comprovado que os valores foram devidamente recolhidos.

No que tange às Notas Fiscais nºs 28918, 802472 e 225471, afirma que os valores do imposto em questão foram recolhidos como demonstram os documentos coligidos aos autos e que retificou através do DAE juntado com o Recurso Voluntário, requerendo a correspondente dedução, motivo pelo qual não pode remanescer a exação. E que com relação à Nota Fiscal nº 451727, que o ICMS de R\$ 245,01 embora recolhido não foi deduzido. Apresenta demonstrativo de fl. 475 e DAE à fl. 476.

Pontua que a JJF reconheceu como descabida a exigência quanto à Nota Fiscal nº 145850, vez que independentemente do autuado ter efetuado o recolhimento, que trata-se de mercadoria sujeita à antecipação total e não parcial relativas às mercadorias relacionadas no art. 353, II do RICMS-BA.

Mas que, apesar disto, outras Notas Fiscais como as de nºs 161690 emitida em 30/03/07 e Nota Fiscal nº 74146 emitida em 31/07/06 residentes nos autos, também se enquadram na mesma situação, requerendo a dedução do valor de R\$ 485,60. Junta ditas NFs às fls. 479/481.

Alega que quanto a JJF tenha convertido o PAF em diligência, não foi demonstrado o valor recolhido de cada nota fiscal discriminada nos DAEs do período impugnado, mesmo sendo preciso esse detalhamento para aferição do quanto já efetivamente recolhido, até porque, como frisou, foi por si feita a apresentação dos DAEs e do livro de Registro Diário a comprovar os recolhimentos, considerando que se desincumbiu do ônus probatório.

Contesta o entendimento do autuante de que no demonstrativo por ele apresentado foram indicadas as notas fiscais objeto da autuação conforme se verifica às fls. 71/277, mas que tal fato não ocorreu na totalidade por não terem sido apresentadas todas as notas fiscais que relacionou no demonstrativo de fls. 482/483 a evidenciar o excesso de exação e que a conduta do preposto fiscal é nula, realizada ao arreio da lei. Requer a nulidade da cobrança relativa à infração 01 – ICMS antecipação parcial e se assim não for a posição desta CJF, que seja determinado o abatimento dos valores já pagos, inclusive os que não foram reconhecidos pela JJF, e que além disto deve ser excluída da base de cálculo os valores referentes às mercadorias não tributadas.

Tece comentários sobre a infração 2 para dizer que concerne aos valores advindos da comercialização de mercadorias não tributadas nas saídas a exemplo de cimento e tintas, estas que são o carro-chefe de suas vendas e que a lume da Instrução Normativa nº 19.516/07, os prepostos fiscais devem efetuar a exclusão da base de cálculo dos valores dessas mercadorias e que, se isto não bastasse, que em 21/09/07 foi publicada no DOE nº 19.516, a Instrução Normativa nº 56/07 em face das decisões reiteradas do CONSEF nesse sentido, de exclusão da base de cálculo dos valores pertinentes às operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária e, nestes termos, requer a decretação de nulidade dessa infração.

Passa asseverar que também no que toca aos encargos dos cartões de crédito, que deve haver a dedução do uso desses cartões quando o pagamento for parcelado ou à vista, pois a inclusão da taxa de administração dos cartões de crédito é ilegal e ofende o disposto no art. 155, III da CF e que assim estaria pagando ICMS sobre verba não pertencente ao negócio jurídico da compra e venda mercantil, pelo que requer também por esta razão a nulidade dessa infração 02.

Prossegue repetindo a mesma tese recursal retro esposada, acrescenta que conforme jurisprudência e doutrina mais recente, em havendo dúvida, deve-se aplicar a mais benéfica ao contribuinte, e, portanto a máxima, *in dúvida pro contribuinte*, para reduzir a multa para 2% e que o STF entende que não pode ultrapassar os 30% do valor devido conforme voto que transcreveu.

Aduz sobre o caráter confiscatório da multa, e que no caso presente há de se atentar que não houve fraude, dolo ou simulação. Transcreve o art. 59 da Lei nº 8383/91, relativa aos créditos tributários da União. Transcreve o art. 1062, do CC que os juros moratórios quando não convencionado não pode ultrapassar 6% ao ano e que a dita lei Federal prevê juros de 1% ao mês.

Finalmente, requer a reforma da Decisão de primeiro grau e declarar nulo o Auto de Infração “*ab initio*” e determinar seu arquivamento ou se assim não entender a CJF, que sejam deduzidos os valores comprovadamente recolhidos, com redução da multa e dos juros.

A PGE/PROFIS mediante o Parecer de fls. 497/498, entendeu que as razões recursais são insuficientes para reforma do julgado guerreado. Rechaça a alegação de que o autuante não firmou o Auto de Infração consoante se infere da fl. 03, e que não mácula capaz de inquiná-lo.

No que pertine ao mérito, acentua que o sujeito passivo repetiu os mesmos fundamentos expostos na defesa inicial e já enfrentados e julgados, e que não apresentou nenhuma prova em sede recursal para obter o acolhimento da sua súplica dirigida à segunda instância.

Sobre as multas disse que estão previstas no art. 42, da Lei nº 7014/96 e que, por conseguinte, a irresignação não pode prosperar.

Por derradeiro, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

No Recurso Voluntário dirigido a esta CJF consta argüição de preliminar de nulidade sob alegação de que o Auto de Infração foi lavrado por um auditor e não por agente de tributos, o que não merece acolhida, vez que a lavratura do AI ocorreu em 21.12.09 e a competência do agente de tributos conforme a Lei nº 11470/2009, alterada pela Lei nº 8210/2002, é exclusiva, para lavratura de Auto de Infração, de empresas optantes do SIMPLES NACIONAL, o que não se aplica ao autuado. Preliminar rejeitada.

Rejeito, também, a alegação de que houve cerceamento do direito de defesa por não ter o autuante apresentado o demonstrativo com os documentos correlatos, e assim rechaço por não vislumbrar nos autos presente qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF, estando o Auto de Infração acompanhado de documentos que evidenciam o cálculo da exação fiscal, tanto que o autuado bem depreendeu a acusação fiscal e se defendeu pontualmente.

No que toca ao mérito, conforme demonstrativo inserido no bojo da Decisão recorrida, a infração 1 foi julgada parcialmente procedente, tendo o contribuinte arguido que houve excesso de exação.

Voltando o foco sobre as alegações constantes da fl. 470 e seguintes, nas quais o sujeito passivo insurge-se efetivamente contra o mérito, e extraíndo dali os argumentos sobre os pontos controvertidos, passo sobre estes a me posicionar, especificamente, nestes termos:

1. Constatou que assiste razão ao contribuinte ao alegar que o DAE anexo – fl. 471 - comprova o pagamento da Nota Fiscal nº 12481 no valor de R\$ 1.950,52, que acrescido da correção monetária, passou a ser de R\$ 2.393,98, sendo pertinente a dedução postulada de R\$ 203,93. Idem quanto às Notas Fiscais nºs 28918, 802472 e 225471 anexadas aos autos, sendo procedente a dedução pleiteada de R\$865,78. Do mesmo modo a Nota Fiscal de nº 451727 no valor de R\$245,01, residir no PAF o comprovante de fl. 476 do pagamento correspondente, como alegado pela defesa, sendo estas notas fiscais no valor de R\$1.110,79 (R\$865,78 + R\$245,01).
2. Quanto às Notas Fiscais nºs 161690, 74146 e 78223, relativas à antecipação total, acolho o pleito do recorrente de dedução dos valores respectivos que monta a R\$ 485,60 ante à verificação do teor das Notas Fiscais de fls. 479/481.
3. No que toca à planilha de fls. 482/483 inserta no bojo do Recurso, após cotejar o PAF, depreendo que a alegação de que foram inclusas na autuação, sem apresentação, as respectivas notas fiscais as quais o autuado ali discriminou, constato do cotejo dos documentos, mais especificamente as Notas Fiscais de nºs 14772, 137673, 3111995 e 261080, que montam ao valor de base de cálculo, que procede o requerimento de exclusão dos valores correspondentes às demais notas fiscais por não terem sido, efetivamente, anexadas pelo preposto fiscal desde a lavratura da autuação, estando, pois, ausentes nos autos. Desta conclusão posiciono-me no sentido de que razão assiste ao sujeito passivo para que esta CJF acolha o pedido de exclusões acima na infração 1.
4. De relação às Notas Fiscais nºs 221 e 14943 nos valores respectivos de R\$ 185,40 e R\$ 44,16, mantendo a Decisão pela manutenção por não considerar comprovado o recolhimento alegado pelo recorrente, não sendo possível apurar o quanto recolhido.

Apreciadas essas alegações pontuais e confrontadas com as peças aqui residentes, como visto, a infração 1 passa a ser de R\$22.708,96, conforme demonstrativo abaixo:

Ocorrência	Vencimento	Vlr. Julgado JJF (R\$)	Exclusões (R\$)	Vlr./Julgado CJF (R\$)
31/03/2004	09/04/2004	1.642,77	228,87	1.413,90
31/05/2004	09/06/2004	636,63	0,00	636,63
30/06/2004	09/07/2004	469,01	0,00	469,01
31/07/2004	09/08/2004	445,75	0,00	445,75

31/08/2004	09/09/2004	437,62	0,00	437,62
30/09/2004	09/10/2004	356,54	0,00	356,54
31/10/2004	09/11/2004	1.217,54	223,05	994,49
30/11/2004	09/12/2004	669,61	156,88	512,73
31/12/2004	09/01/2005	781,38	0,00	640,52
31/01/2005	09/02/2005	268,62	0,00	268,62
28/02/2005	09/03/2005	716,79	0,00	716,79
31/03/2005	09/04/2005	1.197,19	140,86	1.056,33
30/04/2005	09/05/2005	328,53	0,00	124,60
31/05/2005	09/06/2005	922,57	94,36	828,21
30/06/2005	09/07/2005	1.268,94	335,65	933,29
31/07/2005	09/08/2005	714,47	139,81	574,66
31/08/2005	09/09/2005	804,81	0,00	804,81
30/09/2005	09/10/2005	123,33	0,00	123,33
31/10/2005	09/11/2005	938,01	747,01	191,00
30/11/2005	09/12/2005	178,02	100,71	77,31
31/12/2005	09/01/2006	107,85	0,00	107,85
31/01/2006	09/02/2006	765,65	0,00	765,65
28/02/2006	09/03/2006	1.068,31	0,00	1.068,31
31/03/2006	09/04/2006	914,78	0,00	914,78
30/04/2006	09/05/2006	526,79	99,31	427,48
31/05/2006	09/06/2006	652,54	239,55	412,99
30/06/2006	09/07/2006	215,96	0,00	215,96
31/07/2006	09/08/2006	181,65	181,65	0,00
31/08/2006	09/09/2006	1.877,30	0,00	1.877,30
30/09/2006	09/10/2006	862,92	0,00	862,92
31/10/2006	09/11/2006	511,84	1.110,79	0,00
30/11/2006	09/12/2006	1.075,47	185,21	890,26
31/12/2006	09/01/2007	169,44	0,00	169,44
31/01/2007	09/02/2007	695,70	0,00	695,70
31/03/2007	09/04/2007	161,30	0,00	161,30
30/04/2007	09/05/2007	933,41	0,00	933,41
31/05/2007	09/06/2007	222,63	0,00	222,63
30/06/2007	09/07/2007	47,26	0,00	47,26
<b>TOTAL</b>		<b>25.108,93</b>	<b>3.983,71</b>	<b>21.379,38</b>

No que tange à infração 2 cuja tese de defesa é no sentido de que houve comercialização de mercadorias não tributadas como cimento e tintas e que são o “carro-chefe” de suas vendas, confirmo a posição da JJF, eis que o sujeito passivo não apresentou documentos de prova, mesmo quando da conversão em diligência, com esse desiderato, por aquele órgão, como infiro do teor de fls. 344/345, pois ao ser intimado – fls. 366/367 -, limitou-se a reiterar os argumentos declinados preteritamente .

Ademais disto, o preposto fiscal cuidou, a bem da verdade e da boa-fé processual, de confrontar os valores das saídas informadas pelas referidas administradoras/instituições financeiras com aqueles declarados pelo recorrente, o que resultou na presunção de saída de R\$ 2.539,97, tendo sido concedido, como vale destacar, o crédito de 8% sobre o montante das saídas omitidas considerando que o autuado enquadrava-se no regime do SimBahia. Nada há a reformar.

Igualmente, não merece reparo a posição de 1º grau ao rechaçar a alegação de que houve inclusão na base de cálculo dos encargos financeiros cobrados pelas referidas administradoras/instituições financeiras. A alegação da defesa não procede, posto que não foram inclusos tais encargos, sendo o aspecto temporal do fato gerador o momento da emissão do cupom fiscal quando não há cobrança desses encargos e, portanto, não integraram, a base de cálculo à luz do que dispõe art. 355 do RICMS-BA. Além do que, vale registrar em arremate, o autuado sequer cuidou de pontuar, especificamente, tendo proferido alegações genéricas a este respeito. Infração 2 que mantendo na íntegra.

De relação à arguição de redução da multa para aplicar a máxima “*in díubio pro*” contribuinte, desacolho por inexistir dúvidas. Idem quanto ao efeito confiscatório das penalidades impostas,

cabendo salientar não ter este Colegiado competência material para apreciar e decidir argüição de constitucionalidade, sendo certo que tais multas estão previstas na legislação tributária baiana e, por isto, foram aplicadas. Idem quanto aos juros de mora. Nada a modificar.

Do expêndido, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300449.0890/09-0**, lavrado contra **CAÇULINHA MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$23.919,35**, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$21.379,38 e 70%, sobre o valor de R\$2.539,97, previstas no art. 42, incisos II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEERIO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS