

PROCESSO - A. I. N° 146468.0121/13-4
RECORRENTE - FRANTHE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0064-02/14
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 02/12/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0357-11/14

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não apreciada a arguição de inconstitucionalidade. O Sujeito Passivo não utilizou a prerrogativa de comprovar a improcedência da presunção legal que lhe fora imposta. 2. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO PARCIAL. Infração Mantida. 3. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS E O LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 2ª JJF, constante no Acórdão nº 0064-02/14, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração epigrafado, lavrado em 16/09/2013, em razão do suposto cometimento de oito infrações, sendo objeto do Recurso Voluntário as infrações 03, 05 e 08:

INFRAÇÃO 03 – 05.08.01 – Omissão de saída de mercadoria tributária apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Valor da infração R\$397.386,85.

INFRAÇÃO 05 – 07.15.03 – Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Valor da infração R\$15.170,52.

INFRAÇÃO 08 – 03.01.03 – Recolheu a menor ICMS em decorrência de divergência entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Valor da infração R\$81.598,15.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 2ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 1.653/1.658):

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multas por descumprimento de obrigações acessórias decorrente de 08 (oito) infrações.

Em sua defesa o sujeito passivo reconhece a procedência das infrações 01, 02, 04, 06 e 07, tendo efetuado o pagamento. Portanto, não existindo lide, a mesma fica mantida na autuação.

Assim, no caso em tela, a lide persiste em relação as infrações 03, 05 e 08, as quais passo analisar.

Na infração 03 é imputado ao autuado ter omitido de saída de mercadoria tributária apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Constatei que a infração foi embasa nos documentos e levantamentos fiscais folhas 1309/1325 (Exercício de

2009) e 1326/1343 (Exercício de 2010), entregues ao contribuinte em 30/09/13. Foi entregue ao contribuinte o **RELATORIO DIÁRIO DAS OPERAÇÕES REALIZADAS EM CARTÃO DE CREDITO/DEBITO** (cópia em CD) para cada um dos Exercícios, conforme documentos de folhas 1.309 (Exercício 2009) e 1.328 (Exercício de 2010).

Constatei, ainda, que foi observada a **REGRA DA PROPORCIONALIDADE** para cálculo do ICMS devido em ambos os Exercícios, conforme previsto na Instrução Normativa 57/2007.

Por sua vez, os valores da Receita Bruta apurada foram apurados a partir das **REDUÇÕES "Z"** apresentadas pela empresa e escrituradas em seus Livros de Registro de Saídas/Apuração e confirmados com as respectivas DMA'S apresentadas ao Fisco, e cuja as cópias se acham inseridas no presente Processo.

Na impugnação o sujeito passivo não apresentou nenhum questionamento em relação aos valores consignados no levantamento fiscal, se limitando, apenas, a arguições de inconstitucionalidades.

Ocorre que tais alegações não podem ser apreciadas por este colegiado, pois, ao teor do disposto no artigo 167, I, do RPAF/99, a apreciação da inconstitucionalidade da legislação tributária estadual não se inclui na competência deste órgão julgador.

Logo, entendo que a infração 03 é procedente.

Na infração 05 foi aplicada multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Em sua defesa o autuado alegou que os valores não foram omitidos, mas pagos regularmente, não tem como prosperar o lançamento tributário materializado na infração em tela.

Entendo que o argumento defensivo não é capaz de elidir a autuação, pois, como bem destacado na informação fiscal, as Notas fiscais que foram utilizadas para cálculo da antecipação parcial, foram exclusivamente aquelas em relação às quais o autuado não conseguiu apresentar o comprovante de recolhimento. Sobre este valor, aplicou-se a multa por infração de 60%, visto que foram atendidas às exigências para esta aplicação, por parte da empresa.

Cabe ressaltar que a fiscalização, para cada um dos exercícios, emitiu uma **INTIMAÇÃO**, em 15.08.2013, pedindo para a empresa apresentar os DAE's com os recolhimentos do ICMS devido à título de **ANTECIPAÇÃO PARCIAL**, conforme segue: em relação ao exercício de 2009, fl. 1.354; exercício 2010, fl. 1.371; exercício 2011, fl. 1.395 e exercício 2012, fls. 1439/1440.

Observo que a defesa não questionou qualquer valor indicado nos respectivos Anexos, que embasaram a autuação, os quais são: Anexo IX - Exercício 2009, fl. 1.353; Anexo X - Exercício 2010, fl. 1.370; Anexo XI - Exercício 2011, fl. 1.395 e Anexo XII - Exercício 2012, fl. 1.437/1.438).

Logo, a infração 05 fica mantida na autuação.

Na infração 08 é imputado ao sujeito passivo ter recolhido a menor ICMS em decorrência de divergência entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Em sua defesa o autuado alega que não há a divergência apontada pela fiscalização e, consequentemente, não há diferença de tributo a recolher. Aduz que eventual valor a maior lançado em escrita fiscal, divergente do valor efetivamente recolhido, decorreu de equívoco na escrituração e, por essa razão, não pode ser considerado como prova de recolhimento a menos.

O argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que o contribuinte ao apurar o ICMS do mês de Janeiro/11, o valor tomado a título de **SALDO CREDOR DO MÊS ANTERIOR**, dezembro/2010, fl. 1.539, foi de R\$67.582,86, entretanto o contribuinte considerou como Saldo Credor Transferido do mês anterior o valor de R\$149.181,01. Tal fato, gerou as distorções e recolhimentos a menos nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2011, no exato valor da diferença, ou seja, R\$81.598,15, como demonstrado no ANEXO XV, folha 1.537.

Assim, entendo que a infração 08 restou caracterizada.

Quanto ao argumento defensivo de as multas aplicadas (60%, 70% e 100%) são confiscatórias, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da inconstitucionalidade, razão pela qual me abstengo de manifestar a respeito.

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

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 1.669/1.688, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

Nega a ocorrência da infração 3, suscitando que o lançamento padece de invalidade por ilicitude da prova que o arrimou, uma vez que decorreu da quebra de sigilo bancário com fundamento na

Lei Complementar n.º 105/2001, havendo inconstitucionalidade material, por contrariedade ao art. 5.º, incisos X e XII, da CF/88.

Argui que, em uma interpretação conforme a Constituição, a Lei Complementar nº 105/2001, somente poderia deferir a quebra de sigilo bancário para os fins autorizados previamente pelo texto constitucional, dentre os quais não se insere a apuração do crédito tributário.

Transcreve vasta doutrina e jurisprudência, inclusive do STF, no sentido da inconstitucionalidade da Lei Complementar nº 105/2001.

Quanto a infração 5 questiona a multa, entendendo que no caso deveria ser aplicado somente o juros de mora.

No que tange à infração 08 sustenta que não há a divergência apontada pela fiscalização e, consequentemente, não haveria diferença de tributo a recolher.

Aduz que eventual valor a maior lançado em escrita fiscal, divergente do valor efetivamente recolhido, decorreu de equívoco na escrituração e, por essa razão, não pode ser considerado como prova de recolhimento a menor.

Justifica que se dedica à atividade de restaurante, de modo que é comum o registro de pedidos que, posteriormente, são cancelados, de sorte que a divergência, amiúde, decorre dessa circunstância.

Por fim, questiona o caráter confiscatório das multas aplicadas.

A PGE/PROFIS, em Parecer da lavra da Dra. Maria José Coelho Lins de A. Sento-Sé, fls. 1.693/1.695, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por considerar ausentes provas materiais ou argumentos capazes de modificar o lançamento.

Assevera que, compulsando os autos verifica-se, à saciedade, que tanto as imputações fiscais estão absolutamente claras, devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação estadual, quanto o lançamento atende a todos os requisitos descritos no artigo 39 do RPAF/99.

Registra que arguições de inconstitucionalidades devem ser rechaçadas a teor do art. 167, I do RPAF.

No que concerne ao pedido de cancelamento das multas aplicadas por descumprimento de obrigações acessórias, verifica a ausência do requisito previsto no art. 42, §7º da Lei nº 7.014/96, qual seja a falta de pagamento do imposto. Ao passo que o pedido de exclusão da multas aplicadas por descumprimento de obrigações principais, falece competência a CJF, em consonância com o art. 159 do RPAF/BA.

Ressalta que o Recorrente não logra êxito em indicar equívocos no levantamento fiscal, bem como não colacionou aos autos elementos probatórios capazes de desconstituir o lançamento fiscal.

Aponta o art. 143 do RPAF, no sentido de que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da atuação fiscal.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0064-02/14, prolatado pela 2ª JJF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, em razão do suposto cometimento de oito infrações, sendo objeto de irresignação do recorrente as infrações 3, 5 e 8.

A infração 3 versa sobre a omissão de saída de mercadoria tributária apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

O recorrente se insurge alegando que o lançamento da infração padece de inconstitucionalidade.

Neste diapasão, afasto o argumento recursal, em razão deste órgão colegiado não ter

competência para declarar constitucionalidade, consoante art. 167, I, do RPAF.

Foram disponibilizado todo o detalhamento das informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e o recorrente não utilizou a prerrogativa de comprovar a improcedência da presunção legal que lhe fora imposta, com fundamento no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Entendo que não há falhas no levantamento realizado pelo autuante que comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito e de débito, informados no Relatório Diário-TEF, com as saídas declaradas pelo contribuinte como sendo vendas realizadas através de cartões de crédito e de débito através das notas fiscais de vendas, aplicou a proporcionalidade e chegou a presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis 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 e de débito.

Para elidir a infração caberia ao sujeito passivo apontar os valores das vendas com cartão de crédito/débito não considerado pelo autuante no procedimento fiscal. Tal comprovação poderia ter sido efetuada através da apresentação de quaisquer documentos fiscais, juntamente com os boletos de vendas por meio de cartão de débito/crédito, para provar a inexistência das diferenças apontadas no Auto de Infração, o que não ocorreu.

No que tange à infração 5, é imputado à Recorrente a multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente.

Em sede de recurso o recorrente apenas nega o cometimento da infração, arguindo que não há imposto a recolher.

Ao prestar informação fiscal, o autuante destacou que as notas fiscais que foram utilizadas para cálculo da antecipação parcial, foram exclusivamente aquelas em relação às quais à Recorrente não apresentou o comprovante de recolhimento.

Ato contínuo, destaca que em relação a cada um dos exercícios, foram emitidos inicialmente uma intimação pedindo para a empresa apresentar os DAES com os recolhimentos do ICMS devido à título de antecipação parcial.

Em atenção ao art. 143 do RPAF, compreendo as alegações recursais apenas como negativa do cometimento da infração, o que não desonera o recorrente de provar a presunção fiscal.

O instituto da antecipação parcial, foi instituído através da Lei nº 8.967/03, que acrescentou o artigo 12-A à Lei nº 7.014/96, com a seguinte redação:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, 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 III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Também o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, vigente à época, repetiu os termos da antecipação parcial, em seu artigo 352-A, *in verbis*:

Art. 352-A. Ocorre 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.

Trata a presente situação de descumprimento do dever de recolher tempestivamente o tributo por antecipação parcial (obrigação principal).

Considerando os argumentos acima expostos a multa de 60% foi aplicada em razão da falta de pagamento tempestivo, prevista em Lei para a infração apurada.

Por fim, a infração 8 acusa o recorrente de ter recolhido a menor ICMS em decorrência de divergência entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado

no livro Registro de Apuração do ICMS.

O fulcro da autuação foi que no exercício de janeiro de 2011 valor lançado como saldo credor do mês anterior (dezembro de 2010) foi a maior, o que distorceu os valores recolhidos nos meses subsequentes.

Segundo o autuante o valor do Saldo Credor apurado no mês de Dezembro/2010 foi de R\$67.582,86 e este valor é o que deveria ter sido transportado para o mês seguinte (janeiro/2011).

Ocorre que ao apurar o ICMS do mês de janeiro/2011, o recorrente considerou como Saldo Credor Transferido do mês anterior o valor de R\$149.181,01, o que gerou distorções e recolhimentos a menor nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2011, sendo cobrado no presente Auto de Infração o valor da diferença, R\$81.598,15.

Novamente aplico o art. 143 do RPAF no sentido de que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório também não subsiste. O art. 150, IV, da CF, veda aos entes federativos a utilização do tributo com efeito de confisco. Sabe-se que a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não está sujeita ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Ademais, não se pode falar em multas confiscatórias também pelo fato delas serem legalmente prevista para a infração apurada, com disposições expressas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Neste caso já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJF que manteve o lançamento.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 146468.0121/13-4, lavrado contra FRANTHE LTDA, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$489.682,35, acrescido das multas de 60% sobre R\$85.700,28, 70% sobre R\$367.830,31 e de 100% sobre R\$36.151,76, previstas nos incisos II, alíneas “a”, “d”, “f” VII, alínea “a” e III, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas percentual no valor de R\$15.170,52 e por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$1.306,24, previstas, respectivamente, nos incisos II, “d”, c/c o § 1º, e XIII, “h”, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de novembro de 2014.

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS