

A. I. Nº - 300449.3003/16-8
AUTUADO - NOVA DANARF DISTRIBUIDORA DE PAPELARIA LTDA.
AUTUANTES - ANTONIO FERNANDO CAMPOS PEDRASSOLI
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 05. 04. 2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0026-01/17

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. AQUISIÇÃO DE BRINDES. O Auditor Fiscal não logrou provar a efetiva utilização indevida de crédito. Em tais operações, a utilização do crédito fiscal do ICMS não se encontra vedada nos termos do art. 389 do RICMS-12/BA. Competiria ao Fisco verificar lançamento da respectiva nota fiscal no livro Registro de Saídas, na forma regulamentar. Infração não caracterizada. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO, TERMO DE ACORDO DO COMÉRCIO ATACADISTA. CASSAÇÃO. O contribuinte autuado teve a cassação do Termo de Acordo Atacadista deferido, após o Parecer 24.182, de 07.10.2014, através do Processo SIPRO nº 189461/2014-1, por conta de débito inscrito em Dívida Ativa ajuizada, contrariando Cláusula Segunda do Termo de Acordo firmado com o Estado da Bahia (art. 7-B § 1º, do Decreto nº 7.799/00). O lançamento de ofício (redução indevida da base de cálculo) foi lavrado após notificação da cassação do referido Termo Atacadista e não repercutiu a Ação Judicial Cautelar que determinou fornecimento de certidão positiva com efeito negativo (art. 206, CTN). 3. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Presumida legalmente a ocorrência de operação tributável sem pagamento do imposto, quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que não ocorreu, no presente caso. Infração subsistente. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS. FALTA DE PAGAMENTO. a) MATERIAIS DE USO E CONSUMO. b) MERCADORIAS PARA ATIVO FIXO. Na entrada de bens destinados ao uso e consumo ou ativo permanente, caberá a incidência do ICMS a título de diferencial de alíquota, expresso nos incisos VII e VIII do § 2º do art. 155, CF 88. Infrações reconhecidas. 5. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. Restou efetivamente provado que o autuado registrou dados divergentes na DMA. Penalidade caracterizada. Não acatado pedido de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2016, tendo em vista a apuração das irregularidades a seguir apontadas:

Infração 01 - Uso indevido de crédito fiscal - mesmo tendo sido emitida nota fiscal com lançamento do imposto - em operação interestadual de aquisição de brindes - sem dolo. Valor R\$5.906,21 e multa de 60%.

Infração 02 - Deixou de recolher ICMS nos prazos regulamentares referentes às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Valor R\$77.657,84 e multa de 60%.

Infração 03 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Valor R\$174,20 e multa de 100%.

Infração 04 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor R\$51.261,57 e multa de 60%.

Infração 05 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao consumo do estabelecimento. Valor R\$127,06 e multa de 60%.

Infração 06 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Multa de R\$140,00, em 31.12.2014.

Na defesa apresentada (fls. 71/81), através do seu advogado com Procuração (fl. 83), o impugnante argumenta a tempestividade de suas razões, diz que muitas foram as infrações apontadas e a maioria será devidamente rechaçada, a fim de que não haja qualquer pagamento indevido oriundo de cobrança sem respaldo em lei. Por outro lado, naquilo que o contribuinte entende ser faltoso, não se oporá ao pagamento da cobrança, desde que feito em respeito ao permissivo legal.

Sublinha que, dado o emaranhado de normas, pode existir algum erro no procedimento e cumprimento das obrigações tributárias acessórias e principais; nem tanto pela má-fé ou pela nítida vontade de violação, mas pela impossibilidade de se alcançar todo o plexo normativo ditado pelo Estado.

Alerta que a grave crise econômica porque passa o país fez com que diversos contribuintes não possuíssem condições de pagamento de tributos. Tiveram de optar entre pagar fornecedores e/ou empregados, o que levou, de certo modo, na restrição ao pagamento de tributos. Aduz que, apesar da grave crise, pagou diversos tributos, ora cobrados, o que torna o auto de infração parcialmente improcedente.

Com relação à infração 01, *“Uso indevido de crédito fiscal – mesmo tendo sido emitida a Nota Fiscal com lançamento de imposto – em operação interestadual de aquisição de brindes - sem dolo”*, afirma que a sua improcedência é patente e total.

Argumenta que para ocorrer o fato gerador do ICMS necessário é que toda a hipótese de incidência prevista na Constituição ocorra, o que não se deu na espécie. Discorre sobre o ICMS, na Constituição Federal, deduzindo que a operação que dá ensejo à circulação é o negócio jurídico que transfere a mercadoria. Reitera que a ênfase posta no vocábulo *operação* revela que a lei apenas pretendeu tributar os movimentos de mercadorias que sejam imputáveis a negócios jurídicos translativos de sua titularidade. Circular, para o Direito, é trocar de titular.

Diz que *operação, circulação e mercadoria* são conceitos profundamente interligados, complementares e necessários. Assim, não interessa a operação que seja inábil à transferência do

domínio; locação, comodato, *arrendamento mercantil*, nem o contrato de compra e venda em si isolado, sem a transferência, circulação.

Exemplifica, se um empresário recebe como brinde mercadoria de outrem, tal fato se deu sem ônus e sem o negócio jurídico apto a ensejar os efeitos jurídicos da compra e a venda, de modo a não receber suas conseqüências legais. Por outro lado, em sendo entendidas as bonificações como descontos financeiros, que por acordos comerciais são convertidos em bonificações, tem-se que aludidas mercadorias são postas à venda, inclusive tendo seus impostos de antecipação pagos no momento da entrada, o que se deu na espécie, a não merecer qualquer nova cobrança, dada a impossibilidade de duplo pagamento do tributo.

Concluiu que por tais razões, a presente infração não merece proceder.

Na infração 02, a acusação fiscal é: "*Deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar referente a obrigações escrituradas nos livros fiscais próprios*". Alega o autuado a cobrança equivocada, tendo em vista informação de alíquota diferente da que realmente tem direito o contribuinte.

Diz que, muito embora o Auto de Infração faça menção à alíquota interna de 17%, por força de decisão judicial, o contribuinte tem direito ao mesmo tratamento dispensado aos demais atacadistas da área, qual seja, a redução da base de cálculo do tributo, de modo que a sua alíquota efetiva seja de 10%.

Explica que preocupado com os reflexos da sua inscrição em dívida ativa, objeto de outro processo administrativo, o contribuinte ajuizou ação cautelar, tombada sob o nº 0306811-83.2013.8.05.0113, que resultou na seguinte decisão:

"Concedo em parte a medida liminar para que seja fornecida certidão de regularidade fiscal ao impetrante (art. 206 do CTN), certidão positiva com efeito de negativa, no prazo de três dias, sob pena de multa diária de R\$ 300,00 limitada a R\$ 30.000,00."

Aduz que os reflexos da decisão são claros, quando se analisa o cotejo fático em que está inserida. Apesar de a decisão parecer não ter relação com o caso concreto, mas quando se analisa os seus mínimos detalhes, percebe-se que, diante dos fatos nela narrados, trata-se de impedir o Estado que considere a inscrição na dívida ativa como restrição suficiente para a perda do Benefício do Regime Atacadista (Termo de Acordo).

Diz que se trata de empresa do ramo de distribuição, faz intermediação entre grandes produtores e pequenos vendedores, tendo em vista a sua pequena margem de lucratividade, possui benefício dado pela legislação tributária, que reduziu a base de cálculo no percentual de 41,176%, nas vendas internas dos produtos de tributação normal (Decreto nº 7.799, de 09.05.2000).

Discorre sobre o benefício da redução de base de cálculo, nos termos do Acordo Atacadista do Decreto nº 7.799, de 09.05.2000; destaca que se tiver seu nome inscrito na Dívida Ativa, perderá o regime beneficiado, e, com isso, passa a ter carga tributária maior, se comparado aos seus concorrentes, tornando inviável o seu comércio.

Explica como se dá a tributação do ICMS, no aludido regime beneficiado e a posição da Associação dos Distribuidores e Atacadistas da Bahia - ASDAB sobre a absoluta necessidade da sua manutenção, porque todos os demais pares no mercado trabalham com tributação a 10%, enquanto os atacadistas de pequeno porte, optantes do Simples Nacional, contam com tributação diferenciada, com benefícios federais relevantes, e apuração do imposto não diretamente proporcional ao faturamento.

Defende que, quando o douto juiz determina o fornecimento da certidão de regularidade fiscal, de outro modo, determina os efeitos da suspensão do contribuinte da dívida ativa e, com isso, a sua manutenção dentro do benefício atacadista. Aduzindo que quando o juízo de piso cita o art. 206 do Código Tributário Nacional, remete o Fisco a analisar também o seu artigo 205 do mesmo Código

e conceder ao contribuinte os efeitos da ausência das restrições da inscrição em dívida ativa, sendo uma delas a não suspensão do benefício do Termo de Acordo, o que desde já se espera ver mantido por este Colendo Conselho, e declarada indevida a presente cobrança.

Entende que com o direito à CP-EN (Certidão Positiva com Efeito de Negativa), decisão que até o presente momento encontra-se em vigor, o contribuinte possui o efeito da ausência da inscrição da dívida ativa e, por via direta, o efeito da não suspensão do seu Termo de Acordo que se deu, abusivamente, pela inobservância da aludida decisão judicial.

Concluiu que tal cobrança não pode prosperar.

Na infração 03, alega que, apesar do pequeno valor da cobrança, o Estado não pode retirar do contribuinte qualquer monta acima do previsto em lei. Na presente hipótese, tem-se que a informação é enviada por instituição financeira e administradora dos cartões, mas, a exigência foi equivocada pelo fiscal.

Explica que o cliente compra o produto e se compromete a pagá-lo no futuro, o que não se deu dentro do prazo avençado. Posteriormente, após reiteradas cobranças, o cliente efetua o pagamento, mas o mesmo não está mais consubstanciado num lastro contratual, que já fora feito no passado. Diz que tal recurso já foi tributado previamente, pela emissão da Nota Fiscal, mas agora efetivamente pago, o que não significa novo ingresso a ser tributado. Conclui que a infração também não deve prosperar.

No que refere a à infração 04, diz que eivado de boa-fé, nada tem a objetar diante da infração apontada. Admite que se equivocou no recolhimento do tributo, o que pretende parcelar sob o auspício da novel lei que entrará em vigor permitindo tal procedimento com redução das multas.

Também na infração 05 admite que se equivocou quando do recolhimento do tributo, deixando esses eventos fora das hipóteses de tributação, o que fará após o lançamento de Ofício do Fisco.

Diz o autuado que a infração 06, declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS, não procede a infração. Justifica que em vista o elevado número de obrigações acessórias e vultoso o volume das multas pelo seu descumprimento, o contribuinte, por vezes, apenas cumpre formalmente o dever instrumental, com o fito apenas de evitar o mal maior, que é a conversão da obrigação acessória em principal.

Alega que, no caso, houve o preenchimento formal da declaração, ainda que sem a observância da sua correção, apenas para que o prazo da obrigação não fosse descumprido, muito embora, posteriormente, referido ato tenha sido refeito, sem qualquer dano ao Erário.

Requer a anulação do Auto de Infração em relação às infrações contestadas; quanto aos débitos expressamente reconhecido, requer o seu parcelamento, a fim de que surja os seus efeitos legais, quais sejam, redução da multa nos termos do art. 45 da Lei nº 7.014/96.

Na Informação fiscal prestada (fls. 86/90), o Auditor Fiscal, com relação à infração 01, diz que apesar das explicações sobre a natureza jurídica dos institutos, o cerne da questão é que a legislação determinou que as aquisições interestaduais de brindes não gerem crédito. O próprio contribuinte estabeleceu tais operações com o CFOP 2910.

Explica que a infração 2 trata de *"imposto lançado e não recolhido"* e não da desconsideração do redução da base de cálculo a que faria jus o contribuinte, caso o seu Termo de Atacadista não tivesse sido cassado pela SEFAZ.

Reitera as mesmas informações produzidas em relação ao PAF 300449.3005/16-0;

- que a autuação considerou o Termo de Atacadista até o da 07.01.2015, data em que o contribuinte foi notificado de sua cassação, como se vê no extrato INC Processos Tributários;

- às fls. 11 do PAF encontra-se a decisão final exarada pelo Diretor da DPF, Sr. Frederico Gunnar Durr, em 09.10.2014;
- Mas, como o contribuinte somente foi notificado em 07.01.2015, a autuação levou em conta essa data como parâmetro para validação da redução aplicada pelo contribuinte em sua escrita fiscal;
- assim, de 01.01.2014 a 06.01.2015 foi mantida a redução da base de cálculo aplicada pelo contribuinte. A partir daí, tendo em vista justamente a cassação do referido Termo de Atacadista, a redução passou a ser irregular, implicando recolhimento a menor de ICMS;
- a irregularidade foi comunicada ao contador que apresentou cópia da decisão liminar judicial mencionada na defesa;
- ressalva que a decisão liminar não faz qualquer menção ao Termo Atacadista, determinando apenas a expedição da "*certidão positiva com efeito negativo*"; não atacou o ato que motivou a cessação do Termo Atacadista, a inscrição na dívida ativa. Em outras palavras, diz que a ordem manteve a inscrição na dívida ativa, embora suspensa, não atacou o ato de cassação que fulminou o benefício atacadista;
- caberia ao autuado anexar cópia da referida decisão liminar e eventual processo principal ajuizado;
- a cessação foi um ato jurídico perfeito. A decisão que ordenou a emissão da Certidão nunca poderia atacá-lo de forma que não fosse expressa, porque a suspensão da inscrição em dívida ativa não tem como efeito automático a validação de atos já inexistentes (termo cassado).
- considera inatacável a autuação, porquanto o Termo de Atacado não tinha valor legal a amparar redução de base de cálculo, nas operações discriminadas na planilha indicada.

Explica que às fls. 37/40, o valor a recolher escriturado pelo próprio contribuinte, em sua EFD, não recolhido os cofres públicos. O contribuinte não apresenta prova em contrário. Pede a procedência da exigência.

Na Infração 03, diz que o autuado faz confusão não permitida na legislação. Alega que a administradora dos cartões informa valores pagos em momento futuro.

Diz que o autuado reconhece as infrações 04 e 05. Com relação à infração 06, diz que a alegação do autuado de que a grande quantidade de obrigações acessórias justificaria a apresentação de informações incorretas não pode ser acatada.

Pede a procedência total do Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

O presente lançamento de ofício contempla a apuração das 6 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, que serão objeto da apreciação nas linhas seguintes, exceto os itens 04 (R\$51.261,57) e 05 (127,06), que tratam da exigência do ICMS diferença de alíquotas, reconhecidos pelo sujeito passivo, estando, pois, devidamente caracterizados e excluídos da lide.

Preliminarmente, o pedido de nulidade da autuação fiscal, argumentando que o Auditor Fiscal não observou as prescrições legais, no cumprimento do seu dever, não há de ser acatada, tendo em vista que o procedimento fiscal foi manejado de forma regular, em respeito ao devido processo legal. O Auto de Infração contém os elementos orientadores para a sua lavratura, conforme previstos no art. 39, RPAF/BA, Regulamento de Processo Fiscal do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99 e no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN.

No mérito, a primeira infração cometida ao autuado o acusa de ter utilizado crédito fiscal indevidamente, em operação interestadual de aquisição de brindes, no valor total de R\$5.906,21.

O Auditor Fiscal elaborou, a fim de dar suporte a infração apurada, demonstrativos acostados aos autos, às fls. 12/15 e na mídia CD entregue ao contribuinte, conforme recibo (fl. 66), constando as diversas operações de aquisição de mercadorias, identificadas com o CFOP 2910.

Na reclamação defensiva, o autuado argumenta que não ocorreu o fato gerador do ICMS; que as operações com brindes se dá sem ônus e não constitui negócio jurídico apto a ensejar os efeitos de compra e venda; e que as mercadorias em bonificações tem seus impostos pagos no momento da entrada, o que ocorreu na espécie e não merece nova cobrança de tributo.

Com efeito, verifico que entre as operações listadas pelo Auditor Fiscal, no demonstrativo que serve de suporte à exigência fiscal, sob o código 2910, classificam-se as entradas de mercadorias recebidas a título de bonificação, doação ou brinde.

Sabe-se que os brindes, bonificações, descontos, premiações, ou mesmo doações são expedientes utilizados pelas empresas a fim de criar atrativos para manter e atrair novos clientes, diversos tipos de incentivos são utilizados para estimular vendas e fidelizar a clientela. Ocorre que cada uma dessas operações têm repercussão tributária, por vezes diversas. Dentre tais, destaque para a "*bonificação de mercadorias*", onde a empresa ao faturar determinada quantidade de produto ao preço normal, promove a distribuição gratuita de algumas unidades adicionais ou a figura do "*brindes*", cuja característica essencial afasta a inclusão das mercadorias, normalmente comercializadas pelo autuado.

Ocorrendo referida operação teremos um reflexo na seara tributária, mais especificamente no campo do ICMS. O ICMS tem como fato gerador, entre outros, a saída de mercadoria, a qualquer título de estabelecimento de contribuinte, inclusive a título de bonificação.

Assim, as saídas de unidades de mercadorias oferecidas gratuitamente a título de bonificação serão normalmente tributadas pelo ICMS e mesmo pelo IPI.

Os brindes podem ser definidos como mercadorias adquiridas para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final e que não mantêm vínculo com a atividade da empresa. Em regra, são objetos de pequeno valor individual.

Em síntese, a operação de "*bonificação*" é diferente da operação denominada "*brinde*". No primeiro, já vimos, a operação é efetuada com mercadoria normalmente comercializada pelo estabelecimento. Já os brindes, para serem assim considerados, não podem fazer parte ou constituir objeto normal da atividade da empresa, ou seja, não há brinde com mercadoria de estoque do estabelecimento. Em resumo, os brindes podem ser definidos como mercadorias adquiridas para distribuição gratuita a consumidor ou usuário final e que não mantêm vínculo com a atividade da empresa. Em regra, são objetos de pequeno valor individual.

No entanto, em tais operações, a possibilidade da utilização do crédito fiscal do ICMS não se encontra vedada. O art. 389 do RICMS-12/BA, Decreto nº 13.780/12, vigente no momento dos fatos colhidos pela fiscalização (e não o art. 565 do Decreto nº 6.284/97, conforme consignado nos autos), indica que o contribuinte que adquirir brindes para distribuição direta a consumidor ou usuário final deverá lançar a nota fiscal emitida pelo fornecedor no Registro de Entradas, com direito a crédito do imposto destacado no documento fiscal. Competiria ao Auditor verificar o lançamento da respectiva nota fiscal no livro Registro de Saídas, na forma regulamentar.

Portanto, não restou evidenciada em tais operações, pela fiscalização, a utilização indevida de créditos fiscal. Infração improcedente.

Na infração 02, o autuado é acusado da falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares referentes às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, em valor que totaliza R\$77.657,84.

Nas razões, alega o autuado que a cobrança é equivocada, tendo em vista a utilização de alíquota interna na tributação das operações, desconsiderando que o seu direito à redução da base de cálculo do tributo, de modo que sua tributação efetiva seja de 10%.

O Auditor Fiscal na Informação explicou que a infração trata de *"imposto lançado e não recolhido"* e não da desconsideração de redução da base de cálculo a que faria jus o contribuinte, caso o seu Termo de Atacadista não tivesse sido cassado pela SEFAZ.

Examinando os termos dos autos, constato que o Auditor Fiscal elaborou demonstrativo de débito, relacionando o conta corrente do contribuinte, dados extraídos do "Registros Fiscais da Apuração do ICMS - Operações Próprias", escriturado pelo autuado (fls. 17/41). Não foi detectado referidos pagamentos, nos meses alcançados pela fiscalização.

Sabe-se que tratamento tributário previsto no Decreto nº 7.799/00 objetiva a redução da carga tributária do setor atacadista; as atividades atingidas são seletivas e descrita no próprio decreto, envolve os produtos de tributação normal, no percentual de 41,176% na base de cálculo e estabelecimento de alíquota real (carga tributária) de 10% nas operações abrangidas.

A utilização do tratamento tributário previsto no Decreto nº 7.799/00, contudo, é condicionado a que o contribuinte atacadista celebre Termo de Acordo específico com a Secretaria da Fazenda (através do titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização - DPF). Contudo, da mesma forma, o desenquadramento do contribuinte do aludido tratamento tributário, por iniciativa do fisco, será precedido de denúncia do Termo de Acordo (artigo 7º-A).

No caso em concreto, o contribuinte autuado teve concedido o Termo de Acordo do Comércio Atacadista através do Processo SIPRO nº 142305/2008-9 (Parecer nº 20.811/08); esse mesmo Termo de Acordo teve a cassação deferida, após o Parecer 24.182, de 07.10.2014, através do Processo SIPRO nº 189461/2014-1, tendo em vista o contribuinte beneficiado encontrar-se em Dívida Ativa ajuizada, contrariando condição imposta para a assinatura do Acordo, a teor do art. 7-B § 1º, do Decreto nº 7.700/00 e, especificamente, conforme consta da Cláusula Segunda do Termo de Acordo firmado entre o Estado da Bahia e o contribuinte autuado. No caso específico, inclusive, o ato somente produziu efeitos fiscais, após a notificação da cassação do referido Termo Atacadista, em 07.01.2015, desconsiderando o período entre o Parecer Final da cassação e a data da notificação.

Dessa forma, sequer é cabível a alegação defensiva da desconsideração do aludido Termo de Acordo, seja porque, no momento da autuação, agosto a novembro de 2015, o contribuinte autuado já havia sido excluído regularmente do benefício, ou seja, porque, segundo afirmou o próprio agente do Fisco, o autuado deixou de fazer os competentes recolhimentos, no período.

A infração está caracterizada, no valor de R\$77.657,84.

A infração 3 acusa o autuado de omissão de saída de mercadorias tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora dos cartões, no valor de R\$174,20.

Nas razões, o sujeito passivo argumenta que a infração decorre da suposta omissão de saídas, no período da autuação, presumida em razão dos valores de vendas declarados pelos contribuintes terem sido inferiores aos informados por administradoras de cartão de crédito ou débito. Alega que o referido recurso já foi tributado previamente, pela emissão da Nota Fiscal; o seu pagamento, apontado pela instituições de cartões, não significa novo ingresso a ser tributado.

É a própria lei do ICMS do Estado da Bahia (Lei nº 7.014/96, art. 35-A) a determinar que as administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares, dispositivo acrescentado pela Lei nº 9.837, de 19/12/05, DOE de 20/12/05, efeitos a partir de 01/01/06.

Nesses termos, a omissão de saídas de mercadorias, detectada por meio de levantamento das vendas com pagamento em cartão de crédito/débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, conforme previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, tem suporte nos demonstrativos acostados nos autos.

Portanto, a infração apontada encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, §4º, VI, “b” da Lei nº 7.014/96, a seguir descrito:

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

...

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

...

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

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

Em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza pressupõe que a diferença apurada pelo fisco não esteja comprovada e, em sendo uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, cabe ao contribuinte trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram conforme é a convicção fiscal.

Justamente por isso, o ponto de partida nesse modelo de ação fiscal é a entrega pelo Fisco do relatório TEF de operações diários ao autuado, onde se encontram perfeitamente discriminadas as operações realizadas pelo contribuinte, cujo pagamento foi realizado mediante a forma de cartões, tanto de crédito ou de débito.

Ao ser acusado da omissão de receita por ter detectada, como no caso em concreto, diferença entre as vendas declaradas pelo contribuinte e aquelas constantes nos banco de dados das administradoras de cartões, o sujeito passivo deverá provar os fatos com repercussão inversa daquela proposta pelo fisco (presunção relativa), elidindo a autuação. O que não ocorreu, no caso em concreto. Infração caracterizada no valor de R\$174,20.

Na infração 06, aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória - declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA - Declaração e Apuração Mensal do ICMS. Multa de R\$140,00, em 31.12.2014.

O autuado intenta justificar o descumprimento da obrigação acessória, aduzindo o elevado número de obrigações acessórias, o vultoso volume das multas aplicadas, que o obriga, por vezes, no cumprimento apenas formal do dever instrumental, com o fito apenas de evitar o mal maior, que é a conversão da obrigação acessória em principal.

Incorre em expresse equívoco o sujeito passivo. Admite o preenchimento formal da declaração, sem a observância da correção dos dados, objetivando apenas o cumprimento do prazo da entrega da Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA.

A Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) deverá ser apresentada mensalmente pelos contribuintes que apurem o imposto pelo regime de conta-corrente fiscal (art. 255, RICMS-12/BA), devendo nela serem informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas, mensalmente, no estabelecimento, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS.

As divergências encontradas fez o agente fiscal identificar o descumprimento da obrigação acessória prevista no inciso XVIII, "c", do art. 42, da Lei nº 7.014/96, conforme abaixo transcrito:

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

(...)

XVIII - R\$ 140,00(cento e quarenta reais):

(...)

c) em razão da omissão de dados ou da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas através de formulários próprios;"

O preposto fiscal identificou a entrega de tais declarações com divergências, em vários períodos, penalizando, todavia, tão somente a ausência de entrega no mês de dezembro de 2014.

O autuado incorreu no descumprimento de obrigação acessória, sujeitando-se aplicação das multas, constantes na inicial dos autos, no valor de R\$140,00.

Frente a exposição retro aludida, o Auto de infração é **PROCEDENTE EM PARTE**, no valor de R\$129.220,67, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$140,00, conforme o extrato abaixo:

Infração 01 - R\$5.906,21 - improcedente

Infração 02 - R\$77.657,84 - integralmente procedente

Infração 03 - R\$174,20 - integralmente procedente

Infração 04 - R\$51.261,57 - caracterizada e reconhecida pelo autuado

Infração 05 - R\$127,06 - caracterizada e reconhecida pelo autuado

Infração 06 - R\$140,00 - penalidade acessória integralmente procedente

É o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **300449.3003/16-8**, lavrado contra **NOVA DANARF DISTRIBUIDORA DE PAPELARIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 129.220,67**, acrescido da multa 60% sobre R\$129.046,47 e de 100% sobre R\$174,20, previstas no art. 42, incisos II, "f" e III da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, prevista no art. 42, inciso XVIII, "c" da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos moratórios, previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de fevereiro de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR