

**A. I. Nº** - 129444.3003/16-1  
**AUTUADO** - SIMARON PEREIRA GOMES - EPP  
**AUTUANTE** - JURANDIR DO COUTO SOUSA  
**ORIGEM** - INFRAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 06/11/2019

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0167-04/19**

**EMENTA: ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. Infração não contestada. Mantida a exigência fiscal. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. b) PAGAMENTO A MENOS. Infrações não contestadas. Mantidas as exigências fiscais ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. c) “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. d) RECOLHIMENTO A MENOR. Infrações subsistentes. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/06/2016 refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$26.556,71, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 - 05.08.01 - Falta de recolhimento do imposto, constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis presumidas por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no valor de R\$8.739,87.

Infração 02 - 07. 24.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de empresa de pequeno porte, não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, de mercadorias provenientes de fora do Estado, no valor de R\$9.709,76.

Infração 03 - 07.24.02 - Efetuiu recolhimento a menor do ICMS por antecipação ou substituição tributária na condição de empresa de pequeno porte, não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, de mercadorias provenientes de fora do Estado, no valor de R\$1.363,98.

Infração 04 - 07.24.03 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$2.283,36, na condição de empresa de pequeno porte, não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Infração 05 - 07.24.04 - Efetuiu recolhimento a menor do ICMS na condição de empresa de pequeno porte, não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidas pelas Microempresas e empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, no valor de R\$4.459,74.

O autuado apresentou impugnação às fls. 15 a 36, inicialmente transcrevendo o inteiro teor das infrações, enquadramentos legais, multas aplicadas e demonstrativo de débito.

Após, diz que, como lembra Ives Gandra, a imposição tributária “representa apropriação de bens do cidadão” e, portanto, sempre deverá observar os princípios e preceitos constitucionais. Princípios estes que foram envilecidos na presente Autuação ora em lide, conforme restará provado.

Diz que o Auto de Infração não se encontra revestido de liquidez e certeza, requisitos fundamentais para conferir legitimidade e validade ao crédito tributário. O simples procedimento fiscalizatório não reveste de formalidade específica a exação imposta ao contribuinte, o será verificado a seguir.

Fala sobre os atos administrativos afirmando que os mesmos são vinculados, portanto, a administração pública só poderá praticar atos públicos, em conformidade com os Princípios basilares que norteiam o Direito Administrativo brasileiro e que estão previstos, explícita ou implicitamente, no Título I da Constituição Federal (arts. 1º ao 4º), são eles: o da segurança jurídica, o republicano, o democrático, o da cidadania, o da dignidade da pessoa humana e da participação.

Não obstante estas disposições insculpidas na Carta Magna, existem as normas básicas que regem a atividade da Administração Pública no Estado Brasileiro, que são conhecidos como Princípios Gerais de Direito Administrativo, os quais desta: o da subsidiariedade, da presunção de validade, da indisponibilidade do interesse público, do devido processo legal, da motivação, do contraditório, e da descentralização.

Lembra que o ato administrativo apresenta cinco elementos ou requisitos, sendo: competência, forma, objeto, motivo e finalidade. O motivo implica na exposição das razões de fato e de direito, tornando assim a providência a ser tomada, legal e apropriada para a situação concreta.

Transcreve lições da Prof.<sup>a</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antonio Bandeira de Mello sobre o tema.

Em seguida afirma que na presente autuação motivação lhe falta, e muito, a Segurança Jurídica, dizendo que o Agente fiscal descreve que “... o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período. Calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas”, e, quando da aplicação da multa, faz-lhe incidir sobre o percentual de 5% (cinco por cento) sobre os valores dos estoques iniciais e finais ao mesmo tempo, sem uma explicação, no texto, de forma clara e inconfundível dessa ação.”.

Entende ter restado cristalino o afronto cometido pelo Auditor fiscal, quanto ao princípio da Segurança Jurídica, e, por extensão, da estrita legalidade quando da aplicação da multa, pois houve inexoravelmente um total desrespeito ao princípio da legalidade, fato este que tornou o agente autuante à luz da legislação vigente, impedido por vedação legal para a prática do ato administrativo, ocasionando por consequência a nulidade do Auto de Infração.

A este respeito, transcreve lições do Mestre Prof. Hely Lopes Meirelles, para depois concluir que o presente lançamento é absolutamente nulo desde o seu nascedouro, por contrariar as normas contidas na legislação vigente, nos termos do artigo 18, inciso III e IV, “a” do Decreto nº 7.629 de 09/07/1999, que instituiu o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal no Estado da Bahia.

Em não sendo declarada a Nulidade da autuação, passa a considerar a hipótese de confisco, conforme asseverado pelo ilustre jurista Ives Gandra nas considerações iniciais.

Em seguida, aduz que o erro de Direito cometido nas autuações fiscais também acarreta a nulidade desses atos administrativos por afronta ao Princípio da Legalidade, pela inexistência de fundamento jurídico necessário para dar-lhes o devido embasamento legal.

Lembra que o caput, do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, determina, como um dos princípios da administração pública e atributo necessário do ato administrativo, o respeito ao Princípio da Legalidade.

Tais exigências têm por objetivo garantir ao administrado que anteveja a adequação do Lançamento realizado as normas jurídicas vigentes no ordenamento, principalmente quanto à procedência da exigência do tributo objeto da autuação lavrada, a sua responsabilidade e etc.

Arremata que o resultado dessa assertiva é a nulidade das autuações lavradas contra as empresas Substituídas, por terem sido praticadas sem o arcabouço da legalidade em vista do Erro de Direito cometido. Sobre este aspecto transcreve considerações de Gilberto de Ulhôa Canto.

Requer a decretação de nulidade do procedimento fiscal e o arquivamento do presente feito.

Caso a tese de nulidade não seja acolhida, passa a aduzir questão de mérito transcrevendo o disposto no art. 39 do RPAF e o dispositivo da multa aplicada que teve como fundamento o artigo 42, incisos II alínea “d” e o III da Lei nº 7.014/96.

Em seguida, diz ter havido apenas uma falta de informação ou inobservância por parte do Auditor Fiscal, que fez os cálculos, conforme demonstrativos, sem levar em consideração o Artigo 275 do RICMS-BA, que dá direito ao contribuinte credenciado para pagamento no prazo previsto no § 2º do artigo 332, o valor limitado a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior, o que não ocorre nos cálculos emitidos pelo ilustre Auditor.

De outro lado, verifica, inclusive, a inobservância dos valores pagos pelo contribuinte nos períodos citados, pois é facultado o parcelamento em três parcelas iguais e consecutivas, vencíveis até o dia 25 dos meses subsequentes à entrada da mercadoria, conforme artigo 4º do Decreto 10.414/2007, mas é constante no levantamento do Auditor Fiscal o dia 9 dos meses subsequentes à entrada da mercadoria como data base de pagamento de antecipação parcial do ICMS.

Solicita que o presente AI seja declarado nulo de pleno direito, haja vista, a falta de base legal ou equivocada para sustentar a presente autuação. Além do erro grave e não utilização do dispositivo embasado no artigo 275 do RICMS-BA.

Finaliza, afirmando que, no caso em tela, o procedimento de fiscalização foi confuso além de que sua manutenção acarretará, inexoravelmente, num acinte à cidadania e ao livre comércio. Portanto, requer o acatamento do pedido de NULIDADE do feito ou, diante da iminente impossibilidade de fazê-lo, que julgue pela sua IMPROCEDÊNCIA TOTAL por ser questão da mais lúdima justiça.

O fiscal presta Informação Fiscal, fl. 38 a 39, e diz que o contribuinte não apresenta fatos que contestem as infrações e nem tampouco analisou os levantamentos por ele efetuados cujas cópias lhe foram fornecidas, através de CD, conforme recibo de fl. 11.

Externa o entendimento de que o contribuinte, de posse dos dados constantes no CD, não encontrou argumentos plausíveis para contestar as infrações, ou preferiu não fazê-lo, optando enveredar para ensaiar uma pseudo-aula de Direito Tributário.

Em seguida, faz um resumo das infrações, que no seu entender encontram-se devidamente comprovadas através de demonstrativos acostados ao processo.

Finaliza, opinando pela Procedência do Auto de Infração, por falta de argumentos defensivos que provem o contrário.

## VOTO

Na defesa apresentada, o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que não foram obedecidos os requisitos estabelecidos na legislação tributária, cerceando o seu direito de defesa. Razão não assiste ao sujeito passivo conquanto estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do Auto de Infração em apreço, tendo sido indicados com clareza os enquadramentos legais e multas aplicadas, constando no campo próprio do Auto de Infração.

Observo, também, que não há, nos autos, quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que as cópias dos demonstrativos sintéticos e analíticos, anexados na mídia magnética de fl. 12, foram entregues ao contribuinte, conforme se verifica nos documentos de fl. 11, assinado pelo representante legal da empresa.

Desse modo, o lançamento de ofício em exame foi realizado em completa observância das disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, especialmente o seu art. 39, inexistindo qualquer vício ou falha que imponha a decretação de sua nulidade, na forma do art. 18 do referido diploma regulamentar processual, razão pela qual não acolho as nulidades suscitadas.

No mérito, as imputações fiscais estão relacionadas à presunção de omissão de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito (infração 01) e falta de recolhimento ou recolhimento a menos do ICMS, por antecipação total (substituição tributária), infração 02 e infração 03 e antecipação parcial, infração 04 e infração 05, nas aquisições de mercadorias em outras Unidades da Federação.

Na apresentação da defesa, o autuado alega que, nos cálculos efetuados pela fiscalização, não levou em consideração o artigo 275 do RICMS/BA, e §2º do artigo 332, que dá direito, ao contribuinte credenciado, de pagamento no prazo previsto no § 2º do artigo 332, o valor limitado a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior.

De pronto, constato que tal argumento diz respeito as infrações 04 e 05. Como a defesa limitou-se apenas a negar o cometimento das infrações 01, 02 e 03, aplico as disposições contidas no art. 143 do RPAF/99, abaixo transcrito:

*Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Consequentemente são procedentes as infrações 01, 02 e 03.

Em relação às infrações 04 e 05 observo que os dispositivos citados pelo contribuinte, o artigo 275 do RICMS/BA, e §2º do artigo 332, estabelecem que no caso de antecipação parcial devida por contribuintes enquadrados na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, estão condicionadas a que a empresa efetue os pagamentos do tributo no prazo regulamentar, de forma espontânea, o que afasta a aplicação do benefício nas hipóteses de exigência da infração 04, pois a mesma diz respeito à falta de recolhimento do imposto nos prazos determinados na legislação.

Quanto à infração 05, que exige o recolhimento a menor, caberia ao sujeito passivo trazer provas da limitação prevista no art. 275 do RICMS/BA, vigente à época dos fatos geradores, o que não ocorreu.

*“Art. 275. Ao final de cada período de apuração, o valor total do imposto a recolher nos termos dos arts. 273 e 274, em relação a cada estabelecimento de contribuinte credenciado para pagamento no prazo previsto no § 2º do art. 332, fica limitado a 4% das receitas mais as transferências ou 4% do valor das entradas internas e interestaduais de mercadorias destinadas à comercialização, inclusive as transferências, o que for maior.”.*

Quanto à alegação de que não foram considerados os pagamentos por ele efetuados, não é o que observo, conforme se verifica no demonstrativo de fl. 08, que serviu de base para a exigência fiscal. Na referida planilha, consta na coluna “ICMS RECOLHIDO” os referidos valores e os mesmos foram abatidos do imposto devido.

Ante ao exposto, não acolho os argumentos defensivos relativos as infrações 04 e 05, e concluo pela subsistência de ambas as infrações.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **129444.3003/16-1**, lavrado contra **SIMARON PEREIRA GOMES - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$26.556,71**, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$17.816,84, e de 100% sobre o valor de R\$8.739,87, prevista no artigo 42, incisos II, alínea “d”, e inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2019.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR