

A. I. N°. - 210319.2102/08-9
AUTUADO - FRANCIMARA FERREIRA DA SILVA CARIBÉ
AUTUANTE - JOSUÉ DE LIMA BORGES FILHO
ORIGEM - INFAC FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 05.08.2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0251-01/08

EMENTA. ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 21/02/2008, foi atribuída ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito e/ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos referidos cartões, nos meses de janeiro a dezembro de 2006, de janeiro a março, maio e junho de 2007, exigindo imposto no valor de R\$ 28.653,08, acrescido da multa de 70%. Consta que o lançamento foi realizado com base nas Planilhas Comparativas de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito (fls. 12 e 79), Relatórios Diários de Operações TEF (fls. 110 a 324 e 325 a 498) e Relatório Diário de Vendas por Nota Fiscal (fls. 27 a 78 e 87 a 108).

O autuado ingressou tempestivamente com impugnação ao lançamento do crédito tributário às fls. 503 a 509, ressaltando que o dever de pagar um tributo nasce quando um acontecimento realiza a hipótese figurada na norma formulada a partir da Constituição Federal de 1988, conforme prescrito em seu art. 155, inciso II.

Assim, entende que torna-se necessário identificar a figura do tipo tributável. Para que ocorra o dever jurídico de pagar o tributo, têm que estar presentes os elementos que o tipificam: o pessoal, o material, o espacial e o temporal. Tanto é verdade que o CTN – Código Tributário Nacional –, através do art. 142, determina que a administração examine à luz da lei do tempo de ocorrência do fato, todos os elementos que o tipificam.

Acrescenta que o procedimento administrativo está subordinado aos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, caso em que este último configura o conteúdo material da norma legal. Cita Alberto Xavier, arrimado em Buhller, para lembrar que a administração fiscal deve fixar as circunstâncias de fato de que depende o tributo, com base numa formulação legal.

Observa que o Estado somente pode exigir que o sujeito passivo cumpra uma prestação pecuniária se realmente forem realizadas operações de circulação de mercadorias. Salienta que a lei integrativa da norma constitucional materialmente é a Lei Complementar nº 87/96.

Reconhece que são verossímeis os fatos elencados pelo autuante no lançamento tributário em questão. Argumenta que deve ser relevado que o impugnante se refere a tradicional grupo detentor de ilibada reputação no mercado nacional, cumpridor de todas as suas obrigações legais, notadamente aquelas decorrentes das imposições fiscais tributárias, tanto que somente defende aquilo que realmente não é devido.

Afiança que pretende tão somente que seja suspensa a inscrição do crédito tributário em dívida ativa, considerando o pedido de quitação mediante processo nº 026864/2008-2, protocolado pela empresa Distagro Distribuidora de Produtos Agropecuários Ltda., requerendo a emissão de certificado de crédito fiscal de ICMS, em favor do autuado, destinado à quitação do presente Auto de Infração, reconhecendo a legitimidade da autuação.

Salienta que reconhece a procedência do Auto de Infração, tendo em vista que a fazenda pública foi privada de parte de seu crédito tributário. Requer a quitação total do Auto de Infração, com redução da multa e demais acréscimos, nos termos do art. 919, inciso I do RICMS/97, consoante certificado de crédito solicitado por meio do processo acima mencionado, de acordo com o art. 108, inciso III e § 2º do RICMS/BA e com o processo nº 028199/2008-7 (fls. 499 a 501), protocolado pelo autuado, requerendo a quitação nos termos da legislação estadual aplicável ao caso.

Assim, solicita que o órgão julgador encaminhe o processo à PGE/PROFIS, visando manifestação a respeito do acima exposto, considerando não restar dúvida quanto ao pagamento no prazo de 10 (dez) dias, contados a partir da ciência do Auto de Infração, conforme art. 919, I do RICMS/97.

Diante do exposto e das provas anexadas, requer a homologação do pagamento, nos termos da norma contida no inciso III, § 2º do art. 108 do RICMS/BA, a suspensão da inscrição do crédito tributário em dívida ativa e a suspensão da declaração de revelia. Solicita, ainda, o deferimento de todos os meios de prova permitidos em direito, com base no art. 5º, incisos XXXIII e LV da CF/88, indicando a juntada posterior de documentos, inclusive em contra prova, e ouvida de testemunhas, para que o Auto de Infração seja julgado com homologação do pagamento através do certificado de crédito fiscal de ICMS emitido em seu favor, no valor de R\$ 36.889,12.

O autuante apresentou a informação fiscal às fls. 513/514, salientando que tendo em vista que o contribuinte em momento algum questionou os cálculos efetuados para a determinação da base de cálculo apurada, este deve ser considerado como um ponto pacífico. Observa que na defesa foram apresentados, de forma circunstanciada, conceitos jurídicos sobre o nascimento da obrigação tributária, sobre o sujeito ativo competente para realizar a cobrança do ICMS e os elementos constitutivos da hipótese figurada da origem da obrigação tributária.

Indica que o autuado reconhece como verossímeis os fatos apontados no Auto de Infração, informando que pretende suspender a inscrição do crédito tributário em dívida ativa, tendo em vista o pedido de quitação por meio do processo nº 026864/2008-2, referente a pedido de emissão de certificado de crédito destinado à quitação da dívida concernente à presente autuação, com a redução da multa e dos acréscimos moratórios.

Sugere a procedência da Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide decorreu da constatação de omissão de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valor inferior ao fornecido pelas administradoras dos referidos cartões e instituições financeiras.

Saliento, inicialmente, que a infração imputada ao sujeito passivo tem previsão objetiva no RICMS/97, estando o fato gerador devidamente apontado, o que lhe dá fundamentação legal, tendo em vista, ademais, que o Auto de Infração contempla as disposições previstas no RICMS/BA,

aprovado pelo Dec. 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei 7.014/96, que trata sobre esse imposto no Estado da Bahia.

Ademais não foram violadas as regras contidas nos artigos 39 e 41 do RPAF/99, haja vista que a infração foi descrita de forma clara e precisa, estando embasada em levantamentos e demonstrativos, em conformidade com a documentação fiscal do contribuinte e com os dados fornecidos pelas administradoras dos cartões de crédito/débito, tendo sido determinado, com segurança, a infração e o infrator. Acrescento que foram garantidas ao sujeito passivo todas as formas de defesa, tendo o processo seguido o rito legalmente previsto.

Constato que tendo em vista o resultado do levantamento realizado, o autuante presumiu ter ocorrido omissão de saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, baseado na previsão contida no artigo 4º, § 4º da Lei nº. 7.014/96, que transcrevo abaixo.

“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.”

Assim, para o atendimento do que determina o dispositivo legal acima transscrito, na realização do roteiro de fiscalização foram confrontadas as vendas efetuadas pelo contribuinte, cujos dados foram colhidos através da análise das notas fiscais emitidas no período pelo contribuinte, com os valores informados pelas administradoras de cartões e instituições financeiras. Tendo sido verificada a existência de divergências entre as informações repassadas pelas administradoras de cartões e os dados apurados na escrita fiscal do contribuinte, foi exigido pela fiscalização o imposto concernente à diferença apurada.

Nos termos dos artigos 824-B, *caput*, do RICMS/97, que transcrevo abaixo, os contribuintes que realizarem vendas de mercadorias ou prestarem serviços a não contribuintes do ICMS devem utilizar equipamento emissor de cupom fiscal para documentar tais operações ou prestações. Esta é a situação do autuado, ou seja, usuário obrigatório de ECF.

“Art. 824-B. Os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações.”

O mesmo RICMS/BA estabelece no artigo 238, nos seus incisos, alíneas e parágrafos, os procedimentos que devem ser observados pelo contribuinte usuário de ECF, inclusive, quando emite Nota Fiscal de Venda a Consumidor, série D-1 e Nota Fiscal modelo 1 ou 1-A, por solicitação dos clientes. Da leitura do inciso II e § 1º do artigo 238, verifica-se que no caso de emissão desses modelos de notas fiscais, quando houver solicitação do cliente, o contribuinte usuário de ECF, obrigatoriamente deverá juntar a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF – cupom fiscal – à via fixa da nota fiscal emitida, na qual deverão ser consignados o número seqüencial atribuído ao equipamento emissor de cupom fiscal e o número do cupom fiscal. Observo, assim, restar caracterizada a prática da irregularidade atribuída ao autuado.

Tendo em vista, entretanto, que o crédito tributário é indisponível e que no levantamento fiscal foram consideradas todas as notas fiscais de venda a consumidor emitidas pelo contribuinte, sem que existissem nos autos os elementos necessários à convicção de que realmente todas as operações consideradas pela fiscalização se referiam aos informes prestados pelas referidas administradoras e instituições financeiras, com base no disposto no art. 156 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que determine a instauração de procedimento fiscal visando apurar se remanescem créditos tributários a serem exigidos, tendo em vista o aproveitamento total das notas fiscais pelo autuante.

Vale aqui registrar que apesar de o sujeito passivo ter reconhecido a procedência da autuação e de ter anexado a documentação relativa à solicitação de emissão de certificado de crédito de ICMS, objetivando efetuar a quitação do débito, solicitando, inclusive, a homologação do pagamento, não consta dos autos a comprovação de que a repartição fazendária de seu domicílio tenha deferido o pedido e emitido o certificado requerido. Assim, não há condições de atendimento do pleito do autuado.

Diante do exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210319.2102/08-9, lavrado contra **FRANCIMARA FERREIRA DA SILVA CARIBÉ**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.653,08**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº. 7.014/96 e dos acréscimos legais. Representa-se à autoridade competente para que determine a realização de uma apuração visando verificar se existem valores remanescentes a serem exigidos, a teor do art. 156 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR