

PROCESSO - A. I. Nº 206956.0014/08-0
RECORRENTE - ELIDAM COSTA DO NASCIMENTO (JÚLIA VARIEDADES)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0112-01/09
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 30/04/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0058-11/10

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS COM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração não elidida. Rejeitadas as arguições de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JF, a qual, no Acórdão nº 0112-01/09, considerou Procedente a ação fiscal que exige ICMS no valor de R\$13.215,19, acrescido de multa de 70%, no período de 01/01/2006 a 31/12/2006, em decorrência da omissão de saída de mercadoria tributada, apurada 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.

O autuado, por advogados legalmente constituídos, apresentou impugnação (fls. 39 a 48), sustentando a nulidade da autuação, salientando que o autuante, em uma mesma ação fiscal, procedeu à lavratura do Auto de Infração nº 206956.0014/08-0, objeto da impugnação, bem como o de nº 206956.0016/08-3, sem apresentar justificativa nem autorização para adoção de tal procedimento.

Aduziu que na ação fiscal desenvolvida foi desobedecido o dispositivo 40 do RPAF/99, porquanto não constou a autorização do Inspetor Fazendário para a lavratura de mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado e que, sendo o lançamento do crédito tributário um ato administrativo vinculado, deve a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, o que não aconteceu, logo não podendo a exigência fiscal prosperar.

Outrossim, buscou anular o Auto de Infração, apontando ofensa ao princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pelo art. 5º, LV, da CF/88, e que a prejudicial seja apreciada e decidida, com fundamentação própria e específica (CF/88, art. 93, IX, e inteligência do art. 5º, II, 37 “caput”), visando à declaração da total nulidade do Auto de Infração.

O autuante, na sua informação fiscal (fl. 60), contestou o pleito defensivo em favor da nulidade da autuação, transcrevendo o art. 40 do RPAF/99 e assegurando que no Auto de Infração nº 206956.0014/08-0 o período fiscalizado foi de 01/01/2006 a 31/12/2006 enquanto no de nº 206956.0016/08-3, o período fiscalizado foi de 01/01/2007 consequentemente, autorização do Inspetor Fazendário, já que não :
fiscalizado.

A Junta de Julgamento Fiscal, através do Relator do PAF, ao analisar as arguições de nulidade, manifestou-se na linha de afastar as afirmativas do impugnante, considerando a presente autuação plenamente revestida das formalidades legais, pois o Termo de Início de Fiscalização (fl. 05) atesta que o Auto de Infração decorreu da Ordem de Serviço nº 50845608, relativa à auditoria sumária de cartão de crédito, referindo-se exclusivamente ao período compreendido entre 01/01/2006 e 31/12/2006, enquanto o outro Auto de Infração se reportou à Ordem de Serviço distinta (de nº 51223908) e, também, a período diverso, isto é, de 01/01/2007 a 30/06/2007, por conseguinte, ausente a previsão contida no aludido dispositivo regulamentar.

De outra parte, inacolheu a tese de ter o Auto de Infração contrariado o princípio do devido processo legal ou da tipicidade, desde quando o fato gerador se encontra devidamente apontado e a infração imputada tem previsão objetiva no RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, regulamentador da Lei nº. 7.014/96, que lastreia o imposto.

Decidiu, também, a JJF que não houve violação ao exercício do contraditório ou ao direito da ampla defesa do autuado, encontrando-se o PAF revestido de todas as formalidades, inclusive atendidos os procedimentos necessários ao devido processo administrativo fiscal, estando efetivamente, comprovada a prática da irregularidade que lhe foi atribuída.

Meritoriamente, o Relator ressaltou que o autuante, tendo em vista o resultado do levantamento realizado, presumiu a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, encontrando-se o Auto de Infração amparado no § 4º, do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, o qual transcreveu, confirmando ser o caso de presunção legal relativa, não tendo o impugnante juntado aos autos elementos informativos capazes de fazer oposição aos fatos presumidos.

No que tange ao procedimento adotado pelo autuante para o cálculo do imposto, a JJF entendeu que, apesar do enquadramento do sujeito passivo no SimBahia, ante a constatação da omissão de saídas de mercadorias relativas à infração apontada, o imposto deveria ser calculado pelos mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, segundo provisionamento do artigo 408-S, do RICM/97, aplicada a alíquota de 17%, de acordo com a alteração introduzida pelo Decreto nº 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, concedendo-se crédito fiscal calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º, do mesmo artigo, alterado pelo Decreto nº 8.413/02, exatamente como procedeu o autuante.

Nesse passo, o Auto de Infração foi julgado Procedente, por unanimidade.

Em petição dirigida ao CONSEF, fls. 80/91, o sujeito passivo, irresignado com a Decisão, apresentou Recurso Voluntário.

O recorrente, inicialmente, teceu comentários acerca da ação da autoridade fiscal, a qual, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo segundo os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando sem qualquer interesse no resultado final, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação imparcial para obtenção da realidade material.

Preliminarmente, teve-se a argumento já utilizado na defesa, requerendo a nulidade do Auto de Infração, sob o ponto de vista de não ter sido observada a determinação do art. 40 do RPAF/99, desde quando o autuante, na mesma ação fiscal, procedeu à lavratura do Auto de Infração nº 206956.0014/08-0, bem como o de nº 206956.0016/08-3, sem que tivesse apresentado ao autuado as justificativas e autorização da adoção de tal procedimento, a não ser o de dificultar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão.

Insistiu na sustentação de ser o lançamento do crédito tributário um ato administrativo vinculado, devendo o autuante agir nos estritos termos da legislação, existindo rotinas administrativas a serem observadas, que visam delimitar a atividade fiscalizadora, ; de nºs 0257-01/03 e 0245/01-03, provindos deste CONSEF, como ampar

Prosseguiu o Recurso Voluntário, repetindo que a autoridade fiscal não obteve autorização expressa do Inspetor Fazendário para proceder de tal modo, assim, inobservou o devido processo legal, não podendo a exigência fiscal prosperar, por contrariar o RPAF/BA.

Destacou que os autos de infração foram lavrados sem observância de formalidades essenciais, sendo nulos em razão de não atenderem ao devido processo legal, desde quando implicava em cerceamento do direito de defesa, citando os Acórdãos JJF de nºs 2204-04/01 e 0351-01/02, cujas decisões apontavam a nulidade das autuações, por inobservância do devido processo legal.

No mérito, arguiu a impossibilidade de prevalecer a autuação, pelo menos no *quantum* exigido, tendo em vista que os valores foram oferecidos à tributação através das DME'S e são eles superiores aos das vendas por cartão informadas pelo autuante em seu demonstrativo.

Asseverou que o quantitativo consignado no demonstrativo do autuante, no importe de R\$107.381,32, já foi tributado, eis que lançado na DME e informado ao Fisco Estadual para ser tributado, não podendo sofrer outra tributação, repetindo o fato de serem as vendas informadas nas DMEs superiores (mais que o dobro das vendas a cartão), qual seja, R\$244.114,86, daí concluindo a inviabilidade de se pretender cobrar ICMS de vendas já oferecidas à tributação.

Disse ter procedido incorretamente o autuante, na medida em que exigiu ICMS de vendas já oferecidas à tributação através da DME, logo, cobrou duas vezes o imposto, sobre um mesmo fato, vendas de mercadorias tributáveis, contrariando a Constituição Federal que veda o *bis in idem* e o artigo 170 da mesma Carta, que prevê um tratamento privilegiado às micros e pequenas empresas.

Concluiu requerendo a total improcedência do Auto de Infração, assegurando ter provado a inexistência de omissão de saídas tributáveis, no valor exigido pelo Fisco, isto porque as vendas efetuadas foram informadas nas DME, e tiveram o ICMS pago pelo regime SIMBAHIA, conforme DAE's anexos.

A PGE/PROFIS, às fls. 104/105 dos autos, manifestou entendimento na linha de que, apesar de não ter sido requerida pela JJF, nem pelo contribuinte, a análise da procedimentalidade sugere a conversão do feito em diligência à ASTEC, para que se verifique, em relação ao período da autuação, qual a proporcionalidade das mercadorias tributáveis comercializadas pelo autuado dentro das operações tributáveis, não tributáveis, isentas ou com fase de tributação encerrada.

Examinado o feito em pauta suplementar do dia 22/10/2009, decidiu a 1ª Câmara, por unanimidade, não acatar a proposição de diligência, por entender que, consoante documentos residentes no processo administrativo fiscal, especificamente os de fl. 08 (Relatório de Informações TEF-2006), 50 (Requerimento de Empresário), constam como CNAE – Comércio Varejista de Outros Artigos de Uso Pessoal e Doméstico e Objeto Social o Comércio Varejista de Artigos De Utilidade Doméstica e de Artigos de Armário, ou seja, atividades com regime de tributação normal.

Vale ressaltado, igualmente, que o autuante, no seu demonstrativo de débito, indicou a proporcionalidade de 0,0% (zero), o que, aliás, não foi repellido pelo recorrente.

Encaminhado o PAF para emissão de Parecer conclusivo pela PGE/PROFIS, o opinativo foi pelo não provimento do Recurso, observado o fato de que as razões recursais não visam afastar a presunção legal apurada no levantamento fiscal, bem como vêm desacompanhadas de qualquer prova capaz de sustentar as teses defensivas.

Destacou inexistir qualquer nulidade, tendo a autuação observado o devido processo legal, possuindo fatos geradores distintos o presente Auto de Infração e aquele de nº 206956.0016/08-3.

Após tecer considerações sobre a legalidade da presunção de omissão de saídas, dentro da norma do ICMS, invoca o artigo 143 do RPAF, para afirmar que a simples negativa do cometimento, não desonera o sujeito passivo de elidir a imputação fiscal.

Finalizou, asseverando que os argumentos do recorrente são insuficientes para infirmar o Auto de Infração em apreço, opinando pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Da análise detida do presente PAF, constato que o Recurso Voluntário se opõe à Decisão proveniente do Acórdão de nº 0112-01/09, que julgou procedente a infração contida no Auto de Infração epígrafado, onde é imputada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de vendas efetuadas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valores inferiores àqueles fornecidos pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, relativas ao período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2006.

De plano, o pleito do recorrente de nulidade, por descumprimento do artigo 40 do RPAF/99, em face da lavratura de dois autos de infração, durante a mesma ação fiscal, sem a devida autorização da autoridade fazendária competente, não pode prosperar, como detalhadamente dimensionado na informação fiscal (fl. 60) e na Decisão de piso, com as quais concordo integralmente.

Sucedendo que a autuação se encontra plenamente revestida das formalidades legais, tendo decorrido da Ordem de Serviço nº 50845608, relativa à auditoria sumária de cartão de crédito, referindo-se tão-somente ao período compreendido entre 01/01/2006 e 31/12/2006, enquanto o outro Auto de Infração (nº 206956.0016/08-3) se reportou à Ordem de Serviço distinta (nº 51223908) e, também, a período diverso, qual seja, de 01/01/2007 a 30/06/2007, portanto, não havendo qualquer infringência a dispositivo legal, nem tampouco existindo consonância com os Acórdãos transcritos para justificar a tese suscitada.

Em seguida adentrando ao mérito, são impossíveis de acolhimento, em face da ausência de supedâneo legal, as arguições de que não poderia o autuante efetuar o lançamento, “pelo menos no *quantum* exigido”, por terem sido os valores oferecidos à tributação, através das DMEs, e em montante superior àquele das vendas efetuadas pelos cartões apuradas pelo autuante no seu demonstrativo.

Assim é que o lançamento tributário se encontra respaldado no § 4º, do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, *verbis*:

“...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”.

E regulamentado pelo artigo 2º, § 3º, inciso VI do RICMS/BA, dispondo:

“§3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

....

VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;”

Nesse contexto, há uma presunção legal, sendo do autuado a responsabilidade de trazer aos autos as provas capazes de elidir a imputação fiscal, do que, em nenhum momento, se desincumbiu, limitando-se a afirmar que efetuou vendas totais declaradas em valores superiores.

Ora, de acordo com o artigo 143 do RPAF/BA vigente, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Tangentemente à argumentação do recorrente de se encontrar com imposto pago e submetida ao regime do SIMBAHIA, de igual sorte, acolho a Decisão de fl. 69, quando se posiciona no sentido de que, apesar do enquadramento no SIMBAHIA, ante a constata mercadorias relativas à infração apontada, o imposto deve ser calc
estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, cor

408-S, do RICM/97, com a aplicação da alíquota de 17%, segundo alteração introduzida pelo Decreto nº 7.886/00.

Em suma, entendo se tratar o caso versado de uma presunção legal de omissão de saídas tributáveis, embasada no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96 e, adotando o Parecer da d. PGE/PROFIS, acompanho a Decisão proferida pela primeira instância para considerar correta a ação fiscal procedida, eis que em estrita conformidade com os parâmetros legais vigentes.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **206956.0014/08-0**, lavrado contra **ELIDAM COSTA DO NASCIMENTO (JÚLIA VARIEDADES)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$13.215,90**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de abril de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS