

A. I. N° - 010119.0004/09-0
AUTUADO - ANA MARIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - ROZENDO FERREIRA NETO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 23.08.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0231-04/10

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Fato demonstrado nos autos. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO, NA AQUISIÇÃO DAS MERCADORIAS, TENDO, PORÉM, AS SAÍDAS SIDO TRIBUTADAS NORMALMENTE. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d” e § 1º, da Lei nº 7.014/96. Infração parcialmente elidida, por falta de previsão legal da multa no período anterior a novembro de 2007. Negado o pedido de diligência e / ou perícia fiscal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 01/09/2009 e exige ICMS, além de multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor histórico total de R\$ 7.332,37, em razão de terem sido constatadas as seguintes irregularidades:

- 1- Omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valores inferiores aos declarados por instituições financeiras administradoras de cartões (agosto de 2007 a dezembro de 2007). Valor exigido de R\$ 5.675,81 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.
- 2- Falta de pagamento do imposto por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, com fins de c [...] ~ [...]
registradas na escrita fiscal, cujas saídas posteriores foram trib

2007, agosto de 2007, setembro de 2007 e dezembro de 2008). Multa de 60%, no valor de R\$ 1.656,56, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 58 a 71.

Relativamente à 1ª infração, nota que não existe inciso VI no art. 3º do RICMS/BA, fato que, na sua concepção, atrai ilegalidade e falta de motivação para o lançamento de ofício. Nesse sentido, também entende que são equivocadas as citações, no enquadramento, dos artigos 50, I, 124, I e 218 do mesmo Regulamento. Quanto à multa de 70%, assevera não ser aplicável no caso concreto, pois não foram constatados atos fraudulentos.

Considera inconstitucional a regra que determina a apresentação de extratos de vendas realizadas através de cartões, inclusive por resultar em exigência tributária que não observa o princípio da não cumulatividade.

O Fisco Estadual desconsiderou que as transferências realizadas da matriz para a filial de Salvador são operações interestaduais, que ocorrem sob a alíquota de 12%, e não de 17%.

Invoca a Súmula 237 do STJ, que diz que nas operações com cartões de crédito os encargos de financiamento não são tributáveis pelo ICMS.

Transcrevendo a legislação pertinente à 2ª infração, conclui que também falta motivação para a convalidação do ato administrativo, que deve ser clara e inequívoca, em obediência aos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, fato que inquina de nulidade não só a infração 02, mas o Auto como um todo, de acordo com doutrina colacionada.

Por outro lado, reputa descabida e ilegal a presunção da infração 01, por malferir o art. 150, I da Constituição Federal. Assim, qualquer obrigação só poderia ser editada em compatibilidade com norma geral encartada em lei complementar, conforme determina o art. 146 da CF/88.

O art. 61, IX, parágrafo 8º do RICMS/BA, indicado como fundamento da infração 02, não se aplica, pois o autuado não comercializa álcool etílico hidratado combustível, mas artigos de vestuário.

Requer a realização de perícia fiscal e a improcedência do Auto de Infração.

Às fls. 377 e 378, na informação fiscal, o autuante afirma que a defesa é meramente protelatória, assinada por advogado sem poderes para tanto, e que o procedimento fiscal foi alicerçado nos documentos fornecidos pelo sujeito passivo, bem como nos controles internos desta Secretaria.

Requer a procedência do Auto de Infração.

Intimado para regularizar os poderes do advogado signatário da impugnação (fls. 381 e 384), o defendente apresentou, à fl. 387, instrumento de mandato que não outorga os mesmos ao referido profissional.

Por isso, na pauta suplementar de 23 de março de 2010, a 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal, decidiu converter o PAF em diligência, com o objetivo de sanear o referido vício processual (fl. 391).

Devidamente intimado (fl. 393), o autuado outorga poderes ao seu procurador no documento de fl. 398.

VOTO

De tudo quanto acima expendido, percebe-se que o defendente não adentrou de forma mais incisiva no mérito da lide, limitando-se a aduzir, em preliminar, erros de fundamentação, ilegalidades, falta de motivação do ato administrativo e inconstitucionalidade da legislação aplicável. No que tange ao mérito, apontou erro na aplicação da alíquota da infração 01 e tributação de encargos financeiros. Tais aspectos, de mérito, serão analisados após o enfrentamento das questões preliminares.

Com relação à preliminar de nulidade, cabe registrar que não têm argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento

com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos respectivos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indica o embasamento jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos argumentos abordados na impugnação, na narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

De acordo com o art. 19 do RPAF/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando em nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

O art. 2º, parágrafo 3º, VI do RICMS/BA, indicado no enquadramento da infração 01, encontra correspondente no art. 4º, parágrafo 4º da Lei nº 7.014/96, sobre cuja constitucionalidade não cabe a este órgão se manifestar, nos termos do art. 167, I do RPAF/99.

Não há no lançamento de ofício, ao contrário do que afirmou o defendente, fundamentação no art. 3º, VI do RICMS/BA, que, conforme destacado, não existe.

No que se refere à multa da infração 01, tendo-se em vista a constatação de receitas não declaradas e não contabilizadas, entendo ser a correta, no percentual de 70%, conforme estabelece o art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Não houve no enquadramento da segunda infração, ao contrário das alegações defensivas, qualquer alusão ao parágrafo 8º do art. 61, III do RICMS/BA (equivocou-se o autuado ao registrar, à fl. 63, que o art. 61, IX possui parágrafo 8º e / ou foi mencionado no lançamento). Portanto, está correta a fundamentação do ato infracional tributário imputado.

Quanto ao pedido de perícia e / ou revisão fiscal, não há razões para seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou elementos de dúvidas que ensejem a necessidade de esclarecimento técnico.

No mérito, conforme demonstram os documentos apensados ao processo, vejo que o autuante deu início regularmente aos trabalhos fiscais, tendo lavrado o competente Termo de Início de Fiscalização e intimado o contribuinte (fls. 07 e 08).

Em seguida, quanto à infração 01, levantou as vendas através de notas fiscais modelo D1 e de cupons (fls. 10, 11, 15 e 16), calculou os índices de proporcionalidade (fls. 12 e 17), tendo considerado esses valores no cômputo do ICMS devido (fls. 13 e 18). Não foi concedido o crédito presumido de 8% porque o autuado não apurava o imposto com base no Regime SIMBAHIA (fl. 29).

Com referência à infração 02, cujo levantamento está às fls. 19 a 28, o autuante indicou as notas fiscais objeto da autuação e concedeu o crédito devido, de forma a alcançar a base de cálculo sobre a qual incidiu a multa de 60%.

As alíquotas foram corretamente aplicadas nas duas infrações, tendo-se observado os dispositivos regulamentares acima citados, sendo que não surte qualquer efeito tributário, nos fatos geradores sob análise, eventuais operações de transferências interestaduais realizadas entre matriz e filial.

O impugnante alega que o procedimento, na infração 01, não observou a Súmula 237 do STJ, que diz que nas operações com cartões de crédito os encargos de financiamento não são tributáveis pelo ICMS.

Todavia, é preciso notar que a presunção legal inverte o ônus da prova, e não se trouxe ao processo qualquer evidência de tributação de encargos financeiros.

A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento de imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 1º da Lei nº 8.542/02).

Fato demonstrado nos autos. Infração 01 caracterizada.

Relativamente à antecipação parcial, uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, e § 1º, da Lei nº 7.014/96.

Entretanto, nos períodos de maio de 2007, agosto de 2007 e setembro de 2007 não existia previsão legal para a multa em comento. O art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, no citado intervalo temporal, referia-se a operações sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, pelo que se mostram improcedentes os lançamentos nos mencionados meses. Procedente, apenas, na infração 02, o valor de R\$ 309,88, concernente à data de ocorrência de 31/12/2008.

Infração 02 parcialmente elidida, de R\$ 1.656,56 para R\$ 309,88.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **010119.0004/09-0**, lavrado contra **ANA MARIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 5.675,81**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais; além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória de 60%, no valor de **R\$ 309,88**, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

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

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – JULGADOR