

PROCESSO - A. I. N° 010119.0004/09-0
RECORRENTE - ANA MARIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (ANNE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0231-04/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 22/09/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0283-11/11

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, a qual não foi efetivada. Infração subsistente. 2. “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. 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. Infração parcialmente elidida, por falta de previsão legal da multa no período anterior a novembro de 2007. Auto de Infração Procedente em Parte. Mantidas as exigências fiscais. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado em relação à Decisão da 4ª JJF, a qual, através do Acórdão n° 0231-04/10, considerou Procedente em Parte a ação fiscal, para exigir o ICMS e a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$7.332,37, resultante das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 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 n° 7.014/96.

INFRAÇÃO 2 - Falta de pagamento do imposto por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, com fins de comercialização, devidamente registradas na escrita fiscal, cujas saídas posteriores foram tributadas normalmente (maio de 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 autuado apresentou impugnação tempestiva (fls. 58 a 71) e o autuante prestou a informação fiscal de praxe às fls. 377/378.

Ao decidir, a Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, observou que o defendante 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 constitucionalidade da legislação aplicada.

Em seguida, rejeitou as preliminares de nulidade, por não apresentarem amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, tendo o autuante exposto, com clareza, a fundamentação de fato e de direito, descrevendo as infrações e fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos respectivos, assim como registrado o embasamento jurídico.

Ainda asseverou a JJF que 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, sendo observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório.

Indeferiu, também, os pedidos de revisão e diligência fiscal, formulados pela defesa, por não haver razões para seu acolhimento, pois os autos encontravam-se devidamente instruídos e não se vislumbravam equívocos ou elementos de dúvidas que ensejassem a necessidade de esclarecimento técnico.

Adentrando ao mérito, a Decisão de 1º grau foi fundamentada nos seguintes termos:

“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 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. 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.”

Inconformado, o sujeito passivo interpôs, em tempo hábil, Recurso Voluntário (fls. 418 a 429), reproduzindo integralmente as duas infrações componentes do Auto de Infração, a Resolução da 4^a JJF e, em seguida, reiterou todos os argumentos sustentados em sua defesa inicial.

Assim, alegou a falta de motivação suficiente para a convalidação do ato, já que deveria estar evidenciada de forma inequívoca para não gerar dúvidas ao contribuinte, em razão do princípio da tipicidade fechada do direito tributário, invocando como fundamento o artigo 37 da Constituição Federal, transcrevendo-o, bem como citando diversas Súmulas do STF e entendimentos de renomados Juristas.

Também arguiu o descabimento e ilegalidade da infração 1, por se estar exigindo do contribuinte medida que ele não pode controlar, além de tal exigência não constar da Lei nº 7.014/96, enquanto a criação, por Decreto, feriria o art. 150, I da Carta Magna.

A par disso, aduziu que qualquer obrigação, para evitar supressão de instância legislativa, só poderia ser editada em compatibilidade com a norma geral encartada em lei complementar, conforme determina o art. 146 da CF/88.

Reiterou a nulidade do lançamento fiscal, ressaltando que o próprio Estado da Bahia reconheceu a invalidade com preterição das garantias constitucionais, transcrevendo o art. 18, IV, “a”, § 1º e os dispositivos 19 e 20, todos do RPAF/BA.

Ainda questionou a legalidade da infração 1, argumentando inexistir suporte legal para tal autuação, porquanto o artigo 42, III, do RICMS/BA, não faz “qualquer alusão a cartões de crédito ou pagamento não contabilizados.”

Afirmou ser inconstitucional a regra que determinava a apresentação de extratos de vendas realizadas através de cartões de crédito, já que, de acordo com os termos da Lei Complementar nº 105/2001, as administradoras de cartão de crédito são equiparadas a instituições financeiras, submetidas à conservação do sigilo de suas operações ativas e passivas.

No que tange à infração 2, o recorrente alegou que a invocação do artigo 61, IX, § 8º, do RICMS, aplicável somente ao adquirente de Álcool Etílico Hidratado, gerou equívoco de identificação da atividade econômica do autuado, que é varejista de artigos de vestuário, sendo o comércio e consumo de AEHC atividade diversa da sua, o que impediria qualquer vinculação do autuado com a infração.

Ainda em relação à imputação 2, destacou que o diferencial de alíquota foi recolhido e destacado na integralidade quando da entrada das mercadorias neste Estado, alegando ter esse fato sido desconsiderado pela fiscalização, especialmente no tocante às regras atinentes ao princípio da não cumulatividade tributária.

Outrossim, asseverou ser preciso realizar um encontro de contas, objetivando verificar e provar ter o contribuinte realizado recolhimentos relativos às operações subsequentes e, por essa razão, não haveria motivo para penalizá-lo com o recolhimento de um tributo em duplicidade, sob pena de se emprestar efeito confiscatório ao Auto de Infração, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Na mesma linha de argumentação, afirmou que o Fisco Estadual desconsiderou o fato de que as transferências realizadas da matriz para a filial de Salvador seriam operações interestaduais, que ocorreriam sob a alíquota de 12%, e não de 17%.

Concluiu, requerendo o julgamento da improcedência da infração 1, especialmente em razão do cerceamento do direito de defesa em relação às informações enviadas pelas administradoras de

cartão de crédito, por serem provas ilícitas em razão da quebra de sigilo bancário, constitucionalmente garantido, e pela ausência de previsão legal para imposição de multa, além de vício formal de enquadramento.

Também postulou que fosse julgada improcedente a autuação em relação à imposição de multa por falta de recolhimento parcial do ICMS, em razão da não cumulatividade tributária.

Por último, pediu “*seja realizada perícia nos documentos fiscais ora reunidos*”, objetivando comprovar a inexistência de discrepâncias em relação à venda realizada através de cartões de crédito, e tornar sem efeito a autuação referente “à falta de recolhimento parcial dos valores supostamente antecipados”.

Em seu Parecer (fls. 435/436), a ilustre representante da PGE/PROFIS, ao analisar o Recurso Voluntário, observou que as razões recursais não visam afastar a presunção legal apurada na infração 1, nem a multa formal remanescente na infração 2, encontrando-se desacompanhadas de qualquer prova capaz de sustentar a improcedência das autuações.

Citando o artigo 143 do RPAF para embasar sua assertiva de que a simples negativa do cometimento da infração não desoneraria o sujeito passivo da presunção de legitimidade da autuação fiscal, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário e manutenção da Decisão recorrida.

VOTO

Versa o Recurso Voluntário em apreciação sobre o inconformismo do autuado com a Decisão de Primeira Instância, atinente às duas infrações descritas no relatório supra, onde se exige ICMS e multa por obrigação acessória, no valor total de R\$7.332,37.

Consoante detalhadamente relatado, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal julgou Procedente em Parte as imputações, sendo as razões recursais repetitivas daquelas apresentadas na impugnação, inclusive reiterando a solicitação para realização de perícia, objetivando comprovar a inexistência de discrepâncias nas incorreções apontadas pela fiscalização na autuação.

De plano, lastreado no art. 147 do RPAF, indefiro a perícia postulada, porquanto, para a formação do convencimento do Órgão Julgador, suficientes se apresentam os elementos informativos residentes na proceduralidade, frisado o fato de se encontrarem em poder do próprio autuado, a quem caberia a produção da prova pretendida, as notas fiscais e documentos que compõem as imputações, além de não vislumbrar equívocos ou pontos de dúvidas que ensejassem a necessidade de esclarecimentos técnicos.

Também não podem prosperar as preliminares de nulidade arguidas, porquanto inexistentes vícios formais capazes de comprometer a legalidade da ação fiscal, encontrando-se atendidas, no PAF, todas as formalidades legais, na medida em que determinado o sujeito passivo, o montante do débito tributário apurado e a natureza das infrações imputadas, frisando-se o aspecto de que todas as nulidades suscitadas já foram apreciadas e rechaçadas na Decisão de piso, ora hostilizada sem qualquer nova argumentação.

Adentrando ao mérito das razões apresentadas em sede de Recurso Voluntário, o que se verifica é que o autuado não trouxe nenhum fundamento novo e/ou documento hábil, no desiderato de modificar a Decisão hostilizada ou afastar a imputação imposta.

Na espécie concreta, constata-se que a petição do Recurso Voluntário é a transcrição literal da impugnação apresentada na Primeira Instância, a qual foi devidamente enfrentada na Decisão farpeada, tendo a JJF procedido a análise de todas as teses sustentadas em cada uma das infrações constantes do Auto e julgado, acertadamente, pela total procedência da infração 1 e pela procedência parcial da infração 2.

Com efeito, em relação à infração 1, na mesma linha de intelecção da douta PGE/PROFIS, posicionei-me no sentido de se tratar o caso de presunção legal de omissão de saídas tributáveis, amparada pela Lei do ICMS, onde a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo da imputação fiscal, conforme previsiona o artigo 143 do RPAF/BA, sendo do autuado o ônus de trazer aos autos documentos capazes de elidir a imputação fiscal, do que, repita-se, não se desincumbiu.

Quanto à infração 2, de igual sorte, nenhuma razão assiste ao recorrente, visto que a JJF, na sua Decisão, promoveu a correção necessária para adequar a aplicação da penalidade ao período de vigência da multa por descumprimento de obrigação acessória, não tendo o autuado apresentado qualquer elemento defensivo que lograsse afastar, de alguma forma, a imputação da multa formal.

No que tange às reiteradas questões de constitucionalidade, é cediço que, de acordo com o estatuído no art. 167, II, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, não é dada a esta Câmara de Julgamento Fiscal competência para apreciar tal matéria, portanto, somente no âmbito do Judiciário poderá o contribuinte buscar a revisão do ato administrativo, cuja constitucionalidade, até Decisão final daquele Poder, é presumida.

Em suma, evitando delongas desnecessárias, entendendo se tratar o Recurso Voluntário de peça meramente procrastinatória, com todos os argumentos já devidamente analisados e apreciados na oportunidade do julgamento de 1ª Instância, cuja Decisão se afigura correta, posto que proferida em consonância com os ditames legais, restando, efetivamente, comprovadas as infrações.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de primeiro grau, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **010119.0004/09-0**, lavrado contra **ANA MARIA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (ANNE)**, devendo ser intimado o recorrente 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 citada lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS