

A. I. N^º - 019407.0555/09-0
AUTUADO - E. B. MAGAZINE LTDA.
AUTUANTE - JOSELITO DE MACEDO RIBEIRO
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 15.09.2011

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N^º 0249-01/11

EMENTA: ICMS. 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 PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas 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 n^º 7.014/96, com a redação dada pela Lei n^º 8.542/02). Autuado requer a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa n^º 56/2007, contudo, mesmo tendo sido realizada diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, não atendeu a intimação. A apuração do imposto foi feita em consonância com a regra do art. 19 da Lei n^º 7.357/98, com a redação dada pela Lei n^º 8.534/02, que manda abater do valor devido o crédito presumido de 8%, no caso de contribuinte enquadrado no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia. Não acolhida a nulidade argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 01/09/2010, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de recolhimento do imposto constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a junho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 4.112,49, acrescido da multa de 70%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 24 a 31), sustentando que existe absoluta regularidade fiscal, sobretudo quando examinado a luz dos fundamentos que suscita, conforme a seguir.

Frisa que o dever jurídico de pagar um tributo nasce quando um acontecimento do mundo social realiza a hipótese figurada na norma que a descreve, tendo norma jurídica formulação a partir da regra matriz de outorga de competência veiculada pela Constituição Federal, conforme o art. 155, inciso II, cujo teor transcreve. Acrescenta que, consequentemente, é necessário identificar a hipótese figurada, ou a figura do tipo tributável, existindo para tanto, uma técnica que consiste na dissecação dessa norma para identificar nela os elementos constitutivos aos quais deverão corresponder todas as características do acontecimento do mundo social a que se quer atribuir à força de fazer nascer o dever jurídico de pagar o tributo. Salienta que esses elementos no dizer de Geraldo Ataliba são quatro: o pessoal que indica as pessoas envolvidas no acontecimento (sujeito ativo e sujeito passivo); o material que revela a matéria (coisa ou pessoa) tributável, bem assim a mensuração dessa matéria (base de cálculo) e o referencial de quantificação de tributo (alíquota); o espacial que descreve a área onde o acontecimento ocorrerá; o temporal que determina o momento em que a caracterização desse tipo se completará.

Afirma que é impossível nascer o dever jurídico de pagar um imposto sem que todos esses elementos tenham-se verificado, tanto que o Código Nacional, no seu artigo 142, impõe à Administração que assim proceda, isto é, examine a luz da lei do tempo de ocorrência do fato, todos esses elementos que o tipificam.

Aduz que presidem o procedimento administrativo, os princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, este último confirmado no conteúdo material da norma legal. Cita Alberto Xavier, arrimado em Buhler, para dizer que este lembra que a Administração Fiscal não deve ter em mãos cláusulas gerais para a exigência de impostos, ante as circunstâncias de fato de que depende o tributo, deve estar fixadas, o mais rigorosamente possível, numa formulação legal.

Frisa que examinando esses elementos, verifica-se que a Constituição autoriza o Estado Federado (sujeito ativo) a exigir de alguém, que realize operações relativas à circulação de mercadorias, uma prestação pecuniária. Obviamente, esse alguém (sujeito passivo) somente estará no dever de cumprir essa prestação se, efetivamente, realizar a dita operação.

Realça que a lei integrativa da norma constitucional é materialmente a Lei Complementar nº 87/96, que define as operações através da configuração dos seguintes fatos de exteriorização: saída da mercadoria de um estabelecimento comercial, industrial ou produtor; entrada de mercadoria em um estabelecimento da mesma natureza, quando a mercadoria é importada do exterior e o fornecimento de alimentação em bares, restaurantes e similares. Acrescenta que, além de tudo isto, que o sujeito passivo, também definido como sendo alguém que transaciona com coisas móveis obtendo, habitualmente, lucro nessas operações.

Argumenta que por isso é que a lei define as situações ou hipóteses que sujeitam alguém à obrigação de pagar tributos, conforme o art. 114 do CTN. Cita lição do mestre Aliomar Baleeiro, no sentido de que: “Não há dívida de imposto sem que a lei estabeleça o fato gerador”.

Argui a nulidade do Auto de Infração, ressaltando, inicialmente, que se encontra em dificuldade financeira, comercializando produtos enquadrados no regime de antecipação adquiridos no mercado interno.

Invoca o art. 18 do RPAF/99, cujo teor reproduz, para ressaltar que o autuante não entregou quando do lançamento os Relatórios TEF, o que lhe impossibilitou de conhecer os termos do lançamento, o que por si só acarreta nulidade.

Salienta que não bastasse a notória nulidade do Auto de Infração, este não pode prosperar tendo em vista que trabalha com mais de 90% de toda sua mercadoria em regime de Antecipação tributária, o que o torna totalmente improcedente, pela inteligência do art. 352, incisos I e II, do RICMS/BA, cuja redação transcreve.

Diz que resta claro o equívoco de boa-fé por parte do autuante, tendo em vista que trabalha com 90% de suas mercadorias com impostos pagos antecipadamente, não havendo por isso que se falar em falta de recolhimento do imposto.

Evoca e transcreve o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, para consignar que o ordenamento jurídico pátrio se funda numa Constituição onde estão escritos uma série de princípios, de forma implícita e explícita, que devem ser respeitados, haja vista que são eles que servem de lápide para as demais normas do ordenamento jurídico, sendo que, o referido artigo, de forma expressa, garante aos litigantes em processo administrativo a realização da ampla defesa e do contraditório.

Sustenta que teve seu direito constitucional de defesa cerceado, posto que, sequer pode saber de que mercadorias e sobre quais vendas trata o Auto de Infração em lide, pois, os arquivos que deveriam acompanhar o lançamento não foram entregues pelo autuante, o que lhe impossibilitou de checar as alegações e os levantamentos realizados pelo preposto fiscal.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, caso não seja este o entendimento, que sejam entregues os demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante, com a reabertura do prazo de defesa, a fim de que possa exercer seu direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, bem como demonstrar a veracidade de suas alegações. Requer, ainda, o deferimento de todos os meios de provas permitidos em Direito, indicando de logo a juntada posterior de documentos inclusive em contraprova, ouvida de testemunhas, cujo rol oportunamente apresentará para que, seja julgado totalmente o Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 43, contestando, inicialmente, a nulidade arguida pelo impugnante, afirmando que a contestação de nulidade não tem fundamento, tendo em vista que o contribuinte passar por dificuldade financeira não deve ser argumento para se omitir saídas de mercadoria e que o contribuinte recebeu os demonstrativos que são peças do presente Auto de Infração, e o Relatório Diário de Operações TEF, em meio magnético, conforme ciência na fl. 04.

No que concerne ao mérito, invoca e reproduz o artigo 2º, § 3º, inciso VI, bem como o art. 218, mais seus incisos, todos do RICMS/BA, para contestar o argumento defensivo de que trabalha com 90% das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, afirmando que não é o caso, frisando que a defesa alega antecipação tributária, que pode ser parcial ou total, e que a saída sem a emissão da nota fiscal presume a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto. Quanto à alegação defensiva de que houve cerceamento do direito de ampla defesa e do contraditório, afirma que colocou à disposição do autuado todos os demonstrativos, inclusive os do TEF, através de arquivo magnético (CD) conforme recebimento à fl. 04.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

A 1ª JJF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência à INFRAZ/FEIRA DE SANTANA(fls. 45/46), a fim de que o senhor Inspetor Fazendário designasse o autuante ou outro Auditor Fiscal, para que: a) intimasse o contribuinte, no intuito de receber mediante recibo específico, os Relatórios de Informações TEF – Operações contendo todas as suas operações individualizadas informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito/débito e de todos os demonstrativos referentes ao levantamento realizado; b) para que fornecesse dados que possibilitassem o cálculo da proporcionalidade na forma do item 1 da Instrução Normativa nº 56/2007, inclusive, elaborando demonstrativos, se fosse o caso. Foi consignado ainda que deveria ser concedido o prazo de 30 (trinta) dias, a fim de preservar o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte. Caso o autuado atendesse a intimação, deveria o diligente elaborar novo demonstrativo aplicando a proporcionalidade, conforme a Instrução Normativa nº 56/2007.

O autuante se pronunciou (fl. 49), esclarecendo que após tentativa sem sucesso de intimação “in loco”, foi feita a intimação, via AR retornou, sem sucesso, razão pela qual devolveu o processo para que o setor competente expeça edital de intimação para os sócios atenderem a solicitação.

Consta à fl. 50, Edital de Intimação Nº 5/2011, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia de 24/03/2011, onde o autuado foi intimado para atender as solicitações contidas na diligência.

VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade, decorrente de falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento mediante cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito.

Inicialmente, cabe-me consignar que não vislumbro no lançamento a existência de qualquer vício que inquine de nulidade o Auto de Infração. Noto que a infração foi descrita claramente, identificando-se a base de cálculo, o montante exigido, a infração e o infrator. A alegação defensiva de que não recebera os Relatórios TEF foi saneada com a realização de diliggência solicitada por esta 1ª JJF, tendo a repartição fazendária efetuado a entrega dos referidos relatórios, inclusive com a reabertura do prazo de 30(trinta) dias para apresentação de defesa. Também foi solicitado que o autuado apresentasse os dados necessários para apuração da proporcionalidade alegada pelo autuado. Desta forma, não ocorreu quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, capaz de inquinar de nulidade o lançamento, razão pela qual não acolho a nulidade arguida.

O levantamento realizado pela autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, *in verbis*:

“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”.

Observo que o autuado apesar de haver alegado o não recebimento dos relatórios TEF, bem como a inobservância da proporcionalidade por parte do autuante, teve a oportunidade por ocasião da diligência solicitada por esta 1ª JJF de apresentar os elementos que pudessem comprovar a alegada improcedência da autuação, contudo, nada apresentou. Ou seja, apenas alegou sem comprovar.

Vejo que no cálculo do imposto o autuante concedeu o crédito de 8% sobre o valor das saídas omitidas computadas na apuração, bem como tomou como base os critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, por se tratar o autuado de contribuinte optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, agindo conforme manda a legislação do ICMS, especificamente, o artigo 19, §§ 1º e 2º da Lei nº 7.357/98.

Diante do exposto, a infração é integralmente subsistente.

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 **019407.0555/09-0**, lavrado contra **E. B. MAGAZINE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.112,49**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de setembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - JULGADOR