

A. I. Nº - 281318.0904/10- 1
AUTUADO - NÚBIA PINHEIRO DOS SANTOS OLIVEIRA & CIA. LTDA.
AUTUANTE - JOÃO CARLOS MEDRADO SAMPAIO
ORIGEM - INFAS SANTO ANTONIO DE JESUS.
INTERNET - 20 .12. 2011

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0333-01/11

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. Deixou de apresentar quando legalmente intimado. Multa absorvida pela multa aplicada à infração principal, nos termos do §5º, art. 42 da Lei 7014/96. 2. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. 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. Rejeitada preliminar de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 23/09/2010, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$19.677,87 em razão das seguintes infrações:

1. deixou de apresentar as notas fiscais de vendas bem como as leituras “Z” emitidas por ECF quando regularmente intimado, multa por descumprimento de obrigação acessória R\$ 460,00;
2. omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradoras de cartão de crédito, pela qual se exige o ICMS no valor de R\$19.217,87, acrescido da multa de 70%, relativo ao período de janeiro de 2006 a dezembro de 2008, demonstrativos fls. 9/11.

O autuado impugna o lançamento tributário, fls. 34/39, alinhando os seguintes argumentos:

Que o Auto de Infração encontra-se crivado de erros e vícios de forma, tornando-o nulo desde o seu nascimento. Afirma que o Art. 43 do RPAF/BA, que transcreve, veda a lavratura de tributos diversos, no mesmo Auto de Infração e que foi isto que o Autuante fez ao lançar multa fixa e ICMS por omissão de saídas, no mesmo Processo Administrativo Fiscal..

No mérito, afirma que a infração 01 – 16.03.01 cobra uma Multa Fixa por deixar de apresentar Documento(s) Fiscal(is), quando regularmente intimado, entretanto da intimação da folha 08 não consta sua assinatura, portanto, requer o cancelamento da multa.

Com referência a infração 02 – 05.08.01, diz não concordar com os termos constantes neste Auto de Infração, pois não reconhece, em momento algum, ter ocorrido a omissão de saída de mercadoria tributada sem a emissão de documento fiscal.

Frisa que o Auditor não elaborou o levantamento que deu amparo ao lançamento de ofício com base em auditoria dos seus livros e documentos fiscais, conforme determina a legislação tributária.

Salienta que conforme dispõe o artigo 2º, inciso I, do RICMS/Ba, que transcreve, o fato gerador do ICMS é a saída da mercadoria do estabelecimento de contribuinte, inclusive em caso de transferência, assim entendida como a remessa de mercadoria de um estabelecimento para outro, de um mesmo titular, portanto seria ilegal a cobrança de imposto com base em valores apresentados por administradoras de cartões de crédito ou débito, e os valores informados na modalidade cartão de crédito não podem ser considerados fato gerador do ICMS por falta de previsão legal, o que fere o Princípio da Legalidade.

Assevera que considerar os valores creditados pelas Administradoras de Cartão de Crédito como base de cálculo do ICMS fere o Princípio Constitucional da Reserva Legal Tributária ou Legalidade Estrita nos termos do artigo 150, inciso I, da CF/1988 c/c artigo 97, inciso I do CTN que transcreve. Cita doutrina e jurisprudência que diz amparar sua tese de que seria ilegal a lavratura de Auto de Infração com base nos valores informados pelas Administradoras de Cartões de Crédito.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração cancelando-se o suposto crédito tributário reclamado.

O Autuante ao prestar a informação fiscal, fl. 46, diz que a peça impugnativa do autuado não apresenta nenhum fato, prova ou razão de direito que possa elidir quaisquer das infrações a ele imputadas, na medida em que não apresenta nenhum comprovante do ECF/Emissor de Cupom Fiscal – Leitura “Z”, nota fiscal de saída ou qualquer outro documento ou fonte probatória em confronto às omissões de saídas tributadas apontadas.

Salienta que por duas vezes intimou o contribuinte, sendo que em 13.07.2010 o autuado pessoalmente assinou e recebeu a intimação para apresentação dos livros e documentos, sendo novamente intimado em 22/10/2010 e nas duas oportunidades as intimações fiscais foram ignoradas.

Afirma que defesa sem provas possui cunho eminentemente procrastinatório e que é devido à Fazenda Pública o crédito exigido. Conclui pela procedência da autuação.

Considerando que em sua defesa (fls. 34/39), contribuinte alega que não tomou ciência da intimação anexada à folha 08 e que o Autuante não fez o levantamento com base em seus livros e documentos fiscais, considerando ainda, que não consta dos autos que o autuado tenha tomado conhecimento do relatório diário TEF, fls. 12/27, base para apuração do *quantum* devido, em pauta suplementar, ficou decidido que o PAF deveria ser convertido em diligência, fl. 50, para que o fiscal Autuante providenciasse o saneamento das irregularidades alegadas em fase defensiva.

Devidamente intimada, fls. 53/54, contribuinte não atendeu a intimação conforme consta da informação do Autuante, fl. 55.

VOTO

O Auto de Infração em lide refere-se na infração 01, a multa por descumprimento de obrigação acessória, pois, regularmente intimado, fl. 7, deixou de apresentar as notas fiscais de vendas bem como as leituras “Z” emitidas por ECF, e na infração 02, exige ICMS em decorrência da 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 fornecido por instituição financeira e administradoras de cartões.

O autuado impugna o lançamento fiscal suscitando a nulidade, pois entende ter havido exigência de tributos diversos, multa fixa e ICMS por omissão de saídas no mesmo Processo Administrativo Fiscal, contrariando o art. 43 do RPAF/BA.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada, pois contribuinte incorre em equívoco ao entender que multa e cobrança de imposto seriam exigências de diferentes tributos. Compulsando os autos, vejo

que a ação fiscal consistiu na cobrança do ICMS pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, obrigação principal, e multa pela falta de apresentação à fiscalização de sua documentação fiscal quando regularmente intimado, descumprimento de obrigação acessória. Verifico que foram cumpridas as formalidades legais exigidas para a lavratura do auto de infração e o procedimento fiscal não violou as regras contidas no artigo 18, e no art. 43 do RPAF/BA.

Constato que, embora o contribuinte tenha realizado diversas operações de vendas de mercadorias cujo pagamento foi realizado através de cartão de crédito/débito, durante os exercícios de 2006 a 2009, conforme fazem prova o Relatório TEF com as operações diárias do contribuinte, fls. 12/27, informadas pelas Administradoras de Cartão de Crédito ou Débito, o Autuado não apresentou qualquer documento, notas ou cupons fiscais, que dessem amparo a estas operações.

Conforme demonstrativo do levantamento elaborado pelo Autuante, fls. 09/11, tendo em vista que o Autuado não usou ECF, nem tampouco emitiu nota fiscal no período fiscalizado, presumiu-se a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter realizado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartões, conforme previsão do art. 4º, §4º da Lei 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, *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.”

Considerando que em sua defesa (fls. 34/39), contribuinte alega que não tomou ciência da intimação anexada à folha 08 e que o autuante não fez o levantamento com base em seus livros e documentos fiscais, além de não constar dos autos que o autuado tivesse tomado conhecimento do relatório diário TEF, fls. 12/27, base para apuração do *quantum* devido, em pauta suplementar, ficou decidido que o PAF deveria ser convertido em diligência para que o fiscal autuante tomasse as seguintes providências: a) fornecer cópia mediante recibo do relatório TEF, fls. 12/27, ao autuado; b) intimar o contribuinte a apresentar documentos relativos ao período fiscalizado que alega ter em seu poder, correlacionando cada um dos documentos (notas fiscais ou boletos) com as operações constantes no relatório TEF (fls. 12/27); c) caso ficasse comprovado que alguma operação informada pelas administradoras de cartão tenha sido acompanhada pelo correspondente documento fiscal, deveria o diligenciador excluir da autuação; d) Intimar o autuado a apresentar o levantamento mensal, das entradas e saídas de acordo com a situação tributária (tributadas, antecipadas e isentas), e aplicar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007.

O Autuante intimou o contribuinte para atendimento da diligência solicitada pelo CONSEF, que tomou ciência da intimação, fls. 53/55 e não se manifestou.

Constato que o Autuado não trouxe aos autos elementos hábeis de prova para elidir a acusação fiscal referente às infrações apontadas no Auto de Infração. O Autuante, ao contrário, trouxe aos autos farta documentação para embasar a autuação, inclusive com a ciência e assinatura do autuado nos documentos relativos aos levantamentos e demonstrativos realizados, apontando as irregularidades cometidas pelo sujeito passivo.

Acolho os valores apurados pelo Autuante, pois o procedimento atendeu às normas que o regulamentam, inclusive com a concessão do crédito presumido, conforme planilha, fls. 09 a 11 deste Processo Administrativo Fiscal.

Em atendimento ao disposto no §5º do Artigo 42 da Lei 7.014/96, determinando que a multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator, como é o caso em análise, considero a infração 01, multa fixa pelo descumprimento de obrigação acessória, absorvida pela multa da infração 02, obrigação principal, que restou devidamente caracterizada.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281318.0904/10-1, lavrado contra **NÚBIA PINHEIRO DOS SANTOS OLIVEIRA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.217,87**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR