

A. I. N° - 281211.0028/11-8
AUTUADO - PONTO ILHA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - TERTULIANO ESTÊVÃO DE PINHO ALMEIDA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET 18.06.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0165-05/12

EMENTA: ICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Divergência entre o valor recolhido e valor registrado no livro Apuração de ICMS. O demonstrativo fiscal acostado aos autos incluiu na mesma apuração do débito as diferenças verificadas do confronto das vendas efetuadas pelo estabelecimento autuado com pagamentos mediante cartão de crédito e/ou débito e os valores apresentados pela administradora dos cartões e a diferença entre os valores efetivamente recolhidos e aquele lançado nos livros fiscais. Fato que traz insegurança na determinação da ocorrência de uma ou outra exigência e na determinação dos valores devidos. A infração é nula, nos termos do art. 18, IV, "a", do RPAF/99. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado, em 27/10/11, para exigir ICMS no valor de R\$ 23.015,22, em razão da apuração de fato descrito da forma seguinte: recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS. Consta ainda que o contribuinte recolheu a menor o ICMS calculado sobre a Receita Bruta do período de janeiro de 2006 a junho de 2007, no valor de R\$ 23.015,22. Multa de 60%.

O autuado apresenta defesa (fls. 75 a 78). Suscita, preliminarmente, a nulidade do auto de infração pela ausência de descrição de forma clara dos fatos considerados como infração tributária. Argui que o agente fazendário lavrou o auto de infração em referência sob o fundamento de ter o impugnante recolhido a menor ICMS em decorrência de desencontro entre os valores de imposto recolhido e aquele escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, mas nos demonstrativos detalhados dos débitos por exercício, vislumbra-se que o auditor fiscal identificou diferenças de ICMS a recolher nos meses de janeiro e fevereiro de 2006, respectivamente nos valores de R\$1.504,59 e R\$252,00, em virtude da variação entre o Livro de Apuração e o montante de vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito.

Diz que, no entanto, a suposta infração não fora sequer descrita na narrativa da autuação, bem como não foi apontado qualquer fundamento legal a sustentar a cobrança e que tal omissão mostra-se divorciada do princípio pelo que todo e qualquer ato do procedimento administrativo fiscal que o componha deve estar baseado em expressa fundamentação legal e fática, sob pena de invalidade.

Descreve o princípio da tipicidade cerrada como princípio do direito tributário, propiciando ao sujeito passivo verificar a efetiva subsunção da norma jurídica ao evento do mundo fenomênico, isto é, a constatação da efetiva incidência da norma tributária. Insiste que, na hipótese em análise, a omissão da descrição fática e a indicação do fundamento legal do tributo cujo pagamento lhe é exigido viola os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, impossibilitando a cabal irresignação em face do ato que se tenta impugnar.

Insiste que a indispensabilidade de tal descrição está prevista no art. 129, §1º, inciso V do Código Tributário do Estado da Bahia e ratificado pelo art. 39 RPAF BA.

Pede a nulidade parcial do auto de infração, a produção de provas pelos meios permitidos no direito, a juntada dos documentos anexos, além da realização de diligência e de perícia fiscal.

Na informação fiscal (fls. 96 a 98), o autuante repete os termos do auto de infração e explica que os trabalhos foram desenvolvidos em razão da Ordem de Serviço 510119/11 e para a apuração foram utilizados os informes constantes dos livros de Apuração de ICMS, relatórios do sistema INC e relatórios TEF anual, relativos aos exercícios fiscalizados.

Contesta a nulidade suscitada pelo autuado, afirmando que “*após a transcrição para o auto de infração dos períodos onde ocorreram os fatos geradores, encontra-se o fundamento legal do enquadramento e da multa aplicada, os quais estão devidamente sublinhados à mão, o que viemos a deduzir ter sido realizado por algum preposto ou representante da empresa*”.

Explica que anexou planilha da origem dos valores apropriados no auto de infração considerando o maior valor encontrado, fosse o declarado no INC ou efetivamente recolhido. Exemplifica com o procedimento utilizado no mês de fevereiro 2006: a) registrado no livro de saída – R\$ 63.752,71, com ICMS de 4% - R\$ 2.550,11; b) Diz que o autuado declarou R\$ 1.923,32 e efetivamente recolheu R\$ 2.564,65; c) as administradoras de cartões informaram uma venda de R\$ 70.416,34, que representou uma diferença em relação ao Livro de Apuração de ICMS de R\$ 6.663,63; d) o ICMS a recolher 4% sobre R\$ 70.416,34 seria de R\$ 2.816,65; e) abateu de R\$ 2.816,65 o valor do ICMS recolhido R\$ 2.564,65, e apurou a diferença exigida no mês, no valor de R\$ 252,00.

Finaliza pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Lavrado o presente Auto de Infração para exigir ICMS no valor de R\$ 23.015,22, em razão do recolhimento a menor de ICMS, em face do desencontro entre os valores do imposto efetivamente recolhido e aquele escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS.

O sujeito passivo argui nulidade do feito fiscal, sob o argumento da falta de clareza na descrição dos fatos que deram origem a constituição do crédito tributário, identificados sob o fundamento de ter o impugnante recolhido a menor ICMS, ao tempo em que faz referência à variação entre o Livro de Apuração e o montante de vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito. Reclama que a suposta infração sequer está descrita na narrativa da autuação, contrariando o princípio da tipicidade e demais princípios do devido processo legal.

Examinando os autos do processo, verifico que a constituição do crédito tributário tem assento na exigência de ICMS recolhido a menos em função do desencontro entre os valores recolhidos e os valores registrados nos respectivos livros fiscais.

A partir do livro fiscal verifico que o contribuinte, cadastrado na atividade de restaurantes (CFOP 5611/20-1) calculava o ICMS a recolher mensalmente com base na receita bruta, nos termos do art. 504, RICMS BA, com a exclusão dessa receita das operações tributadas pelo regime de substituição tributária por antecipação, como é a provisão da legislação que rege a espécie.

No seu demonstrativo fiscal, o autuante, além de consignar tal diferença, incluiu na mesma apuração de possíveis débitos em desfavor do contribuinte, diferenças verificadas quando do confronto das vendas efetuadas pelo estabelecimento autuado, e com pagamentos mediante cartão de crédito e/ou débito e os valores apresentados pela administradora dos cartões de crédito e /ou débitos.

Ocorre que a apuração de diferenças em relação aos valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, determina a presunção legal

de ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção.

No caso, além de o procedimento adotado pelo agente fiscal não contemplar a possibilidade de comprovação da improcedência da presunção por parte do autuado, com a entrega do respectivo relatório TEF por operações diárias, a exigência imposta em razão de desencontro entre os valores recolhidos e o registrado nos livros fiscais e a exigência de imposto por presunção legal são infrações que têm natureza tributária diversa e não poderiam ser resumidas num mesmo tipo tributário, em face do princípio da tipificação cerrada, argumento do autuado.

Acolho a alegação defensiva de cerceamento no seu direito de defesa, visto que os fatos geradores do ICMS só podem decorrer da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defeso o lançamento tributário lavrado sem a observância da exata materialidade, com base de cálculo correspondente, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

Em face do acima exposto, a infração é nula, por falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, o infrator e o montante devido, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Voto, portanto, pela NULIDADE do Auto de Infração, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº 281211.0028/11-8, lavrado contra **PONTO ILHA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de maio de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA