

A. I. Nº - 115236.0029/12-9
AUTUADO - SERAFIM SOUZA COMÉRCIO DE BIJOUTERIAS LTDA
AUTUANTE - JOSE DO CARMO DAS MERCES MARQUES
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET 03.04.2013

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0052-04/13

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AQUELE FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. 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. Contribuinte comprova que foi aplicada alíquota de 27%, onde a alíquota correta é de 17%. Infração subsistente em parte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 09/03/2012, para exigir ICMS no valor de R\$ 64.435,04, em decorrência da constatação de omissão de saída de mercadoria tributada 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 administradora de cartão de crédito, relativo ao exercício de 2010, com ICMS exigido de R\$ 64.435,04.

O contribuinte ingressou com defesa tempestiva, às fl. 28-31 dos autos e documentos anexos, onde aduz que o Auto de Infração atacado é composto de uma sequência de equívocos e impropriedades que dificulta e embaraça a defesa, e o seu destino só pode ser a declaração de sua “nulidade” na forma regulamentar, o que desde já fica requerida pela defesa nos termos que passo a expor:

Inicia seus argumentos de defesa, destacando que o autuante, na peça inaugural (descrição dos fatos) apresenta a seguinte expressão “*as operações realizadas pelo contribuinte no valor de R\$ 64.435,04*”. Alega então, que esse valor, no Auto de Infração, é o valor do ICMS exigido e não a base de cálculo da autuação.

Diz, ainda, não obstante a sua denominação social declarar o desenvolvimento de comércio de bijuterias, o que se confirma através da consulta pública do cadastro existente na SEFAZ - comércio varejista de suvenires, bijuterias e artesanatos - o autuante apontou, no lançamento de que hora se contesta a desautorizada alíquota de 27%.

Assim destaca que estes equívocos por si só já seriam suficientes para a declaração de nulidade do Auto de Infração atacado vis a vis às disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia no que depreende o art. 18 que o cita.

Alega, que é inolvidável que o auto de infração incorre em nulidade, pois, além de cercear a defesa do acusado é desfundamentado em sua construção. Observa que a aplicação da alíquota de 27% não é uma prerrogativa ao talante do autuante, ela decorre da lei, nas situações em que esta específica dada a tipicidade cerrada insita ao poder de tributar. Em seguida cita os art. 50, inciso I e art. 51, inciso II, alínea “g” itens 1 e 2 do Regulamento do ICMS baiano, que os destacam.

Destaca que a lei disse que a alíquota de 25% acrescido de 2% relativo ao adicional de pobreza só se aplica às joias, metais preciosos e/ou pérolas naturais, dentre outras, excluindo textualmente os artigos de bijuteria ou michelin. Como a atuada autua no ramo de comércio varejista de suvenires, bijuterias e artesanatos e o ilustre autuante, não comprovou, através de documento hábil que as saídas apuradas através da operação Cartão de Crédito se trataram daquelas previstas no artigo 51 do RICMS-Ba retromencionado, o que não pode prosperar a exação, pois, configura-se ato fora da previsão legal.

Ante o exposto, destaca que lhe compete fulminar de nulidade o Auto de Infração atacado. Caso e por absurdo as preliminares anteriormente arguidas venha a ser ultrapassadas é um imperativo que seja determinado o recálculo dos valores do imposto apurados no AI, de sorte a adequá-lo à realidade negocial da autuada, isto é, a aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo resultante das Operações com Cartão de Crédito, que a atuada não contesta.

Logo conclui que, sobre a base de cálculo de R\$ 238.648,29 deve ser aplicada à alíquota de 17% totalizando R\$ 40.570,21, sendo que, deste valor deve-se deduzir o crédito presumido de 8% (R\$19.091,86) por tratar-se de microempresa comercial. Desta forma reconhece o débito exigido pelo Auto de Infração I no valor de R\$21.478,35, correspondente a diferença entre R\$40.570,21 e R\$19.091,86.

O Auditor Fiscal apresenta sua Informação Fiscal à fl. 47, aduzindo que o trabalho da ação fiscal foi de “*operação de cartão de credito*” e as operações realizadas pelo contribuinte. Informa que o período abrangeu o período de 01/01/2010 a 31/12/2010, onde foi apurado um débito a recolher de R\$ 64.435,04. E diz que, por um lapso, o contribuinte foi considerado vendedor de jóias. Isso porque o seu nome de fantasia é “*mércia jóias*” quando na verdade a sua atividade econômica é 4789001 – comércio varejista de suvenires, bijuterias e artesanatos.

Pelo erro ocorrido, foi aplicado sobre a base de cálculo apurada de R\$238.860,32 uma alíquota de 27%, gerando o valor a recolher de R\$ 64.435,04. Destaca, também, o autuante de que o contribuinte, no período da ação fiscal, é apuração normal, por isso não foi atribuído o crédito presumido de 8%.

Assim, em conformidade com as informações apresentadas, foi elaborada uma nova planilha, acostada aos autos às fls. 48-51, com os valores reais a recolher de R\$ 40.570,21, valor este histórico, mais multa e correção monetária.

Conclui dizendo que, na certeza do senso que norteia os ilustre pares do Conselho de Fazenda, espera que o referido Auto de Infração seja considerado com os valores novos apurados.

VOTO

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS, no montante de R\$ 64.435,04, em decorrência da constatação de omissão de saída de mercadoria tributada 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 administradora de cartão de crédito.

No mérito o autuado reconhece a autuação, porém argúi a declaração de nulidade do Auto de Infração, invocando os termos do art.18 do RPAF/99, pelo cometimento de erro do autuante, na descrição dos fatos da autuação, em destacar que o valor das operações realizadas pelo contribuinte, que originou a presunção de omissão de saída de mercadorias tributadas em valor inferior ao fornecido por instituições financeira, foi de R\$ 64.435,04, onde o correto seria de R\$238.648,29, uma vez que esse valor de R\$ 64.435,64 corresponde ao valor do ICMS exigido, com a aplicação da alíquota de 27%, que também é outro equívoco do autuante, pois a alíquota seria de 17%.

Inicialmente, há de se ressaltar que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, o qual exerceu o seu direito de defesa com plenitude. Relativamente a inquirição do

autuado quanto a argüição da nulidade, com fundamento no princípio da formalidade que rege o processo administrativo fiscal, encartado no art. 18 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09/07/1999, não vejo como lograr êxito, já que o § 1º do mesmo diploma legal, a seguir destacado, assinala que as eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza do ilícito, o sujeito passivo e o montante do débito.

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo. (Grifo nosso)

Da análise das peças processuais, observa-se que o autuante cometeu apenas o erro de apresentar na descrição dos fatos da autuação de que o valor das operações realizadas pelo contribuinte, que originou a presunção de omissão de saída de mercadorias tributadas em valor inferior ao fornecido por instituições financeiras, foi de R\$ 64.435,04, onde o correto seria de R\$238.648,29, porém as Planilhas de Cálculo (fls.08-12), que dão sustentação ao demonstrativo de débito da infração, estão devidamente corretas.

Relativamente ao erro na aplicação da alíquota de 27% onde o correto seria de 17%, foi devidamente corrigida pelo Fiscal Autuante na sua informação fiscal, o que o fez constituir uma nova Planilha de Cálculo (fls. 48-51), gerando um novo demonstrativo de débito da infração, em que foi dada ciência (fls.53-54) ao autuado, no que prevê a norma legal, sem nenhuma manifestação contraria.

Aliás, o próprio autuado, nas suas argumentações de nulidade, já concorda com tais correções, porém invoca o direito a dedução do crédito presumido de 8%, no valor de R\$ 19.091,86, por entender se tratar de microempresa comercial, o que não é correto, conforme a propositura do autuante em sua informação fiscal à fl.47, que endosso, uma vez que no período da ação fiscal o autuado estava regido pelo regime de apuração Normal do ICMS.

Compulsando as peças processuais que compõe o Auto de Infração, observa-se às fl. 18 e 32 informações de dados cadastrais do Contribuinte, junto a Fazenda Pública do Estado da Bahia, atesta em campo próprio, de que o contribuinte tem o regime de apuração por Conta Corrente Fiscal, isto é, regime de Apuração Normal do ICMS, não fazendo jus ao crédito presumido de 8%. Tal crédito, consubstanciado no § 1º do art. 19 da Lei. nº 7.357, de 04/11/1998, faz jus os contribuintes optantes do Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, que não é o caso em análise.

No mérito, a infração apontada encontra amparo nas disposições contidas no art. 4º, §4º, VI, “b” da Lei nº 7.014/96, a seguir descrito:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

...

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

Em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, o dispositivo que a autoriza pressupõe que a diferença apurada pelo fisco não esteja plenamente comprovada e, em sendo uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário, cabe ao sujeito passivo trazer aos autos as provas de que os fatos não ocorreram, o que não é a pretensão fiscal. Nas razões, o sujeito passivo requer apenas que se faça a correção da alíquota aplicada de 27%

para 17%, bem como a concessão do crédito presumido de 8% inserto nos dispositivos do § 1º do art. 19 da Lei nº 7.357, de 04/11/1998

Assim acolho os novos valores apontados pelo Fiscal Autuante na sua informação fiscal onde o débito original da infração é alterado de R\$64.435,04 para o valor de R\$40.570,22, por ter efetuado a correção na aplicação da alíquota de 27% para a alíquota correta de 17% no que depreendem os incisos I do art. 50 e II, alínea “g” do art. 51, do RICMS/79, aprovado pelo Decreto nº 6.284 de 14/03/1997, bem assim, o não acolhimento ao pedido do crédito presumido de 8% aventado pelo autuado, por não ser devido aos contribuintes com apuração do ICMS na modalidade de Conta Corrente Fiscal ou ICMS Normal na forma da legislação.

Desta forma, diante de tais considerações, o Auto de Infração é subsistente em parte no valor de R\$ 40.570,21, conforme a seguir:

| Data Ocorr | Data Vencto | Valor Histórico |
|-------------------|--------------------|------------------------|
| 31/01/2010 | 09/02/2010 | 6.643,48 |
| 28/02/2010 | 09/03/2010 | 3.331,45 |
| 31/03/2010 | 09/04/2010 | 7.316,59 |
| 30/04/2010 | 09/05/2010 | 1.171,78 |
| 31/05/2010 | 09/06/2010 | 7.091,38 |
| 30/06/2010 | 09/07/2010 | 4.596,14 |
| 31/07/2010 | 09/08/2010 | 1.140,24 |
| 31/08/2010 | 09/09/2010 | 4.310,31 |
| 31/09/2010 | 09/10/2010 | 375,36 |
| 31/10/2010 | 09/11/2010 | 1.178,01 |
| 30/11/2010 | 09/12/2010 | 1.395,92 |
| 31/12/2010 | 09/01/2011 | 2.019,56 |
| TOTAL | | 40.570,22 |

Do 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 115236.0029/12-9, lavrado contra **SERAFIM SOUZA COMÉRCIO DE BIJUTERIAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$40.570,22**, acrescido das multas de 70% sobre o valor de R\$9.974,93 e 100% sobre R\$30.595,29, previstas no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA