

A. I. N° - 232183.0038/12-7  
AUTUADO - E L DE OLIVEIRA CONFECÇÕES LTDA.  
AUTUANTE - EDSON DOS SANTOS VASCONCELOS  
ORIGEM - INFRAZ VAREJO  
INTERNET - 24.07.2013

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0140-02/13**

**EMENTA: ICMS.** 1. 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. Infração caracterizada. 2. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTESIMPLES NACIONAL. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA APLICADA A MENOS. NÃO RECOLHIMENTO DE PARTE DO ICMS. Provado o cometimento da infração. Rejeitado o pedido de nulidade. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 20/11/2012, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$27.501,35, em razão de:

INFFRAÇÃO 01 – 17.03.02 - Omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, com ICMS devido no valor de R\$15.123,74.

INFFRAÇÃO 02 – 17.02.01 – Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, no valor de R\$12.377,61, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menor.

O autuado, folhas 192 a 204, impugnou o lançamento tributário, inicialmente arguindo nulidade das “notificações”, alegando que o Demonstrativo elaborado pelo autuante deveria relacionar todas as notas fiscais, discriminando-as uma a uma, sendo tal requisito indispensável para configurar a infração cometida, identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, devendo observar os seguintes requisitos:

- a. Nome e qualificação do autuado;
- b. O local, a data e a hora da lavratura do auto;
- c. A descrição clara e precisa do fato;
- d. A descrição da disposição legal infringida, bem como a legislação utilizada para a aplicação de juros e correção monetária;
- e. A exigência a ser cumprida;

- f. A intimação para cumprir a exigência ou impugná-la dentro do prazo legal;
- g. A assinatura do autuante e do autuado, quando possível;
- h. A indicação da repartição aonde correrá o processo.

Frisa que o cumprimento dos requisitos acima tem como única e exclusiva finalidade assegurar ao autuado o direito constitucionalmente previsto da ampla defesa, pois, somente com preenchimento de todos os requisitos, permitirá a obtenção de informações seguras para a elaboração da defesa.

Salienta que, ante esta falha, originou a apuração de valores indevidos, no levantamento das notas fiscais dos produtos importados, pois denota que o fiscal auferiu valores aleatórios, corroborados pela documentação que anexa: Auto de Infração n.º 232183.0038/12-7. Além dos erros citados acima, no tocante aos valores apurados, verifica-se que o autuado não observou a existência do pagamento do ICMS antecipado em todos os meses de 30/06/2008 a 31/12/2011, posto que em seu auto de infração não constou nenhum valor devidamente recolhido de forma antecipada e que deveria ter sido abatido.

Ressalta que todas as vendas que o autuado realizou neste período com a utilização da máquina de cartão, seja de débito ou de crédito, relacionou devidamente a venda e pagou corretamente o imposto devido, emitindo por consequente Nota Fiscal respectiva para cada operação, entendendo ser indevida qualquer alegação de não pagamento de imposto devido.

Aduz que o ICMS das Notas Fiscais descrita no Auto de Infração, que tiveram o ICMS recolhido por antecipação, pelo fabricante, não foi abatido do valor do imposto devido, gerando mais uma causa de nulidade, corroborando as alegações de iliquidez e incerteza dos autos de infração.

Sustenta que a falta da discriminação das notas fiscais que tiveram impostos pagos por antecipação tributária não foram considerados, resultando em erro do autuante, fato é causa de nulidade, por desobedecer ao Art. 142 do CTN, quando legisla: *Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Aduz que a igualdade constitucional que previsiona a plena defesa, faz ver que os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulas as notificações aqui objeto, dado que deixa de informar as notas fiscais, emitentes e valores corretos que geraram a emissão da notificação, cerceando a plena defesa, citando doutrina sobre o tema.

E ainda, além da nulidade acima mencionada, alega outra nulidade, pois as notificações não descrevem como deveriam a legislação aplicável na correção monetária, bem como nos juros utilizados para o cálculo das multas delas advindas, acarretando em novo cerceamento de defesa.

Em vista dos fatos acima alocados, entende que deve ser declarado nulo o auto de infração e consequente inexigibilidade das multas aplicadas para a perfeita observação dos ditames legais e jurisprudenciais. Se assim não entendido, requerer a realização de diligência para a constatação dos reais valores devidos.

Ao tratar do mérito da autuação, diz entender que o Auto de Infração ofende à igualdade das partes, sendo tal igualdade garantida pela Constituição Federal Brasileira.

Tece comentários sobre a pesada carga tributária e sustenta que as leis são confusas, obscuras, entendo que são apenas mais uma bandeira da burocracia que destrói nosso País.

Entende que a Receita Estadual pode ser comparada as grandes instituições financeiras, que "trabalham" com o dinheiro dos correntistas, pois o ICMS sobre a importação é cobrado da empresa antecipadamente, ou seja, na entrada do produto no país, momento no qual a Receita utiliza-se do montante arrecado.

Argumenta que, no caso em tela, verifica-se que a notificada, apesar de não ter recolhido o ICMS antecipado, não se creditou dos valores devidos ao referido imposto. Não recolhendo, e também

não se creditando dos valores de ICMS, inexiste obrigação tributária, comprometendo assim a validade dos autos de infração objetos da defesa.

Assegura que o valor alocado pelas notificações e as multas impostas, são reveladores da integral incapacidade de pagamento, quer pelo patrimônio empresarial, quer pelo patrimônio pessoal, enfatizando a prática, vedada pela Constituição Federal, de ofensa aos direitos dos contribuintes e ainda, de defesa do consumidor.

Aduz que as multas, conforme legislação atualmente em vigor, somente poderiam ser de 2% (dois por cento) sobre o valor corrigido, e não no percentual que restou imposto a notificada, o qual não consta nos autos de infração, citando legislação, apresentando doutrina e jurisprudência de outro tribunal sobre o tema. Destaca que poderia até se refugiar nas Leis e Decretos produzidos pelo próprio interessado, esquecendo-se do conceito de que LEI para ter VALIA, precisa e deve ser LEGAL, MORAL e CONSTITUCIONAL.

Entende que a multa, se mantida, deve ser reduzida aos parâmetros legais e convencionais. Em caso de entendimento contrário, é necessária a elaboração de nova planilha contábil, expurgando-se a capitalização, reduzindo as multas e os juros incidentes sobre o valor principal aos índices preconizados em lei, primando pela observância dos dispositivos legais.

Em relação a infração 01, discorda da mesma, primeiro porque a empresa autuada sempre pagou de maneira correta todos os seus tributos no prazo legal, e segundo porque não são verdadeiras as declarações contidas no Auto de Infração, face aos seguintes fatos e fundamentos que passa a expor:

*“Com relação a todas as ocorrências citadas neste item, ou seja desde a de 30/06/2008 até a última de 31/12/2011, todas tiveram o imposto de antecipação fiscal devidamente recolhidos sobre as Notas Fiscais, e tais valores não foram devidamente abatidos do valor do Auto, e também os Créditos Fiscais deste período, não tiveram seus valores anotados pelo Sr. Fiscal, e não foram alvo de abatimento para a quantificação do valor do Auto de Infração, onde o Sr. Fiscal limita-se a alegar que sobre tais Notas Não foram recolhidos os impostos de ICMS pelas vendas efetuadas com cartões de crédito e de débito de consumidores finais.*

*Face ao exposto, e devido a tais irregularidades quando da lavratura do Auto de Infração, é Nula e indevida a cobrança do ICMS relativo a estas ocorrências, visto que quase todas tiveram o ICMS, por antecipação tributária, pagos, seja pelo Fabricante ou Pela Notificada, como provam os DAE’s que estão no sistema de arrecadação Fiscal - Sintegra.*

*Deve portanto ser excluído ou abatido tais valores deste Auto de Infração, bem como por consequência a respectiva multa, por ser de direito e de justiça.”*

Quanto a infração 02, também discorda da autuação, primeiro porque a empresa notificada sempre pagou de maneira correta os seus tributos no prazo legal, conforme relato a seguir:

*“Com relação a todas as ocorrências citadas neste item, ou seja, de: 31/08/08 a 31/12/2011, todas tiveram o imposto de antecipação fiscal devidamente recolhidos em seus valores devidos sobre as Notas Fiscais, e não a menor como indevidamente alegou o Sr. Fiscal, e tais valores não foram devidamente abatidos do valor do Auto, e também os Créditos Fiscais deste período supra mencionado acima, não tiveram seus valores anotados pelo Sr. Fiscal, e não foram alvo de abatimento para a quantificação do valor do Auto de Infração, onde o Sr. Fiscal limita-se a alegar que sobre tais Notas Não foram recolhidos os impostos de ICMS*

*Face ao exposto, e devido a tais irregularidades quando da lavratura do Auto de Infração, é Nula e indevida a cobrança do ICMS relativo a estas ocorrências, visto que quase todas tiveram o ICMS, por antecipação tributária, pagos, seja pelo Fabricante ou Pela Notificada, como provam os DAE’s que estão no sistema de arrecadação Fiscal - Sintegra. ‘*

Tece comentário sobre compensação no Direito Tributário, citando o art. 170 do C.T.N. e jurisprudência de outro tribunal, para requerer o abatimento do valor devido do ICMS deste auto de Infração, com o valor que já foi devidamente recolhido e pago aos cofres da SEFAZ no mesmo período.

Em seu entendimento, não vulnerou o autuado quaisquer normas da legislação estadual, muito menos cometeu atos irregulares, para sujeitar-se às cominações que se lhe venha impingir a “notificação Fiscal” em referência.

Ao final, requer, alternativamente, a nulidade, a realização de diligência, a improcedência do Auto de Infração, o recálculo do real valor devido, expurgando-se ainda dos cálculos a capitalização e os demais acréscimos ilícitos, intimando-se a aqui notificada de todo o andamento do processo administrativo para regular exercício da ampla defesa.

Requereu, ainda, a possibilidade de juntada posterior de outros documentos que comprovem o pagamento de ICMS, não juntados no momento defesa, face ao Banco não ter fornecido a cópia de todos os DAE's pagos no período supramencionado.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 210 a 214, aduz que de uma simplória análise da peça defensiva, vê-se que as alegações trazidas pela mesma, são meros argumentos, frágeis, sem qualquer fundamentação e consistência jurídicas, devendo, pois, serem rejeitados pelos Julgadores. Inicialmente, ressalta que o presente PAF cuida do AUTO de INFRAÇÃO e não de NOTIFICAÇÃO FISCAL. Tal ressalva se faz necessária, tendo em vista que a autuada em sua defesa utiliza equivocadamente a expressão “Notificações”.

Assegura que não há qualquer procedência as alegações iniciais da autuada em tópico intitulado “DA NULIDADE DAS NOTIFICAÇÕES”. É que, examinando-se o Auto de Infração lavrado e os documentos a ele acostados, verifica-se que o autuante obedeceu a legislação tributária baiana, inclusive, todos os requisitos previstos no RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), estando, portanto, o procedimento fiscal dentro da mais absoluta legalidade.

Ressalta que a autuação fiscal foi respaldada em Demonstrativos de Apuração de ICMS Simples Nacional, fls. 18 a 45, nos quais o autuante anexou mídia contendo informações fiscais informadas por parte da autuada de mercadorias provenientes de saídas, em que a mesma deixou de efetuar ou recolheu a menor o ICMS Simples Nacional.

Salienta que tais Demonstrativos foram entregues a autuada, através de sua representante legal, consoante recibos constantes nos autos, às fls. 15 e 16.

Diz que as alegações da autuada de que o autuante deixou de discriminar as notas fiscais e abater os impostos pagos, não condizem com a realidade.

Aduz que as multas aplicadas e acréscimos tributários estão previstos na legislação baiana, não havendo qualquer ilegalidade em suas cobranças. Ficando evidente, assim, que não houve qualquer óbice ao exercício do direito de ampla defesa e do contraditório pela autuada. Em outras palavras, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa da autuada. Não há, portanto, nenhuma situação nos autos que contrarie as disposições contidas no RPAF/BA (Decreto nº 7629/99).

Destaca que sequer a autuada apresentou quaisquer dados e valores objetivos, cálculos, levantamentos e demonstrativos que sustentem as suas alegações.

Quanto ao pedido de diligência, entende que não merece acolhimento, vez que não há dúvidas quanto aos débitos tributários cobrados no Auto de Infração. Eles estão alicerçados de forma clara e perfeita nos Demonstrativos de Apuração do ICMS acima citados e documentos acostados pelo autuante. Além disso, é a própria fragilidade das alegações da autuada que fulmina tal pretensão. Portanto, as alegações frágeis da autuada, contidas no seu item “NULIDADES DAS NOTIFICAÇÕES”, ratificam todos os termos da autuação fiscal.

Quanto à questão de mérito abordada pela autuada, entende que também é improcedente, já que traz fatos e alegações que não retratam a realidade, pois é desprovida de respaldo jurídico, não merecendo ser acolhida.

Em relação às alegações da defesa de que o autuante não anotou e abateu os valores de créditos fiscais de 30/06/2008 a 31/12/2011, afirma que são totalmente descabidas e sem quaisquer fundamentos.

Observa que a autuada ao contestar o Auto de Infração, limitou-se, apenas, a apresentar meras e singelas alegações. Jamais contestou as Infrações tipificadas no Auto de Infração, que dizem respeito ao ICMS SIMPLES NACIONAL. Não trouxe a autuada aos autos, as provas capazes de ilidir

o feito fiscal, a autuada ao exercer o seu direito de defesa, não apontou especificamente e objetivamente quaisquer erros e/ou inconsistências em valores e/ou cálculos do levantamento fiscal, que resultou na apuração do referido imposto. Enfim, a autuada, apenas, em sua defesa, negou o cometimento de infrações relativas ao ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL, que nada tem haver com as infrações elencadas no Auto de Infração lavrado.

Reitera que nada ter a ver com o caso em tela as alegações da defesa, que referem-se, exclusivamente, ao ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL, pois o presente Auto de Infração trata especificamente de exigência de ICMS SIMPLES NACIONAL e não de ICMS ANTECIPAÇÃO PARCIAL.

Em relação as multas aplicadas e acréscimos tributários, frisa que são previstos pela legislação, não havendo nenhuma ilegalidade nas suas cobranças.

#### VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência de 02 duas infrações que se encontram relacionadas. Na primeira infração é imputado ao autuado ter omitido saídas de mercadorias tributadas 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 de cartão de crédito. Na segunda, é decorrente de ter deixado de recolher valores referentes ao Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte-Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos.

Portanto, não resta dúvida que a infração 02 é decorrente da infração 01, razão pela qual o exame da questão será feito conjuntamente.

Inicialmente, em relação a argüição de constitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. De igual modo, aponta claramente o local, a data e a hora da lavratura do Auto de Infração, fl. 01 dos autos, a exigência a ser cumprida. A intimação foi devidamente assinada pelos autuante e autuado, fl. 03 dos autos, constando o prazo legal para recolher o débito ou apresentar de defesa, sendo indicado a Inspetoria de Origem do lançamento tributário, fl. 01, ou seja, INFRAZ/VAREJO.

Também observo que o autuado recebeu cópia do Demonstrativo de Débito, fls. 04 a 07 dos autos, constando, detalhadamente, a indicação da infração, Data da Ocorrência, Data de Vencimento, Base de Cálculo, Alíquota, o Débito, o Percentual da Multa aplicada, Acréscimos Monetária, o Valor da Multa, o Total de cada parcela e os Valores Sujeitos a Redução.

No tocante a alegação de que o autuante teria deixado de considerar valores recolhidos antes da ação fiscal, cabe salientar que não se trata de questão de nulidade e sim de mérito da autuação, a qual será analisada no momento certo neste voto.

No tocante a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obervo que estão previstos na legislação tributária estadual, mas especificamente no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no Art. 102, da Lei Estadual nº 3.956/81, Código Tributário do Estado da Bahia, e suas alterações posteriores, no Art. 35 da Lei Complementar 123/06, Art. 44, I, §1º da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07.

Logo, entendo que não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo

administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide. Ademais, devo ressaltar que a defesa não apresentou nenhum documento para comprovar suas alegações, apesar de ter recebido todos os arquivos eletrônicos contendo os levantamentos fiscais que embasaram as infrações, conforme recibos firmados às folhas 15 e 16 dos autos.

No mérito, o argumento defensivo de que não se creditou e não recolheu o ICMS antecipação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que, no presente auto de infração, não houve cobraça de falta de recolhimento da antecipação.

De igual modo, quando a defesa trata especificamente em relação ao item 01 da autuação, alegando que a fiscalização não considerou os créditos constantes das notas fiscais, devo ressaltar que no roteiro de auditoria aplicado, omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, o mesmo não é realizado com base nas notas fiscais de entradas.

No roteiro de cartão de crédito o levantamento realizado compara 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 e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis 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 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. Portando, resta claro que não existe nenhuma relação com as operações de aquisição de mercadorias e, consequentemente dos créditos por ventura existente nas referidas notas fiscais de entradas.

Assim, a infração 01 restou caracterizada.

Quanto a infração 02, em relação ao argumento defensivo de que “*com relação a todas as ocorrências citadas neste item, ou seja, de: 31/08/08 a 31/12/2011, todas tiveram o imposto de antecipação fiscal devidamente recolhidos em seus valores devidos sobre as Notas Fiscais*”, mais uma vez ressalto que no caso em lide não houve cobraça de ICMS devido em razão da antecipação tributária. Este item da autuação é decorrente da falta do recolhimento dos valores referentes ao Regime Especial Unificado de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional, implicando em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos.

Logo, a infração 02 é improcedente.

Quanto ao pedido de redução ou exclusão das multas aplicadas, o mesmo não pode ser acatado por falta de previsão legal, pois o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.

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

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232183.0038/12-7**, lavrado contra **E L DE OLIVEIRA CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$27.501,35**, acrescido da multa de 150% sobre R\$15.123,74 e de 75% sobre R\$12.377,61, previstas arts. 35, LC 123/06 e 44, I, § 1º da Lei Federal nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de julho de 2013.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/ RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR