

PROCESSO - A. I. N° 281211.0037/12-5
RECORRENTE - PONTO ILHA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. (PIAZZA DI PIZZA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2^a JJF n° 0264-02/13
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 24/04/2014

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0079-12/14

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Imputação caracterizada. 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. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2^a Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/11/2012 para reclamar ICMS e multa no valor de R\$7.732,44, em decorrência do cometimento das seguintes infrações, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 01 – 03.01.01 – Recolheu a menos ICMS, no valor R\$294,11, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, referente ao mês de outubro de 2006.

INFRAÇÃO 02 – 05.08.01 - Omissão de saídas de mercadorias tributadas, no valor de R\$7.438,33, 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 período de janeiro e fevereiro de 2006 e fevereiro a junho de 2007.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 2^a JJF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência parcial da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

VOTO

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. 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.

Cabe ressaltar que o PAF foi convertido em diligência para que fossem entregues ao autuado os Relatórios de Informações TEF – Diária, com a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, inclusive intimando-o a elaborar demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, resumindo-os mensalmente.

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.

No mérito, na relação a infração 01 foi imputado ao autuado ter recolhido a menos ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, referente ao mês de outubro de 2006.

Em sua defesa o autuado arguiu apenas nulidade, a qual já foi afastada neste voto.

Não houve nenhum questionamento relativo ao mérito da imputação e nem a prova do recolhimento do imposto reclamado.

Cabe registrar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

No mesmo sentido o Art. 142, do mesmo regulamento, estabelece que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Assim, entendo que a infração 01 restou caracterizada.

Na infração 02 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 administradora de cartão de crédito, no período de janeiro e fevereiro de 2006 e fevereiro a junho de 2007.

Observo que 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 com vendas realizadas com 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.

Em sua defesa o autuado alega que os valores das vendas são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de créditos e/ou débito, entendo não ser possível aplicar a presunção.

Ocorre que essa alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, a exemplo do ACÓRDÃO Nº 0207-11/08, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões. Nas vendas declaradas na DMA são informadas as vendas totais do estabelecimento, sem nenhuma identificação de qual foi o meio de pagamento.

Cabe registrar que o contribuinte não atendeu ao determinado na diligência fiscal, em relação aos meses de fevereiro a junho de 2007, apesar de devidamente intimado, juntamente com a entrega do Relatório Diário Operações TEF. Caberia ao sujeito passivo ter elaborar demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, resumindo-os mensalmente.

Entretanto, considerando que o autuado afirmou, quando da realização da diligência, que não se encontra mais disponível no sistema da SEFAZ o Relatório Diário Operações TEF referente ao período de janeiro e fevereiro de 2006, tais valores ficam excluídos da autuação, uma vez que resta caracterizado o cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo.

Logo, a infração 02 restou parcialmente procedente, conforme abaixo:

| DATA OCORR | JULGAMENTO | ICMS DEVIDO |
|--------------|------------|-----------------|
| 31/1/2006 | NULO | 0,00 |
| 28/2/2006 | NULO | 0,00 |
| 28/2/2007 | PROCEDENTE | 1.322,28 |
| 31/3/2007 | PROCEDENTE | 287,30 |
| 30/4/2007 | PROCEDENTE | 1.296,80 |
| 31/5/2007 | PROCEDENTE | 2.089,45 |
| 30/6/2007 | PROCEDENTE | 1.083,85 |
| TOTAL | | 6.079,68 |

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme abaixo:

| INFRAÇÕES | JULGAMENTO | VALO HISTÓRICO DEVIDO |
|-----------|------------|-----------------------|
| 1 | PROCEDENTE | 294,11 |

| | | |
|--------------|----------------------------|----------|
| 2 | <i>PROCEDENTE EM PARTE</i> | 6.079,68 |
| <i>TOTAL</i> | | 6.373,79 |

Inconformado, o Contribuinte interpõe tempestivamente Recurso Voluntário às fls. 493 a 499 no intuito de ver modificada a Decisão da primeira instância, quanto ao valor apurado.

Após breve histórico do lançamento efetuado, dos fatos ocorridos e do julgamento de piso, passa a defender a existência de nulidade do Auto de Infração por falta de fundamentação legal. Alega que todos os procedimentos fiscais estão submetidos ao princípio da fundamentação, pelo qual “*todo e qualquer ato que o componha deve esta baseado em expressa fundamentação legal e fática, sob pena de invalidade*”. Diz que tal princípio está ligado à regra que veda os Entes da Federação em exigir ou aumentar tributo, sem lei que o estabeleça (art. 150, I da CF).

Adiante, afiança que os princípios da legalidade estrita e da tipicidade cerrada, informadores do Direito Tributário, impõem que todo ato jurídico, através do qual se exija um tributo ou se aplique uma penalidade, indique o seu fundamento legal e a descrição fática, para que se propicie a possibilidade do sujeito passivo em verificar a “*efetiva subsunção da norma jurídica ao evento do mundo fenomênico*”.

Alega também que a omissão da indicação do fundamento legal do tributo exigido viola os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, por dificultar “*a cabal irresignação em face do ato que se tenta impugnar*”. Cita e transcreve os artigos 129, §1º, inciso do COTEB e 39, V do RPAF para afirmar que resta constatada a nulidade do Auto de Infração impugnado, devido às omissões quanto à indicação dos artigos de lei supostamente infringidos.

Fala que o Auto de Infração somente possui a indicação de dispositivos regulamentares e do art. 42 da Lei Estadual nº 7.014/96. Considera que os dispositivos do RICMS/BA não indicam, precisamente, “*os elementos das normas jurídicas supostamente incidentes aos fatos descritos*”. Sustenta a tese de que a indicação das normas do art. 42 da Lei 7.014/96 é despicienda, haja vista que se não há fundamentação legal para a exigência do tributo, não há falar em aplicação de multa.

Em seguida, passa a combater a infração 2, sob o enfoque da intimação para elaboração de demonstrativo de débito, cuja atribuição seria do Agente Fiscal Autuante para comprovar a existência da própria infração.

Depois de relembrar a infração 2, diz que “*o ‘demonstrativo’ elaborado pelo CONSEF à impugnante, (...) trata-se de documento que deveria ter sido confeccionado pelo agente fiscal para respaldar o próprio Auto de Infração*”.

Comenta que, conforme informado pela própria fiscalização, não se encontra mais disponível no sistema da Secretaria o Diário de Operações TEF de um dos períodos fiscalizados (janeiro e fevereiro de 2006) o que inviabiliza a demonstração da descrição fática narrada no Auto de Infração, impondo-se a sua desconstituição.

Em outro tópico, passa a falar sobre a insubsistência da infração 2, sob o argumento de que, o valor total da venda das mercadorias informados através da DMA foi superior ao valor total fornecidos pelas administradoras de cartões.

Afiança que somente há omissão de saídas de mercadorias e consequente inadimplemento de tributo, caso fosse constatado que o valor informado mediante DMA fosse inferior ao valor total correspondente aos documentos fiscais emitidos e apurados através da redução Z.

Conclui que em relação os períodos fiscalizados, não há omissão de saída, pois os valores declarados na DMA são superiores aos valores apurados na Redução, tornando improcedente a infração 2.

Ao final, pede que sejam acolhidas as preliminares ou, sucessivamente, a improcedência da infração 2.

Não há manifestação da PGE.

VOTO

Temos sob análise Recurso Voluntário em face da Decisão exarada pela 2ª JJF que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado para cobrar duas infrações. O Recorrente aduz em sua peça a nulidade do Auto de Infração e a improcedência da infração 2.

Compulsando os autos, vejo que reparo algum merece a Decisão de piso.

No que tange a nulidade do Auto de Infração pela suposta falta de indicação dos dispositivos legais, vejo que estão mencionados os dispositivos legais correspondentes às condutas infracionais devidamente comprovadas pela fiscalização. Entendo que as normas indicadas pelo autuante estão devidamente relacionadas como os fatos geradores apurados, implicando a incidência do quanto previsto no art. 19 do RAPF:

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

Por ela norma susomencionada, a indicação de dispositivo regulamentar equivalente ao dispositivo de lei que lhe seja correspondente, afasta a nulidade do Auto de Infração, desde que a descrição dos fatos evidencie inequivocamente o enquadramento legal.

Tal norma não é absoluta, mas, como dito, no presente caso ora em lide, deve ser aplicada, eis que as normas indicadas no enquadramento legal guardam completa pertinência com os fatos vividos nos autos e, consequente, as regras estabelecidas na Lei nº 7.014/96.

Nulidade do Auto de Infração afastada.

Adentro ao exame do mérito.

Primeiramente, explano que a infração 1 não é objeto do Recurso Voluntário no seu aspecto substancial. Assim, de plano, pela falta de resistência do Contribuinte, a infração 1 é reconhecida como subsistente.

No que tange a infração 2, o Recorrente alega: i) que não é seu dever elaborar demonstrativo de débito para comprovar a infração; e; ii) que as vendas totais informadas na DMA's são superiores ao valores informados pelas administradoras de cartão.

Quanto ao primeiro aspecto, não merece guarida a afirmação recursal, uma vez que, o demonstrativo de débito que o Contribuinte foi intimado a fazer não era voltado para embasar a infração, mas sim contestá-la, caso houvesse inconsistências nos débitos originais.

A medida foi concedida ao Contribuinte após o fornecimento dos documentos que embasaram a fiscalização e o próprio lançamento.

Assim, oportunizou-se o cotejamento entre os valores apurados pelo Fisco e aqueles que eventualmente fossem considerados corretos pelo Contribuinte, no mais claro respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Nesta senda, como não houve contestação objetiva aos demonstrativos originais jungidos aos autos pelo Sr. Autuante, devem eles ser considerados corretos, por força do quanto disposto nos artigos 140 e 142 do RPAF/BA, abaixo transcritos:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

(...)

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Quanto ao argumento de que os valores das vendas informados na DMA são superiores aos valores científicos pelas operadoras de cartão, entendo que andou bem a JJF ao dizer que “*a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas*

pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartão”.

Trata-se do óbvio.

As vendas declaradas na DMA englobam as vendas totais, efetuadas por todos os meios de pagamentos disponíveis, como cartões, cheques, dinheiro e etc. Entretanto, aqui, neste lançamento, compara-se tão somente as vendas efetuadas por meio de cartões de débito e crédito, conforme informação dada pelo próprio Contribuinte, com as vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito e débito.

Portanto, a infração 02 é procedente, consoante o julgamento de primo grau.

Diante do tudo ora exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter inalterada a Decisão de piso que julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 281211.0037/12-5, lavrado contra PONTO ILHA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA. (PIAZZA DI PIZZA), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$6.373,79, acrescido das multas de 60% sobre R\$294,11 e 70% sobre R\$6.079,68, previstas no art. 42, incisos II, “b” e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS