

A. I. Nº - 233048.0032/14-0
AUTUADO - MATRIZ CONFECÇÕES E COMÉRCIO EIRELI
AUTUANTE - KARIME MANSUR MACHADO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 11.03.20154

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0038-05/15

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE O VALOR DAS VENDAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO INFORMADO PELO CONTRIBUINTE E O VALOR FORNECIDO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ADMINISTRADORA DE CARTÃO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Multa aplicada de 100% na autuação está corretamente capitulada no dispositivo do art. 42, inciso III, alínea “f”, itens 1 e 2, da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. Sanados os vícios do procedimento, com reabertura do prazo de defesa. Rejeitada as alegações de nulidade, bem assim a atenuação da penalidade prevista no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 27/01/2014, foi constituído o crédito tributário no valor de R\$32.710,66, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da seguinte irregularidade concernente a legislação do ICMS na forma dos demonstrativos e documentos acostados às fls. 7/383 dos autos, conforme a seguir:

INFRAÇÃO 01 – 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 nos meses de janeiro a dezembro de 2011 e fevereiro a dezembro de 2012. ICMS lançado no valor de R\$18.250,29, mais multa de 100%, conforme demonstrativo anexo a este PAF às fls. 7 a 15.

INFRAÇÃO 02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria(s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa lançada de R\$14.460,37, conforme demonstrativo anexo a este PAF às fls. 16 a 18.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 398/406, com documentos anexos acostados aos autos, contestando o Auto de Infração em tela, pelas razões que a seguir passo a relatar, onde em primeiro plano diz que o AI contém vícios que o tornam nulo, cabendo a apresentação da presente defesa para evidenciá-los e, assim, afastar a autuação em comento.

Aduz que a autuação é totalmente nula, seja pela ilegitimidade passiva (art. 18, IV, b, do RPAF/BA), seja por não conter os elementos necessários à determinação segura das infrações (art. 18, IV, a, do RPAF/BA), violando o RPAF, a CF/88 e o CTN. Destaca que consta no auto de infração (fl. 03), suposta assinatura de recebimento do documento que não foi aposta pelo representante legal da Autuada, tendo sido assinado por pessoa sem poderes para tanto, evidenciando vício de ilegitimidade, raciocínio extraído do art. 10, §1º, II, do RPAF/BA, que o cita.

Tal vício procedimental (falta de intimação) diz que é causa de cerceamento de defesa que viola o devido processo legal na seara administrativa e torna nulo o auto de infração em comento. Cita os Acórdãos CJF Nº 0156-12/081 e JJF Nº 0172-05/08. Também observa que tal nulidade do lançamento de ofício eivado de vício de ilegitimidade passiva consta expressamente no COTEB (art. 119, II).

Diz, ainda, que a autuação também é nula, por não conter os elementos necessários à determinação segura das infrações imputadas, cerceando o direito de defesa do contribuinte, seja porque, na infração 01, há falta de correspondência lógica entre a descrição fática, a multa e o respectivo fundamento legal e, ainda indicação genérica do fundamento legal da multa. Na infração 02, o fundamento legal é genérico.

Sobre a Infração 01 (05.08.01), imputa-se à Autuada omissão de saída de mercadorias pela diferença entre os valores enviados pelas administradoras de cartões de crédito e os escriturados pelo contribuinte, nos períodos de 01/2011 a 12/2012, cobrando crédito de ICMS e multa de 100%. Neste contexto, observa que a nulidade da infração decorre da falta de correspondência lógica entre a descrição fática, a multa aplicada e o respectivo fundamento legal e, ainda, da indicação genérica do fundamento legal da multa.

Diz que a descrição fática da infração 01 constante no AI é a seguinte: *“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 ou valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos períodos de 31/01/2011 a 31/12/2012”*.

Aduz que, pela Lei 7.014/96, a multa correspondente à sobredita infração é de 60% e está prevista no art. 42, II, que o cita. Ocorre, diz o defendente, que, ao invés de aplicar multa correspondente à infração descrita no auto, o fisco aplicou a multa de 100%, cujo fundamento legal está no art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96, também cita.

Observa, então, que é notório o total desencontro entre a descrição fática da infração e a multa aplicada, impossibilitando a empresa de entender o que de fato está sendo objeto da autuação: *se o que consta na descrição fática ou o que corresponde à multa aplicada*.

Diante da falta de correlação lógica entre tais informações do auto, diz que não há outra conclusão a ser tomada, senão pela nulidade da autuação por não conter elementos suficientes à determinação segura da infração (art. 18, IV, a, do RPAF/BA) e por cercear o direito de defesa do contribuinte:

Diz que, se um dos requisitos do auto de infração é a correta indicação do dispositivo legal infringido, justamente porque é o que permite o contribuinte se defender, não cumprida tal exigência quando da lavratura deste AI, o fisco incorreu em típico caso de erro de direito que, sendo vício insanável, ratifica a nulidade do AI e autoriza a Fazenda Estadual não inscrever o débito na dívida ativa. Volta a citar o COTEB (art. 119, II).

De forma complementar, diz que a nulidade do AI relativa à infração 01 também decorre da indicação genérica do fundamento legal da multa aplicada - art. 42, III, da Lei 7.014/96 - sem especificar a alínea que efetivamente ensejou a multa.

Observa que o inciso III do art. 42 da sobredita lei é composto por diversas alíneas e, por isso, cabia ao fisco individualizar a conduta da empresa em uma específica alínea e não simplesmente indicar, genericamente o inciso, pois tal comportamento impossibilitou a empresa de saber a conduta

apenada e, conseqüentemente, de se defender com propriedade desta infração, violando o art. 5º, LV, da CF (ampla defesa e devido processo no âmbito administrativo).

Finaliza, então, dizendo que espera que a autuação seja declarada nula, pelos motivos acima expostos ou, sucessivamente, caso mantida a infração 01, seja aplicada a multa de 60% do art. 42, II, “b”, da Lei 7.014/96.

Sobre a infração 02 (16.01.01), diz que é imputada a suposta entrada de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no período de 02/2011 a 02/2012, cobrando crédito de ICMS e multa de 10% aplicada pelo suposto descumprimento de obrigação acessória, indicando como fundamentos legais: art. 322 do RICMS/BA e os arts. 217 e 247 do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 13.780/12, e o art. 42, IX, da Lei 7.014/96.

Diz que a nulidade do AI relativa a esta infração decorre da generalidade dos dispositivos legais indicados como violados, porque se restringiu a indicar os artigos 322, 217 e 247 do RICMS, sem, contudo, especificar o inciso, alínea, parágrafo, etc. em que teria sido efetivamente violado.

Aduz que a ausência de precisão do AI impossibilitou de se defender com propriedade, cerceando sua defesa neste processo administrativo (art. 5º, LV, da CF), o que é rechaçado pela jurisprudência, como já transcrito nesta peça.

Também por isso diz que a autuação é nula por incorrer no erro de direito do art. 18, IV, “a”, do RPAB/BA, que, sendo vício insanável, enseja a nulidade do AI e autoriza a Fazenda Estadual a não inscrever o débito na dívida ativa (art. 119 do COTEB), como já transcrito nesta peça anteriormente quando da tratativa da infração 01.

Assim, pede que seja declarada nula a autuação pelos motivos acima expostos ou, caso mantida a infração 02, seja excluída ou, sucessivamente, reduzida a multa aplicada.

Ante ao exposto, requer o provimento da defesa para declarar nula a autuação, seja pela ilegitimidade passiva (art. 18, IV, b, do RPAF/BA) ou por não conter os elementos necessários à determinação segura das infrações (art. 18, IV, a, do RPAF/BA), violando o RPAF, a CF e o CTN.

Sucessivamente, caso mantida a autuação, requer: (1) quanto à infração 01: A aplicação da multa de 60% do art. 42, II, “b”, da Lei 7.014/96 (e não a multa de 100% do inciso III do referido artigo), em prestígio dos princípios da legalidade e segurança jurídica; e (2) quanto à infração 02: A exclusão ou, sucessivamente, a redução da multa aplicada, dada a ausência de dolo, fraude, simulação ou omissão de recolhimento de tributo, como autorizado pelo art. 42, §7º, do RICMS/BA.

A Fiscal Autuante, em sua informação fiscal à fl. 419, diz que o contribuinte acima identificado apresentou defesa para o auto de infração, a qual alega vício de ilegitimidade de parte o que contesta, uma vez que o mesmo teve ciência da fiscalização desde 26/12/2013, quando a gerente do estabelecimento assinou a intimação.

Diz que, após a intimação o contribuinte, através dos seus representantes, apresentou a documentação, havendo muitos contatos com sua contabilidade. Quando o auto de infração ficou pronto, o contribuinte enviou representante, que o assinou e, após trinta dias, foi acatada a sua defesa, concluindo que a mesma não foi cerceada e, por isto, não há por que alegar nulidade.

Relativamente à Infração 1, o contribuinte alega que a multa aplicada deverá ser de 60% e não 100%, conforme foi imputado e alega que deveria ser aplicado o art. 42 inciso II, letra “b”. O contribuinte não atentou que o art. 42 foi modificado pela Lei 11.899 de 30 de março de 2010 e esta multa, desde então, encontra-se no inciso III, letra “f”, sendo de 100% do valor não recolhido, vigorando desde 31 de março de 2010. Assim, diz que a alegação de nulidade não procede.

Com referência à Infração 2, o contribuinte pede a nulidade porque não foram especificados no Auto de Infração, inciso, alínea e parágrafo da Lei aplicada. Diz contestar posto que foi indicado como dispositivo infringido o art. 42 inciso IX da Lei 7406/96.

Observa, então, que relativamente ao Decreto 13.870 de 2012, citado na tipificação da infração, os artigos citados na autuação, o 217 e o 247, todos os seus parágrafos e incisos, aplicam-se à referida infração e assim, não precisam ser citados individualmente, não cabendo, neste caso, nulidade por erro de enquadramento legal.

Vê-se expediente à fl. 391 dos autos, emitido pela Gerencia de Cobrança da Diretoria de Arrecadação, Crédito Tributário e Controle, destacando que a pessoa que assinou a notificação fiscal (fl. 01) não é o representante legal da empresa autuada. Ao tempo que pede para cientificar o autuado, abrindo prazo de impugnação.

À fl. 395, têm-se um termo de intimação de abertura do prazo para apresentação de defesa ou pagamento do Auto de Infração em tela, datada de 29/04/2014, em que foi efetuado via postal, através de AR-Aviso de Recebimento (fl. 396), em que consta assinatura do recebedor datado de 02/05/2014.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o valor de R\$32.710,66, relativo a duas infrações, sendo todas impugnadas pelo sujeito passivo, o qual se limita a argüir a nulidade do lançamento de ofício sob a alegação de ilegitimidade passiva (art. 18, IV, “b”, do RPAF/BA), bem assim, por não conter os elementos necessários à determinação segura das infrações (art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA). Sob a primeira argüição de nulidade diz que a assinatura de recebimento do A.I. não foi aposta por seu representante legal, tendo sido assinado por pessoa sem poderes para tanto, evidenciando vício de ilegitimidade, raciocínio extraído do art. 10, §1º, II, do RPAF/BA. Quanto a segunda argüição diz que as infrações não contem os elementos necessários à determinação segura das suas imputações, cercando o seu direito de defesa, seja porque, na infração 1, há falta de correspondência lógica entre a descrição fática, a multa e o respectivo fundamento legal e, ainda indicação genérica do fundamento legal da multa; e na infração 2, o fundamento legal é genérico.

Inicialmente, ressalto que o Auto de Infração em tela preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, visto que todas as acusações constam os dispositivos legais tidos como infringidos e estão devidamente lastreadas em demonstrativos analíticos e documentos fiscais, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoantes os levantamentos acostados aos autos, conforme se pode observar às fls. 7 a 383 do PAF, não restando razão o destaque do defendente de que as infrações não contem os elementos necessários à determinação segura das suas imputações.

Por outro lado, vislumbro que as provas documentais das acusações fiscais estão apensadas aos autos, as quais foram todas fornecidas ao sujeito passivo, na pessoa do Sr. Elizeu Barreto Moura, caracterizado como representante legal ou preposto do sujeito passivo, *por quantum* da ciência do presente auto em 28/01/2014 (fl. 3), a possibilitar o pleno exercício do direito de defesa ao contribuinte na forma da legislação

Há de se ressaltar que, o órgão competente da Inspetoria Fazendária de circunscrição do sujeito passivo, ao perceber que a pessoa que assinou a Notificação Fiscal, Sr. Elizeu Barreto Moura, não era o representante legal da empresa autuada, desenvolveu intimação, por via postal (art.108 do RPAF/BA), conforme os termos descritos à fl. 392, requerendo informação do sujeito passivo sobre a procuração e/ou autorização na qual confere poderes à preposto de assinatura não identificada para representá-la perante a SEFAZ no processo administrativo fiscal em tela e assim sanar o vício de ilegitimidade da parte, conforme os termos do art. 10, §1º, II, do RPAF/BA.

À fl. 395, vê-se nova intimação de reabertura do prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de defesa ou pagamento do Auto de Infração nº 233048.0032/14-0 em tela, via postal, na forma do documento de AR à fl. 396, regularizando o vício de ilegitimidade da parte (art. 10, §1º, II, do RPAF/BA), bem assim possibilitando o pleno exercício do direito de defesa ao contribuinte na forma da legislação, o qual exerceu na sua totalidade, em tempo hábil, na forma da manifestação às fls. 398 a 406 dos autos, afastando, assim, na sua totalidade, o vício de ilegitimidade aventado pelo defendente.

Em relação à infração 1, verifico que foi imputado ao sujeito passivo o cometimento de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento através cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, defendida pelo contribuinte, sem apresentar qualquer elemento de prova, aspectos de nulidade, sob o argumento de que falta correspondência lógica entre a descrição fática, a multa e o fundamento legal, mantendo-se silente no mérito.

Neste contexto, observo que as provas documentais da acusação fiscal, como anteriormente destacado, estão apensadas aos autos, as quais foram todas fornecidas ao sujeito passivo, consoante intimação fiscal à fl. 395, possibilitando o pleno exercício do direito de defesa ao contribuinte em relação ao mérito, o qual se absteve de fazê-lo, mantendo-se silente, exceto quanto a aplicação da multa que diz ser correta de 60% do art. 42, II, “b” da Lei 7.014/96 e não a multa de 100% do inciso II do referido artigo.

No mérito, a infração apontada está consubstanciada no disposto do § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96. De acordo com este dispositivo legal, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, ocorrendo 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.

Portanto, tanto o fornecimento das informações ao fisco pelas administradoras que é autorizado e de pleno conhecimento do contribuinte, quanto à obrigação de emissão de documento fiscal das operações de vendas de mercadorias está previsto na legislação. Assim, se efetuadas as vendas dos produtos com emissão dos documentos fiscais competentes, independentemente da forma de pagamento se com cartão de débito/crédito, dinheiro ou outra forma, não há que se falar em presunção de omissão de saída apurada por meio de levantamento de venda com pagamento através cartão de crédito/débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito, porque não haverá diferença entre as informações.

O que não ocorreu com as operações de saídas de mercadorias tributadas no período da ação fiscal objeto do Auto Infração em tela. Os fatos até então relatados e comprovados de forma documental, demonstram que o autuado efetuou vendas de mercadorias, com pagamento através de cartão de crédito/débito sem a emissão dos documentos fiscais competentes, quais sejam, notas fiscais e/ou cupom fiscal na forma da legislação.

Por sua vez, diferentemente da pretensão do defendente de que a aplicação da multa, por tal infração, seria de 60%, na forma art. 42, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, observo que a exigência da multa, como posta na autuação, é de fato de 100% e está corretamente capitulada no dispositivo do art. 42, inciso III, alínea “f”, itens 1 e 2, da Lei nº 7.014/96, em relação ao valor do imposto não recolhido na época devida, apurado pelo confronto entre os valores das operações declaradas pelo sujeito passivo e os valores informados à SEFAZ/BA, pelas instituições financeira e/ou administradora de cartões de crédito ou débito, que assim dispõe:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

III - 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente,

f) valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

1 - instituições financeiras;

2 - administradoras de cartões de crédito ou débito;

Isto posto, a declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração 1 caracterizada, com a aplicação da multa de 100% corretamente capitulada no dispositivo do art. 42, inciso III, alínea “f”, itens 1 e 2, da Lei nº 7.014/96.

A infração 2 diz respeito ao lançamento de multa decorrente de descumprimento de obrigação acessória por falta de registro, na escrita fiscal, de mercadorias adquiridas sujeita a tributação, com enquadramento no art. 322, incisos e parágrafos, do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6.284/97, em relação ao período de fevereiro de 2011 a fevereiro 2012 ; e nos arts. 217 e 247 do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 13.780/12, quanto ao mês de setembro de 2012; porém todo o período com multa aplicada na forma do art. 42, inciso IX, da lei nº 7.014/96.

A exemplo da infração 1, o sujeito passivo traz apenas aspectos de nulidade para a infração 2, sob o argumento de que a infração decorre da generalidade dos dispositivos legais indicados como violado, sem, contudo, especificar o inciso, alínea, parágrafo, etc., em que teria sido efetivamente infringido, onde, à luz do seu entendimento, impossibilitou de defender com propriedade da acusação, cerceando seu direito de defesa.

Da análise das peças processuais se verifica que essas alegações defensivas, eminentemente de nulidades, são impertinentes, como destacado anteriormente, já que os artigos infringidos estão devidamente postos, em conformidade com a infração cometida e lastreados em demonstrativos (fls. 16/19) e documentos fiscais, no caso específico cópias de todas as notas fiscais (fls. 19/43), relativas às mercadorias adquiridas pelo sujeito passivo sem o devido registro na escrita fiscal.

No mérito, qualquer operação que envolva movimentação de mercadorias ou bens, a qualquer título, é obrigatório seu registro na escrita fiscal, conforme o artigo 322, do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 6.284/97, em relação ao período de fevereiro de 2011 a fevereiro 2012 ; e os artigos 217 e 247, do RICMS/BA aprovado pelo Decreto 13.780/12, em relação ao mês de agosto, meses de ocorrência da autuação, o que não ocorreu em relação as notas fiscais de entradas, objeto da presente autuação, acostadas aos autos às fls. 19 a 43.

Por tal infração cometida a legislação do ICMS, na forma do art. 42, IX, da Lei 7.014/96, determina a aplicação da penalidades de 10% (dez por cento) do valor comercial da mercadoria ou bem sujeito a tributação que tenha entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal, como de fato ocorreu na presente autuação. Infração 2 caracterizada.

Sobre o pedido de atenuar a penalidade aplicada na infração 2 do presente Auto de Infração, com fundamento no art. 42, § 7º, da Lei 7.014/96, por ausência de dolo, fraude, simulação ou omissão de recolhimento do tributo na ocorrência dos fatos, destaco que se constitui em uma faculdade subjetiva do órgão julgador, não estando obrigado a acolher o pedido, ainda que presentes os pressupostos exigidos, que não é o caso objeto em análise, pois se vê evidente falta de recolhimento do imposto, no período da autuação, com a omissão de saída de mercadorias tributadas levantada na infração 1. Isto posto manifesto contrário a exclusão ou redução da multa aplicada

Por todo o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela por restarem integralmente devidas as infrações.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **233048.0032/14-0**, lavrado contra **MATRIZ**

CONFECÇÕES E COMÉRCIO EIRELI, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.250,29** acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, e além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$14.460,37**, prevista no inciso IX do citado diploma legal, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2015

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR