

**A. I. Nº** - 298921.0011/16-5  
**AUTUADO** - OMEGA BAHIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E VESTUÁRIOS EIRELI - ME  
**AUTUANTE** - ARI SILVA COSTA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET – 26.04.2017

#### **5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0065-05/17**

**EMENTA: ICMS. 1.** OMISSÃO DE SAÍDA. MERCADORIA TRIBUTÁVEL. VALOR INFERIOR AO FORNECIDO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. Caracterizada a infração, mantida a exigência fiscal da infração 1. **2.** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NO PRAZO REGULAMENTAR. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Caracterizada a infração, não acolhida a modificação da multa. Infração 2 subsistente. Rejeitadas as nulidades arguidas. Indeferida a solicitação de diligência e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2016, exige crédito tributário no valor histórico de R\$46.557,77 em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 - 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 março de 2016. Multa de 100% - Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$22.034,76;

INFRAÇÃO 2 - Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a abril de 2016. Multa de 60% - Art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$24.523,01.

O sujeito passivo apresenta peça defensiva, às fls. 16/22 dos autos, de início, suscita preliminar de nulidade do Auto de Infração devido à ausência de indicação da fundamentação legal para exigência do tributo e aplicação da multa, falta de informações essenciais no Auto de Infração.

Assevera que todo o procedimento administrativo fiscal, seja em âmbito federal, estadual ou municipal, está submetido ao princípio da fundamentação, pelo que todo e qualquer ato que o componha deve estar baseado em expressa fundamentação legal e fática, sob pena de invalidade.

Disse que o princípio da fundamentação está intrinsecamente ligado à regra de que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça (Constituição Federal, art. 150, I). Com efeito, 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 devida e expressamente o seu fundamento legal, além da descrição fática, propiciando, por conseguinte, que o sujeito passivo verifique a efetiva subsunção da norma jurídica ao evento do mundo fenomênico, isto é, constate a efetiva incidência da norma tributária.

Vislumbra que: “*Fundamentar o ato ou a decisão administrativa significa declarar expressamente a norma legal e o acontecimento fático que autoriza a prática do ato ou a prolação da decisão*” (in James Marins, Direito Processual Tributário Brasileiro – Administrativo e Judicial, 2ª Edição, Ed. Dialética, São Paulo, 2002, p. 185).

Diz que tendo em vista que a cobrança de tributos deve respaldar-se, definitivamente, numa regra legal, impende que o ente público propicie àquele a quem se imputa o pagamento do

tributo ou de penalidade, a indicação da norma supostamente incidente sobre o fato realizado pelo sujeito passivo, não sendo lícito à Administração Tributária impor exações ou multas, sem especificar a lei sobre a qual se fundamenta.

Ademais, pondera que omitir ao sujeito passivo a indicação do fundamento legal do tributo cujo pagamento lhe é exigido viola, peremptoriamente, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, ao passo que dificulta enormemente – senão impossibilita – a cabal irresignação em face do ato que se tenta impugnar.

Ressalta, de fato, que facultar apenas ao sujeito a apresentação de defesa, sem, contudo, propiciar-lhe os fundamentos legais contra os quais caberia impugnação, fere a garantia constitucional da ampla defesa, impedindo que se concretize o verdadeiro contraditório, o que, por seu turno, evidencia o caráter arbitrário de toda e qualquer imposição tributária, sob tal título. Cita o art. 129, §1º, inciso V, do COTEB. Reproduz o art. 39, V do RPAF para ratificar o dispositivo citado anteriormente.

Constata que a indubitável nulidade do auto de infração impugnado, tendo em vista a sua absoluta omissão quanto à indicação do artigo ou dos artigos de lei que veiculam as normas jurídicas supostamente incidentes, demonstrando-se a absoluta ausência de menção aos dispositivos da legislação tributária estadual que prevejam os critérios da regra-matriz-de-incidência do ICMS cobrado e da norma punitiva, impossibilitando, destarte, a plena verificação por parte do sujeito passivo em relação à suposta subsunção de norma jurídica omitida pela Administração Tributária do Estado da Bahia aos eventos descritos.

Observa que no auto de infração impugnado, há apenas a indicação de dispositivos regulamentares, dispostos na Lei nº 7.014/96 e do RICMS/BA.

Destaca que além dos artigos da Lei nº 7.014/96, citados no auto de infração não indicarem, precisamente, os elementos das normas jurídicas supostamente incidentes aos fatos descritos, há de se ressaltar que sua menção não supre a exigência do Código Tributário do Estado da Bahia de que o auto de infração contenha a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos.

Verifica que a partir da leitura do auto de infração, as infrações imputadas ao contribuinte decorreram de suposta ausência de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no exercício de 2015, e *“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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, em dezembro/2015.”* Transcreve os artigos 2º, I, e art. 4º, §4º, VI, da Lei nº 7.014/96.

Disse que na leitura dos referidos dispositivos, verifica-se que não é possível se aferir com exatidão, em qual infração incorreu o contribuinte, inviabilizando a defesa ou prova em contrário do sujeito passivo. Pontua que tal menção, na forma como está posta na autuação, é totalmente despicienda, visto que, se não há fundamentação legal para a exigência do tributo, não há, por corolário lógico, de se cogitar de aplicação de multa por suposta falta de pagamento, no qual se demonstra a nulidade do auto de infração, em face da ausência de indicação dos dispositivos legais supostamente aplicáveis aos fatos descritos no referido documento.

Alega insubsistência da infração 1. Registra que há equívoco na base de cálculo, pois a ausência de omissão de saída de mercadoria tributada foi devido às máquinas de cartão serem utilizadas excepcionalmente pelas demais filiais da empresa, sendo que o cupom fiscal está devidamente emitido na filial em que a máquina foi utilizada.

Explica que tal conclusão deu-se a partir da comparação entre os dados fornecidos pela administradora de cartão, oriundos da maquineta utilizada pelo estebelecimento, e a respectiva escrituração fiscal. Esclarece que nos termos do contrato social anexo, a pessoa jurídica OMEGA BAHIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E VESTUÁRIOS EIRELI ME, possui 6 (seis) filiais, sendo do

ramo de restaurante, aquelas inscritas no CNPJ nº 06.355.095/0003-04 (Piazza di Piza); 06.355.095/0006-57 (La Lupa – SSA Shopping); e 06.355.095/0008-19 (La Lupa – Barra).

Disse que apesar de cada filial possuir maquineta própria, excepcionalmente, quando se identifica uma maquineta com defeito, é realizado um remanejamento das maquinetas, de modo a atender à demanda da filial com a maquineta defeituosa. Como consequência desse remanejamento, por vezes são lançadas compras na maquineta de determinada filial, que foram objeto de escrituração e emissão de cupom fiscal em filial diversa.

Sustenta que essa situação foi exatamente a situação que ensejou a lavratura do presente auto de infração. Veja que, a partir da análise da escrituração de cada uma das 3 (três) filiais, e dados informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, é possível visualizar que inexistiu omissão de saída de mercadoria tributada (*v. planilha e comprovantes de faturamento anexos*).

Pontua que todos os valores recebidos por meio de cartão de crédito/débito, são devidamente escriturados na filial onde a maquineta foi utilizada, assim, ainda que os dados fornecidos pela administradora de cartão indiquem vendas superiores àquela escriturada pela autuada, tais valores foram objeto de escrituração e emissão de cupom fiscal, na filial onde a maquineta foi efetivamente utilizada, o que pode ser facilmente confirmado a partir da análise da escrituração das demais filiais e seus respectivos dados de vendas por meio de cartão de crédito/débito.

Para a apuração da efetiva falta de emissão de documentos fiscais, aduz que o agente fiscalizador deveria proceder à fiscalização de todos os estabelecimentos filiais da pessoa jurídica Ômega Bahia Comércio de Alimentos e Vestuários EIRELI – ME em conjunto, e não só da autuada.

Declara que não há que se falar, assim, em falta de emissão de documentos fiscais pela autuada, caso contrário restará configurada verdadeira bitributação, na medida em que, estar-se-á tributando receita que já foi devidamente declarada, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, impondo-se seja julgado improcedente o auto de infração.

Defende quanto à necessidade de redução da multa aplicada à Infração 2. Pontua sobre a suposta infração sobre a qual se aplica a multa prevista no inciso I, do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Reproduz o enquadramento da imputação (art. 42, II, “F”).

Esclarece que, a suposta infração imputada à autuada adveio do fato de que supostamente “*deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios*”, desse modo, a penalidade a ser aplicada deve ser aquela disposta no art. 42, I, da Lei nº 7.014/96, que prevê multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, “*na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto tiver sido informado em declaração*”.

Argui que se impõe a adequação do enquadramento da multa, no que se refere à Infração 02, reduzindo o percentual de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto, para 50% (cinquenta por cento), nos termos do art. 42, I, da Lei nº 7.014/96.

Requer que seja acolhida a questão preliminar suscitada no item 1, decretando-se a nulidade do auto de infração ante a ausência de indicação da fundamentação legal para a exigência do tributo, ou, ainda, rejeitada ou não pronunciada, nos termos do art. 155, parágrafo único, do RPAF, a referida questão preliminar, seja julgada improcedente a Infração 1, bem como, seja corrigido o enquadramento da multa aplicada à Infração 2, fazendo incidir o percentual de 50% (cinquenta por cento), previsto no art. art. 42, I, da Lei nº 7.014/96.

Requer, ainda, a produção de provas pelos meios permitidos, especialmente a juntada dos documentos anexo e também a realização de diligência e perícia fiscal, de forma conjunta, nas filiais de CNPJ nº 06.355.095/0003-04 (Piazza di Piza); 06.355.095/0006-57 (La Lupa – SSA Shopping); e 06.355.095/0008-19 (La Lupa – Barra).

O autuante presta a informação fiscal, fls. 38/40. Informa, em relação à preliminar suscitada, que o Auto de Infração é um instrumento processual padronizado em toda a SEFAZ/BA.

Pontua que todos os auditores fiscais realizam o lançamento através deste instrumento processual, lastreado nas normas legais do ICMS. Sua homologação é baseada no CTN, Regulamento do ICMS (Decreto nº 13780/12), Lei do ICMS (7.014/96), RPAF (Decreto nº 7629/99), alterações e outros elementos legais.

Acrescenta que constam nos autos todos os dados possíveis: Ordem de Serviço, data, hora e local de lançamento na parte superior. Abaixo tem as descrições dos fatos, neles, os textos legais padronizados para cada infração. No centro, possui: data do fato gerador e data do vencimento, base de cálculo, alíquota, multa e valor histórico. Na parte inferior da infração, o enquadramento (Lei nº 7.14/96 c/c Decreto nº 13.780/12) e a tipificação (as multas estão no art. 42 da Lei nº 7.014/96).

Afirma que todos estes itens descritos estão no princípio de fundamentação legal. Destaca que os artigos citados (folhas 17 a 19) estão contemplados no nosso Auto de Infração, sendo que o conjunto é baseado estritamente em normas legais do Direito Tributário e do ICMS.

Afirma que não há quaisquer ausências ou lei que não foi respeitada. Portanto, o que o contribuinte questiona, deveria ser tratado com os Legisladores que criaram as normas legais e não o PAF. Portanto, o questionamento da lei está totalmente fora de parâmetro.

Reitera que os elementos apresentados pelo contribuinte (folhas 16 a 19) estão contestando a legislação e não o mérito deste auto de infração.

Conclui que não há nulidade pelos argumentos da defesa.

Alegação de insubsistência da infração 1, devido a equívoco na base de cálculo, tendo havido ausência de omissão de saída de mercadoria tributada através das máquinas de cartão utilizadas excepcionalmente pelas demais filiais da empresa, sendo que o cupom fiscal foi devidamente emitido na filial em que a máquina foi utilizada.

Registra que o contribuinte comete um grande equívoco, pois os estabelecimentos e os contribuintes de um mesmo grupo comercial são autônomos perante as normas gerais do ICMS. Por este motivo, possuem inscrição estadual, CNPJ, domicílio tributário, distintos. Um pós (a “maquineta”), quando adquirido pelo contribuinte, ele será registrado num domicílio tributário da matriz ou filial.

Pontua que as normas do ICMS vedam a transferência desta “maquineta”, para outro estabelecimento. Passível até de inaptidão da inscrição e, se ela apresentar um defeito, será substituída pelo fornecedor num prazo exíguo.

Disse que quando emite um recibo da operação de venda, via cartão, os dados do cabeçalho se referem ao estabelecimento daquele domicílio tributário. Acrescenta que o fato gerador de ICMS ocorreu ali e não em outro estabelecimento do contribuinte. Salienta que o contribuinte não pode argumentar esta transferência de maquineta, que é totalmente irregular e fere a Legislação do ICMS. Reitera que não motiva e nem tem valor probante para tornar improcedente a infração 1. Muito pelo contrário, praticou outra irregularidade e é réu confesso.

Conclui pela procedência da autuação. Afirma que os demonstrativos estão corretos e presentes no CD da folha 08.

Quanto à alegação de redução da multa aplicada à Infração 2. Suposta infração sobre o qual se aplica a multa prevista no inciso I, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Disse que não irá se ater a questão da multa. Chama atenção que o contribuinte não pode desconhecer a legislação do ICMS ou interpretá-la de maneira errônea, pois cometeu omissão de recolhimento de ICMS e a multa é de 60% e está prevista inciso II, alínea “f” do art. 42 da Lei nº 7.014/96, sendo corretamente aplicada. Logo a infração 2 é totalmente procedente.

Conclui afirmando que o Auto de infração e demonstrativos são de uma clareza incontestável sem qualquer necessidade de Diligência Fiscal e/ou perícia fiscal. As informações prestadas são totalmente elucidativas. Disse que o contribuinte apresenta argumentos pífios, em alguns tópicos

interpreta equivocadamente, ao realizar uma contestação inócua, que, em situação alguma, poderá alterar nossos demonstrativos e lançamentos.

Portanto, espera pela procedência total desta peça processual.

#### **VOTO**

O presente lançamento de ofício contempla 02 infrações por descumprimento de obrigação principal do ICMS.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal, que estão claramente indicadas nos campos, descrição dos fatos e infrações 01 e 02, são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual.

Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Cabe ainda destacar que o próprio autuado reconhece que consta dos autos a indicação da Legislação Tributária do Estado, bem como dispositivos da Lei 7.014/96, argui, contudo que deveria constar dispositivos do COTEB, o que efetivamente não procede, pois a Lei 7.014/96 e o RICMS são suficientes para oferecer a fundamentação legal ao lançamento.

Cabe, ainda, alinhar que a infração 01 se trata, pois, de presunção de natureza legal e que possui o caráter de relativa, aceitando a prova que a contradite presunção legal prevista no VII do §4º da Lei 7.014/96.

O autuante, estribado na possibilidade legal, impõe ao sujeito passivo a cobrança de ICMS decorrente da realização de operações de saídas de mercadorias tributáveis, ao que o autuado se contrapõe.

E, ao assim fazê-lo, poderia ter trazido ao processo os elementos probantes necessários para a desconstituição da acusação fiscal, inclusive, quando da realização das diligências ocorridas no curso da instrução processual. Não o fez, porém. Apenas nega o cometimento das infrações, sem qualquer elemento contundente, além da simples negativa.

Por tal razão, a presunção deixa de sê-lo, passando a ser fato passível de cobrança pela Fazenda Pública, como de fato o foi.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas. Além do mais o sujeito passivo não traz aos autos qualquer elemento concreto que enseje dúvidas para tal providência.

Cabe destacar também quanto ao pedido de diligência e perícia, de que o nosso ordenamento jurídico elegeu como pilar o princípio do livre convencimento do julgador, cabendo a este o exame da necessidade da produção de prova técnica, prova do juízo, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa. Nesse sentido aduz que o STJ confirmou recentemente (Resp. 865.803) que o sistema brasileiro de avaliação das provas pelo julgador é o do livre convencimento.

Quanto à alegação de insubsistência da infração 1 devido a equívoco na base de cálculo, tendo ausência de omissão de saída de mercadoria tributada através das máquinas de cartão utilizadas excepcionalmente pelas demais filiais da empresa, sendo que o cupom fiscal devidamente

emitido na filial em que a máquina foi utilizada, cabe alinhar que cada filial possui inscrição estadual, CNPJ, domicílio tributário, distintos, há uma autonomia dos estabelecimentos para efeito tributário, cuja fiscalização é feita por estabelecimento e não pelo conjunto dos estabelecimentos, a não ser quando a contabilidade seja formalmente autorizada a ser feita englobando todos os estabelecimentos, o que não é o caso.

Os estabelecimentos, com suas inscrições estaduais, respondem autônoma e individualmente pela apuração e recolhimento do ICMS, relativo às suas operações.

A utilização de uma máquina de cartão de crédito de uma filial por outra, não é legalmente permitido, na medida em que cada máquina está atrelada a determinada inscrição Estadual, ou seja, está vinculada a um determinado estabelecimento.

Para os casos em que haja uma eventual troca de máquinas, necessário se fazer uma detalhada e rigorosa demonstração, o que efetivamente não ocorreu nos autos.

Assim, a infração 01 é procedente.

Quanto à arguição de que a penalidade, relativa à infração 02, a ser aplicada deve ser aquela disposta no art. 42, I, da Lei nº 7.014/96, que prevê multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, “*na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto tiver sido informado em declaração*”, verifico, de pronto, que não cabe tal tese, na medida em que, no presente caso, o valor do imposto não foi informado em declaração, foi apurado através dos levantamentos com base nas informações prestadas pelo sujeito passivo. Fica mantida, assim, a multa de 60%, conforme art. 42, inciso II, “f” da Lei 7.014/96.

Cabe a procedência da infração 02.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298921.0011/16-5**, lavrado contra **OMEGA BAHIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E VESTUÁRIOS EIRELI - ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$46.557,77**, acrescido das multas de 60% sobre R\$24.523,01 e de 100% sobre R\$22.034,76, previstas no art. 42, incisos II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de abril de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR