

A. I. Nº - 298921.0009/16-0
AUTUADO - OMEGA BAHIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E VESTUÁRIOS EIRELI- ME
AUTUANTE - ARI SILVA COSTA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 02.06.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0073-02/17

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RAICMS. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO NOS PRAZOS REGULAMENTARES. Defesa não apresentou elemento capaz de elidir autuação. Acolhido argumento defensivo de retificação da multa aplicada. Infração caracterizada. 2. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Defesa não apresentou elemento capaz de elidir a presunção. Infração caracterizada. Não acolhida arguição de nulidade. Negados os pedidos de perícia e de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2016, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$94.100,15, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 01 - 02.01.01 – Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no exercício 2015. R\$92.769,84. Multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “F” da Lei 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 - 05.08.01 - Omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Valor histórico de R\$1.330,31. Multa de 100%, prevista no art.42, inciso III, da Lei 7.014/96.

O autuado através de seu representante legal, em sua defesa às fls. 21 a 27, impugnou o lançamento tributário, apresentando inicialmente preliminar de nulidade do auto de infração por ausência de indicação da fundamentação legal para a exigência do tributo e aplicação da multa e ausência de informações essenciais no auto de infração.

Tece comentários sobre o princípio da fundamentação, citando Constituição Federal, art. 150, I, e doutrina sobre o tema.

Salienta que o princípio da fundamentação foi positivado no Código Tributário do Estado da

Bahia, através de seu art. 129, §1º, inciso V, no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), através do art. 39, inciso V, os quais transcreve.

Realça que, diante dos dispositivos acima, constata-se 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.

Diz que, em verdade, como se observa no auto de infração impugnado, há apenas a indicação de dispositivos regulamentares, dispostos na Lei n 7.014/96 e do RICMS/BA. Sustenta que, além dos artigos da Lei n 7.014/96, indicados 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.

Salienta que conforme se visualiza a partir da leitura do auto de infração, as imputações 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."* De seu turno, o enquadramento legal das supostas infrações, foi realizado com base nos artigos 2º, I, e art. 4º, §4º, VI, da Lei 7.014/96, o qual transcreve.

Ressalta que da leitura dos referidos dispositivos, não é possível se aferir com exatidão, em qual infração incorreu o contribuinte, inviabilizando a defesa ou prova em contrário do sujeito passivo.

Destaca 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 lógica de se cogitar de aplicação de multa por suposta falta de pagamento.

Conclui que restou demonstrada a nulidade do auto de infração, em face da ausência de indicação dos dispositivos legais supostamente aplicáveis aos fatos descritos no referido documento.

No tópico *"Insubistência da infração 02. Equívoco na base de cálculo. Ausência de omissão de saída de mercadoria tributada."*, diz que o agente fiscal identificou suposta *"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."* Aduz que o fiscal chegou a tal conclusão a partir da comparação entre os dados fornecidos pela administradora de cartão, oriundos da maquineta utilizada pelo estabelecimento, e as respectivas vendas escrituradas.

Argumenta que da análise do demonstrativo analítico anexo, verifica-se flagrante equívoco na base de cálculo utilizada pelo auditor fiscal, na medida em que, em verdade, a diferença entre as vendas em cartão de crédito ou de débito devidamente escrituradas, e aquelas fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito foi no valor de R\$ 24,21 (vinte e quatro reais e vinte e um centavos), e não R\$ 44.343,00 (quarenta e quatro mil, trezentos e quarenta e três reais), como consignado no auto de infração.

Registra que nos termos do contrato social, a pessoa jurídica OMEGA BAHIA COMERCIO 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). Aduz 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, conforme Planilha elaborada pela defesa.

Diz 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 supostamente 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.

Ressalta que para a apuração da efetiva falta de emissão de documentos fiscais, o agente fiscalizador deveria proceder com a fiscalização em conjunto de todos os estabelecimentos filiais da pessoa jurídica e não só da autuada.

Defende 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.

Aduz a necessária redução da multa aplicada à Infração 01, por suposta infração sobre a qual se aplica a multa prevista no inciso I, do art. 42, da Lei 7.014/96, pois 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 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"*. Ante o exposto, entende que se impõe a adequação do enquadramento da multa, no que se refere à Infração 01, 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 7.014/96.

Ao final, requer que seja acolhida a questão preliminar suscitada no item 01, julgada improcedente a Infração 02, bem como, seja corrigido o enquadramento da multa aplicada à Infração 01, fazendo incidir o percentual de 50%, previsto no art. art. 42, I, da Lei 7.014/96.

Requer, ainda, a produção de provas pelos meios permitidos, especialmente a juntada dos documentos anexos e também a realização de diligência e perícia fiscal.

Ao prestar informação fiscal, fls. 49 a 51, o autuante, inicialmente contesta a preliminar levantada pela defesa. Diz que Auto de Infração é um instrumento processual padronizado em toda a SEFAZ/BA, sendo utilizado por todos os auditores fiscais que realizam o lançamento através deste instrumento processual, lastreado nas normas legais do ICMS, o qual é baseada no CTN, Regulamento do ICMS/12, a lei do ICMS (7.014/96), RPAF/99, alterações e outros elementos legais, tendo todos os dados possíveis: Ordem de Serviço, Data, hora e local de lançamento na parte superior. Logo abaixo desses dados, se tem a descrição dos fatos, neles os textos legais, padronizados para cada infração. No centro, possui: a data do fato gerador; data de vencimento, base de cálculo, alíquota, multa e valor histórico. Na parte inferior da infração, o enquadramento (lei 7.14/96 c/c dec. 13.780/12) e a tipificação (as multas estão no art. 42 da lei 7.014/96). Todos estes itens descritos acima estão no princípio de fundamentação legal. Os artigos citados (folhas 17 à 19) todos estão contemplados no auto de infração.

Destaca que os elementos apresentados pelo contribuinte, folhas 16 à 19, estão contestando a legislação e não o mérito deste auto de infração.

Conclui que, após os motivos expostos, não há nulidade pelos argumentos da defesa.

Sobre a alegação defensiva de insubsistência da infração 02. Equívoco na base de cálculo. Ausência de omissão de saída de mercadoria tributada. Inicialmente, apresenta um resumo final de 12/2015.

MÊS	SAÍDAS TRIBUTADAS	SAÍDAS TOTAIS	PERC. TRIBUTÁVEL(%)
DEZEMBRO	200.737,32	271.566,38	73,92
<ul style="list-style-type: none"> TOTAL DE CARTÕES TOTAL DE SAÍDAS DIFERENÇA DIFERENÇA*PROPORC.(73,92%) 			
<ul style="list-style-type: none"> 331.555,27 271.566,38 59.988,89 44.343,79 			
		• ICMS A REC. (3%)	• 1.330,31

Conclui que o valor de R\$24,21 é improcedente (nenhum demonstrativo, impresso, foi apresentado na contestação). O valor correto é R\$1.330,31. Frisa que o valor total de saídas é R\$271.566,38. Foi retirado da DMA de 12/2015, enviado pelo contribuinte autuado para o banco de dados da SEFAZ na época.

Salienta que os estabelecimentos de um mesmo grupo comercial são autônomos perante às normais gerais do ICMS, por este motivo, possuem inscrição estadual, CNPJ, domicílio tributário distintos, assim, um pós (a “maquineta”), quando adquirido pelo contribuinte, ele será registrado num domicílio tributário da matriz ou filial.

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

Frisa que quando se emite um recibo da operação de venda, via cartão, os dados do cabeçalho referem-se ao estabelecimento daquele domicílio tributário. O fato gerador de ICMS ocorreu ali e não outro estabelecimento do contribuinte. Pelos motivos acima, o contribuinte não pode argumentar esta transferência de maquineta, que é totalmente irregular e fere a Legislação do ICMS.

Quanto ao pedido defensivo de redução da multa, diz que não vai se ater a esta questão, pois contribuinte não pode desconhecer a legislação do ICMS ou interpretá-la de maneira errônea. Afirma que o contribuinte omitiu recolhimento do ICMS, sendo que a multa é de 60%, prevista no inciso II, do artigo 42, da Lei 7.014/96.

Destaca que o Auto de infração e os demonstrativos são de uma clareza incontestável sem qualquer necessidade de Diligência Fiscal e/ou perícia fiscal, pois representaria um custo desnecessário para um AI transparente e eficaz, pois os argumentos da defesa são pífios e errôneos.

Ao final, diz que as informações prestadas nesta informação fiscal são totalmente elucidativas. O contribuinte apresenta argumentos pífios, em alguns tópicos interpreta equivocadamente, ao realizar uma contestação inócua, que, em situação alguma, poderá alterar seus demonstrativos e lançamentos.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto e aplicando multa decorrente de 02 infrações, todas impugnadas.

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade 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 acolho 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.

Devo frisar que o Art. 19 do RPAF/99, estabelece que “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.”

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 inquene de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca do pedido de perícia formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, II, “b” do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente 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 constantes do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, propriamente dito, na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no exercício 2015, no valor total de R\$92.769,84, sendo aplicada multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei 7.014/96.

A autuação foi embasada na divergência entre o valor do ICMS normal informado pelo contribuinte nas DMA e o valor que deveria ter sido recolhido mensalmente, conforme relatório do Sistema INC – Informações do Contribuinte – Resumo Fiscal Completo, fls. 09 a 11 e Relação de DAE’s 2015, fls. 12 a 13 dos autos.

Em sua defesa o autuado não questiona os valores lançados no Auto de Infração. Além da nulidade arguida que já foi afastada no início do voto, questionou o percentual da multa aplicada, entendendo que deveria ser de 50%.

Quanto ao pedido defensivo para correção da multa aplicada para a prevista no inciso I, do artigo 42, da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito, o mesmo deve ser acolhido, uma vez que a imputação é falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, e sua apuração foi com base nas informações das DMA’s do contribuinte:

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

I - 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto apurado tiver sido informado em declaração eletrônica estabelecida na legislação tributária;

Portanto, a multa aplicada deve ser de 50% e não 60% conforme consignado no Auto de Infração.

Logo, à infração 01 fica mantida com a correção da multa acima indicada.

Na infração 02 é imputado ao sujeito passivo ter omitido saídas de mercadorias tributadas, apuradas por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Valor histórico autuado de R\$1.330,31.

A infração está fundamentada no inciso VII do § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar: (...) valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras”, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Desta forma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, conforme jurisprudência do CONSEF, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Para que o sujeito passivo possa comprovar a improcedência dessa presunção legal, fazendo a correlação com os aludidos TEF's para o que consta em sua escrita fiscal, é necessário que sejam entregues ao sujeito passivo os Relatórios Diários TEF por Operações do período fiscalizado. Neste processo, constato que tais relatórios estão na planilha contidos no CD à fl. 13A dos autos.

Em sua defesa o autuado não questiona os valores lançados no Auto de Infração. Além da nulidade arguida que já foi afastada no início do voto, entretanto, aduz que a empresa possui diversos estabelecimentos, 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, conforme Planilha elaborada pela defesa.

Entendo que o argumento defensivo não é capaz de elidir a autuação, uma vez o sujeito passivo não tem como provar o alegado. Ademais, em cada máquina de cartão de crédito e/ou débito tem a identificação do estabelecimento onde a mesma é utilizada.

Cabe ressaltar que em matéria de ICMS cada estabelecimento de uma empresa, seja a matriz ou suas filias, todos são independentes, não podendo ser admitido o registro de operações realizadas por um estabelecimento, com a prova material dessas operações, qual seja, os Relatórios das Administradoras de cartão de crédito e/ou débito contarem como de outro estabelecimento.

Saliento, ainda, 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.

Logo, à infração 02 restou caracterizada.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298921.0009/16-0**, 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\$94.100,15**, acrescido das multas de 50% sobre

R\$92.769,84 e de 100% sobre R\$1.330,31, previstas no art. 42, inciso I e inciso III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de maio de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR