

A. I. N° - 2724663015/16-5
AUTUADO - CAETANO & ALVES LTDA. EPP
AUTUANTE - RENATO AGUIAR DE ASSIS
ORIGEM - INFRAZ GUANAMBI
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 28.07.2017

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0122-04/17

EMENTA: ICMS. 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 tributáveis sem pagamento do imposto devido. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 06/12/2016, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de recolhimento do imposto, constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis presumidas por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro de 2014 a dezembro de 2015 (Infração 05.08.01), sendo exigido ICMS no valor de R\$82.390,27, acrescido da multa de 100%.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 20 a 40, asseverando ser tempestiva a defesa pois apresentada dentro do prazo legal estipulado no art. 123 do Decreto 7.629/99. Após, afirma que o auto de infração está viciado com nulidades absolutas, haja vista, que infringiu o artigo 39 do Regulamento do Processo Administrativo fiscal, pois não foram anexados documentos de fundamental importância, dificultando assim, o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Diz que além do vício anteriormente apontando verifica-se que o enquadramento legal ventilado no auto, foi o art. 4º, §4º, inciso VI da lei nº. 7.014/96. Acontece que o inciso VI mencionado é composto pelas alíneas **a, b e c**, portanto, não foi individualizada a suposta conduta, ferindo de morte o Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia, em especial o art. 39, cujo teor transcreve.

No mérito, afirma que a fiscalização não agiu da forma costumeira, precipitando-se na coleta e análise dos dados, conforme se observa nos relatórios, mídia, e planilhas de trabalho, pois não foi efetuado o devido confronto entre os cupons emitidos pela Autuada e os valores creditados, pois, todos os créditos a favor da Autuada decorrente de vendas com cartão de crédito têm cupom fiscal correspondente.

Assevera não haver falta de recolhimento do ICMS, posto que a base de cálculo, cupom fiscal, das preditas vendas com cartão de crédito ou débito, foram emitidos e escrituradas nos livros próprios da escrituração fiscal, e posteriormente tributados na forma e nos prazos estabelecidos na legislação vigente. Assim sendo, o apontamento desta atuação deve ser afastado e

reconhecido pelo Autuante, nas informações fiscais, após a devida conferência, que deverá ser realizada tomando-se por base o noticiado demonstrativo.

Acrescenta que se os argumentos expostos não forem suficientes para comprovação do alegado, solicita a realização de diligências “in loco”, para fazer a devida averiguação nos equipamentos de cupom fiscal para que possa extrair a verdade real dos fatos, procedimento que não foi feito pelo agente fiscalizador.

Ressalta que no caso sob análise, é pacífico e uníssono que os fatos geradores do ICMS só podem decorrer da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defeso os lançamentos tributários louvados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

Vislumbra ser cediço que o tributo só pode incidir sobre fatos reais, quando estes se consideram relevantes juridicamente, assim, mister se faz ressaltar que para a tributação necessário se torna a existência de prova do fato gerador, a qual deve ter o condão de demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis, pois é o que a doutrina denomina de princípio da verdade material.

Comenta sobre as presunções absoluta e relativa afirmando que a segunda, que é o caso dos autos, pode ser desmentida mediante prova que as contrarie. Informa que o conjunto de provas ora apresentados e outras que o Estado tem o dever de apurar por ser de sua competência, vão afastar a presunção e desobrigar a autuada de suportar o ônus de pagar imposto de que não é devedora.

Fala sobre o descumprimento do princípio da razoabilidade, trazendo trecho de ensinamentos do constitucionalista, Alexandre de Moraes, em sua obra “Direito Constitucional Administrativo”.

Afirma que as lições citadas não deixam qualquer margem de dúvida que o Autuante descumpriu o princípio da razoabilidade, posto que, não existe qualquer proporcionalidade entre as suas alegações e os fatos emergentes dos ECF's e da escrituração fiscal, portanto, requer a nulidade do Auto de Infração.

Assevera que o poder do Autuante é vinculado ou regrado, equivalendo dizer que os seus atos terão que está rigorosamente dentro do que determina a lei, caso contrário, é ato nulo. Transcreve ensinamentos de Hely Lopes Meirelles e conclui que o Autuante, não pode dar a lei interpretação extensiva, em obediência ao princípio da legalidade e da segurança jurídica, consoante preceitua o art. 37, da Carta Cidadã.

Fala sobre o princípio da verdade real transcrevendo trecho de ensinamentos contidos na obra de Mirabete Júlio F.- Processo Penal – 2^a ed. e conclui que a Fazenda Pública Estadual não poderá condenar a Autuada, sem que antes se faça extrair de sua escrita fiscal corroborado com as provas apresentadas, a verdade real dos fatos ocorridos nos períodos fiscalizados.

Finaliza solicitando Nulidade Absoluta do Auto de Infração e caso não seja este o entendimento a improcedência total do Auto de Infração, ao tempo que protesta por todos os meios de provas permitidos em direito, em especial a juntada aos autos de novos documentos, para provar o alegado.

O autuante presta informação fiscal às fls. 52/55, inicialmente registrando ter havido grandes dificuldades em conseguir a ciência do contribuinte. Informa que somente obteve sucesso após intimação via Correios (AR) e que tal fato não ocorreria se caso implantado o PAF-e (eletrônico).

Após, afasta a arguição de nulidade do auto de infração por suposta violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, em razão da sua não ocorrência na presente autuação fiscal.

Diz que o contribuinte não se desincumbiu de atacar o mérito da ação fiscal (ônus da

contraprova), conferindo os demonstrativos de débitos apresentados pelo Fisco e, se fosse, o caso, apresentar contraprovas, o que não fez em nenhum momento.

Registra que o enquadramento da multa e da inflação aplicada é automático via sistema de lançamento de crédito tributário – SLCT, e ausente vício formal no lançamento do crédito tributário administrativo que permitisse o reconhecimento de sua nulidade por cerceamento de defesa, na medida em que não foi comprovada a ocorrência de prejuízo que tivesse sido imposto à defesa do contribuinte, pois todo os demais anexos, que dão sustentação à ação fiscal, foram disponibilizados em mídia eletrônica para a empresa.

Explica que a ação fiscal que resultou no presente Auto de Infração goza de presunção de certeza e liquidez do crédito tributário, na medida em que a atividade administrativa tributária rege-se, dentre outros, pelo Princípio da Legalidade. E, como os atos administrativos em geral, reveste-se de presunção de veracidade e legitimidade.

Conclui afastando a preliminar de nulidade afirmando que a lavratura do Auto de Infração não violou os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório.

No mérito, diz que não há reparos a fazer, posto que, a defesa do contribuinte não apresentou provas cabais que poderiam macular a presente ação fiscal, e que no levantamento realizado pelo fisco, compararam-se 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, gerando a presunção legal de 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.

Afirma que o contribuinte alega tão-somente suposta violação dos Princípios da Razoabilidade, da Verdade Real e da Capacidade Contributiva e não há que se falar em risco de falência por causa da autuação do Fisco, visto que o Estado disponibiliza parcelamentos dos débitos tributários e anistias.

Assevera que o autuado não foi capaz de comprovar (através de todos os meios admitidos pelo Direito), que não omitiu saída de mercadorias e nem foi capaz de demonstrar que as informações enviadas pela instituição financeira não estavam corretas, não sendo capaz de afastar a presunção legal de ocorrência de omissões. Em processo desta natureza, para elidir a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, basta que o contribuinte demonstre e comprove que os valores constantes dos TEF's foram submetidos à tributação do imposto, seja através do ECF (espelho dos cupons fiscais) ou das notas fiscais emitidas, seja por qualquer outro instrumento que comprove ter oferecido tais valores à tributação.

Observa que as alegações e documentos trazidos pelo contribuinte, por si só, não são capazes de elidir a presunção legal de omissão de saídas, visto que, a partir do momento que o sujeito passivo recebeu cópia do levantamento fiscal e dos TEF's diários, deveria ter demonstrado mediante o confronto entre os documentos fiscais emitidos (cupom fiscal e/ou notas fiscais) e as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Ressalta que não merece acolhimento a tese da autuada, uma vez que, para elidir, de modo válido, a presunção legal de omissão de saídas, deveria ter sido feito o cotejamento diário da cada venda informada pelas administradoras através dos TEF's diários, com o que consta no ECF e/ou notas fiscais emitidas, o que não ocorreu. Não cabe a esta Fiscalização buscar elementos para sustentar alegações do autuado, visto que tais provas são de sua responsabilidade.

Finaliza ratificando a ação fiscal e opina pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade, decorrente de falta de recolhimento do imposto constatada pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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/débito.

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que não foram obedecidas as normas estabelecidas no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, pois não foram anexados documentos comprobatórios da infração. Reclama que não foi individualizada a suposta infração pois foi indicado como dispositivo infringido o art. 4º, §4º, inciso VI da lei nº 7.014/96 e o mesmo é composto das alíneas a, b e c, acarretando a insegurança na determinação da suposta infração e consequentemente cerceamento do seu direito de defesa.

Da análise dos documentos que compõe os autos, constato que a infração alvo do lançamento fiscal possui a devida sustentação em Relatórios enviados pela pelas Administradoras de cartões de débito/crédito e demonstrativos elaborados pela fiscalização, todos inseridos em meio magnético à fl.12, disponibilizados ao contribuinte conforme se depreende na afirmação do mesmo, em sua peça defensiva, conforme se verifica a seguir:

“Compulsando os relatórios, mídia, e planilhas de trabalho da lavra do insigne agente fiscal, observa-se que neles faltou o devido CONFRONTO entre os cupons emitidos pela Autuada e os valores creditados, pois, nessa peça, conclui-se com facilidade que todos os créditos a favor da Autuada decorrente de vendas com cartão de crédito têm cupom fiscal correspondente.”

Também verifico que apesar de não ter sido indicado no Auto de Infração a alínea do dispositivo legal infringido, este fato não enseja a nulidade do lançamento haja vista que pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, inexistindo as supostas omissões reclamadas no que diz respeito ao dispositivo infringido. Ademais, não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação das infrações, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Assim, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, não estando presentes no processo qualquer hipótese motivadora de nulidade elencadas nos incisos I a IV do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

Desse modo, não acolho as nulidades suscitadas.

No mérito o autuado alegou que a auditoria realizada não efetuou o confronto entre os cupons por ela emitidos e os valores informados pela Administradora de cartão de crédito e que todos os créditos a seu favor, decorrentes de vendas com cartão de crédito tem cupom fiscal correspondente, porém, não anexou quaisquer documentos e planilhas comprovando a sua assertiva. Como tais provas se referem a documentos que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir a infração, demonstrando as incorreções alegadas, o que não ocorreu

Portanto, resta caracterizada a infração, tendo em vista que 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, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme determina o artigo 4º, § 4º, da Lei n. 7.014/96, o que não ocorreu no presente caso.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 2724663015/16-5, lavrado contra

CAETANO ALVES LTDA. EPP, devendo ser intimando o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$82.390,27**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF 13 de julho de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR