

PROCESSO - A. I. N° 298921.0009/16-0
RECORRENTE - OMEGA BAHIA COMÉRCIO DE ALIMENTAÇÃO E VESTUÁRIOS EIRELI - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0073-02/17
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/07/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0111-11/18

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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário impetrado pelo recorrente, em função da decisão exarada da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração nº 298291.0009/16-0, 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.*

Analizando o processo assim se expressou a 2ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0073-02/17:

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 constitucionalidade 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 abstendo 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 inquine 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.

Saliente, 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.

Inconformado, tempestivamente, o recorrente protocolou Recurso Voluntário, fls. 73/80, em que apresenta suas razões de defesa, que passo a analisar.

Inicialmente o recorrente traça um breve histórico da ação do preposto autuante e dos fatos ocorridos envolvendo a sua defesa inicial e o julgamento proferido pela 2ª JJF.

Em sequência, analisando a Infração 1, volta a pleitear a nulidade do Auto de Infração, fundamentando sua arguição no princípio constitucional da impossibilidade de se exigir ou aumentar tributos sem que a Lei o estabeleça, (Constituição Federal, art. 150, I), visando descharacterizar o enquadramento legal dado pelo autuante na lavratura do Auto de Infração, além de também alegar o cerceamento da defesa sob a alegação *de omissão ao sujeito passivo a indicação do fundamento legal do tributo cujo pagamento lhe é exigido*, citando em sua defesa o que dispõe o Código Tributário do Estado da Bahia, através o Artigo 129, Parágrafo 1º, inciso V:

Art. 129. A exigência de crédito tributário será feita através de notificação fiscal e auto de infração, observados os limites em reais para sua utilização, estabelecidos em regulamento.

§ 1º O auto de infração conterá:

V - a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos, além do dispositivo regulamentar ou legal referente à multa aplicada;

Alega mais ainda em seu favor o que está definido no RPAF, no artigo 39, inciso V:

Art. 39. O Auto de Infração conterá:

III - a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta;

V - a indicação do dispositivo ou dispositivos da legislação tributária, relativamente a cada situação:

- a) em que se fundamente a exigência fiscal, relativamente à ocorrência do fato gerador da obrigação principal ou acessória;*
- b) tidos como infringidos;*
- c) em que esteja tipificada a infração com a multa correspondente;*

Analizando o enquadramento citado pelo preposto autuante:

Art. 2º O ICMS incide sobre:

I - a realização de operações relativas à circulação de mercadorias, inclusive o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por bares, restaurantes, hotéis e estabelecimentos similares, incluídos os serviços prestados;

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

VI - valores das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte inferiores aos informados por:

- a) instituições financeiras;*
- b) administradoras de cartões de crédito ou débito;*
- c) "shopping centers", centro comercial ou empreendimento semelhante;*

Argumenta a requerente 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.*

Analizando a infração 2, o recorrente discorda do valor determinado pelo preposto autuante, no valor de R\$1.330,31, apontando como real o valor de R\$24,21, e, que a diferença encontrada foi decorrente do fato de utilização pelo estabelecimento autuado de maquineta de outro, de propriedade da empresa, em virtude do seu uso encontrar-se com defeito, alegando que para que se chegue a um resultado da omissão ou não de vendas mediante o uso de cartões de crédito ou débito, ter-se-ia que se efetuar a fiscalização de todos os estabelecimentos de propriedade da empresa.

Ao analisar a imposição da multa informada pelo preposto autuante, busca descharacterizar o enquadramento feito no Artigo 42, inciso II, alínea "f", da Lei nº 7.014/96, pleiteando o enquadramento no que dispõe o inciso I do mesmo dispositivo legal.

Por fim, conclui pleiteando a nulidade do Auto de Infração, ou caso não reconhecida, que seja o mesmo julgado improcedente, ou que não atendidos os pleitos desejados, que seja mantida a decisão da 2ª JJF que reconheceu a imposição da multa com base no que dispõe o Artigo 42, inciso I, da Lei 7.014/96.

VOTO

Preliminarmente refuto o argumento de nulidade do Auto de Infração por estar o mesmo revestido de todos os requisitos necessários à sua lavratura e nada ensejar o pretendido pelo recorrente, fls. 1/5, sendo precedido da competente Intimação para Apresentação de livros e documentos, fl. 6, assim como do Termo de Arrecadação de Livros e documentos, fl. 7.

De relação à Infração 01:

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.*

Limita-se o recorrente a repetir os argumentos apresentados quando da defesa inicial, buscando descharacterizá-la sob a alegação de inconstitucionalidade da autuação, o que não cabe a este órgão analisar, conforme estabelece o art. 167, I, do RPAF/99.

Saliente-se que em momento algum o recorrente contesta os valores reclamados no processo fiscal, seja de relação à sua origem, seja de relação à sua veracidade, assim como nada de novo traz em seu favor, praticamente reconhecendo a certeza da autuação ao pleitear, em última solicitação, tão somente o reenquadramento do valor da multa apenada para o que dispõe o Artigo 42, inciso I da Lei nº 7.014/96, o que realmente lhe é devido, pelo que o mesmo determina:

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;

De relação à Infração 2:

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.*

Mantém o recorrente a mesma argumentação apresentada em sua primeira peça defensiva, apresentando como valor devido a importância de R\$24.21, sem, contudo, apresentar de que forma chegou a tal valor, visto não apresentar memória de cálculo ou demonstrativo que lhe dê suporte.

Diante do que analisei, e pelo exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário no que diz respeito ao tributo reclamado na Infração 1, assim como na Infração 2, mantendo a decisão proferida pela 2ª JJF, inclusive quanto à redução da multa fiscal a ser aplicada de 60% para 50% com base no que dispõe o Artigo 42, inciso I da Lei nº 7.014/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 o Auto de Infração nº 298921.0009/16-0, lavrado contra **OMEGA BAHIA COMÉRCIO DE ALIMENTAÇÃO E VESTUÁRIOS EIRELI - ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$94.100,15**, acrescido das multas de 50% sobre R\$92.769,84 e 100% sobre R\$1.330,31, previstas no art. 42, incisos I e III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS