

A. I. Nº - 203459.0003/19-0
AUTUADO - BVC COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTES - RICARDO FRANÇA PESSOA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 22/09/2021

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0135-04/21-VD

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA ENTRE O MONTANTE DECLARADO 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 àqueles informados 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. Levantamento fiscal estruturado em formulário aplicado a contribuintes enquadrado no Simples Nacional, quando o contribuinte, dado à sua exclusão do Simples Nacional, está enquadrado na situação de normal, com apuração do imposto por conta corrente fiscal. Redução do valor original lançado, em sede de Informação Fiscal, pelo agente Autuante, por apropriação de crédito fiscal, sem demonstrar a origem de tais créditos. Ausência de exames de procedimentos fiscais em contribuinte na situação de apuração do imposto por conta corrente fiscal. Insegurança na determinação do imposto (ICMS), a recolher. Autuação nula, com base no Art. 18, IV, “a” do RPAF/BA. Recomendação, nos termos do Art. 21 do mesmo diploma legal, para refazimento do lançamento fiscal, a salvo das falhas apontadas, observando prazo decadencial. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 26/06/2019, constitui crédito tributário no valor de R\$438.963,10, conforme demonstrativos/documentos acostados às fls. 5/15 dos autos, constantes do CD/Mídia à fl. 16, em razão da constatação da seguinte irregularidade:

- 1 INFRAÇÃO 01 – 05.08.01: 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 anos de 2018 e 2019, conforme demonstrativo de fls. 3/9 dos autos, que faz parte integrante do CD/Mídia de fls. 16. Lançado ICMS no valor de R\$438.963,10, com enquadramento no artigo 4º, inciso VI, da Lei nº 7.014/96 e multa de 100% aplicada na forma do art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

O sujeito passivo, às fls. 22/32 dos autos, apresenta defesa administrativa, pelas razões que a seguir passo a expor:

Diz ser uma pessoa jurídica de direito privado, com inscrição Estadual de nº 079.737.949 e inscrição no CNPJ sob nº 010.634.054/0001-2, vem, através de sua advogada regulamente constituída, apresentar defesa administrativa, bem como documentos diversos: (procuração, auto infração, contrato social, RG, CNPJ) salvo em forma de Mídia – CD, que a seguir passo a discorrer:

I. DA NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO FISCAL

Registra que, no processo administrativo, a notificação deve conter a origem e a natureza do crédito tributário, mencionar o dispositivo legal em que se fundamenta e a descrição completa dos fatos que ensejaram a autuação. É imprescindível que o sujeito passivo conheça as acusações que lhe são imputadas para que possa exercer seu direito de rebatê-las.

No caso em tela, diz que a notificação não atende ao preceituado no dispositivo legal. Da descrição elaborada pelo Sr. Fiscal, não se permite ao contribuinte identificar a origem do suposto crédito tributário ora exigido, **impossibilitando por completo o exercício do direito ao contraditório e a ampla defesa.**

Ademais, diz aduzir o Ilustre Fiscal que o referido documento fora lavrado, em parte, de forma “PRESUMIDA” cuja suposta infração é decorrente de valores informados inferiores daqueles realizado pela Administradora de Cartões de Crédito e Débito, bem como informações obtidas junto aos outros órgãos de fiscalização. Ou seja, em nenhum momento fora possibilitado a empresa aferir a todas as informações que lhe foram imputadas pelo Fiscal.

Pontua que não pode ser considerada clara e precisa uma peça acusatória que não transparece com exatidão a origem de todas as informações ali consignadas que ensejaram o suposto crédito, ora exigido.

Não tendo o auto de infração atendido o requisito exigido por lei, tem-se caracterizada manifesto cerceamento de defesa, o que constitui afronta direta ao insculpido no artigo 5º, LV da Magna Carta da República. Diz, então, que o auto de infração é, portanto, nulo ab initio.

Ressalta que a mídia (CD) onde supostamente constam as movimentações de venda em cartão de débito e crédito não condizem com a realidade, bem como as referidas informações não se referem às vendas realizadas no período descrito no auto de infração.

Salienta que na referida mídia consta suposta movimentação de janeiro/2018 a marco/2019 com base em informações supostamente enviadas pelas administradoras dos cartões de crédito e débito, mas com tudo se evidencia que os referidos documentos padecem de credibilidade, posto que, são meros lançamentos em bloco de notas, sem qualquer evidência que se trata de documentos enviados pelas referidas instituições financeiras, ressaltando que inexistente timbrado ou qualquer tipo de sinalização da origem das referidas informações. Ou seja, impossível se inferir de que tais documentos são verdadeiros.

Ademais, diz que os outros documentos constantes na mídia, que se referem às informações relativas SEFAZ/INFAZ trazem no seu preâmbulo, indicações que os lançamentos ali apontados foram retirados após confrontar com aquelas enviadas pela administradora de cartão de crédito.

Assim sendo, mais uma vez reitera-se que as aludidas documentações carecem de cunho probatório, não servido, portanto como base para lavratura da presente notificação.

Mister destacar que a mídia que lastreia também o referido auto de infração, não possui qualquer informação de movimentação dos referidos cartões (crédito/débito) alusivos aos anos de 2018 e 2019 na integralidade. Posto que no referido documento só consta informações de janeiro/2018 inexistindo qualquer informação pertinente ao período de fevereiro/2018 a marco/2019.

Portanto diz restar insubsistente o presente auto de infração, impondo-se sua desconsideração conforme as razões desta impugnação.

II. DAS RAZÕES PARA JUSTIFICATIVA IMPUGNAÇÃO AO AUTO DE INFRAÇÃO

Diz que o relato do ilustre fiscal, bem como a descrição dos fatos consignados na notificação emitida, traz em seu bojo em relatório anexo com descrição de suposto faturamento anual da empresa (mês a mês) onde aponta valores supostamente decorrentes de movimentação financeira (entrada e saída) para incidência de alíquota sobre a base de cálculo no período de 01/2018 a 03/2019.

Depreende-se dos valores consignados na notificação, que há diferença significativa de um ano para outros, que, a grosso modo, já se denota que tais informações padecem de veracidade.

Diz que foram repassadas para o Fiscal, conforme se infere em suas razões no Auto de Infração, informações prestadas pelas Instituições Administradoras dos Cartões para, que lhe fosse possibilitado a verificação, inclusive, uma possível retificação.

Seguindo a linha de inteligência reflete às alíquotas aplicadas em detrimento do faturamento anual, verifica-se nas aludidas notificações, que as alíquotas aplicadas excedem as disposta no art. 18, LC 123/06 e suas alterações, que transcreve.

Nesta senda, aduz verificar que a faixa de tributação da empresa é FAIXA 3 (e, portanto, a alíquota aplicada no referido documento é acima do legal permitido, conforme o ANEXO I da LC 123/06. Entretanto, o quadro demonstrativo do imposto e da multa proporcional desafiam sua retificação, visto que, encontram-se com valores indevidos e cálculos equivocados, conforme sua fundamentação que diz apor na sua peça de defesa.

III. SOBRE A EXCESSIVA MULTA MORATÓRIA DE 75% - PRINCÍPIOS DE VEDAÇÃO AO CONFISCO, DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

Diz que a dívida fiscal apontada torna-se impagável! Pontua que a multa moratória estipulada é de 75% (setenta e cinco por cento) sobre o valor tributário principal, fere o quanto disposto no art. 59 da Lei nº 8.383/91, que determina multa de 20% (vinte por cento) para reprimir atrasos na quitação de tributos federais, que destaca.

Após outras considerações, diz que a manutenção do Estado não pode, portanto, significar a destruição patrimonial do cidadão-contribuinte, ou de seus meios de subsistência, ainda mais quando, no presente caso, o Autor agiu de boa-fé, tendo em vista que o débito em comento foi gerado pela sua exclusão do Simples Nacional.

Apesar de entender-se a multa como necessária para coibir a inexecução da obrigação tributária principal, como também a fraude, ela revela-se inadequada quanto à sua grandeza, na medida em destrói o bem do qual o fruto é desejado, deixando, assim, de atingir a finalidade perseguida.

Traz outros destaques neste item da defesa, inclusive traz trechos de decisões do judiciário, porém não expressa o que efetivamente defende da autuação.

IV. APLICAÇÃO DA NORMA MAIS BENEFICA AO CONTRIBUINTE –ARTIGOS 106 E 112 DO CTN

Por outro lado, diz constatar que o próprio Código Tributário Nacional permite a retroação de leis menos severas, em matéria de penalidade, aos contribuintes, de acordo com a norma jurídica encartada nos artigos 106 e 112.

No presente caso, registra que não se trata retroação legal, mas a aplicação de Lei mais benéfica (Art. 59 da Lei nº 8.383/91), em pleno vigor e vigência, que estipula percentual de multa moratória mais razoável, ou seja, em 20% (vinte por cento) sobre o montante do débito fiscal apontado!

Portanto, diz que, embora a conduta do não-recolhimento do tributo mereça reprovação, deve ser aplicada a orientação mais benéfica, em se tratando de penalidade, razão pela qual, também sob esse prisma, deve ser fixado o percentual da multa moratória de 20% (vinte por cento), nos termos do art. 59 da Lei nº 8.383/91.

V. DA IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA SELIC COM OUTRO ÍNDICE DE REAJUSTAMENTO – BIS IN IDEM

Diz que, de acordo com o apontamento fiscal em nome da empresa Autora, há outra patente ilegalidade no que tange à metodologia do cálculo moratório, pois a SELIC está sendo utilizada de forma cumulativa, juntamente com os juros moratórios e a correção monetária, em flagrante e odioso *bis in idem*, o que é vedado pelo ordenamento constitucional tributário.

Após destacar entendimento do STJ (STJ, EREsp267Ü80/SC, Rei. Min Teori Albino Zavascki, DJI, DE 10/11/2003, p.150) diz que cumpre observar que a própria adoção, na seara tributária, do

famigerado índice SELIC, desvirtua a natureza de juros moratórios, conferindo-lhes natureza eminentemente sancionatória e, ao invés de cumprir uma de suas funções primordiais, que é a de manter o equilíbrio econômico da relação obrigacional, termina gerando flagrante desequilíbrio financeiro, até porque ninguém deixa de pagar tributos porque quer, mas não consegue pagá-los a tempo.

Ademais, diz que a cláusula normativa contida no §1º do art. 161, do CTN, não quer dizer uma autorização para fixação de taxa de juros de mora de qualquer nível, por mais elevado que seja, diante dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, presentes na relação jurídica tributária, que exigem uma relação de pertinência entre a taxa fixada para os juros e o prejuízo decorrente da mora que se quer indenizar.

VI. DA INEXISTENCIA DOS VALORES BASE DA NOTIFICAÇÃO FISCAL

Diz que insta ainda informar, que o Fiscal não abateu de seus cálculos os valores recolhidos na faixa de faturamento pertinente, pelo contrário, atribui com valor histórico no quadro demonstrativo do imposto e da multa proporcional, valores estes que não correspondem a diferença entre o valor recolhido e nenhum dos valores das faixas do imposto por estimativa.

VII. CONCLUSÃO

Assim, diz sentir injustamente tributada em valores irreais. Reclama, pois, ante a injustiça ocorrida, para pleitear ao Sr. Julgador que acolha as razões expostas, acatando as razões da presente impugnação e notificando o impugnado para que seja o auto de infração retificado nos termos desta defesa.

O Autuante desenvolve Informação Fiscal à fl. 37, que a seguir passo a descrever:

Diz que, tendo sido autuado por omissão de saídas de mercadorias, apurada através levantamento de vendas com pagamento através de cartões de crédito e de débito, o contribuinte apresenta extensa defesa alegando principalmente cerceamento do direito de defesa em razão do auto não conter dispositivo legal em que se fundamenta, e descrição completa dos fatos.

Diz questionar a multa aplicada, alíquota considerada, e que a mídia/CD, a ele entregue traz tão somente as vendas relativas ao período de “janeiro de 2014, quando a autuação abrangeu todo o exercício de 2014 e o primeiro trimestre de 2015”.

Registra que não procede a maioria das alegações. Diz que o Auto de Infração está perfeito no que tange ao enquadramento legal, e a multa aplicada, que é a prevista no RICMS. Pontua que alegações fora desse contexto extrapolam a plena vinculação da atividade do Auditor, **no entanto procedem as alegações referentes à mídia, e à alíquota utilizada.**

Diz que, de fato, na mídia só constam as vendas informadas pelas operadoras de cartão de crédito e débito, relativas ao “mês de janeiro de 2014”, contudo diz que isto pode ser sanado com a entrega de nova mídia com as informações completas, e reabertura de prazo de defesa. Acrescenta que o mesmo pode ser feito, com relação a alíquota aplicada, juntando aqui novos demonstrativos, agora com a alíquota correta.

Dessa maneira diz juntar à presente Informação Fiscal, nova mídia e demonstrativos, nos termos do parágrafo anterior, sugerindo sejam encaminhadas ao contribuinte com reabertura do prazo de defesa.

À fl. 43 dos autos consta Termo de Intimação enviando a Informação Fiscal ao Contribuinte Autuado, com a reabertura de prazo de defesa, que se manteve silente.

À fl. 45-v, têm-se o despacho da Secretaria Administrativa do CONSEF encaminhando o presente PAF a este Relator, para instrução e julgamento.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 26/06/2019, resultante de uma ação fiscal realizada por Auditor Fiscal lotado na unidade Fazendária INFAZ VAREJO, em que, no exercício de suas funções

de Fiscalização, em cumprimento da O.S.: 501874/19, constituiu o presente lançamento fiscal de exigência de imposto (ICMS), por 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 anos de 2018 e 2019, conforme demonstrativo de fls. 3/9 dos autos, que diz ser parte integrante do CD-R/Mídia de fls. 16. Lançado ICMS no valor de R\$438.963,10, com enquadramento no artigo 4º, § 4º, inciso VI da Lei nº 7.014/96, e multa de 100%, aplicada na forma do art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

Argui, o sujeito passivo, nulidade da autuação, dentre outras considerações, a alegação de que é imprescindível que o sujeito passivo conheça as acusações que lhe são imputadas, para que possa exercer seu direito de rebatê-las. Acrescenta, que a mídia em que se lastreia o Auto de Infração em tela, não possui qualquer informação de movimentação no CD-R/Mídia, dos referidos cartões (crédito/débito), alusivos aos anos de 2018 e 2019 na integralidade. Posto que no referido documento (CD-R/Mídia), só consta informações de janeiro/2018, inexistindo qualquer informação pertinente ao período de fevereiro/2018 a março/2019.

Em sede de Informação Fiscal, o agente Autuante diz que de fato, na mídia só constam vendas informadas pelas operadoras de cartão de crédito e débito, relativas a janeiro de 2018, contudo, registra assertivamente, nos termos do art. 18, §1º do RPAF/BA, que tal falha pode ser sanada com a entrega de nova mídia, com as informações completas, e reabertura de prazo de defesa, como assim procedera.

De fato, a situação aqui esposada, não obstante tenha sido entregue nova mídia ao defendente, conforme demonstra uma insegurança jurídica da autuação, na medida que, em relação à primeira mídia, de fl. 16 dos autos, constava apenas um arquivo de “*bloco de notas*” relacionando as informações recebidas das instituições financeira e administradora de cartão de crédito e débito, de apenas o mês de janeiro de 2018, sem tampouco apresentar qualquer destaque de que tais dados se relacionam a informações constantes da base de dados da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, como assim arguiu a defendente.

Compulsando também o novo CD-R/Mídia de fl. 41, vê-se as informações recebidas das instituições financeira e administradora de cartão de crédito e débito, agora em arquivo “PDF”, relativas a todos os meses da constituição do lançamento fiscal, ora em lide, ou seja, do período fiscalizado de 01/01/2018 a 31/03/2019, trazendo destaque, no citado arquivo, de que se trata de informações constantes da base de dados da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, porém, não consta qualquer outro arquivo, seja na mídia original, seja esta mídia agora corrigida, que possa indicar a infração cometida.

Ademais, o demonstrativo de débito elaborado pelo agente Autuante, que deu sustentação à autuação, denominado “*Planilha Comparativa de Venda por meio de Cartão de Crédito/Débito*”, seja o de fl. 8, que diz respeito ao levantamento original, seja o de fl. 39, que fora alterado, em sede de Informação Fiscal, traz imperfeições, que ao meu sentir, promove a nulidade da autuação, onde não vejo qualquer possibilidade de correção nestes autos, em conformidade com o disposto no §1º, do art. 18 do RPAF/BA, conforme a seguir destacado.

Primeiramente, têm-se que a autuação se relaciona a Contribuinte não mais enquadrado no regime tributário do Simples Nacional, e o levantamento fiscal está estruturado em formulário aplicado a tais contribuintes, como assim está expresso no próprio formulário de constituição do lançamento “*Base Legal: Art. 2º, § 3º, do RICMS Bahia*”; entretanto, ao meu sentir, o procedimento fiscal fora instalado dado a sua exclusão do Simples Nacional em 31/12/2017, e, por conseguinte, a sua situação fiscal de “*Art. 27, inc. XIX - Omissio EFD*”, no Cadastro de Contribuinte da SEFAZ, conforme extrato impresso do Sistema INC, acostado à fl. 18 dos autos pelo próprio agente Fiscal Autuante.

Uma outra questão importante, que, ao meu sentir, que leva à nulidade do lançamento, é que, o agente Autuante, sem traçar qualquer consideração na sua Informação Fiscal, junta aos autos novo levantamento fiscal à fl. 38, estruturado, da mesma forma que o lançamento original, agora

com o agravante de considerar créditos fiscais no lançamento, conforme se pode observar da coluna “CREDITO PRESUMIDO 8% (para SIMBAHIA), valores no montante de R\$172.406,07, que abatendo do lançamento original de R\$366.362,89, aponta para um saldo remanescente de R\$193.956,83 de imposto (ICMS) a recolher, por omissão de saída de mercadorias tributadas, 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.

Também não se observa do levantamento fiscal, seja o de fl. 9, seja o de fl. 38, qualquer informação de venda por “*Cupom Fiscal – Redução Z*”, muito menos por nota fiscal, como também não se vê nos autos, intimação ao sujeito passivo arguindo a ausência de tais informações, nem tampouco qualquer informação de omissão de entrega de DMA, vez que, no regime de apuração do imposto por conta corrente fiscal, estaria obrigado o sujeito passivo a apresentar como obrigação acessória; bem assim, também, não tem informação, nos autos, de intimação nesse sentido ao Contribuinte Autuado.

Vejo também nos autos, como atividade econômica do Autuado, o “*CNAE 5611203 – lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares*” e o “*CNAE 4724500 – comércio varejista de hortifrutigranjeiros*”, onde, em se confirmando a omissão de saídas, como posto na autuação, seria o caso de se analisar a aplicação da proporcionalidade decorrente da comercialização de produtos abarcados pela substituição tributária, o que não se observa das peças processuais.

Assim, é que diante das questões acima delineadas, dúvidas não restam que os fatos apurados pela presente autuação não se deram na forma em que a legislação orienta em situação de omissão de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, decorrente de informações fornecidas por instituição financeira e administradora de cartão à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, para contribuinte na situação de apuração do imposto por conta corrente fiscal, objeto em tela.

Ante à flagrante insegurança na determinação do imposto (ICMS) a recolher, mesmo tendo sido reduzido do valor de R\$366.362,89, para o valor de R\$193.956,83, em sede de informação fiscal, constante do presente lançamento, com fulcro no Art. 18, inciso IV, alínea “a” do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia – RPAF/BA, voto pela Nulidade do presente Auto de Infração, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida, e, por conseguinte, o imposto (ICMS) lançado.

Em conclusão, voto pela NULIDADE do presente Auto de Infração, e, nos termos do Art. 21 do RPAF/99, recomendo a renovação do procedimento fiscal a salvo das falhas apontadas, devendo ser observado o prazo decadencial.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **203459.0003/19-0**, lavrado contra **BVC COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo da falha apontada, observando-se o prazo decadencial.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2021.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA