

A. I. Nº - 206878.0007/19-0
AUTUADO - CAMPOS CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - ANALCIR EUGÊNIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 15.12.2021

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0150-05/21-VD

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. PRESUNÇÃO. APURAÇÃO COM BASE NO CONFRONTO ENTRE AS VENDAS DECLARADAS PELO CONTRIBUINTE E OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DE DÉBITO. Defesa não se reporta aos fatos que deram origem ao lançamento em discussão. Argumentos defensivos se referem a imputação que não se encontra presente no auto de infração (*falta de pagamento do ICMS referente à antecipação parcial em operações interestaduais*). A acusação fiscal encontra respaldo no art. 4º, § 4º, VI, “b” da Lei nº 7.014/96 (vigente até 21/12/17), e no art. 4º, § 4º, VII da mesma lei (vigente a partir de 22/12/17). Não há, nos autos, elementos jurídicos probatórios capazes de obliterar a imputação fiscal. Infração subsistente. NULIDADE: não acolhidas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 27/09/2019, para exigir crédito tributário no valor histórico principal de R\$177.208,01 (cento e setenta e sete mil, duzentos e oito reais e um centavo), em decorrência da seguinte imputação:

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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Fatos geradores ocorridos nos meses de: janeiro a dezembro, de 2017. Multa de .*”.

O Contribuinte foi notificado do Auto de Infração, pela via pessoal, em 03/11/2019 e ingressou com defesa administrativa, em 29/11/2019, peça processual que se encontra anexada ao PAF, às fls. 103 a 123. A impugnação foi formalizada através de petição subscrita por Advogada legalmente constituída conforme instrumento de procura de fl. 118.

Na peça impugnatória, inicia afirmando que a fiscalização procedeu de forma irregular, ao lavrar o auto de infração em tela, realizando a cobrança de ICMS por antecipação parcial referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação com base de cálculo reduzida, sobre mercadorias da cesta básica, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre mercadorias isentas, para uso/consumo, ativo imobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc. E que não subsiste a exigência do pagamento de ICMS por antecipação parcial, em relação às mercadorias elencadas porque contrariam as decisões do CONSEF/BA. Transcreve Acórdãos.

Disserta sobre os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição Federal, arguindo que o Código Tributário Nacional, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte. Que tal afirmativa está evidenciada principalmente no art. 112 do CTN (princípio do *in dubio pro contribuinte*). Que o poder-dever da autoridade administrativa para exigir o pagamento do tributo devido e/ou controlar e fiscalizar o

seu correto pagamento está sujeita à obediência ao princípio da reserva legal. Que a CF e as leis infraconstitucionais atribuem encargos deveres ou funções para os órgãos da administração pública que devem se desincumbir deles com a maior presteza possível. Que o fiscal tem o seu campo de ação perfeitamente delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador. E que a autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir, nem tem qualquer interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal. Transcreve trecho da Revista dos Tribunais sobre o tema (“Regime Jurídico dos Recursos Administrativos Fiscais e Seus Efeitos”, in Revista de Processo, Jan - Mar, 1982, São Paulo, Revista dos Tribunais, P, 54).

Acrescenta que a função administrativa tributária que deve ser exercida pela autoridade fiscal exige a obediência ao princípio da legalidade objetiva, em que o tributo será tomado líquido e certo e exigido dentro de mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade. Que nesse sentido, não podem prosperar tais imputações de infração por ofensa aos princípios de direito que norteiam as normas jurídicas, base para a atividade de lançamento fiscal a que está subordinado o agente público. E que deverá ser decretada a nulidade no caso “*sub examine*”, devido aos vícios que possui.

Na sequência, defende que falta motivo para se proceder com a exigência fiscal, vez que as mercadorias relacionadas pelo autuante se referem a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação com base de cálculo reduzida, mercadorias da cesta básica, mercadorias que tiveram o ICMS retido na fonte por substituição tributária, sobre mercadorias isentas, para uso/consumo, ativo imobilizado, mercadorias não tributadas como brindes, bonificações, canceladas, devolvidas, etc. como se pode constatar nas notas fiscais. Que o preposto fazendário se furtando de uma apuração mais detalhada da realidade material, imputa ao autuado o recolhimento do ICMS por antecipação parcial relativo às aquisições interestaduais de mercadorias com base de cálculo reduzida. Que quando se compra mercadorias em outros Estados com base de cálculo reduzida, não há antecipação parcial a recolher, já que as saídas são feitas com carga tributária correspondente a 7%. Que a validade e eficácia do ato administrativo estão condicionados à sua prática em motivos reais, idôneos e existentes, “*in casu*”, a falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial de mercadorias de outras Unidades da Federação destinadas a comercialização do estabelecimento. E que não havia motivos que sustentassem a autuação, visto que se trata de mercadorias que tiveram suas bases de cálculo reduzidas, de modo que as saídas correspondem a alíquota de 7%.

Complementa dizendo que, uma vez provado que as mercadorias autuadas: (i) possuem base de cálculo reduzida; (ii) compõem a cesta básica; (iii) estão sujeitas ao regime da substituição tributária; (iv) são isentas; ou (v) são para uso/consumo, fatalmente a ação fiscal será improcedente, corroborando com o entendimento consolidado do CONSEF/BA. Transcreve ementa dos Acórdãos: JJF N° 0039-04/16; CJF N° 0017-11/15; JJF N° 0040-05/15; JJF N° 0156-04/16 e JJF N° 0214-05/16.

Sobre o princípio da motivação, cita lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (in “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 11º. ed., págs. 280 e ss.) e de Hely Lopes Meirelles (“Direito Administrativo Brasileiro, 15a Ed. RT, SP, 1990, PP. 174/175”).

Disserta também sobre os ensinamentos de Seabra Fagundes acerca dos cinco elementos a serem considerados no ato administrativo, a saber: (i) a manifestação de vontade; (ii) O MOTIVO; (iii) o objeto; (iv) a finalidade; e (v) a forma.

Registra que a lei tributária atribui ao agente administrativo um poder vinculado, no exercício do qual serão praticados atos plenamente vinculados. Que essa é a expressão utilizada no art. 3º do CTN, que define o tributo como “prestação pecuniária, compulsória, cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Que o objeto do lançamento, como ato de vontade da administração (a declaração da ocorrência do fato jurídico, a identificação do sujeito passivo da obrigação, a determinação da base de cálculo e da alíquota para apuração do montante a pagar e

os termos da exigibilidade) já está predeterminado na lei tributária, inexistindo margem de liberdade de escolha para o agente que pratica o ato (autuante). Cita trecho de publicação da Editora Forense, sobre a matéria (“Comentários ao Código Tributário Nacional” edição I^a, pág. 386).

Requer a improcedência do auto de infração.

Em informação fiscal de fls. 126 e 127, o autuante inicia reproduzindo o enunciado da infração e as principais razões de defesa apresentadas pelo contribuinte.

Na sequência, afirma que os argumentos apresentados na defesa estão completamente equivocados, pois se referem a uma infração que não é objeto do Auto de Infração em apreço. E que toda a contestação da autuada está direcionada para refutar uma suposta cobrança de ICMS devido por Antecipação Parcial. Imposição esta que não faz parte do lançamento fiscal em questão.

Explica que o crédito tributário reclamado foi lançado a partir da constatação, no exercício fiscalizado, de que o estabelecimento deixou de recolher ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de divergências entre as vendas declaradas através de cartões de débito e crédito e os valores dessas operações fornecidos pelas administradoras de cartões através de Relatório de Informações TEF. E que, em nenhum momento o sujeito passivo contestou os valores do imposto reivindicados pelo fisco.

Finaliza afirmando ter ficado evidente que as alegações suscitadas pela defesa, representadas por um arrazoado genérico, inconsistente e desprovido de qualquer fundamentação, não passam de mero expediente procrastinatório.

Reafirma os termos do lançamento e requer a procedência integral do Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide, totalizou o valor histórico principal de R\$177.208,01 (cento e setenta e sete mil, duzentos e oito reais e um centavo), e é composto de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Preliminarmente, registro que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal:

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

(...”)

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, ao efetuar o lançamento do crédito tributário:

“CTN - LEI N° 5.172/1966

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)"

Destaco ainda, que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), determina expressamente que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato:

"RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

(...)"

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do lançamento arguindo: (i) ofensa aos princípios de direito, dentre eles o princípio da motivação; e (ii) que a função administrativa tributária deve ser exercida pela autoridade fiscal, com obediência ao princípio da legalidade objetiva.

Constatou que a infração em combate foi apurada mediante os demonstrativos de fls. 08 a 69. Que tais demonstrativos contemplam todos os elementos que fundamentam a acusação fiscal. Que a ocorrência em comento configura a motivação necessária e suficiente para a efetivação do lançamento de ofício. Que os referidos demonstrativos foram entregues ao contribuinte, conforme recibos consignados nas fls. 09 e 96, e possibilitaram a este o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório. E que não foram observados quaisquer fatos que pudessem caracterizar desobediência ao princípio da legalidade objetiva. Passível, portanto, o lançamento em lide, de análise de mérito. Não acolho as nulidades suscitadas.

Ademais, após análise dos elementos que compõem o presente PAF, verifico também que: (i) o lançamento de ofício foi efetuado por autoridade competente para fazê-lo; (ii) a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma comprehensível; (iii) foram determinados, com segurança, a infração e o infrator; (iv) foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas; e (v) não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o crédito tributário exigido e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Portanto, este está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do Art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No que tange ao mérito da autuação, constato que a defesa não se reporta aos fatos que deram origem ao lançamento em discussão. Que todos os argumentos defensivos se referem a uma imputação que não se encontra presente no auto de infração, qual seja, a de falta de pagamento do ICMS referente à antecipação parcial em operações interestaduais. Que a acusação fiscal de *"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"*, encontra respaldo no art. 4º, § 4º, VI, "b" da Lei nº 7.014/96, na redação vigente até 21/12/17, e no art. 4º, § 4º, VII da mesma lei, na redação que vigorou a partir de 22/12/17. E que não há no PAF nenhum documento ou elemento jurídico probatório capaz de elidir a imputação fiscal que deu origem ao Lançamento de Ofício em lide:

"Lei nº 7.014/96

(...)

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 declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

(...)

b) administradoras de cartões de crédito ou débito; (efeitos até 21/12/17).

VII - valores totais diários das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras. (efeitos a partir de 22/12/17).

(...)"

Julgo, portanto, que no presente caso está caracterizada a responsabilidade do Sujeito Passivo pelo lançamento e recolhimento do crédito tributário apurado no levantamento fiscal, consubstanciado nos documentos de fls. 08 a 69, que dão supedâneo ao lançamento de ofício em apreço, referente à Infração 01, descrita à fl. 01 deste PAF, em especial pelo fato daquele não ter trazido aos autos documentos e/ou elementos jurídico probatórios, capazes de obliterar a imputação fiscal descrita na peça de lançamento, vez que, na dicção do Art. 123, § 5º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), abaixo reproduzido, caberia ao autuado apresentar provas capazes de elidir a exigência fiscal, na fase de Impugnação do Lançamento:

"RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração no prazo de sessenta dias, contados da data da intimação.

(...)"

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

(...)"

Pelas razões acima expostas, 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 **206878.0007/19-0**, lavrado contra **CAMPOS CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$177.208,01**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de novembro de 2021.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR