

A. I. Nº - 233048.0002/22-5
AUTUADO - GEMA MARIA CORRALES DE CARVALHO
AUTUANTE - KARIME MANSUR MACHADO
ORIGEM - DAT METRO / INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 21/02/2024

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0014-04/24-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. PRESUNÇÃO LEGAL. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. APURAÇÃO COM BASE EM INFORMAÇÕES PRESTADAS POR ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Apesar da exigência tributária se apresentar com clareza, respaldada através de planilhas analíticas dos fatos motivadores da autuação, os argumentos defensivos relacionados aos pedidos de nulidade da autuação se apresentaram de forma desfocada da autuação, inclusive em relação a formação da base de cálculo, sem qualquer conotação objetiva aos fatos apurados, razão pela qual não foram acolhidos. É legal a presunção de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto ao se constatar que o contribuinte não declarou e não tributou os valores informados por instituições financeiras. Não elidida a presunção pelo contribuinte. Indeferido o pedido de realização de diligência/perícia. Mantida a multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos da exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 174.374,28, mais multa de 60% prevista no Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte imputação: “*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*”.

Consta no campo descrição dos fatos o seguinte: “*Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização, tendo sido apurada(s) as seguinte(s) irregularidade(s): Falta de antecipação da Substituição Tributária e falta de pagamento de ICMS por omissão de saída apurada através do levantamento da venda do cartão de crédito/débito de 2017 e 2018. Multa por falta de antecipação parcial e crédito indevido por erro na aplicação da alíquota em 2018*

O autuado, por intermédio de seu Representante Legal, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 115 a 122, efetuando, inicialmente, uma síntese dos fatos, citando que é uma empresa que se dedica a exploração do comércio varejista de brinquedos recreativos, de forma que a maioria das vendas de produtos é feita mediante pagamento com cartão de crédito.

Destacou que foi notificado da lavratura do Auto de Infração que aponta a seguinte irregularidade: “*Falta de antecipação da Substituição Tributária e falta de pagamento de ICMS por omissão de saída apurada através do levantamento da venda do cartão de crédito/débito de 2017 e 2018. Multa por falta de antecipação parcial e crédito indevido por erro na aplicação da alíquota em 2018*”.

Em seguida, passou a arguir a nulidade do lançamento por: **i)** erro na apuração da base de cálculo; **ii)** falta de indicação do critério adotado no arbitramento da base de cálculo; **iii)** discrepância entre o arbitramento e realidade fática e **iv)** multa com efeito confiscatório.

Isto posto, no tocante a apuração da base de cálculo mencionou que foram considerados os encargos financeiros nas vendas a prazo (correção monetária), os quais não integram a base de cálculo do tributo, conforme o Regulamento do ICMS – Decreto 6.284/97. Desta maneira sustentou que a autuação é nula pois considerou a cobrança de encargos financeiros pelas administradoras de cartões de crédito, conforme entendimento firmado em jurisprudência oriunda do Superior Tribunal de Justiça, relacionado ao AGRESP – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 460260, Processo 200201045120 UF SP – Primeira Turma. Relator José Delgado, em 26/11/2002, cujo Voto transcreveu.

Acrescentou que, ademais, não foi apresentada nenhuma justificativa, qualitativa ou quantitativa, para o percentual adotado pelo arbitramento, o que afronta seu direito ao contraditório e à ampla defesa, previsto no Art. 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Acrescentou que conforme o disposto no artigo 48, inciso IV do Decreto 2.473/79 o Auto de Infração é nulo, visto que não apresenta elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração cometida, acrescentando que, a autuante violou o art. 142 do CTN, tendo em vista o erro crasso no levantamento da base de cálculo do tributo, através de declaração de Administradora de Cartões de Crédito, com conteúdo totalmente errôneo, que não corresponde à realidade da circulação das mercadorias ocorridas, mormente porque foram consideradas operações de crédito como fato gerador e encargos como base de cálculo, destacando, ainda, que não existe regulamentação legal para apuração de fato gerador e crédito tributário por arbitramento da base de cálculo, o que também gera a nulidade do lançamento, situação em que caberia a própria administração anular o lançamento em decorrência de ilegitimidade e vício, o que não ocorreu.

Aduziu que a Constituição Federal estabelece que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV), assim como o devido procedimento legal administrativo e judicial (art. 5º, LV), com isso, qualquer lesão de direito, praticada pela autoridade lançadora, poderá ser anulada por iniciativa do sujeito passivo, quer na esfera administrativo, quer na judicial, diante do preceito contido no art. 145 do CTN.

Citou que se trata de um lançamento defeituoso, em desacordo com as normas que regulam sua produção, os dias fixados como data de ocorrência do fato gerador e data do vencimento não guardam consonância com a realidade fática, e caracterizam a ausência de informações quanto à forma de apuração do fato gerador, da base de cálculo e do arbitramento da alíquota, impugnando, por fim, a multa aplicada em virtude de seu caráter confiscatório e abusivo, com violação à Constituição Federal.

Por esses motivos asseverou que fica caracterizada a eiva de nulidade do Auto de Infração ora impugnado.

Ressaltou, em seguida, que a presunção de que ocorreu saídas de mercadorias, em virtude de informações de administradoras de cartão de crédito, não autoriza a consideração de base de cálculo arbitrada sem a mínima razoabilidade, em valores exorbitantes, com violação ao Art. 142 do CTN.

Aduziu que o lançamento tributário atacado é defeituoso pois não contém na sua essência elementos que o tornem procedente, citando, ainda, que os dias fixados como data de ocorrência do fato gerador não guardam consonância com a realidade fática e caracterizam a ausência de informações quanto à forma de apuração do fato gerador, da base de cálculo e do arbitramento da alíquota.

Impugnou a multa aplicada e virtude de seu caráter confiscatório e abusivo, violando seriamente a Constituição Federal.

Com os argumentos supra sustentou que fica caracterizada a eiva de nulidade do Auto de Infração.

Passou a arguir a improcedência do Auto de Infração “*por infringência aos princípios constitucionais tributários, desde a iniciação do processo administrativo fiscal e a sua completa transgressão ao grau de colaboração entre Fisco x Contribuinte*”.

Voltou a citar que o Auto de Infração é eivado de nulidade por desrespeitar os requisitos e pressupostos legais que ditam o critério de validade a ser observado, citando o art. 5º, XXXV e 5º, LV, acrescentando que qualquer lesão de direito praticada pela autoridade lançadora, poderá ser anulada por iniciativa do sujeito passivo, quer na esfera administrativa, quer na judicial, diante do preceito contido no art. 145 do CTN, citando, mais uma vez argumentos que ao seu entender conduzem a nulidade do Auto de Infração.

No tópico seguinte, intitulado “*DA FALTA DE LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE DO CONTRIBUINTE PARA AFERIÇÃO DA PRESUNÇÃO DA TRIBUTAÇÃO SIMPLESMENTE PELAS VENDAS EM CARTÕES DE CRÉDITOS, INCERTEZA ABSOLUTA DA BASE DE CÁLCULO, E CONSEQUENTE FALTA DE EXATIDÃO DAS ENTRADAS E SAÍDAS CONTÁBEIS DO CONTRIBUINTE*”, voltando a arguir a nulidade do Auto de Infração, desta vez por cerceamento ao seu direito de defesa e, também, em função dos vícios formais e materiais que disse ter apontado.

Concluiu requerendo produção de prova pericial contábil e que sejam aplicadas as regras tributárias do “*in díblio pro contribuinte*”.

A autuante prestou a Informação Fiscal de fl. 138, pontuando que o autuado alegou que o Auto de Infração é nulo por tratar de “embargos financeiros pelas Administradoras de Cartões de Crédito”, argumento que considera equivocado.

Observou que o Sistema de Lançamentos de Créditos Fiscais – SLCT, divide, automaticamente, as autuações em vários autos de infração e/ou notificações fiscais e, por isso, constou na descrição dos fatos outras infrações do mesmo contribuinte, o que de modo algum prejudica a infração aplicada, posto que na descrição dos fatos no Auto de Infração, consta a descrição correta da acusação imputada, isto é, 005.005.001 – Omissão de saída apurada através de levantamento de cartão de crédito, esclarece como se chegou aos valores autuados no exercício de 2017, acrescentando que à fl. 09 está apensado o A.I. nº 2330480001/22-9 e à fl. 12 está demonstrado o valor abatido de R\$ 20.435,33 referente ao exercício de 2017, enquanto à fl. 48, consta uma planilha demonstrando o valor abatido de R\$ 1.688,98 também referente ao exercício de 2017.

Quanto ao exercício de 2018, disse que foi anexado à fl. 54 um demonstrativo que explica, passo a passo, os valores objeto de venda através de cartões de crédito e seus abatimentos demonstrados às fls. 55 e 100.

Em conclusão observou que o autuado não prova a alegada nulidade ou a improcedência do Auto de Infração, razão pela qual mantém a autuação em todos os seus termos e valores.

VOTO

Início o presente voto destacando que a única imputação contida nos presentes autos, para efeito de exigência de crédito tributário no valor histórico de R\$ 174.374,28, mais multa de 60% prevista no Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, está consignada nos seguintes termos: “*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*”.

Tal acusação está respaldada pelas planilhas de fls. 08, 54, 108 e 109, que demonstram como a autuante apurou as omissões de saídas objeto da autuação.

Apesar de constar no campo descrição dos fatos do Auto de Infração a observação: “*Em data, hora e local acima indicados, encerramos a fiscalização, tendo sido apurada(s) as seguinte(s) irregularidade(s): Falta de antecipação da Substituição Tributária e falta de pagamento de ICMS por omissão de saída apurada através do levantamento da venda do cartão de crédito/débito de 2017 e 2018. Multa por falta de antecipação parcial e crédito indevido por erro na aplicação da alíquota em 2018*” , esta situação está explicada pela autuante que o Sistema de Lançamentos de Créditos Fiscais – SLCT, divide, automaticamente, as autuações em vários autos de infração e/ou notificações fiscais e, por isso, constou na descrição dos fatos outras infrações do mesmo contribuinte, apuradas no decorrer do mesmo procedimento fiscal, o que de modo algum prejudica a presente autuação ou dificulta o entendimento da acusação, que se encontra posta de

forma clara.

Faço estas considerações preliminares para evidenciar o motivo específico da autuação que, ao meu entender está consignada de forma clara e objetiva, possibilitando ao autuado o pleno exercício da defesa, entretanto, apesar disto, o autuado enveredou por caminhos que, ao meu entender, em nada lhe socorre.

Assim, apesar da autuação dispor que a exigência tributária decorreu de falta 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*”, a defesa enveredou em argumentação de nulidade do Auto de Infração em razão de: *i*) erro na apuração da base de cálculo; *ii*) falta de indicação do critério adotado no arbitramento da base de cálculo; *iii*) discrepância entre o arbitramento e realidade fática e *iv*) multa com efeito confiscatório, o que passo a analisar.

Naquilo que se relaciona a determinação do valor da base de cálculo ela está demonstrada, com clareza, às fls. 08 e 54, onde consta a informação de que o autuado não emitiu nenhuma nota fiscal nos exercícios de 2017 e 2018, inexistindo pagamentos de ICMS nestes exercícios.

A partir daí, foi apurado com base nos Relatórios de Informações TEF – Anual, fls. 108 e 109, relacionados as operações efetuadas pelo autuado, mensalmente, durante os exercícios de 2017 e 2018, que somaram, respectivamente, R\$ 579.549,21 e R\$ 663.571,47, os quais serviram de base para a autuação já que não houve declaração de vendas prestadas pelo autuado, nesses exercícios e, sobretudo, o autuado não apresenta ou indica em sua peça defensiva quaisquer documentos fiscais porventura emitidos nesses períodos, de qualquer espécie.

De maneira que não vislumbro erro na apuração da base de cálculo, enquanto que o lançamento encontra respaldo legal no Art. 4º, § 4º, inciso VI, alíneas “a” e “b” e VII, da Lei nº 7.014/96, *verbis*:

“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 (vigente até 21/12/2017);

VII – valores totais diários das operações ou prestações declaradas pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras”.

Volto a frisar, que no presente caso, não houve informação pelo autuado de ocorrência de operações através de pagamentos realizados com cartões de débito e/ou crédito, portanto, a exigência tributária recaiu sobre a totalidade das declarações fornecidas pelas instituições financeiras, que não foram contestadas pelo autuado, tampouco foi apresentado ou apontado quaisquer documentos fiscais emitidos para acobertar essas operações.

Vale lembrar que o lançamento tomou por base o lançamento mensal, com respaldo nas informações TEF informadas pelas instituições financeiras, o que cai por terra o argumento defensivo de que os dias fixados como datas de ocorrência do fato gerador e data de vencimento não guardam consonância com a realidade fática.

No tocante a alegação de falta de critério adotado no arbitramento da base de cálculo do imposto, trata-se de argumento alheio a autuação já que não houve qualquer arbitramento de base de cálculo, ao contrário, o enquadramento legal da autuação está respaldada pelo Art. 4º, § 4º, inciso VI, alíneas “a” e “b” e VII, da Lei nº 7.014/96, que trata de presunção a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, tal como feito pela autuante, e totalmente ignorado pelo autuado.

No tocante ao argumento de que o lançamento considerou como base de cálculo do tributo os

encargos financeiros nas vendas a prazo (correção monetária), citando para respaldar seu argumento o RICMS/97 (sem mencionar o artigo), já revogado, e decisão do STJ que não se adequa ao presente caso, pois o lançamento considerou apenas o valor da operação que nada mais é que o valor da venda da mercadoria, portanto descabe tal argumento.

Em relação a alegada “*discrepância entre o arbitramento e a realidade fática*”, conforme citado acima, não houve arbitramento de base de cálculo, muito menos de alíquota, a qual foi aplicada corretamente, portanto se trata de outro argumento sem qualquer higidez e ausência de solidez.

Naquilo que diz respeito ao alegado efeito confiscatório da multa aplicada, vejo que a autuante, considerando a atividade vinculada que exerce, aplicou a multa prevista pela Lei nº 7.014/96, em pleno vigor, enquanto que o argumento relacionado ao seu aspecto confiscatório, este órgão julgador administrativo não possui competência para sua apreciação à luz do quanto previsto pelo Art. 167, I do RPAF/BA.

Portanto, ficam afastados todos os argumentos de nulidade suscitados pela defesa.

No mérito, apesar ao autuado não ter apresentado argumentos relacionados ao levantamento fiscal propriamente dito, foi requerida a realização de prova pericial contábil, sem qualquer justificativa para tal fim, o que fica indeferido com base do art. 147, I e II do RPAF/BA, até porque, se encontram presentes nos autos todos os elementos necessários a formação do meu convencimento como julgador.

Em verdade, o único argumento apresentado diz respeito a supostas ilegalidades apontadas que, na realidade, além de não apresentadas, inexistem.

Quanto ao argumento de falta de levantamento quantitativo do estoque para aferição da presunção da tributação simplesmente pelas vendas em cartões de crédito, incerteza absoluta da base de cálculo e falta de exatidão das suas entradas e saídas contábeis se trata, mais uma vez, de um argumento desfocado da autuação, que sequer reúne condição de apreciação.

Finalmente, quando ao pedido de aplicação do princípio “*in dúvida pro contribuinte*” vejo que não deve ser acolhido, pois inexiste qualquer dúvida em relação ao presente lançamento, portanto inaplicável ao presente caso.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA do presente 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 233048.0002/22-5, lavrado contra **GEMA MARIA CORRALES DE CARVALHO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 174.374,28**, acrescido da multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2024.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

ZILRISNAIDE MATOS FERNANDES PINTO - JULGADORA