

PROCESSO - A. I. Nº 206925.0054/04-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SUPERLENTE - COMÉRCIO DE LENTES E ÓCULOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2ª JJF nº 0291-02/05
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 10/11/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0384-11/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DE ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. 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. Neste caso, contudo, impõe-se a nulidade do lançamento, por inadequação do roteiro de fiscalização adotado, em virtude de as operações do estabelecimento serem, em sua totalidade, com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício relativo ao Auto de Infração datado em 30/9/04, acusando débito do ICMS ao sujeito passivo, por omissão de saídas de mercadorias, dadas as divergências apuradas quando do levantamento de vendas para pagamentos com cartões de crédito ou de débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no valor de R\$34.071,22, mais multa de 70%.

Os ilustres membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal vêm aos autos em extensa e bem elaborada narrativa, na qual destacam todos aspectos relevantes deste lançamento.

Comentam informações do fiscal, que a alegação dada pela defesa de que os livros e documentos fiscais não foram retirados pelo auditor, não tem relevância alguma, pois os dados necessários ao levantamento fiscal foram analisados "in loco" e, também, na repartição fazendária, mediante arrecadação dos documentos. E a expressão "mercadoria tributada", constante na descrição da infração, diz se tratar de descrição padrão, utilizada pelo "SEAI", não sendo, portanto, passível de alteração. Crê que melhor seria dizer-se "mercadoria tributável", pois, de fato, a empresa nada pagou nas diferenças apuradas no Auto de Infração.

E com relação à reclamação da defesa pela ausência de documento comprobatório dos valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, o agente fiscal responde que os referidos valores estão devidamente informados na coluna "Venda com Cartão Informado pelas Adm." da planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, à fl. 5, e que, se ainda assim, pairar alguma dúvida quanto à exatidão dos valores informados, basta uma rápida consulta à fl. 6 dos autos. Aduz que o acesso ao processo é um direito garantido à parte interessada.

Os i.julgadores dizem não bastar que uma determinada peça seja anexada aos autos, pois que o art. 46 manda que, no ato da intimação, uma cópia de elementos dessa ordem sejam fornecidos ao sujeito passivo.

Na diligência às fls. 97-98, foi solicitado pela 1ª JJF que o órgão preparador, além de outros elementos, fornecesse ao contribuinte, cópias dos comprovantes dos valores informados pelas instituições financeiras ou administradoras dos cartões, às fls. 5-6. A solicitação não foi cumprida a contento pelo órgão preparador, pois observa-se as fl. 116-A, somente foram entregues ao contribuinte cópias das fls. 101 a 113.

Ainda na citada diligência às fls. 97-98, a JJF solicitou ao órgão preparador reabertura do prazo de defesa, de 30 dias para que o autuado, se manifestasse a respeito. Novamente observa-se não cumprimento a contento, pois na peça à fl. 116-A, a repartição concedeu apenas o prazo de 10 dias para que o autuado se pronunciasse. Por se tratar de elementos que deveriam ser do conhecimento do autuado desde o início, não se trata de elementos “novos”, e a solução é a reabertura do prazo de defesa. “Reabrir” é renovar, fazer de novo por inteiro. O prazo é de 30 dias.

Julgam com referência aos anexos as fls. 5-6, que os dados ali consignados são insuficientes para a demonstração das diferenças levantadas pelo fisco. Este CONSEF vem entendendo que não basta indicar os valores totais mensais – é absolutamente necessário que sejam informados os valores detalhados das operações, se não operação a operação, pelo menos diariamente, relativamente a cada administradora de cartão. Isso foi questionado pela defesa (fl. 18) e novamente questionado na manifestação final (fl. 122), ao salientar que não existem nos autos elementos detalhados referentes aos valores mensais informados pelas administradoras de cartões, de forma a ensejar defesa ao contribuinte.

Concluem pela existência de uma série de problemas formais nestes autos, que implicam, seguramente, cerceamento de defesa. Estes vícios seriam passíveis de saneamento, preferiram não tratá-los, a vista de um problema que consideram incontornável: -a informação prestada pela ASTEC de que a totalidade das operações do estabelecimento referem-se a mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária-.

O estabelecimento autuado tem atividade econômica principal o comércio varejista de artigos de ótica, em quase sua totalidade, trata de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, nos termos do art. 353, inciso II, item 31, do RICMS/97. O art. 356 do RICMS prevê que, uma vez antecipado o imposto dessas mercadorias, fica encerrada a fase de tributação. O Regulamento do imposto declara, de forma expressa, estar encerrada a fase de tributação.

Esse entendimento é válido quando se trata de estabelecimento cujas operações, em sua totalidade ou perto disso, não são tributáveis ou já foram tributadas por antecipação.

Resume o nobre relator que se a presunção legal for, no caso de diferença entre os valores dos Cupons Fiscais emitidos e os valores informados pela administradora de cartões de crédito, pela consideração de terem havido operações tributáveis sem pagamento do imposto, entendo que a prova a ser feita é de que não houve operações sem pagamento do imposto. Se a prova é feita, elide-se a presunção, total ou parcialmente.

E seu ponto de vista é absolutamente consentâneo com a lei. A presunção legal é de que as operações são tributáveis, até prova em contrário. Operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária são tributáveis, e tanto o são que são tributadas por antecipação. A lei prevê que tais operações sejam tributadas, como o foram, porém, não que sejam tributadas duas vezes.

A fiscalização não apurou falta de registro de entradas ou falta de pagamento do imposto devido por antecipação nas entradas. Neste Auto de Infração, o que está sendo apurado é a omissão de saídas de mercadorias. Ora, se o imposto das mercadorias foi pago na entrada, a omissão de saídas constitui mero descumprimento de obrigação acessória. Isto porque, em face de expressa disposição regulamentar, uma vez pago o imposto por antecipação, fica encerrada a fase de tributação das mesmas mercadorias. Nesse sentido, prescreve o art. 356 do RICMS:

O Auto de Infração foi lavrado com base em presunção relativa, prevista na legislação. Os elementos constantes nos autos descharacterizam a presunção.

Continuadamente ao posicionamento deste Conselho, em situações similares, julgam que o tipo de auditoria empregado no levantamento de que resultou o presente Auto de Infração não deve ser aplicado para a atividade do setor de ótica – como também não se aplica em se tratando de farmácias, postos de combustíveis, livrarias, sapatarias, lojas de autopeças e outros estabelecimentos que comercializem exclusiva ou preponderantemente com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária ou não sujeitas ao ICMS.

E com fundamento no art. 18, IV, “a”, do RPAF, votam pela Nulidade do Auto de Infração.

VOTO

No presente PAF, observo que o agente autuador sob a descrição de omissão de saídas tributadas, conforme sói apontar o autuado em seus argumentos de defesa apresentados, não há que reclamar de imposto a ser pago, já que a fase de tributação, sob a espécie em análise, encontrava-se encerrada.

A espécie de substituição tributária efetivamente alberga produtos, dentre outros, os ópticos, objetos de exploração comercial dentro da atividade do contribuinte autuado.

Verifico que os registros fiscais da defendant, estão ou foram efetuados regularmente, indicando a inexistência de débitos de ICMS nas colunas –Outras-. O Registro de Saídas, com copias anexadas as folhas nºs 56 a 80 dos autos, revela escrituração diária no período compreendido de 01/01/2003 até **Acórdão nº 0291-02/05**, das saídas efetuadas através coupons fiscais e de notas fiscais serie D-1, totalizando nesse período, R\$407.007,35 dentre os quais acham-se considerados R\$402.708,14 de vendas a cartões, contra os R\$395.823,23 informado pelo agente autuante, nas informações das administradoras de cartões.

Destaco a pertinência da transcrição do autuado, e confirmada pelos i.julgadores, na fl. 17 dos autos, do §4º. Art. 356 do RICMS/BA, que em essência determina não importar seja o valor da operação superior ou inferior ao adotado como base de calculo para fins de antecipação do imposto, e que não caberá exigência de complementação ou restituição do mesmo, a não ser que tenha havido engano ou erro passível de correção. No lançamento em apreciação, restou faltar provado pelo agente autuador, entrada de mercadorias não submetidas à antecipação tributária, situação na qual poderia prosperar o referido lançamento.

Diligência da ASTEC revelou e confirmou que a totalidade das entradas ocorridas no estabelecimento do sujeito passivo, foram, sem exceções, tributadas por antecipação.

Tendo em vista as retro observações, que concluíram pela nulidade do Auto de Infração em comento, e o engano do lançamento efetuado sob o fulcro de –omissão de saídas tributadas-onde o sujeito passivo trata-se de contribuinte que efetuou integralmente a substituição tributária a que estava obrigado, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Oficio apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **206925.0054/04-1**, lavrado contra **SUPERLENTE - COMÉRCIO DE LENTES E ÓCULOS LTDA.**

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de outubro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

ADRIANA LOPES VIANNA DIAS DE ANDRADE - REPRES. DA PGE/PROFIS