

A. I. Nº - 003424.0509/05-0
AUTUADO - BGR MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - CLAYTON FARIA LIMA
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 06/10/05

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0062-05/05

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. FALTA DE CERTEZA DA INFRAÇÃO. É nulo o procedimento fiscal que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração, lavrado em 20/6/2005, exige ICMS no valor de R\$9.673,61, acrescido da multa de 70%, pela falta de recolhimento do imposto, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

O autuado impugnou o lançamento, informando que o preposto fiscal havia realizado um levantamento de suas vendas através de cartão de crédito. No entanto ele não considerou as notas fiscais emitidas, já que não possuía ECF, pois desobrigada em função de sua receita no ano de 2004.

Além do mais, como tem por atividade o comércio varejista de material de construção, comercializa, predominantemente, com mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, como cimento e tintas e, nesta situação, quase 80% de suas aquisições foram de cimento, precisamente 79,67%, conforme levantamento que realizou, por nota fiscal, o apensando aos autos, juntamente com os documentos fiscais.

Informou, ainda, que mesmo tendo recolhido o ICMS sobre as mercadorias cimento e tintas nas suas entradas, por ter optado pelo Simbahia, na condição de empresa de pequeno porte, recolheu, novamente, o imposto quando de suas vendas. Entendeu ser extremamente injusto ter que recolher, pela terceira vez, o mesmo imposto sob a alegação de omissão de vendas através de cartão de crédito.

Requeru, ao final, de que do imposto apurado dele fosse abatido o percentual de 79,67%, ocasião em que apresentou como imposto devido o valor de R\$1.966,65.

O autuante (fl.71) analisando a defesa apresentada, afirmou que as notas fiscais haviam sido consideradas haja vista que o Auto de Infração foi lavrado, bem como a “inexistência de vinculação entre qualquer uma delas com as vendas individuais ou mesmo globalizadas efetuadas por meio de cartão de crédito/débito”.

Ressaltou que a autuação foi realizada de maneira direta e objetiva, estando documentalmente comprovada de modo cristalino e respaldada no art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96. E que, apenas com a apresentação de cada boleto de venda efetuada por cartão de débito/crédito acompanhado do respectivo cupom fiscal, ou mesmo de nota fiscal de venda a consumidor, individualmente, justificaria a inadmissibilidade da presunção constatada. Este procedimento não foi realizado.

VOTO

O presente Auto de Infração tem por fulcro da autuação a exigência do ICMS, em decorrência da

falta de seu recolhimento, nos prazos regulamentares, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, tendo como enquadramento legal o “art. 50, 124, I, 322 (incisos e parágrafos), 323 (incisos e parágrafos a depender do livro) e 936”, todos do RICMS/97.

Com esta acusação, o autuante dar a entender que o contribuinte, por ser obrigado a escriturar as notas fiscais de aquisições ou de saídas, assim não procedeu. Como o autuado encontra-se enquadrado no SimBahia, na condição de empresa de pequeno porte, existe uma descrição equivocada da autuação, uma vez que ele não é obrigado a escriturar os livros Registro de Entradas, de Saídas e de Apuração do ICMS. Mas, o preposto fiscal indicou o art.936, do RICMS/97 e capitulou a multa no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, o que me levou a entender que a acusação diz respeito a levantamento fiscal.

Indo adiante e analisando os documentos acostados aos autos (Relatório de Informações TEF – Anual e Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito), e base do levantamento fiscal, constato que, de fato, a infração trata da 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. Para a apuração do imposto o autuante confrontou os valores fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito e instituições financeiras com aqueles que deveriam ser apresentados pela Redução Z do ECF quanto às vendas por cartão de crédito/débito, que se encontra “zerado”. Em seguida, calculou o imposto aplicando a alíquota de 17%, dando crédito fiscal de 8%, tendo em vista o enquadramento do estabelecimento autuado e conforme determina o art.19, § 1º, da Lei nº 7.357/98. Ou seja, a autuação teve por base a auditoria de levantamento fiscal pela presunção legal autorizada no art.4, § 4º, da Lei nº 7.014/96, o que levou o autuado a se defender desta acusação.

Neste momento percebo uma incoerência da descrição do fato e sua capitulação legal com o fato real e com o direito aplicável. A imputação diz respeito a falta de recolhimento do imposto em operações não escrituradas nos livros fiscais próprios e a matéria fática é a presunção de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, apurada através do confronto dos valores da Redução Z, referente às vendas por cartão de crédito, com aqueles informados pelas administradoras de cartão de crédito. Se o contribuinte não tivesse apresentado impugnação como o fez, ou seja, entendendo perfeitamente o que lhe foi imputado, estaria configurado cerceamento de direito de defesa. Entretanto, a situação, ao final, foi sanada pelo próprio sujeito passivo. Assim, tomo a irregularidade apontada na lide como presunção legal de omissões de saídas anteriores de mercadorias tributáveis.

Mas, tenho que continuar a análise do levantamento fiscal realizado.

No início da fiscalização, o autuado foi intimado para apresentar Atestado de Intervenção em ECF que possuísse e as Reduções Z. Quando de sua defesa, ele informou que em 2004 não possuía ECF, fato que não foi contestado pelo preposto fiscal. No contexto, a afirmativa do sujeito passivo é verdadeira, ou seja, em 2004 ele não possuía ECF.

O impugnante também alegou que as notas fiscais emitidas não foram consideradas, porém entregues conforme intimação feita. Embora o preposto fiscal tenha afirmado que as havia considerado, em qualquer momento existe prova desta afirmativa nos autos. O que existe é o campo da planilha “Vendas com Cartão constante na Redução Z” “zerado” confrontado com os valores informados pelas administradoras na planilha elaborada. Desta forma, somente posso me posicionar no sentido de que as notas fiscais manuais, embora entregues não foram consideradas e nem confrontadas com os boletos de pagamento com cartão de crédito e débito, se existentes, inclusive pela intimação realizada, eles não foram solicitados.

O autuado ainda demonstrou que do valor das suas aquisições no exercício de 2004 (R\$138.048,36, conforme DME), o valor de R\$102.196,50 corresponderam á compra de cimento, ou seja, 79.67%. Anexou aos autos todas as notas fiscais, fazendo levantamento para demonstrar o que afirmava. Além desta mercadoria, também comercializa com tintas. Ou seja, são mercadorias com fase de tributação encerrada (substituição tributária). Este é argumento pertinente, e que deveria ser perseguido, principalmente pela atividade do impugnante, para se ter certeza do percentual de todas as mercadorias enquadradas na substituição tributária que ele comercializa. Se ficasse constatado ser a total maioria de suas vendas, o roteiro de auditoria aplicado seria inadequado para apurar omissão de saídas por presunção, pois a presunção legal tem por finalidade de lançar imposto incidente sobre saídas de mercadoria tributáveis.

Entretanto, nem esta situação pode ser sanada. Ficou provado que o autuado não possuía ECF. Se não possuía, e aqui não me atenho às razões desta situação, o preposto fiscal deveria ter realizado seu levantamento indicando as notas fiscais, o que não fez, as confrontando com os boletos de pagamento existentes. Somente desta forma poderia ter certeza se houve, ou não, omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem emissão de documento fiscal.

Diligenciar o processo nesta fase em que se encontrar é o mesmo que refazer todo o procedimento fiscal. Assim, em consonância com o art. 18, IV, “a”, do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99) voto pela nulidade da ação fiscal.

Por derradeiro, observo que, em consonância com o art. 156, do RPAF/99, a Repartição Fiscal deverá verificar se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento, podendo o contribuinte, antes desta renovação, sanar alguma irregularidade porventura existente, mediante denúncia espontânea. Além disto, deve a Repartição Fiscal desentranhar do presente PAF o livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência pertencente ao contribuinte o entregando, e apensando aos autos cópias das folhas 25 verso a 27 do referido livro.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **003424.0509/05-0**, lavrado contra **BGR MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de setembro de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS- PRESIDENTE/RELATORA

CLAUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR