

A. I. N.º - 017784.0019/06-2
AUTUADO - M B DOS SANTOS & O R SOUSA LTDA.
AUTUANTE - OTACÍLIO BAHIENSE DE BRITO JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 26/07/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0236-03/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração subsistente. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/09/2006 reclama ICMS relativo à omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao montante fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no exercício de 2006, no valor de R\$14.261,67, com multa aplicada de 70%.

Inconformado, o autuado apresenta impugnação tempestiva às fls. 12 a 16 do presente processo administrativo fiscal, arguindo preliminarmente que o Auto de Infração em lide, foi lavrado fora do estabelecimento do autuado, e, por isso, ocorre a ineficácia do procedimento fiscal. Entende o autuado que a peça acusatória deveria ter sido lavrada no próprio estabelecimento da empresa, e que no próprio corpo do Auto de Infração está descrito com toda a clareza que o ato administrativo foi levado a efeito na Infaz Itabuna, uma vez que o autuante não se deu ao trabalho de fiscalizar a empresa no seu estabelecimento. Cita o Decreto Federal de nº 70.235, de 06/03/72, que no seu artigo 10 preleciona a obrigatoriedade da lavratura do Auto de Infração no local da verificação da falta, exceto se tratando de feiras, exposições, mostras e operações semelhantes, e que neste sentido é a mensagem do artigo 196, e seu parágrafo único do CTN. Diz que a doutrina específica é taxativa, considerando ineficaz e inválida a peça básica do procedimento fiscal quando lavrado na própria Repartição Fiscal, no escritório do agente fiscal ou em qualquer outro local diverso do estabelecimento fiscalizado. Entende que houve quebra da segurança jurídica e a própria seriedade que deve existir nas relações fisco-contribuinte e nos atos administrativos de campo, evitando-se que sejam lavrados autos “por correspondência”. Salienta que o contribuinte tem o sagrado direito de se fazer representar através de seu contabilista e se necessário, também pelo seu advogado, conforme artigo 5º, LV e 133 da Constituição Federal, e por isso, houve quebra do contraditório. Reproduz lições do Professor Bernardo Ribeiro de Moraes, para robustecer suas alegações defensivas. No mérito, discorre sobre a infração imputada, dizendo que todas as vendas realizadas, através do ECF e notas fiscais de saída, superam os valores informados pelas administradoras. Assevera que o demonstrativo elaborado pelo autuante indica apenas os meses em que supostamente foram encontrados valores pelas administradoras superiores ao montante de operações com cartão de crédito constante na redução Z. Diz que apenas nos meses de janeiro e fevereiro de 2006, consta o montante

encontrado na redução Z, sendo omitido os demais meses. Sustenta que é público e notório que as microempresas por descuido emitem notas fiscais em lugar de cupom fiscal mesmo sendo à vista o pagamento pelos clientes, ou mesmo quando os clientes pagam um sinal pela compra e o valor restante é pago por cartão de crédito, não havendo um controle rigoroso das anotações que deveriam ser feitas no cupom fiscal. Declara que justamente no mês de fevereiro de 2006, demitiu a operadora do caixa, sendo substituída por outra, que não atentou para registrar no ECF as vendas com cartão de crédito ou débito. Acrescenta que a partir de março de 2006, nenhum valor encontrado consta na redução Z, como sendo a forma de pagamento com cartão, todos os valores foram lançados como dinheiro, caracterizando-se um erro apenas formal passível de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, pois não houve falta de pagamento do ICMS em razão de o autuado ser optante do SIMBAHIA. Reproduz o artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96, dizendo que o roteiro aplicado pelo autuante não é apropriado para empresas enquadradas no Regime do Simbahia. Aduz, ainda, que comercializa cerca de 50% com mercadorias isentas, tributadas pelo regime da substituição tributária, conforme está demonstrado no livro de registro de saídas de mercadorias dos meses de janeiro a abril de 2006, cuja cópia está acostando ao processo. Assevera que se for cobrado o tributo da forma que está configurado haverá “bitributação”, ou enriquecimento ilícito do Estado. Finaliza, requerendo a improcedência da autuação.

O autuante, por sua vez, presta informação fiscal às folhas 25/26, aduzindo que descabe maiores comentários sobre a alegação defensiva de que o Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento do autuado, por ser questão já pacificada. No mérito, diz que o autuado afirma que se trata de mero erro formal, entretanto tal procedimento não pode interferir na regular emissão e escrituração de documentos fiscais com o conseqüente recolhimento do ICMS devido. Quanto à alegação de que mais de 50% das mercadorias comercializadas são isentas ou sujeitas à antecipação tributária, também não pode prosperar, uma vez que se trata de empresa inscrita no regime do Simbahia tendo sido concedido o crédito fiscal de 8%. Conclui, mantendo integralmente a acusação fiscal.

A 3ª JJF, decidiu converter o presente processo em diligência à Infaz de origem para que fosse entregue ao autuado mediante recibo os Relatórios TEF Diário e por operação, que deram origem ao presente Auto de Infração, reabrindo-se o prazo de defesa em 30 dias (fl. 29).

A Inspetoria Fazendária atendeu à solicitação da 3ª JJF, entregando ao autuado o Relatório TEF, Diário e por operação, sendo confirmado o recebimento pelo autuado conforme recibo à folha 130.

Instado à manifestar-se o contribuinte permaneceu silente.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em atendimento às formalidades legais e encontra-se revestido de todos os pressupostos de validação do processo. Foram observadas as exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18. As planilhas elaboradas pelo autuante demonstram de maneira clara a infração cometida, sendo permitido ao autuado o amplo direito de exercer o contraditório e a ampla defesa.

Quanto ao argumento defensivo de que o lançamento de ofício foi lavrado fora do estabelecimento do autuado, não acolho, uma vez que o artigo 39, X, § 1º do RPAF, preleciona que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração, por isso, não acato a nulidade deduzida pelo autuado. Ademais, a legislação indicada pelo autuado não se aplica ao PAF estadual, cujas regras estão insculpidas no RPAF-BA.

No mérito, o Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS, por presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de pagamentos não registrados mediante o confronto entre os valores informados pelas operadoras de cartões de créditos e os valores lançados no TEF.

Da análise das peças processuais, verifico que o autuante lavrou o Auto de Infração com base na presunção legal prevista 2º, §3º, VI do RICMS-BA, e, neste caso, inverte-se o ônus da prova, sendo assegurado ao sujeito passivo a comprovação da improcedência da autuação. O demonstrativo acostado aos autos pelo autuante à folha 07, indica vendas com cartão de crédito no valor de R\$174.375,88, no período de janeiro a junho de 2006, e o saldo sem registros de vendas na leitura da Redução “Z” do autuado importa em R\$15.912,95, resultando em imposto devido no valor de R\$14.261,66, já concedido o crédito fiscal de 8%. Constato, ainda, que o autuado não acostou aos autos as provas necessárias para elidir a acusação fiscal nos termos do artigo 123 do RPAF, e não cabe a este órgão julgador buscar as provas cuja obrigação de apresentação pertence ao autuado.

Não acato as alegações defensivas de que o roteiro aplicado pelo autuante não é apropriado para empresas enquadradas no Regime do Simbahia, uma vez que o artigo 408-L do RICMS-BA dispõe sobre a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (Simbahia), quando a empresa incorrer na prática de infrações graves, e o autuante concedeu o crédito fiscal presumido de 8% a que faz jus as empresas inscritas no citado regime. Caberia ao autuado acostar ao PAF demonstrativo dos boletos e correspondentes documentos fiscais (cópias dos cupons ECF ou cópias de notas fiscais série D1), relativo ao período fiscalizado, o que possibilitaria excluir da exigência fiscal os valores efetivamente comprovados como indevidos.

Quanto à alegação de que parte das mercadorias comercializadas pelo defendente são isentas e sujeitas ao regime de substituição tributária, não pode ser acolhida, uma vez que o autuado não comprovou as suas alegações de que as vendas realizadas através dos cartões de crédito se tratavam de mercadorias com regime de tributação diferenciada, por isso, não há que se falar em bis-in-idem.

Por todo o exposto, e à luz da legislação pertinente voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **017784.0019/06-2**, lavrado contra **M B DOS SANTOS & O R SOUSA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto o valor de **R\$14.261,67**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA- PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

OAMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA