

A. I. Nº - 232943.0001/08-6
AUTUADO - COMERCIAL ITAMARATY DE PRODUTOS DO PETRÓLEO LTDA
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COELHO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 25,06.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0152-02/09

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado no processo, que as operações habituais do contribuinte são integralmente isentas, não tributáveis e sujeitas à substituição tributária. Neste caso específico, o autuante deveria abster-se de aplicar esse roteiro de fiscalização. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 06/03/2008 para exigir o ICMS no valor de R\$28.272,91, acrescido da multa de 70%, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributadas 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 cartões de crédito.

O autuado apresenta sua defesa às fls. 34 a 37, alegando que em janeiro de 2006 celebrou contrato de arrendamento com a sociedade empresária Posto Grapiúna Ltda., para assumir durante 3 anos as atividades desta citada sociedade, assumindo também plena responsabilidade com todas as relações jurídicas inerentes às atividades.

Frisa que enquanto tomava as providências para regularizar sua situação cadastral junto ao Estado, a União, o Município, a ANP e órgãos de meio ambiente, toda realização de compra e venda de combustíveis era realizada utilizando os dados cadastrais da arrendadora Posto Grapiúna Ltda., utilizando suas instalações, assumindo todos os ônus jurídicos tributários.

Aduz que em junho de 2006 abriu conta corrente bancária junto ao HSBC e imediatamente se relacionou com algumas administradoras de cartão de crédito, a fim de atender aos seus clientes.

Informa que sua situação cadastral só se resolveu em fevereiro de 2008, e que no período de janeiro de 2006 a janeiro de 2008, assumiu a responsabilidade pelo exercício da atividade através da signatária do contrato de arrendamento Posto Grapiúna Ltda., diz que investia as atividades representando esta mencionada empresa, mas que todo movimento financeiro envolvendo relações com conta bancos e administradora de cartão de crédito foi utilizado na sua titularidade.

Registra que todas as operações de compra e venda de combustíveis foi formalizada em nome do Posto Grapiúna Ltda., assim como os cumprimentos das obrigações principais e acessórias tributárias, e que todas as operações de natureza financeira em que se relacionava com bancos e administradoras de cartão de crédito estavam formalizadas em seu nome, hoje na condição de autuado.

Argumenta que do ponto de vista jurídico ele e o Posto Grapiúna se fundem no que diz respeito a responsabilidade fiscal.

Argui que o lançamento tributário ficou eivado de vícios diante da ausência de fato gerador. Diz que o erro cometido pelo autuante não autoriza no âmbito da legislação a legalidade e legitimidade do crédito tributário.

Assevera que a ocorrência do erro na identificação do fato gerador não assegura que o fato se enquadra no campo da incidência.

Preceitua que o fato gerador do ICMS é a saída de mercadorias e que no caso em tela em momento algum fica constatada omissão de saída de mercadorias. Aduz que todas as mercadorias adquiridas pelo Posto Grapiúna já foram tributadas pelo ICMS integralmente na fonte.

Sustenta que todas as operações lastreadas com cartão de crédito foram ocasionadas por operações de vendas tributadas por antecipação de ICMS, por se tratar de vendas de combustíveis do Posto Grapiúna Ltda.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado nulo em decorrência do erro do autuante.

O Autuante apresenta informação fiscal, às fls. 75 e 76, recorrendo as razões defensivas, aduz que o autuado alega que as operações de compra e venda foram feitas em nome da empresa sucedida, e, que em documento que instruiria seu pedido de baixa de inscrição (fl. 26) declara que não efetuou compras e/ou outras operações, e que os relatórios constantes das fls. 30 e 31 (Síntegra) demonstram o contrário.

Enfatiza que conforme o contrato de arrendamento (fl. 40) a data de início do acordo seria de 01/02/2006 e o término em 31/01/2009, diz que a responsabilidade em satisfazer as exigências fiscais é do autuado.

Finaliza dizendo que em nenhum momento o autuado apresentou provas da não realização das vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito, e que por isso ratifica todo o procedimento fiscal.

VOTO

O Auto de Infração em lide atribuiu ao contribuinte o cometimento de irregularidade decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituições financeiras e pelas administradoras de cartões de crédito.

Neste sentido o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, com alteração dada pela Lei nº 8.542/02, considera ocorrido o fato gerador do imposto a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, atribuindo a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência dessa presunção.

Ressalto que os Relatórios de Informações TEF, demonstram claramente que o autuado realizou vendas pagas com cartões de crédito. O contribuinte informou em sua defesa que os valores informados pelas administradoras decorreram de vendas realizadas por seu intermédio, em razão de compras de combustíveis feitas por ele, utilizando as instalações e os dados cadastrais do Posto Grapiúna Ltda., por força de contrato de arrendamento, às fls. 40 e 41, onde se comprometeu assumir todas as obrigações tributárias.

O sujeito passivo, em sua defesa, disse que tanto ele quanto a empresa arrendadora, Posto Grapiúna Ltda., desenvolvem a atividade de compra e venda de combustíveis. Investigando os dados cadastrais dos contribuintes junto ao banco de dados da Secretaria da Fazenda, verifica-se que efetivamente a atividade preponderante de ambos, é o comércio varejista de combustíveis para veículos automotores, mercadorias estas enquadradas no regime de substituição tributária.

O lançamento tributário, consubstanciado no Auto de Infração, por se tratar de operações com combustíveis, resultou em procedimento inadequado, visto que, a orientação do item 2, da Instrução Normativa 56/2007, é que no curso da ação fiscal, caso o preposto fiscal verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à

substituição tributária, o autuante deveria abster-se de aplicar esse roteiro de fiscalização. Impondo a nulidade do lançamento.

Diante ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração. Recomendo a autoridade fazendária mandar renovar o procedimento fiscal, aplicando outros roteiros de fiscalização.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **232943.0001/08-6**, lavrado contra **COMERCIAL ITAMARATY DE PRODUTOS DO PETRÓLEO LTDA**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal utilizando outros roteiros de fiscalização.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR