

A. I. Nº - 297248.0142/07-1
AUTUADO - ALYSSON BUIATI MACHADO
AUTUANTE - MARLON ANTÔNIO LIMA REGIS
ORIGEM - INFRAZ IRECÊ
INTERNET - 11/08/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0242-03/09

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO. MULTA. Duplicidade de apenação. Fato objeto do item 3º – § 5º do art. 42 da Lei nº 7.014/96. Inobservância do devido procedimento legal. Procedimento nulo. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Foi aplicada a multa genérica para omissão de dados ou declaração incorreta de dados na DME, sem ser observado que a multa para o caso de omissão de entradas de mercadorias na DME é outra, conforme prevê o inciso XII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.534/02. Procedimento nulo. 3. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Falta de demonstração da diferença apontada. Inexistência de demonstrativo analítico dos cálculos. Erro na indicação das datas de ocorrência dos fatos. Lançamento nulo por falta de certeza e liquidez. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/12/07, diz respeito aos seguintes fatos:

1. falta de emissão de Notas Fiscais correspondentes às operações realizadas [descumprimento de obrigação acessória], sendo por isso aplicadas 12 multas mensais de R\$ 690,00, totalizando R\$ 8.280,00;
2. omissão de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME), sendo por isso aplicada multa de R\$ 140,00;
3. omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 10.391,74, com multa de 70%.

O contribuinte apresentou defesa (fl. 91/93) reclamando que no caso do item 1º deste Auto o fiscal montou uma esdrúxula composição de multas de R\$ 690,00 mensais pela não escrituração de Notas Fiscais, sem contudo fazer referência às Notas Fiscais que não foram registradas, de modo que não há como saber se a acusação é verdadeira, e por isso não sabe como fazer a defesa, pois as multas foram aplicadas no escuro, sem indicações ou comprovantes. Pede a anulação da autuação.

Quanto ao item 2º, considera absurdo dos absurdos a aplicação de multa por não terem sido registradas as Notas Fiscais sem comprovação ou sem alegar qualquer número, série ou valores das referidas Notas Fiscais. Protesta que foi aplicada multa por diferença na DME, mas não lhe foi informado que diferença seria essa, ou quais foram os valores encontrados. Considera que a autuação contém erros e mentiras.

No tocante ao item 3º, o autuado alega que não foi observado que se trata de microempresa de faixa 1 e, mesmo havendo a diferença que o autuante afirma ter encontrado, com a venda efetuada no ano e a diferença encontrada pela venda de cartão de crédito, o total não ultrapassa o limite de R\$ 90,00, limite este que a empresa já vinha observando em seus pagamentos.

Ainda com relação ao item 3º, o autuado aduz que mais grave é o fato de que, além de se tratar de microempresa, todas as mercadorias vendidas são isentas. Dentre essas mercadorias, alega que há: a) carne de gado bovino, que é adquirida no Frigorífico Regional de Barreiras Ltda.; b) outra mercadoria, também adquirida com o imposto pago, que é comprada ao Frigorífico Nordeste Alimentos Ltda., de Teixeira de Freitas; c) outras mercadorias, que são compradas à Sadia S.A., de Salvador, “mercadoria com ICMS de instituição financeira pagas antecipadas na fonte” [sic]. Argumenta que, além de a empresa estar no teto de microempresa, todo o imposto devido foi pago antecipadamente, não trazendo prejuízo monetário para o Estado.

Conclui fazendo uma menção ao princípio da legalidade.

Pede que seja julgado improcedente o “Auto de Execução Fiscal” [sic]. Juntou documentos.

O fiscal autuante prestou informação (fls. 198-199) observando que o autuado não refutou com clareza e precisão os fundamentos da autuação, não tendo carreado aos autos provas de suas alegações, a saber, os Cupons Fiscais ou Notas Fiscais que documentem as operações de venda com cartões de crédito e de débito informadas ao fisco pelas operadoras financeiras. Assinala que o autuado não produziu prova hábil de que suas vendas se refiram apenas a mercadorias enquadradas na substituição tributária, afirmação que a seu ver descabe em face da ausência de comprovação decorrente, quer da omissão do autuado, quer das provas em contrário juntadas aos autos pela fiscalização. Sustenta que, ao contrário do que foi alegado pelo autuado, as aquisições que ele faz são, em grande monta, de artigos sujeitos à tributação, conforme se deduz das Notas Fiscais de compra juntadas.

No que concerne ao item 1º do Auto, o fiscal observa que se trata do fato de o contribuinte ter deixado de emitir documentação “correspondente às aludidas vendas por cartão de crédito/débito”, conforme Relatório Diário de Operações TEF. Diz que foi considerado o final do mês como data de ocorrência “para benefício do autuado por questão de razoabilidade/proporcionalidade: mas poderia ser cobrado o valor 690,00 por cada operação omitida: o que resultaria numa autuação muito mais gravosa ao impugnante” [sic].

Quanto ao item 2º, explica que a multa se deve ao fato da omissão, na DME, de “informações ref. às entradas exerc. 2006 – de Notas Fiscais anexadas (f. 18-62)”.

Conclui considerando que o contribuinte não logrou ilidir a ação fiscal, nem tampouco restou provada a existência de vícios que inquinassem o lançamento.

Acrescenta que, apesar de não ter sido alegado, é preciso reconhecer, de ofício, que o fisco não pode imputar concomitantemente [o descumprimento de] obrigações principal e acessórias.

Juntou à informação a relação de TEFs e a DME de 2066.

O processo foi remetido em diligência à repartição de origem (fls. 262/264) a fim de que o fiscal autuante elaborasse demonstrativo com indicação dos valores das compras declaradas na DME, dos valores das Notas Fiscais constantes na pasta em poder do contribuinte e das Notas Fiscais que não teriam sido informadas na DME. Na mesma diligência, foi solicitado que o autuante explicitasse a razão de à fl. 2 do Auto de Infração ser indicada a alíquota de 17%, porém no demonstrativo à fl. 6 constar que o cálculo do imposto foi feito mediante uma “alí. red.” [alíquota

reduzida?] de 9%. Solicitou-se, ainda, que fosse analisada a alegação do autuado de que suas operações são todas isentas ou têm o imposto pago por antecipação, haja vista que os documentos às fls. 18/62 indicam que o contribuinte comercializa “bacon”, lingüiça, salsicha e outros produtos derivados do abate de bovinos, suínos e aves. Foi sugerido que, caso o autuado realize operações isentas ou não tributáveis, inclusive com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, fosse feito o cálculo do imposto atentando para o critério da proporcionalidade, em consonância com a orientação da Instrução Normativa nº 56/07, sem prejuízo do abatimento do crédito presumido de 8% com relação aos valores tributáveis remanescentes.

Conforme despacho à fl. 269, tendo em vista o não cumprimento da diligência pelo fiscal autuante, e considerando que o mesmo não se encontrava mais em exercício na repartição de origem deste Auto, foi designado outro auditor para atender ao que foi solicitado pelo órgão julgador na diligência acima assinalada.

O fiscal designado para cumprir a diligência manifestou-se (fl. 271) dizendo que, segundo seu entendimento, pelo simples fato de as DMEs de 2004, 2005 e 2006 apresentarem entradas “zero” e ter o contribuinte adquirido mercadorias através das Notas Fiscais constantes às fls. 18 a 62, no montante de R\$ 12.964,58, isso é suficiente para provar que as informações estão divergentes, e por isso não vê necessidade de entrega de cópias das Notas Fiscais, pois se trata de cópias tiradas das primeiras vias do próprio contribuinte, mas, como foi solicitado, atendeu prontamente ao que a Junta determinou.

Quanto ao cálculo da proporcionalidade, o informante diz que não foi possível cumprir a diligência porque o contribuinte não apresentou elementos para que pudesse efetuar o referido cálculo. Explica que, na planilha da omissão de vendas à fl. 6, o autuante não demonstrou corretamente [o cálculo do imposto], porém conclui que não existe alíquota de 9% no referido instrumento à fl. 6.

Conclui dizendo que não foi possível atender a outras solicitações porque o contribuinte não atendeu ao seu pedido, conforme termo de intimação anexo. Aduz que o contribuinte não tem ECF e não efetuou qualquer recolhimento de ICMS nos exercícios de 2004 e 2006.

De acordo com o recibo à fl. 283, foram entregues ao autuado cópias da solicitação e do resultado da diligência, bem como cópias das Notas Fiscais às fls. 18/62 e cópias dos TEFs diários às fls. 201 a 259, e foi reaberto o prazo de defesa (fl. 282).

O autuado pronunciou-se (fls. 285-286) protestando que os auditores estão cobrindo o erro um do outro, pois o Auto de Infração deveria ser anulado por falta de fundamento, haja vista que ele trata só de venda no cartão de crédito, não falando nada de omissão de DMEs nem tampouco pedindo informação sobre impostos pagos, pois a empresa teve um período em que era microempresa e pagava o imposto nessa condição.

Quanto à informação do fiscal diligente de que não foi possível atender ao que foi solicitado porque intimou a empresa e não recebeu o material, o autuado contrapõe que o material solicitado foi entregue no dia seguinte à intimação ao auditor fiscal Nilton Pereira Fidelis, uma vez que o fiscal que emitiu a intimação é “turista” na repartição fazendária, e é por isso que ele diz que não recebeu o referido material.

Reclama que no Auto de Infração têm que ser determinados com clareza todos os elementos pertinentes, e estes autos estão cheios de erros e vícios, pois a seu ver o fiscal não soube verificar o fato em discussão.

Alega que o fiscal deixou de fazer levantamentos nos talonários para saber se a venda de cartão de crédito não estaria anexada ao mesmo, e deixou também de especificar nos demonstrativos as operações com mercadorias tributáveis e as operações com substituição tributária e outras.

Alega também que a fiscalização só se preocupou em anexar as Notas Fiscais de compras, mas esqueceu o principal, que são as Notas Fiscais de venda, para detectar qual o montante vendido e qual o montante sonegado.

Pede que o Auto de Infração seja declarado nulo, pois nunca viu tantas falhas em uma só fiscalização.

O processo foi submetido à apreciação desta Junta na pauta suplementar do dia 27.5.09, para verificação da possibilidade de saneamento, sendo decidido que ele se encontra em condições de ser julgado.

VOTO

Este Auto de Infração é composto de três imputações. A 1ª diz respeito à falta de emissão de Notas Fiscais correspondentes às operações realizadas nos meses de janeiro a dezembro de 2006, sendo por isso aplicadas 12 multas mensais de R\$ 690,00, totalizando R\$ 8.280,00. A 2ª refere-se à omissão de dados na Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME), e foi aplicada uma multa de R\$ 140,00. A 3ª tem por objeto omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 10.391,74, com multa de 70%.

O contribuinte defendeu-se reclamando que no caso do item 1º houve uma esdrúxula composição de multas de R\$ 690,00 mensais, de modo que não há como saber se a acusação é verdadeira, e por isso não sabe como fazer a defesa, pois as multas foram aplicadas no escuro, sem indicações ou comprovantes.

Ao prestar a informação, o auditor explicou que as multas do item 1º se referem às vendas efetuadas mediante cartões de crédito e débito de que cuida o item 3º.

Com base nessa explicação – que o nobre autuante deveria ter feito constar na descrição do fato, no Auto de Infração, como manda o art. 39, III, do RPAF –, fica-se sabendo que o fato de que cuidam os itens 1º e 3º é um só. O fiscal constatou diferenças entre as vendas declaradas pelo contribuinte e as informações prestadas por instituição financeira e administradora de cartão de crédito e, como em todos os meses havia tais diferenças, o fiscal aplicou uma multa de R\$ 690,00 para cada mês.

É preocupante essa concepção do nobre autuante, pois tal procedimento não tem previsão legal e destoa da orientação e das praxes seguidas por toda a fiscalização. Quando o contribuinte declara vendas inferiores às que realmente efetuou não está simplesmente deixando de cumprir uma “obrigação secundária”, como disse o nobre autuante em sua informação – o que há em tal caso é o descumprimento da obrigação dita principal. Há também o descumprimento de uma obrigação secundária ou acessória, porém esta é apenas um fenômeno do qual a obrigação principal é a consequência direta. Em casos assim, nos termos do § 5º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, a multa pelo descumprimento de obrigação acessória é absorvida pela multa prevista para o descumprimento da obrigação principal.

O nobre autuante disse na informação que foi considerado o final do mês como data de ocorrência “para benefício do autuado”, mas poderia ser cobrado o valor de R\$ 690,00 por cada operação omitida, o que resultaria numa autuação muito mais gravosa ao impugnante. Ora, a fiscalização não pode atuar nem beneficiando nem prejudicando os contribuintes. A fiscalização deve atuar é como manda a lei. Se fosse para aplicar a multa de R\$ 690,00, a multa seria uma só, pelo fato em si – falta de emissão de Nota Fiscal –, e não mensal ou diária ou por hora ou minuto.

Enfim, de acordo com o § 5º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, na multa de 70% do item 3º estão compreendidas as multas por descumprimento de obrigações acessórias estipuladas no item 1º. É portanto nula a autuação no tocante ao item 1º, por inobservância do devido procedimento legal.

O item 2º diz respeito a uma multa de R\$ 140,00 em virtude da omissão de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME).

O autuado defendeu-se alegando que não lhe foi informado qual a diferença que teria sido constatada.

Realmente, o nobre autuante não procedeu como manda o art. 39, III, do RPAF. É muito vago dizer simplesmente que houve omissão de dados nas informações econômico-fiscais.

Ao prestar a informação, o fiscal assinalou que o contribuinte se defendeu genericamente. Mas há que se convir que, se a acusação é genérica, a defesa só pode também ser genérica.

Foi explicado na informação fiscal que a multa se refere a omissão, na DME, de “informações ref. às entradas exerc. 2006 – de Notas Fiscais anexadas”.

Sendo assim, o nobre autuante deixou de observar que a multa para o caso de omissão de entradas de mercadorias na DME é outra. Prevê o inciso XII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96 (acrescentado pela Lei nº 8.534/02):

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

.....

XII-A - 5% (cinco por cento) do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento e dos serviços prestados durante o exercício, quando não tiver sido informado em Declaração Eletrônica a que estiver sujeita a Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte;”

A multa estipulada pelo nobre autuante, de R\$ 140,00, é uma multa genérica, aplicável em situações para as quais não seja prevista multa específica.

É nula por conseguinte a autuação quanto ao item 2º, por inadequação da multa à previsão legal. Tomo por fundamento o art. 18, IV, “a”, do RPAF.

O 3º item cuida do lançamento de ICMS referente a diferenças entre as vendas declaradas pelo contribuinte e as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito.

O nobre autuante, não atentando para o mandamento do art. 46 do RPAF, somente anexou os TEFs diários ao prestar a informação.

Foi determinada a realização de diligência para adequação do lançamento à orientação da Instrução Normativa nº 56/07, tendo em vista que consta nos autos que o contribuinte comercializa mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

A diligência não foi cumprida porque, segundo o fiscal designado para atendê-la, o contribuinte não forneceu os elementos solicitados.

Ao tomar ciência desse fato, o contribuinte pronunciou-se dizendo que o material solicitado foi entregue no dia seguinte à intimação a outro auditor, o auditor fiscal Nilton Pereira Fidelis, uma vez que o fiscal que emitiu a intimação não foi encontrado na repartição fazendária, e foi por isso que ele não recebeu o referido material.

Essa questão poderia ser solucionada remetendo-se os autos em nova diligência. O problema é que o fiscal designado para cumprir a diligência chamou a atenção para um vício gravíssimo do lançamento, ao observar que no demonstrativo da omissão de vendas à fl. 6 o fiscal autuante não demonstrou corretamente o cálculo do imposto.

Realmente, o quadro à fl. 6 é imprestável para a demonstração da justeza do lançamento, pois para isso é necessário que o autuante elabore o demonstrativo analítico da auditoria de cartões de crédito. O demonstrativo à fl. 6 não demonstra nada.

Aliás, o demonstrativo à fl. 6, que o nobre autuante rubricou sem se identificar, em desatenção ao mandamento do art. 15, II, “d”, do RPAF, não tem a menor serventia nestes autos, pois não indica a diferença apontada na imputação. Note-se que a acusação é de que teria sido constatada uma omissão de saídas de mercadorias apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Ocorre que não consta nos autos que o fiscal autuante tivesse feito o cotejo ou confronto entre as vendas declaradas pelo autuado e as informações prestadas pela administradora de cartões. Não consta nos autos qualquer demonstrativo ou papel de trabalho relativo à indicação da diferença acusada, ou seja, da alegada divergência entre os valores que o contribuinte declarou ao fisco e os valores informados pela administradora de cartões.

Como se não bastasse, observo que o autuante lançou o imposto com data de ocorrência em 31.12.06. Somente se admite levar o lançamento para o último dia do período considerado quando não se tem condições de determinar a data do fato concretamente verificado. No caso em exame, o próprio autuante deixou patente na informação que o lançamento do item 3º tem a ver com a imputação do item 1º, relativamente à documentação fiscal que o contribuinte deixou de emitir, “correspondente às aludidas vendas por cartão de crédito/débito”, conforme Relatório Diário de Operações TEF. Por conseguinte, os fatos apurados no item 3º teriam datas devidamente determinadas, ao final de cada mês, de janeiro a dezembro de 2006, de modo que o lançamento global no último dia do exercício fere a legalidade e prejudica o Estado.

O lançamento do item 3º é nulo por falta de certeza e liquidez, com fundamento no art. 18, IV, “a”, do RPAF.

A repartição fiscal verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento fiscal. É evidente que se o contribuinte, antes do início de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **297248.0142/07-1**, lavrado contra **ALYSSON BUIATI MACHADO**.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de julho de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – JULGADORA