

PROCESSO - A. I. Nº 269610.0005/00-8
RECORRENTE - JOANA AMORIM FERREIRA (BELA VISTA PÃO & PROSA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0153-02/09
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 09/06/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0150-12/10

EMENTA: ICMS. 1. LIVRO CAIXA. MICROEMPRESA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Não houve intimação para apresentação do livro Caixa. A declaração de falta de escrituração do livro Caixa foi assinada por terceiros e após a lavratura do Auto de Infração. Ausência de elementos nos autos para se determinar com segurança a infração. Infração nula, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Modificada a Decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Não foram demonstrados quais os dados que não foram informados nas DMEs. Não há nos autos elementos suficientes para se determinar a infração, bem como houve cerceamento do direito de defesa. Infração nula, nos termos do art. 18, II, IV, “a”, do RPAF/99. Modificada a Decisão recorrida. 3. NULIDADE DE PROCEDIMENTO. FALTA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. O roteiro de auditoria fiscal foi desenvolvido em desacordo com os procedimentos previstos. Não houve o cotejamento das operações informadas pelas administradoras de cartão com as “reduções Z” dos emissores de cupons fiscais. Há falta de segurança na determinação da infração e do montante devido, o que acarreta a nulidade da infração, ao teor do disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Infração nula. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (2ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, n valor de R\$ 10.575,50, e para impor multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, o total de R\$ 2.580,00, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Microempresa e empresa de pequeno porte com receita bruta ajustada superior a R\$30.000,00 (trinta mil reais) não escriturou o livro Caixa. Aplicada multa no valor de R\$2.300,00.

INFRAÇÃO 2 – Declarou incorretamente dados nas informações DME (Declaração do Movimento Econômico e Micro Empresa). A 280,00.

INFRAÇÃO 3 – 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 10.575,50, com multa de 70%.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento, alegando que o Auto de Infração não fora lavrado no local da verificação das infrações e que a notificação do lançamento não tinha sido feita a um representante legal da empresa. Aduziu que a sua inscrição estadual fora baixada em 31/10/07 e que a regularidade dos recolhimentos referentes ao período de 01/01/03 a 31/10/07 já tinha sido homologada pela SEFAZ.

Quanto à Infração 1, afirmou que não fora intimado a apresentar o livro Caixa. No que tange à Infração 2, afirmou que em ação fiscal anterior a DME já tinha sido considerada com as informações corretas e, portanto, nada justificava a referida acusação. Quanto à Infração 3, alegou que não tinha recebido cópia dos documentos emitidos pelas empresas administradoras de cartão de crédito e/ou débito, bem como disse que em relação ao período de 01/01/03 a 31/10/07 já tinha sido apurado ICMS por omissão de saídas mediante o Auto de Infração nº 269610.0003/08-0. Ao finalizar sua defesa, o recorrente solicitou a realização de diligência ou de perícia e pediu que o Auto de Infração fosse julgado nulo ou improcedente.

Na informação fiscal, o autuante rebateu as preliminares de nulidade argumentando que os Autos de Infração referentes à fiscalização de estabelecimentos são lavrados mediante sistema informatizado disponível apenas na repartição fazendária. Mencionou que o comparecimento espontâneo do autuado para se defender supriu a sua ciência do início da ação fiscal e da autuação. Aduziu que não havia extinção de obrigação tributária por baixa da empresa.

Quanto à Infração 1, o autuante afirmou que foi o autuado quem tinha declarado a não escrituração do livro Caixa. No que tange à Infração 2, explicou que nesse item do lançamento não se estava questionando a não apresentação de DME, mas sim a apresentação de DME com informações incorretas. Relativamente à Infração 3, disse que as informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito estavam sumarizadas nos demonstrativos de fls. 14 e 15, bem como sustentou que o pedido do autuado para apresentação dessas informações tinha natureza meramente protelatória.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0153-02/09, o Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o ilustre relator afastado as preliminares de nulidade, argumentando que as intimações e ciência assinadas pelos Srs. Flávio Bastos Ferreira e Florismundo Moreira da Silva Filho atenderam ao “*disposto no art. 109 do RPAF/BA, uma vez, inclusive, surtiu todos os seus efeitos, com a apresentação tempestiva da defesa, rebatendo as infrações imputadas*”. Também afirmou o relator que as demais nulidades ficavam rejeitadas, “*visto que a descrição clara dos fatos e sua capitulação legal eram condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável*”.

A solicitação de diligência ou de perícia foi afastada, pois o relator considerou que os elementos existentes no processo eram suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

No mérito, as Infrações 1 e 2 foram julgadas procedentes, uma vez que não tinha sido trazida ao processo prova capaz de desconstituí-las.

A Infração 3 também foi julgada procedente. O relator discorreu sobre as espécies presunção e, em seguida, fez alusão ao disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96. Prosseguindo, o relator assim se pronunciou:

Verifico, quanto à infração 03, ficar evidenciado, através da planilha, à fl. 08, que o autuante lançou valores informados pelas administradoras ao fisco estadual, com base no relatório anual TEF, deduziu, desses valores os totais das saídas informadas nas DMEs, encontrou as diferenças, aplicou 17% e concedeu o crédito presumido de 8%, apurando os valores devidos.

De plano, destaco que as saídas declaradas na DME, que o autuante dea contempla saídas que não ocorreram através do meio de pagamento cartão manter a exigência, recomendando à Autoridade Fazendária de origem

procedimento fiscal para a apuração e exigência do crédito tributário resultante da indevida exclusão de tais saídas.

O pedido para que a fiscalização apresente os documentos emitidos pelas administradoras de cartão de crédito, a fim de constatar a veracidade das informações prestadas, tem natureza meramente protelatória, vez que os documentos solicitados são de conhecimento comum das duas partes: o fisco através das informações que recebe das empresas de cartão de crédito e o autuado através de seus próprios controles e dos relatórios que recebeu, também, das administradoras de cartão de crédito, já dispondo o autuado dos mesmos documentos, cuja exibição está solicitando.

Observe que, afastada a possibilidade de estarem incorretos os valores informados pelas administradoras, pois os mesmo foram, também, informados ao autuante e este não trouxe aos autos elementos que os desqualifiquem, resta observar que o autuante considerou, inadvertidamente, todas as saídas do impugnante como sendo através de cartões de crédito, o que torna a exigência do crédito tributário, na pior das hipóteses, menor do que efetivamente deveria ter sido. Razões pelas quais, foi recomendada outra ação fiscal para apurar as exclusões indevidas ocorridas no presente lançamento de ofício, exigindo, se for o caso, novo crédito tributário.

Certo é que o autuado não impugnou especificamente nenhum dos valores constantes nos demonstrativos ou elidiu, com as arguições trazidas aos autos, a imputação, restando a subsistência da infração 03.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, em que afirma que o Acórdão JF N° 0153-02/09 merece ser reformado.

O recorrente alega que o Auto de Infração deve ser declarado nulo, por cerceamento de defesa, pois: a sua inscrição estadual foi baixada em 31/07/07, conforme Edital n° 41/07; a titular da empresa não foi intimada para praticar qualquer ato; o senhor Flávio Bastos Ferreira não tinha legitimidade para assinar Auto de Infração e/ou para praticar ato em nome do recorrente; não há prova de que o recorrente fora intimado a apresentar livros e documentos fiscais; não foram entregues ao recorrente as informações prestadas pelas administradoras de cartões de créditos; a Junta de Julgamento Fiscal indeferiu a pedido do autuado de vistas dos documentos das administradoras de cartão de crédito que serviram de base para a autuação.

O recorrente reitera que, pelos motivos listados acima, houve afronta aos princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa e, assim, considera que o Auto de Infração deve ser julgado nulo, para que possa entregar os seus livros e documentos fiscais e para que o autuante apresente os documentos de terceiros que serviram de base para o levantamento fiscal.

Sustenta que, da forma como foi feita a notificação acerca do lançamento, teve vários prejuízos, pois a titular da empresa poderia: ter esclarecido ao fiscal que a empresa já tinha sido fiscalizada naquele período; ter apresentado os livros e documentos fiscais; ter confeccionado o livro Caixa, se não tivesse escriturado a época da fiscalização; ter solicitado a entrega das listagens das administradoras e cartão de crédito; ter usufruído do prazo de 30 dias para defesa; ter no prazo legal de dez dias usufruído do desconto de 80% da multa, etc.

Prosseguindo em seu arrazoado, o recorrente reitera os termos da defesa inicial, conforme relatado a seguir.

Afirma que o Auto de Infração é nulo, pois foi lavrado fora do estabelecimento fiscalizado, contrariando o disposto nos artigos 108, I, e 196, do CTN. Diz que o Auto de Infração também é nulo porque a notificação acerca do lançamento tinha sido feita a pessoa que não era o representante legal da empresa e nem tinha poderes para tomar ciência do lançamento – o senhor Flávio Bastos Ferreira.

Tece considerações sobre o princípio da legalidade e, em seguida, sustenta que o Auto de Infração foi lavrado com base em normas regulamentares e não em lei. Diz que, por esse motivo, o referido Auto de Infração inexistia e, portanto, não podia surtir efeito no mundo jurídico.

Aduz que a sua inscrição estadual foi baixada, mediante processo de baixa, publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia em 31/10/07, conforme Edital n° 41/07. Menciona que o período fiscalizado de 01/01/03 a 31/12/03 já tinha sido homologado pela SEF de levantamento fiscal sem justo motivo e a apuração de im[...]
homologado constituem atentados contra a segurança jurídica.

No mérito, quanto à Infração 1, o recorrente alega que a exigência fiscal não procede, uma vez que a empresa, por meio da sua titular Joana Amorim Ferreira, não tinha sido intimada a apresentar o referido livro Caixa. Também diz que se trata de dupla autuação, uma vez que o período de 01/01/03 a 31/10/03 já tinha sido fiscalizado e, naquela oportunidade, foi lavrado o Auto de Infração nº 269610.0003/08-0, que lançou imposto no valor de R\$ 1.218,91.

Relativamente à Infração 2, o recorrente afirma que a imposição fiscal deve ser excluída da autuação, pois não foi intimada por meio de sua titular para apresentar DME. Aduz que, no Auto de Infração nº 269610.0003/08-0, o preposto fiscal considerou as DME com as informações corretas e, portanto, nada justifica essa exigência fiscal.

Quanto à Infração 3, o recorrente alega que não foi intimada para apresentar livro e documentos fiscais. Alega que o mesmo período já tinha sido fiscalizado, como prova a cópia do Auto de Infração nº 269610.0003/08-0, anexada aos autos. Destaca que era imprescindível que a fiscalização lhe apresentasse *“os documentos emitidos pelas empresas administradoras de cartão de crédito a fim de se constatar a veracidade das informações prestadas”*.

Ao finalizar seu arrazoadado, o recorrente solicita que a Decisão da 2ª JF seja reformada, para que o Auto de Infração venha a ser declarado nulo. Protesta pela produção de todas as provas admitidas em Direito, notadamente documental e pericial.

Ao exarar o Parecer de fls. 122 a 124, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que, no seu entendimento, o Recurso Voluntário não traz argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido. Diz que as imputações são claras e estão devidamente alicerçadas na legislação tributária estadual, ao passo que o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF/99. Ressalta que no lançamento não houve cerceamento de defesa, visto que as intimações recaíram sobre o responsável tributário Flávio Bastos Ferreira, conforme comprova o extrato do INC – Informações dos Contribuintes à fl. 7.

Salienta que, conforme o artigo 156 do CTN, a baixa de inscrição não implica extinção das obrigações tributárias e, dessa forma, o recorrente não se encontra desonerado do cumprimento de suas obrigações tributárias relativas aos exercícios não homologados pelo fisco. Destaca que o recorrente não apresentou provas capazes de descaracterizar as infrações, diz que o trabalho do autuante está lastreado em planilhas, demonstrativos e nas informações prestadas pelo recorrente em sua DMA. Ao finalizar, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Em preliminar, a nulidade do lançamento foi suscitada por diferentes motivos, os quais abrangem os três itens do Auto de Infração. Dessa forma, passo a apreciar as preliminares de nulidade em relação a cada um dos itens do lançamento.

Quanto à Infração 1 – falta de escrituração do livro Caixa –, observo que não há nos autos prova de que o recorrente tivesse sido intimado a apresentar o seu livro Caixa, pois, na intimação de fl. 05, apenas lhe foi solicitada a apresentação do livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências. Por seu turno, verifico que a declaração de fl. 09 data de 30/09/08 e, no entanto, o Auto de Infração foi lavrado no dia 29/09/08 e, além disso, essa declaração não está assinada pelo recorrente, por preposto ou por representante legal. Ademais, a penalidade prevista no art. 42, XV, “d”, da Lei nº 7.014/96, foi aplicada por exercício abrangido pela ação fiscal, e não por livro não escriturado como deveria ser. Não há, portanto, como se ter segurança na acusação imputada ao recorrente, o que acarreta a nulidade desse item do lançamento, conforme o disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

No que tange à Infração 2 – declaração incorreta de dados na DME –, constato que, apesar de o autuante ter anexado ao processo as DMEs referentes aos exercícios lançamento, não há nos autos demonstrativos ou explicações que foram incorretamente declarados nas DMEs. Essa omissão impediu cerceou o direito de defesa do recorrente, acarretando, assim

lançamento, ao teor do disposto no art. 18, II, IV, “a”, do RPAF/99.

Quanto à Infração 3 – omissão de operações de saídas apurada pelo confronto entre as vendas pagas com cartão e as informadas pelas administradoras de cartão –, o recorrente alega que não recebeu cópia dos relatórios fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito.

Prevê o disposto no artigo 46 do RPAF/99 que *“Na intimação do sujeito passivo acerca da lavratura do Auto de Infração, ser-lhe-ão fornecidas cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal autuante que não lhe tenham sido entregues no encerramento da ação fiscal e que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do Auto, inclusive dos elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros de que porventura o contribuinte não disponha.”*

A análise das peças processuais evidencia que não consta nos autos prova de que o recorrente tenha recebido cópia dos documentos de fls. 14 e 15 (Relatórios de Informações TEF – Anual), fornecidos à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia pelas empresas administradoras de cartão de crédito e/ou débito, os quais são indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no Auto de Infração, especialmente porque estes documentos foram obtidos pelo fisco junto a terceiros e deles o recorrente não tinha tido conhecimento. Dessa forma, a Decisão recorrida foi proferida com preterição do direito de defesa, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99, o que é suficiente para acarretar a sua nulidade, porém observo que, além da nulidade da Decisão recorrida, há também a nulidade do procedimento fiscal, conforme passo a demonstrar.

Efetivamente, as vendas totais declaradas pelo recorrente nas suas DMEs foram inferiores às informadas pelas administradoras de cartão de crédito, o que evidencia a possibilidade de que tenha havido falta de pagamento de imposto. Todavia, a forma como foi realizada a auditoria fiscal foi diversa da que vem sendo adotada pela fiscalização, não comprova a acusação e nem serve de base para a presunção relativa prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. A auditoria fiscal deveria ter sido efetuada mediante o confronto das vendas informadas pelas administradoras de cartão com as “reduções Z” dos equipamentos emissores de cupons fiscais (ECFs) do recorrente. Desse modo, da forma como foi realizada a auditoria fiscal, não há como se ter certeza da ocorrência da infração e do montante devido, o que acarreta a nulidade da Infração 3, ao teor do disposto no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Nos termos do artigo 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que providencie a renovação da ação fiscal, a salvo de falhas.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração, ao teor do disposto no art. 18, II, IV, “a”, do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 269610.0005/00-8, lavrado contra **JOANA AMORIM FERREIRA (BELE VISTA PÃO & PROSA)**. Recomenda-se que o procedimento fiscal seja renovado a salvo das falhas apontadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR