

PROCESSO - A. I. Nº 207095.0123/08-2
RECORRENTE - COMPANHIA COMÉRCIO DE BIJOUTERIAS LTDA. (LIZZ LOGÍSTICA E TRANSPORTE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0300-05/09
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 28/12/2010

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0459-12/10

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido. Infração não elidida. Verificada a ausência de elementos para comprovar, com segurança, a infração apontada, a teor do art. 18, IV, “a”, do RPAF/BA. Modificada a Decisão recorrida. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** da infração 1. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, impugnando a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que, através do Acórdão nº 0300-05/09 julgou procedente a infração 1 do Auto de Infração em lide.

A referida infração trata da omissão de saídas 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, relativa ao período de 2007 e os meses de janeiro e fevereiro de 2008. Valor do ICMS: R\$ 75.535,67.

Foram anexados ao processo os relatórios TEF anuais e diários, comprovando as operações de venda através de cartões de crédito/débito (docs. fls. 11 a 13).

O autuado impetrou peça defensiva (fls. 17/25), discorreu, inicialmente, acerca da tempestividade da impugnação administrativa, informando que na data de encerramento do prazo, ocorrida em 19/01/2009, houve uma paralisação das atividades na inspetoria. Por conta disso, a defesa foi protocolada em 20/01/09. Juntou ao PAF cartaz com a indicação de greve de 24 horas, no dia 19/01/09 (doc. fl. 39). Requereu o regular processamento do feito.

Ao adentrar no mérito do lançamento disse que a autuação se baseia apenas em relatórios emitidos por empresas administradoras de cartões, fatos estes confrontados com a escrituração contábil da empresa. Declarou que as informações prestadas por terceiros não podem ser tidas como totalmente verdadeiras. No caso em tela, afirmou que as diferenças apuradas decorreram de diversos lançamentos nas máquinas de cartões, onde funcionários e terceiros se utilizavam dos serviços das operadoras para angariar valores, independentemente das vendas de mercadorias da empresa. Mencionou a existência da prática de fraude por parte de seus empregados e terceiros, sem conhecimento do proprietário da empresa, fato que se verificou em poucos meses. Posteriormente com a descoberta do golpe, na elaboração do fato continua sendo investigado, para a apuração das responsabilidades. Já tendo sido utilizados cartões clonados na prática do alegado golpe. I

possível comprovar nos autos as transações ilegais, dizendo também que as máquinas das operadoras, por serem bens móveis, poderiam ser utilizadas em outros estabelecimentos comerciais. Argumentou que as supostas fraudes foram trazidas à discussão no presente PAF, visto não ter encontrado qualquer divergência entre as entradas e saídas de mercadorias em sua escrita e correspondentes documentos.

Sustentou a excludente responsabilidade em face da conduta de terceiros. Defendeu que o lançamento, diante dos fatos alegados, viola os princípios da ampla defesa, do contraditório e da legalidade, alicerces do processo e do ato administrativo.

Ao adentrar na análise jurídica do lançamento relativo à infração 1, apontou a existência de falhas no ato administrativo, quanto à clareza e descrição dos fatos. Citou trechos de ensinamentos do tributarista Hugo de Brito Machado, para sustentar a ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa insculpido no art. 5º, inc. LV, da Carta Magna. No que concerne ao princípio da legalidade também entendeu haver violação ao mesmo, no presente lançamento, ao argumento de que a conduta narrada na peça acusatória não tem qualquer respaldo legal. Transcreveu o art. 142, inc. V, do RICMS/97. Citou o art. 37 da Constituição Federal. Entende que o presente lançamento apresenta vícios insanáveis e requereu a decretação da sua nulidade.

A Inspetoria Fiscal, em despacho acostado a fl. 41, reabriu prazo de defesa, via intimação acostada a fl. 123, promovendo, na ocasião, a entrega ao contribuinte dos relatórios TEF diários, com a discriminação das operações diárias com cartões de crédito e/ou débito. *Pari passu*, foi prestada a informação fiscal pelo autuante, anexada às fls. 120 a 122. Nesta peça a autoridade fiscal registrou que as notas fiscais D-1 apresentadas no curso da fiscalização não continham valores informados pelas administradoras de cartão, Transcreveu, em seguida, as disposições do art. 123 do RPAF/99, para sustentar que as alegações empresariais quanto à regularidade da sua escrita não se fizeram acompanhar das provas indispensáveis à comprovação dos fatos alegados. Quanto às fraudes mencionadas pelo contribuinte na peça defensiva, disse que o lançamento do ICMS se dá por homologação e que, após confrontar os dados dos relatórios TEF e as argumentações da defesa, ratificava o lançamento, concordando, entretanto com a reabertura do prazo de defesa, para a entrega dos relatórios TEF.

Intimado o contribuinte, via AR, para se manifestar acerca dos documentos anexados, com a correspondente reabertura do prazo de 30 dias, o mesmo ficou-se silente.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal exarou Decisão a respeito do caso em lide, baseando o seu entendimento de acordo com os dizeres transcritos em parte abaixo, abstraindo-se do presente relatório sua Decisão acerca da infração 02 por não ter sido objeto de impugnação:

“Quanto à tempestividade da impugnação correto o entendimento externado pela defesa e pela Inspetoria que deu o devido processamento ao feito, visto que no dia em que houve o encerramento do prazo para a protocolização da petição, a repartição fazendária teve a suas atividades paralisadas. Em decorrência, o prazo foi prorrogado para o dia seguinte, ocasião em que o contribuinte ingressou com a sua impugnação administrativa.

Cumpra agora enfrentar as preliminares de nulidades argüidas pela defendente. Nenhuma delas merecem ser acolhidas. Primeiramente cumpre observar que o lançamento tributário e a correspondente exigência fiscal, têm respaldo na lei vigente do ICMS, visto que a omissão de saídas 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 é fato descrito na norma legal, no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96. De igual forma, também não prosperam as alegações defensivas quanto aos vícios processuais atinentes ao princípio da ampla defesa. A descrição da infração, como já registrado acima, é um tipo legal e ao contribuinte foram entregues às provas documentais que demonstram a materialidade da infração, contidas nos relatórios TEF anual e diários e respectivos demonstrativos de apuração do imposto. Logo, insubsistentes as argüições de nulidade.

No mérito, em relação à infração 1, limitou-se o contribuinte a alegar a invalidade das informações prestadas pelas administradoras de cartão e que as diferenças apuradas decorreram praticadas por funcionários da empresa e por terceiros.

Tais alegações, entretanto, não se fizeram acompanhar de provas documentais que atestassem a sua veracidade ou materialidade, não tendo se desincumbido o autuado de provar o fato modificativo do lançamento, conforme prescreve o art. 142 do RPAF/99, com a seguinte redação, in verbis:

“Art. 142. *A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”.*

Por outro lado, a exigência fiscal em exame constitui presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas, nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96; sendo ônus da parte acusada elidir a infração.

A excludente responsabilidade pela infração pleiteada, não se aplica ao presente caso.

Diante do acima exposto o item 1 do presente lançamento de ofício é procedente.

No tocante ao mérito da infração 2, não houve impugnação do sujeito passivo.....”.

O sujeito passivo, inconformado com a Decisão proferida, interpôs Recurso Voluntário (fls. 141 a 150), impugnando apenas a infração 1. Nas razões recursais, reprisou os mesmos argumentos utilizados na sua defesa inicial, todos exaustivamente analisados em 1ª Instância.

A PGE/PROFIS, por meio da ilustre procuradora Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, emitiu o seu Parecer opinativo (fls. 157 e 158), alegando que a presunção legal de omissão de saídas encontra guarida na Lei do ICMS: “*a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto*”. Como expressamente preceitua o artigo 4º, parágrafo 4º da Lei nº 7.014/96.

Salienta que a Lei do ICMS é clara e a presunção legal de omissão de saídas persiste enquanto o contribuinte não lograr elidi-la, mediante a produção de prova que lhe cabe, mas que não foi trazida aos autos pelo recorrente.

Afirmou que não verificou a ocorrência de qualquer afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da legalidade.

Quanto à alusão feita pelo autuado à fraude praticada por prepostos da empresa, tais fatos devem ser apurados em sede penal e não podem ser opostos à Fazenda Pública para eximir-se do pagamento do tributo.

Concluiu o seu Parecer opinando pelo improvimento do Auto de Infração.

VOTO

Analisando os autos, pude verificar que apenas a infração 1 foi objeto do Recurso Voluntário interposto pelo recorrente. Ao compulsar os dados contidos no presente PAF, pude constatar incorreções que comprometem a precisão e justeza da referida infração imputada ao recorrente e que foi objeto da sua impugnação, haja vista que o procedimento fiscal da autuação está eivado de falhas ou vícios que comprometem a segurança da autuação no que tange à infração supracitada.

No curso da ação fiscal o autuante anexou o Relatório TEF anual, cometendo o crasso erro de metodologia na apuração fiscal, conforme se constata nos documentos por ele apensados, a exemplo do Relatório de Informações TEF – Anual, anos 2007 e 2008, acostados às fls. 12/13 dos autos, no qual se evidencia a falta do devido cotejamento dos documentos fiscais (ECF's e Notas Fiscais) e as informações prestadas pela administradora de cartões de crédito. Isto gera uma incontestável imprecisão da real dimensão da infração em tela, já que não se tem documentos que assegurem o quanto seria devido.

Ademais, no bojo da autuação não se levou em conta que se tratava de uma microempresa e/ou empresa enquadrada no Simples Nacional, a partir de 01/07/2007 e nortada pelo benefício de crédito presumido concedido pela Lei Complementar (LC) 123/06, e pela infração 1, fato tributário este, que, também não foi considerada a justa mensuração do valor da autuação.

Por conseguinte, em face das falhas constatadas no procedimento fiscal de apuração da referida infração, resta considerar prejudicado o Recurso Voluntário e, de ofício, voto pela nulidade da referida infração, respaldado no art. 20 do RPAF.

Para robustecer a anulação deste feito fiscal, socorro-me ainda do disposto no art. 18, inciso IV. Alínea “a” do RPAF/99, que determina a nulidade do lançamento de ofício “*que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração...*” (grifo meu).

Por fim, recomendo em relação à referida infração que seja refeito o procedimento fiscal, a salvo das falhas, de modo que se encontre a verdade material, sem prejuízos para o Fisco, nem para o Contribuinte, ressaltando que numa eventual renovação da ação fiscal, considere-se que em parte do período o autuado encontrava-se sob a égide do Simples Nacional, de acordo com o previsto na LC 123/06.

Pelo exposto, restou considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário, e, de ofício, julgar NULA a infração 1, objeto da peça recursal do autuado no presente PAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar a **NULIDADE** da infração 1, e homologar a Decisão recorrida quanto à infração 2 e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207095.0123/08-2, lavrado contra a **COMPANHIA COMÉRCIO DE BIJOUTERIAS LTDA. (LIZZ LOGÍSTICA ETRANSPORTE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$7.726,09**, prevista no art. 42, XIII, alínea “h”, do mesmo diploma legal, com redução da penalidade para 2%, prevista na Lei nº 10.847/07, para os meses de julho, agosto, setembro e outubro de 2007, com os acréscimos moratórios, de acordo com a Lei nº 9.837/05. Recomenda-se ao órgão competente novo procedimento fiscal em relação a infração 1, a salvo de incorreções.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS