

A. I. N° - 206961.1102/08-9
AUTUADO - AUTO POSTO APOLLO LTDA.
AUTUANTE - MARIA CRISTINA MASCARENHAS DE SOUSA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 10.11.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0320-02/10

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DE ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. 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, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Contudo este tipo de auditoria não deve ser aplicada, vez que a quase totalidade das mercadorias comercializadas são isentas. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 24/03/2008, para exigência de ICMS no valor de R\$31.722,87, com base na acusação de falta de recolhimento do ICMS, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito através de equipamento Emissor de Cupom Fiscal em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, no período de janeiro a dezembro de 2006, conforme planilhas à fl.09.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls.13 a 19, argui a nulidade da autuação com fundamento no artigo 18, II e IV, “a”, do RPAF/99, com base na alegação de que não recebeu o relatório que identifica cada operação de venda com pagamento efetuado por cartão de crédito, inclusive que não há no processo nenhuma comprovação nesse sentido.

No mérito, esclarece que celebrou contrato de abertura de crédito em conta corrente mediante cessão de direito oriundos de vendas com cartões de crédito Visa, cujo equipamento POS da referida operadora foi instalado em sua filial com CNPJ n° 13.922.927/0003-92 e inscrição estadual n° 29.641.387.

Diz que a informação prestada pela operadora VISA que serviram de base ao levantamento fiscal referem-se às vendas efetuadas na citada filial e não no estabelecimento matriz objeto do presente processo.

Justifica que o contrato com a VISA foi celebrado através do CNPJ do estabelecimento matriz, tendo em vista que somente possui conta corrente no Banco do Brasil centralizada na matriz.

Aduz que desconhecia o procedimento da VISA em informar as operações como sendo da matriz e não no local onde o POS foi instalado, na filial.

Esclarece que todas as vendas ocorreram no posto de gasolina do estabelecimento filial, local das saídas das mercadorias, e para todas as vendas com cartão de crédito foram emitidos os respectivos cupons fiscais, com a identificação da modalidade “cartão de crédito”.

Por conta disso, argumenta que está caracterizado o cerceamento de defesa, pois a fiscalização não apresentou os demonstrativos das vendas individualizadas, e requereu a realização de diligência fiscal, para o cruzamento entre as operações de vendas realizadas por cartões de créditos e a emissão dos cupons fiscais, que se encontram escriturados na escrita fiscal.

Para a diligência fiscal, formulou os seguintes quesitos:

“A) qual o local – estabelecimento onde foi instalado o POS (máquina do cartão visa).

B) qual o local – estabelecimento onde o POS está em uso.

C) O total das saídas efetuadas pelo estabelecimento filial (insc. estadual 29641387), por vendas pagas através de cartões de crédito de todas as operadoras, inclusive este informado pela VISA como sendo a matriz, corresponde aos valores registrados no ECF daquela filial (leitura “Z”), como conseqüente registro na escrita fiscal, através desta modalidade de pagamento.”

Além disso, o patrono do autuado refuta a possibilidade de ter havido saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal, dizendo que a atividade do estabelecimento é de comércio varejista de combustíveis, sujeitos ao regime de substituição tributária.

Ao final, requer a declaração da nulidade do Auto de Infração, ou caso contrário, a total improcedência da autuação.

Na informação fiscal às fls.51 a 52, esclarece a origem da autuação, e contesta a alegação do contribuinte de que não recebeu os relatórios na finalização da ação fiscal, informando que ao todos os livros e documentos apresentados e os demonstrativos explicativos dos valores lançados e cópia do auto de infração foram entregues ao autuado, conforme recibo à fl.10.

Ressalta que as informações constantes nos relatórios são referentes às vendas com cartão de crédito relacionadas com a inscrição estadual nº 06.565.314, e uso indevido do POS em empresa do grupo, diverge da inscrição sob ação fiscal gerando conflito não tangível.

Concluindo ratificou sua ação fiscal pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Conforme despacho de diligência à fl.56, o processo foi encaminhado à Infaz de origem para que a autuante juntasse o Relatório de Informações TEF Diário, e posteriormente, a repartição fiscal expedisse intimação reabrindo o prazo de defesa, inclusive juntando cópia da informação fiscal e do despacho de diligência.

O autuante em sua informação fiscal à fl.58, acostou ao processo recibo de entrega de um CD (fl.60) contendo “Relatório de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, o qual foi entregue ao autuado conforme recibo à fls.59, porém o órgão preparador da Infaz/Itabuna deixou de cumprir a providência relativa a intimação reabrindo o prazo de defesa.

Diante disso, foi decidido na pauta suplementar do dia 17/12/2009, pelo encaminhamento do mesmo à INFAZ DE ORIGEM, para que, mediante intimação, fosse reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, para o exercício da ampla defesa e do contraditório, devendo serem anexadas à mesma cópias dos seguintes documentos: Planilhas à fls. 08 e 09; cópia do despacho de diligência à fl.56; e o último pedido de diligência.

À fl.65 consta um Recibo de entrega dos documentos acima citados, devidamente assinado pelo autuado, sendo reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta).

O autuado se manifesta às fls.67 a 69, inicialmente, destaca que a diligência determinada pelo órgão julgador teve por finalidade reparar falha cometida na ação fiscal, especificamente relacionada à materialidade da acusação fiscal, e ressalta que as razões motivadoras para o seu pedido para a realização de revisão fiscal foram claramente apontadas na defesa apresentada, notadamente as questões a serem analisadas e respondidas, em conformidade com o art. 145, combinado com o art. 150, inc. I, do RPAF/99.

Chama a atenção de que como elemento de prova fez a juntada de cópias do livro de registro de saídas de mercadorias e do demonstrativo diário de vendas, para mostrar que o montante escriturado é superior às omissões de saídas apontadas na autuação, bem como, que de que todas as saídas ocorrem sem tributação em razão de sua atividade econômica de comércio varejista de combustíveis.

Conclui reiterando todos os argumentos apresentados na defesa, e ratificando a preliminar de nulidade argüida e o pedido de realização de diligência fiscal, para comprovar a improcedência da autuação.

O autuante em sua informação fiscal à fl.115 ratifica os valores reclamados no Auto de Infração, ressaltando que procedeu a entrega dos demonstrativos explicativos com registros dos valores apurados pertinentes à verificação fiscal, conforme declaração anexada à fl.10.

Considerou injustificado pedido do patrono do autuado para realização de diligência, pois não existe nenhuma falha no trabalho fiscal que enseje qualquer reparação.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado em decorrência de 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, no exercício de 2006.

O débito da infração encontra-se devidamente especificado nas “Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito” (docs. fls.08 e 09), nas quais, foram considerados em cada coluna, o período mensal, o total das vendas com cartão de crédito informadas pelas administradoras (débito e cartão de crédito), os valores mensais das vendas líquidas extraídas da Redução Z; a diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto; o imposto devido calculado à alíquota de 17%; e finalmente, o ICMS devido.

A autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de 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, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal

Em processo desta natureza faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Neste processo, observo que os citados TEF-Diários e por operações, relativos a cada administradora de cartão, não se encontravam no processo, sendo, a pedido desta Junta de Julgamento Fiscal, saneado esta pendência pela autuante, com a juntada ao processo de um CD contendo os TEF Diários, o qual foi entregue ao sujeito passivo, conforme Declaração à fl.60, oportunizando ao mesmo o exercício da ampla defesa.

Na defesa o autuado alegou que a máquina POS da operadora VISA foi utilizada pela filial com inscrição estadual nº 29.641.387, e apresentou cópia do Registro de Saídas do referido estabelecimento, assim como, a demonstração diária do ano de 2006 dos cupons fiscais emitidos, com o número das respectivas leituras Z, e dos valores de vendas no modo de pagamento cartão de crédito.

Na fase de instrução foi verificado que os elementos dos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados, tornando-se desnecessário o objeto da diligência ou perícia requerida, motivo pelo qual, com fulcro no art.147, inciso I, do RICMS/97, indefiro o pedido do autuado.

Esta conclusão se justifica na medida em que, foi constatado através das informações econômico-fiscais (DMA) do ano de 2006, que o estabelecimento autuado é um posto de combustível que comercializa com mercadorias com fase de tributação encerrada por força da substituição tributária. Igualmente, o estabelecimento no qual o autuado alegou que a máquina da operadora de cartão de crédito foi utilizado, também se trata de posto de combustível, cujas operações estão enquadradas no regime de substituição tributária, conforme provas trazidas aos autos pelo autuado, mais precisamente cópias do Registro de Saídas do período fiscalizado (docs.fls.80 a 105), nas quais constam na coluna “Outras”, que as operações ocorreram sem tributação do imposto.

Portanto, verifica-se nos autos que o autuado comercializa, em quase sua totalidade, com produtos adquiridos no Estado da Bahia e sujeitos à substituição tributária nas entradas, mais precisamente combustíveis.

Deste modo, em conformidade com o posicionamento que este Conselho de Fazenda em inúmeras decisões, para situações similares, entendo que este tipo de auditoria não deve ser aplicada para a atividade da empresa, pois como a quase totalidade de suas saídas são de mercadorias cuja fase de tributação encontrava-se encerrada, não houve omissão no pagamento do ICMS.

Assim, represento à Inspeção Fiscal para que, em nova ação fiscal, no exercício fiscalizado, sejam aplicados outros roteiros de Auditoria Fiscal/Contábil, para averiguação de supostas irregularidades.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206961.1102/08-9**, lavrado contra **AUTO POSTO APOLLO LTDA.**

Representação à autoridade fazendária competente para determinar a instauração de procedimento fiscal complementar na forma consignada pelo Relator

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/99, 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, 28 de outubro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR