

PROCESSO - A. I. Nº 300449.0301/08-7
RECORRENTE - FALCÃO & SILVA LTDA. (MERCEARIA ECONÔMICO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO -Acórdão 1ª JJF nº 0046-01/09
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 17/06/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0136-12/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Recurso **PREJUDICADO** em razão da nulidade decretada. O procedimento fiscal adotado contém vício no lançamento de ofício, na medida em que a auditoria fiscal se lastreou no comparativo entre todas as vendas realizadas e as informações trazidas pelas administradoras de cartão de crédito. Decretada, de ofício, a **NULIDADE** do Auto de Infração. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, no qual impugna a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/02/2008, exigindo ICMS no valor de R\$25.641,42, acrescido da multa de 70% pela falta de recolhimento do ICMS decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a junho de 2007.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal julgou o caso em lide, de acordo com os dizeres transcritos abaixo:

“Versa o presente Auto de Infração sobre omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Constam dos autos que o levantamento realizado pelo autuante, fls. 11 e 12, comparou os valores fornecidos pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartões de crédito com as saídas escrituradas pelo contribuinte em seu livro Registro de Saídas - LRS, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão contida no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96, a seguir reproduzido, cabendo ao autuado provar a improcedência da presunção:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

§ 4º 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”.

Constato que o autuado ao refutar a autuação, sustenta a sua procedência parcial sob a alegação de que, por equívoco, deixou de apresentar à fiscalização parte dos talonários das notas fiscais de saídas correspondentes aos números 03201 a 03581, e com isto, estariam comprovadas as vendas com cartão de crédito/débito informadas pelas financeiras e administradoras de cartão. Assegurou que concorda pagar parte do valor

apurado e lançado no Auto de Infração, para tanto, elaborou e acostou aos autos, fls. 54 e 55, demonstrativos, nos quais, indica, sem apresentar comprovação alguma da origem dos dados, a redução do lançamento, de R\$25.641,42, para R\$2.851,22.

O autuante manteve a autuação afirmando não ter o sujeito passivo comprovado suas alegações de que, por equívoco, não apresentou diversas notas fiscais à fiscalização. Apontou também como sustentação da autuação o fato de que o autuado não registrou no LRS essas notas fiscais como fizera com as demais, bem como, enfatizou que as notas fiscais não apresentadas à fiscalização somente poderiam ser utilizadas após a data da respectiva AIDF, ou seja, a partir de 15/01/07, fl.63.

Entendo que, dispondo o autuado do Relatório TEF diário com as operações individualizadas de cada administradora de cartões e de cada financeira, conforme consta à fl. 11, o recebimento dos aludidos arquivos, caberia ao sujeito passivo comprovar, individualizada e documentalmente quais vendas por ele realizadas, efetivamente, pagas com cartão de crédito/débito, cotejando-as com o TEF.

Considerando que o autuado demonstrou claramente em sua defesa que concebeu e assimilou perfeitamente a acusação fiscal a que fora submetido através do presente Auto de Infração, bem como restou evidenciado que dispunha de todos elementos de prova necessários à comprovação de suas alegações, inclusive a cópia do Relatório TEF Diário, fl.11, constato o não atendimento do quanto estatuído pelo § 1º do art. 123 do RPAF-BA/99, ou seja, não apresentou as provas que dispunha para sustentar suas alegações.

Verifico que as planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito, elaboradas pelo autuante e acostadas às fls. 12 e 13, apontam as diferenças encontradas, resultando no total de R\$172.448,07, para o exercício de 2006 e R\$112.456,59, para o exercício de 2007, que representaram, respectivamente, a base de cálculo para imposto apurado no valor de R\$15.520,33 e de R\$10.121,09, que juntos totalizam valor lançado de ofício, R\$25.641,42.

Observe, que sendo o autuado optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, inscrito na condição de microempresa, o autuante apurou o imposto devido observando os critérios e as alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, nos termos da Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o artigo 19 da Lei nº 7.357/98, bem como fora também, concedido crédito fiscal no percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, conforme manda o artigo 19, §§ 1º e 2º da Lei nº. 7.357/98.

Assim, por tudo quanto exposto, considero a autuação integralmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Cientificado do julgador o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário (fls. 82 a 88) impugnando a Decisão supracitada, alegando que não há omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento de cartão de crédito ou débito em valor inferior ao valor fornecido pelas Instituições Financeiras e administradora de cartão de crédito nos meses indicados, posto que, por inexperiência do funcionário os talões não foram apresentados à fiscalização, sendo que tais notas cobrem as diferenças entre o que apresenta as administradoras de cartão e o que foi vendido pelo estabelecimento comercial.

Segundo o recorrente, no que tange às leituras “Z” referentes ao exercício 2007, essas jamais foram solicitadas pelos fiscais quando da fiscalização, mas, encontravam-se à disposição dos mesmos. Enquanto o livro Registro de Saídas de Mercadorias encontrava-se totalmente regularizado e a DME relativa ao ano de 2006 foi retificada, em 30.05.2008, conforme consta em seus arquivos, bem como a do ano de 2007.

Salientou que as notas fiscais não podem ser ignoradas, muito menos a turma recursal deve se comportar como se as mesmas não existissem, devendo sim, determinar uma nova inspeção e se houver alguma diferença o inspecionado aceitaria pagar, bem como os impostos gerados pela emissão das já referidas Notas Fiscais, que são de janeiro a dezembro de 2006 e janeiro de 2007.

Afirmou ainda que a multa de 70% do valor é totalmente “leonina, ilegal, imoral e empobrecedor a qualquer comerciante que tenta agir dentro da legalidade, posto que paga-la é ir ao encontro da falência ou concordata como tem acontecido com grandes e pequenas lojas aqui na cidade de Itabuna e porque não dizer em toda a Bahia”.

Por fim, concluiu requerendo uma nova inspeção e a modificação da Decisão em todos os seus termos.

Às fls. 97/98, o CONSEF diligenciou à ASTEC requerendo que esta intimasse o contribuinte para que este apresentasse todas as notas fiscais emitidas no período da autuação para verificar, se, de fato, procedia a alegação do autuado de que há notas fiscais que acobertavam as operações de circulação de mercadorias e que geraram receitas de vendas, não inseridas no levantamento fiscal. No mesmo procedimento deveria se certificar acerca dos valores das notas fiscais, ou seja, se tais valores eram os constantes dos demonstrativos anexados pelo recorrente. Solicitou, também, a verificação da condição do contribuinte, no período abrangido pela ação fiscal, ou seja, se o mesmo era ou não usuário de ECF.

À fl. 100, a ASTEC emitiu o seu Parecer, afirmando que o autuado não mais exercia as suas atividades comerciais, não tendo sido possível realizar a diligência solicitada. Por esta razão, intimou-se, em 16/11/2009, a advogada do autuado, Dra. Neiva Maria de Luz Souza, à apresentar os documentos necessários para realização da diligência, conforme documento à fl. 101, entretanto, após decorridos mais de 04 meses os documentos solicitados não foram apresentados.

Sendo assim, alegou que não foi possível efetuar a diligência solicitada.

A PGE/PROFIS, em face da juntada de novos documentos pelo autuado, sugere à fl. 137 dos autos, o retorno dos autos à ASTEC/CONSEF para verificar a viabilidade da diligência.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal indefere a diligência por entender já ter os elementos suficientes para julgamento e encaminhou os autos para o Parecer conclusivo da PGE/PROFIS.

A PGE/PROFIS, por meio da ilustre procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, emitiu o seu Parecer opinativo conclusivo, no qual alega que a auditoria fiscal foi feita de forma equivocada, uma vez que o comparativo feito pelo auditor foi entre todas as vendas realizadas pela empresa e as informações trazidas pelas administradoras de cartões de crédito.

Sendo assim, a presunção de omissão de saídas, sob esse fundamento, somente pode ser constatada pela divergência entre operações com cartões de crédito e não pelo total das operações.

Logo, opinou pela decretação de nulidade da autuação.

VOTO

Da análise dos autos, pude constatar que o auditor autuante comparou os valores fornecidos pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartões de crédito com as saídas escrituradas pelo contribuinte em seu livro Registro de Saídas - LRS, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, uma vez que o sujeito passivo registrou em seu livro fiscal vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão contida no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96. A Decisão da 1ª JF foi pela procedência da autuação.

Foi deferida diligência à ASTEC/CONSEF para que o autuado apresentasse todos os documentos emitidos no período da autuação, de modo a checar se suas alegações, trazidas na sua peça recursal, eram procedentes. Tal diligência não foi cumprida, pois não se encontrou o autuado, que já não mais exercia suas atividades comerciais. O recorrente, através de sua advogada, trouxe, posteriormente, 02 Talonários de Notas Fiscais, identificados pelos números 13 e 14, e que envolvem o período da autuação. Em face da documentação acostada, a PGE/PROFIS solicitou nova diligência, que, por sua vez, foi indeferida pela 2ª CJF, por entender que a diligência era desnecessária para formação de juízo de valor no julgamento do presente PAF.

Pela análise de tudo quanto constante nos autos, verifiquei que o Auto de Infração foi lavrado considerando-se todas as saídas constantes no livro de Registro de Saídas e, não apenas as vendas feitas através de cartões de crédito ou débito, como o autuante fez constar no teor da infração, o que em tese beneficiaria o recorrente. Assinale-se, ainda, que o LRS não pode se

constituir em prova material contra o recorrente, vez que no regime tributário em que o contribuinte estava enquadrado, não existia a obrigatoriedade do uso deste documento fiscal.

Portanto, fica patente que o procedimento fiscal adotado contém vício no lançamento de ofício, como bem assevera a nobre PGE/PROFIS em seu Parecer às fls. 140/141, na medida em que a auditoria fiscal se lastreou numa interface entre todas as vendas feitas pelo autuado e as informações trazidas pelas Administradoras de Cartões de Crédito. Tudo isto inquina de NULIDADE a autuação em foco, com base no que preceitua o art. 18 do RPAF/99.

Assim sendo, perpasso a análise do Recurso Voluntário, para, de ofício, votar pela NULIDADE da autuação, recomendando a repartição fazendária competente, se possível, o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas, restando PREJUDICADO o Recurso Voluntário interposto.

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 **NULO** o Auto de Infração nº 300449.0301/08-7, lavrado contra **FALCÃO & SILVA LTDA**. Recomenda-se à repartição fazendária competente, se possível, o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS