

PROCESSO - A. I. Nº 206961.1102/08-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - AUTO POSTO APOLLO LTDA. (POSTO APOLLO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0320-02/10
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 16/09/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0262-12/11

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, no presente caso, este tipo de auditoria não deve ser aplicada, vez que se trata de estabelecimento que comercializa com combustíveis, cujas operações estão enquadradas no regime de substituição tributária. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versa o presente processo de Recurso de Ofício, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, interposto pela 2ª JJF, através do Acórdão nº 0320-02/10, após julgamento pela Procedência em Parte do Auto de Infração, lavrado para imputar ao sujeito passivo a 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no valor de R\$31.722,87, mais multa de 70%.

Em Primeira Instância, assim se manifestou a JJF ao fundamentar sua Decisão pela Nulidade da referida exigência fiscal, *in verbis*:

[...]

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 Inspetoria 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.

A JJF recorreu, de ofício, da Decisão, nos termos do art. 169, I, alínea “a”, item 01, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

VOTO

O Auto de Infração em análise atribuiu ao contribuinte o cometimento de irregularidade decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituições financeiras e pelas administradoras de cartões de crédito/débito, nos termos da presunção insculpida no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, com alteração dada pela Lei nº 8.542/02.

Da análise dos autos e da Decisão recorrida, entendo não merecer reparo o Julgado de Primeira Instância, quando concluiu pela Nulidade da infração imputada no presente lançamento de ofício, sob o fundamento - comprovado de forma inequívoca nos autos através da escrituração do período fiscalizado, no livro Registro de Saída que as operações ocorreram sem tributação do imposto - de que o estabelecimento autuado comercializa com combustíveis para veículos automotores, cujas operações estão enquadradas no regime de substituição tributária.

Assim, infere-se nitidamente da análise das peças que compõem os autos a inadequação do roteiro de auditoria aplicado para apurar as omissões de saída de mercadorias tributáveis. Como, aliás, preconiza expressamente o item 2 da Instrução Normativa nº 56/97 que disciplina a exclusão da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, quando apurada omissão de saídas presumidas, a seguir reproduzido.

2 - No curso da ação fiscal, caso o preposto fiscal verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e aplicar outros roteiros de fiscalização.

Ademais, em reiteradas decisões este Conselho de Fazenda em situações que guardam a mesma similitude já consagrou o posicionamento de que o tipo de auditoria adotado na presente ação fiscal não é aplicável em estabelecimento cujas saídas de mercadorias, preponderantemente, constituam-se de operações com a fase de tributação encerrada.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO o Recurso de Ofício apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **206961.1102/08-9**, lavrado contra **AUTO POSTO APOLLO LTDA. (POSTO APOLLO)**. Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal, se possível, utilizando outros roteiros de fiscalização.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de agosto de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS