

A. I. Nº - 115969.0054/09-4  
AUTUADO - CRIS & CO CONFECÇÕES LTDA.  
AUTUANTE - MARIA MADALENA BARRETO DA SILVA  
ORIGEM - INFAC VAREJO  
INTERNET - 25. 04. 2011

**1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF Nº 0090-01/11**

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE DE PROCEDIMENTO. FALTA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. INOBSEERVÂNCIA 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, a teor do disposto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Infração nula. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2009, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de recolhimento do imposto constatada pela 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 março a julho de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 63.672,35, acrescido da multa de 70%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa(fls. 52 a 54), requerendo, inicialmente, que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas ao profissional que subscreve a defesa, na condição de o legítimo representante legal na ação administrativa, tendo em vista que existe nos autos a informação de que o estabelecimento não mais funciona.

No que concerne ao Auto de Infração, diz que em conformidade com o demonstrativo sintético da apuração, as diferenças residem nos meses de março a julho de 2008, meses nos quais os valores das “reduções Z” se encontram “zerados”, percebendo-se a fragilidade da autuação, por ser impossível se imaginar que um estabelecimento comercial de varejo, durante 05 meses, realize vendas mediante pagamento com cartões sem emitir um só cupom fiscal, ou nota fiscal.

Alega que tais divergências, certamente decorrem de fatores que não a efetiva omissão nas vendas, ainda não identificados de forma perfeita. Contudo, diz que pode se afirmar é que, como a autuação foi feita com base nas DMAs, é nula de pleno direito. Questiona: se o Fisco não teve acesso às “reduções Z”, como validar um suposto comparativo entre “reduções Z” e informações das administradoras, como espalhado no demonstrativo sintético que serviu de base para a autuação?

Sustenta que inexiste previsão legal para a autuação, pelo “roteiro de cartões”, com a utilização de dados de base diversa. Diz que se o Fisco não obteve resposta às intimações para exibição das “reduções”, como abordado no corpo do Auto de Infração, poderia adotar outros roteiros de fiscalização, até mesmo o arbitramento da base de cálculo, razão pela qual, estando inadequado o roteiro adotado, requer a nulidade do lançamento.

Rechaça o mérito da autuação, dizendo que buscou comprovantes de lançamentos de valores, da época, no seu equipamento, os quais anexou, demonstrando o registro de valores não considerados na autuação. Salienta que todas as vendas foram devidamente registradas, pois, conforme consta na demonstração da autuação, relativa aos meses de janeiro e fevereiro, que aponta valores a maior das “reduções Z”, sempre lança e tributa suas vendas. Ressalta que os documentos apresentados, totalizadores diários, não cobrem inteiramente os valores informados pelas administradoras, porque muitos comprovantes, impressos de forma autorizada pelo Fisco, encontram-se apagados.

Frisa que, de mais a mais, sequer os valores das DMAs, do período autuado, foram deduzidos. Consigna que outra hipótese provável é de erro no fornecimento das informações por parte das administradoras, o que diz está sendo investigado, com a cumulação de vendas de mais de um estabelecimento, quando o autuado já não mais funcionava.

Conclui protestando pela nulidade ou, no mérito, pela improcedência do Auto de Infração, bem como pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e a revisão para confronto entre os documentos e demonstrativos, DMAs, totalizadores diários, etc.

A autuante prestou informação fiscal (fl. 111), afirmando que o impugnante ao longo de sua explanação, faz diversos comentários acerca da autuação, assim como anexou algumas reduções Z, referentes ao período autuado. Acrescenta que parte desses documentos serviram de base para confecção da nova planilha que anexa, contudo, outros estão ilegíveis conforme alegado pelo autuado.

Finaliza sugerindo que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente no valor de R\$ 23.453,84, em conformidade com a nova planilha que apresenta.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, considerando que não constava nos autos a comprovação de que o autuado fora cientificado sobre a informação fiscal, converteu o processo em diligência à INFRAZ VAREJO ( fl. 122), a fim de que fosse intimado para conhecimento da informação fiscal e da nova planilha elaborada pela autuante (fls. 111 a 113), o subscritor da peça defensiva, localizado na rua Cel. Almerindo Rehem, 126. Ed. Empresarial Costa Andrade, Salas 411/414, Caminho das Árvores, Salvador-Bahia, CEP 41820-768.

Intimado para conhecimento da informação fiscal o impugnante se manifestou (fls. 127/128), reiterando todos os termos de sua defesa inicial, acrescentando que a diligência serve para comprovar as alegações apresentadas, no sentido de demonstrar a impossibilidade de se vender, durante meses, sem a emissão da documentação fiscal.

Sustenta que os cálculos realizados na autuação, não contemplam todos os comprovantes apresentados, pois alguns estão com a visibilidade prejudicada, entretanto, provam a tributação espontânea de vendas, devendo o levantamento ser complementado, com a investigação através das DMAs, livro Registro de Saídas e demais documentos disponíveis na empresa.

Solicita que seja determinada nova diligência, nesse sentido, assim como que seja observado o regime de apuração legalmente aplicável, uma vez que consta no Auto de Infração que a empresa é EPP.

Conclui protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e a nova revisão para confronto entre os documentos e demonstrativos, DMAs, LRS, etc., bem como pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A autuante se pronunciou à fl. 131, afirmando que foram considerados os valores das saídas de mercadorias constantes nas DMAs, conforme constam da Planilha de Cartão de Crédito/Débito às fls. 08/09.

Reportando-se sobre o livro Registro de Saídas, diz que obrigatoriamente os registros contidos neste livro são os mesmos das DMAs, por este motivo é dispensável a verificação dessa peça, especificamente, nesse tipo de fiscalização.

Salienta que a empresa está enquadrada regime normal de apuração, isto é, conta corrente fiscal, haja vista que “*foi enquadrada no Simples Nacional em 01/07/2010 e excluída em 22/11/2007, sendo correta a autuação.*”

Conclui afirmando que por não ter o autuado acrescentado novos fatos que ensejassem a modificação do valor, mantém o valor apurado na informação fiscal de R\$ 23.453,84.

Intimado para conhecimento do pronunciamento da autuante, o impugnante se manifestou (fls. 134 a 136), reiterando o pleito de que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas ao profissional que subscreve a defesa, sendo o mesmo o legítimo representante legal do autuado na ação administrativa. Argui a nulidade da “*intimação*”, por não se fazer acompanhar do despacho da JJJF, o que prejudica o regular direito de defesa. Alega que para exercer de forma livre e completa o direito à defesa, é evidente que precisa conhecer a “*determinação*” da Junta de Julgamento, pois só assim poderá constatar se a diligência foi atendida de forma integral. Requer que o vício seja sanado, com a expedição de nova intimação, desta feita acompanhada do despacho da Junta de Julgamento, que orientou a diligência que ora tenta comentar.

Prosseguindo, reporta-se sobre o conteúdo do pronunciamento de fl. 131, dizendo que mesmo sem conhecer o quanto determinado pelo Julgador, pode afirmar que não se atendeu o quanto solicitado, pois a autuante assevera que “*é dispensável a verificação dessa peça, especificamente nesse tipo de fiscalização.*”.

Assevera que foi esquecido pela autuante que não se trata de uma “*ação fiscal*” e sim de uma diligência, devendo ser atendido, independente do resultado, o pedido do Julgador. Acrescenta que dessa forma, não o fazendo, resta evidenciada a necessidade de nova investigação. Reafirma que, conforme alegado na defesa inicial, é impossível se imaginar que um estabelecimento comercial de varejo, durante 05 meses, faça vendas via cartões sem emitir um só cupom fiscal ou nota fiscal.

Afirma que considerando que o livro Registro de Saídas apresentado, demonstra que vendeu no período autuado, de forma exclusiva, mediante ECF, a diligência servirá, no mínimo, para comprovar que o roteiro utilizado não se aplica, devendo a fiscalização ser aprofundada. Argumenta que a investigação que solicitou e determinada pela JJJF, visa carrear, ou não, segurança ao lançamento, diante dos fatos já narrados, especialmente do fato das “*vendas zeradas*”, da possibilidade de erro das administradoras e da existência de elementos outros que comprovam a regularidade da apuração feita pela empresa.

Consigna que, conforme dito na defesa e confessado pela autuante, o meio de comparação utilizado na ação fiscal é inseguro e ilegal, haja vista que não se fez a apuração via “*reduções Z*”. Salienta que se não era possível tal procedimento, outro roteiro de fiscalização deveria ser levado a efeito, não podendo agora, se negar uma melhor investigação, sob a ótica de que os dados das DMAs e do livro Registro de Saídas são os mesmos, especialmente porque o referido livro, ao contrário das DMAs, prova os lançamentos via ECF.

Sustenta que a simples análise das DMAs atesta que lhe seria impossível vender, nos meses autuados, a soma dos valores lançados no Auto de Infração e declaradas no livro Registro de Saídas, salvo se comprovasse que existiram aquisições sem registro, o que não se vislumbra na presente ação fiscal e só poderia ser aventado mediante roteiro de fiscalização específico.

Observa que os dados apresentados, que redundaram na redução da exigência, se referem a 30 dias do mês de março, 16 dias do mês de abril, 20 dias mês de maio, 10 dias do mês de junho e 13 dias do mês de julho, estando as demais reduções e totalizadores diários apagados, sem condições de leitura.

Conclui renovando todos os termos de sua defesa inicial e demais pronunciamentos, protestando pela nulidade da diligência, da intimação e, ao final, pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A autuante se pronunciou à fl. 136 sobre a manifestação do autuado, afirmando que a argüição de nulidade da “*intimação*” não procede, haja vista que não houve despacho da JJF referente a manifestação de fls. 127/128, pois o processo retornou para ter ciência dessa manifestação, conforme determina a diligência de fl. 122 e o seu cumprimento à fl. 130.

No que concerne à verificação do livro Registro de Saidas, afirma que, ao contrario do alegado pelo impugnante, na diligência da JJF de fl. 122, não houve qualquer pronunciamento ou determinação sobre esse assunto.

Salienta que, se o referido livro Registro de Saídas com os respectivos registros existisse, deveria ter sido anexado aos autos, oportunamente, quando da defesa ou das manifestações que o autuado apresentou, pois, se assim fosse, esse documento já teria sido devidamente analisado, o que poderia ou não ter modificado o valor da autuação, contudo, certamente, evitaria a postergação do pagamento do Auto de Infração em questão, conforme vem acontecendo.

Finaliza reafirmando que não foi anexado qualquer documento comprobatório que pudesse modificar o valor, motivo pelo qual ratifica a autuação no valor de R\$ 23.453,84.

## VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade, decorrente de falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias, tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento mediante cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito.

Inicialmente, cabe-me apreciar a nulidade arguida pelo impugnante, sob o argumento de utilização de roteiro de fiscalização inadequado, pela inexistência de previsão legal para a autuação, mediante “*roteiro de cartões*”, com a utilização de dados de base diversa da “*redução Z*”, no caso, com base nas DMAs.

Efetivamente, no presente caso, verifico que em conformidade com a Planilha Comparativa de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito, a autuante considerou com valores relativos à “*redução Z*”, nos meses de janeiro e fevereiro de 2008, o total das saídas declarado pelo contribuinte nas respectivas DMAs, comparando-o com os valores de vendas com cartão informado pelas administradoras, o que resultou na inexistência de imposto devido nestes dois meses, haja vista que as vendas totais declaradas pelo autuado nas suas DMAs foram superiores às informadas pelas administradoras de cartão de crédito. Ou seja, considerou como vendas ocorridas mediante pagamento com cartões, o total das vendas informadas pelo contribuinte nas referidas DMAs, o que pode resultar em prejuízo ao Erário estadual, haja vista a possibilidade de que parte das vendas tenha ocorrido através de outro meio de pagamento diverso de cartão de crédito/débito.

Por outro lado, considerou a autuante que como o contribuinte não apresentara as DMAs referentes aos meses de março a julho de 2008, e diante da impossibilidade de apuração mediante a redução Z,

- por ter sido o contribuinte intimado e não atendido a intimação-, os valores das reduções Z dos citados meses zerados, exigindo imposto sobre os valores de vendas com cartão informado pelas administradoras. Ou seja, considerou como vendas omitidas, o total informado pelas administradoras, o que pode resultar em prejuízo ao contribuinte, em face da possibilidade de ocorrência de pagamentos de vendas através de cartões, com a emissão do respectivo documento fiscal.

É certo que 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 contribuinte e, caso não fosse possível adotar tal procedimento, caberia a adoção de outro roteiro de auditoria, inclusive, se fosse o caso, a medida extrema do arbitramento para determinação da base de cálculo do imposto devido.

Indubitavelmente, o roteiro de auditoria fiscal foi desenvolvido em desacordo com os procedimentos previstos, haja vista que não houve o cotejamento das operações informadas pelas administradoras de cartão com as “reduções Z” dos emissores de cupons fiscais, não comprovando a acusação e nem servindo de base para a presunção relativa prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. Significa dizer que não há como se ter certeza da ocorrência da infração e do montante devido, o que acarreta a nulidade do lançamento, a teor do disposto no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Diante do exposto, acolho a nulidade arguida pelo impugnante, ao tempo em que, nos termos do artigo 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que providencie a renovação da ação fiscal, a salvo de falhas.

No que concerne ao pedido do impugnante para que as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas ao profissional que subscreve a defesa, no endereço rua Cel. Almerindo Rehem, 126. Ed. Empresarial Costa Andrade, Salas 411/414, Caminho das Árvores, Salvador-Bahia, CEP 41820-768, nada obsta que o órgão competente da Secretaria da Fazenda possa atender ao pleito, no entanto o não atendimento dessa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 115969.0054/09-4, lavrado contra CRIS & CO CONFECÇÕES LTDA.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR