

**A.I. Nº** - 210443.0001/11-8  
**AUTUADO** - ELIANA FERREIRA DOS SANTOS DE ILHÉUS  
**AUTUANTE** - CARLOS ALBERTO MOURA PINHEIRO  
**ORIGEM** - INFAZ ILHÉUS  
**INTERNET** - 03/08/2012

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0168-03/12

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Vícios procedimentais. Fusão, no lançamento, dos valores das operações realizadas por matriz e filial. Autonomia dos estabelecimentos. Impossibilidade de saneamento, por implicar mudança do fulcro da autuação, haja vista a forma como o fato foi descrito no Auto. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29.12.11, acusa:

1. recolhimento a menos de ICMS declarado relativamente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional), implicando a falta de pagamento de parte do ICMS, em virtude de erro na informação da receita e/ou alíquota aplicada a menos [sic], sendo lançado imposto no valor de R\$ 7.573,95, com multa de 75%;
2. omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 4.802,79, com multa de 150% [contribuinte inscrito na condição de optante pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições Devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples Nacional)].

O autuado apresentou defesa (fls. 37/42) suscitando em preliminar a nulidade dos lançamentos por cerceamento de defesa, com fundamento nos arts. 18, II, e 39, X, do RPAF, alegando que por ocasião da intimação inicial em 21.10.11 para apresentação de livros e documentos fiscais o agente fiscal entregou o Termo de Intimação a uma pessoa não autorizada, a senhora Sônia Maria Santos Souza, simples funcionária que, não tendo conhecimento do que estava assinando, deixou o documento guardado e não informou nada à empresária, e em 3.11.11 o agente fiscal se dirigiu ao escritório de contabilidade e solicitou verbalmente livros e documentos fiscais a uma auxiliar de escritório, também pessoa não autorizada, a senhora Fernanda Silva de Moraes, que lhe entregou alguns documentos que estavam ao seu alcance, conforme Termo de Arrecadação anexo, porém o agente fiscal não permitiu entregar os livros e documentos em outro momento, dificultando a juntada dos mesmos para a correta execução da ação fiscal.

Quanto ao mérito, reclama que o fisco não pode apenar a empresa, pois ela emite todas as Notas Fiscais de venda e paga todos os seus impostos em dia, e se as administradoras de cartão de crédito estão informando valores maiores que os declarados pela empresa, e caso elas insistam em informar os valores a mais, a empresa ingressará com processo judicial para receber a diferença declarada por elas.

Alega que o agente fiscal usou procedimentos falhos, cruzando os valores informados pelas administradoras de cartões de crédito com cada Nota Fiscal ou Cupom Fiscal emitido dia a dia pela empresa, não observando que os valores das Notas Fiscais podem muitas vezes divergir das

vendas do cartão, pois muitas vezes o cliente prefere pagar parte do valor em dinheiro ou cheque e o restante no cartão, ou até usar dois, três ou mais cartões numa mesma operação, e nessas situações a empresa sempre emite apenas uma Nota Fiscal ou Cupom Fiscal, independentemente da forma de pagamento. Aduz que, em face dessas considerações, considera comprovada a não omissão de saídas de mercadorias que foi presumida em face de informações incorretas supostamente levantadas nas administradoras de cartões de crédito, ficando também claro a seu ver que não existe recolhimento a menos de ICMS, pois não houve erro na informação da receita e muito menos alíquota aplicada a menos. Cita jurisprudência com transcrição de acórdãos [não informa de que órgão ou tribunal].

Pede a nulidade do Auto de Infração, ou que no mérito seja declarado improcedente. Requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para verificar a exatidão do que foi afirmado na defesa.

O agente de tributos prestou informação (fls. 49/52) dizendo que a princípio a empresa seria fiscalizada no período de 2009 a 2010, conforme Termo de Intimação assinado por funcionária que se encontrava na empresa, senhora Sônia Maria Costa Santos, em 21.10.11 (fl. 8), tendo os livros e documentos sido entregues em 3.11.11 na inspetoria de Ilhéus pela funcionária do escritório de contabilidade, senhora Fernanda Silva de Moraes (fl. 11). Explica que, depois do início da fiscalização, houve necessidade de incluir no levantamento o período de julho de 2007 a dezembro de 2008, e por isso a ordem de serviço foi retificada para o período de julho de 2007 a dezembro de 2009 (fl. 53), e por essa razão a empresa foi intimada a apresentar os livros e documentos de julho a dezembro, sendo a intimação assinada pela senhora Eliuza M. Silva no dia 16.11.11 (fl. 7), e os livros e documentos do período de 2009 e 2010 foram entregues no dia 2.12.11 na inspetoria de Ilhéus pela funcionária do escritório de contabilidade, senhora Fernanda Silva de Moraes (fls. 10 e 11). Aduz que os livros e documentos fiscais indicados na primeira intimação, do período de 2009 a 2010, assinada pela funcionária Sônia Maria Costa Santos, e na segunda intimação, do período de julho de 2007 a dezembro de 2008, assinada por Eliuza M. Silva, foram entregues por Fernanda Silva Moraes, e a documentação foi devolvida à empresária, senhora Eliana Ferreira Sumi, em 29.12.11 (fl. 9), sendo que após o recebimento da documentação foram solicitadas por “e-mail” (fl. 54) algumas Notas Fiscais de entradas interestaduais que não tinham sido apresentadas, e para concluir a fiscalização foram solicitados por telefone e depois por “e-mail” alguns documentos indicados na intimação e que estavam faltando na documentação entregue pelo contribuinte, de modo que não prevalece a alegação de que não foi permitida a entrega de novos documentos ou dificultada a sua juntada, não tendo havido portanto cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito, explica que a empresa, tendo iniciado as atividades em 24.10.96, solicitou a abertura de uma filial, que em 7.5.03 passou a funcionar na Rua Marquês de Paranaguá, nº 135-B, e em 9.9.05 a matriz passou a funcionar no local da filial, conforme fls. 55 e 56, sendo que o pedido de baixa da filial foi indeferido em dezembro de 2005 e em 26.1.11 a inscrição foi baixada na SEFAZ, vindo a ser feita a baixa na receita federal em 19.3.08.

Informa que por ocasião da intimação encontrou uma máquina da Redecard-Mastercard, IP177923, da filial, já baixada, sendo utilizada pela matriz (fl. 57), e o fato foi comunicado à empresária, e além disso no encerramento da fiscalização intimou a empresa a regularizar a situação (fl. 58). Informa que a nova receita levantada através das Notas Fiscais emitidas, Reduções Z e operações realizadas através de cartões de crédito e débito da matriz e da filial informadas pelas administradoras de cartão, conforme planilhas entregues à empresária (fl. 12).

Aduz que no programa de geração de DAS-PGDAS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos – Simples Nacional o contribuinte informou receitas com isenção do ICMS nos períodos de outubro de 2007 a dezembro de 2007, de agosto de 2008 a dezembro de 2008 e de janeiro de 2009 a maio de 2009, e com receitas zeradas no período de março de 2008 a julho de 2008, diminuindo o valor do ICMS a recolher (fls. 59 a 75). Explica que, para encontrar a

omissão de saídas de mercadorias com pagamento em cartões de crédito e débito foi deduzido do valor informado pelas administradoras de cartões as vendas com pagamentos em cartões de crédito e débito em que foi comprovada a emissão da Nota Fiscal ou do Cupom Fiscal, segundo apuração realizada através das Reduções Z e das Notas Fiscais emitidas pelo contribuinte, e os relatórios, demonstrativos e planilhas da apuração da nova receita foram entregues ao contribuinte (fl. 12).

A seu ver descabe o argumento do autuado, pois não foram anexados à defesa documentos que sustentem os fatos citados para que possam ser analisados.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

Dada ciência da informação fiscal ao contribuinte, este se manifestou (fls. 79-80) dizendo que houve uma ordem de serviço direcionada da administração tributária da região sul pra que se fiscalizasse a empresa nos períodos de 2007 e 2008, e no dia 23.11.11 a empresa recebeu a visita do agente fiscal à procura de sua representante legal, que no momento não se encontrava no estabelecimento, sendo que de logo ele mandou assinar os documentos intimatórios pela funcionária Sônia Maria Santos Souza, que simplesmente engavetou a intimação e logo no outro dia saiu de férias sem comunicar o fato à representante legal da empresa. Decorridos 15 dias, o fiscal se dirigiu ao escritório de contabilidade da empresa solicitando verbalmente os mesmos documentos, porém dos exercícios de 2009 e 2010, à auxiliar de escritório da contabilidade da empresa, Fernanda Silva de Moraes. Reclama que isso implica confusão e cerceamento de defesa. Destaca entre aspas um comentário acerca da configuração do cerceamento de defesa, como causa de nulidade do ato, por violação do devido processo legal [não cita o autor]. Conclui dizendo que mantém as alegações já expostas na impugnação do lançamento.

O fiscal, ao ter vista dos autos, pronunciou-se (fl. 84) dizendo que as alegações utilizadas pelo autuado seriam as mesmas que foram empregadas na defesa, sem acrescentar nenhum fato que não tenha sido considerado na informação fiscal, e por isso reitera a proposição no sentido de que o Auto de Infração seja julgado procedente.

## VOTO

Os lançamentos em discussão nestes autos são vinculados entre si, pois os valores lançados têm origem em operações informadas por instituições financeiras e administradoras de cartões, tendo reflexos tanto no recolhimento a menos de que cuida o item 1º quanto na presunção de saídas de que cuida o item 2º.

O autuado suscitou em preliminar a nulidade dos lançamentos por cerceamento de defesa, com fundamento nos arts. 18, II, e 39, X, do RPAF, alegando vícios formais e impedimento de exibição de elementos por ocasião da fiscalização.

O problema grave neste caso é o que veio aos autos após a defesa. O fiscal na informação relata fatos que não constam no Auto e que portanto não foram objeto da defesa. Informa o autuante que o estabelecimento em questão, na condição de matriz, utilizou uma máquina da Redecard-Mastercard de uma filial. Diz que comunicou isso à empresária e no encerramento da fiscalização intimou a empresa a regularizar a situação.

Coisas dessa ordem não se corrigem assim. A máquina deveria ter sido apreendida, ou seja, deveria ter sido emitido Termo de Apreensão, não para “prender” a máquina, mas para documentar o fato, para efeitos de constituição de prova. Porém essa falha procedimental torna-se irrelevante porque o autuado, ao ter ciência do teor da informação fiscal, não negou o fato.

A questão substancial está é na formalização do lançamento, pois o autuante informou que no cômputo da “nova receita” levantada ele fundiu os valores das operações realizadas através de cartões de crédito e débito da matriz e da filial informadas pelas administradoras de cartão, conforme planilhas à fl. 12.

E de fato no CD anexado aos autos pelo autuante constam as informações TEF da matriz e da filial.

Ora, os estabelecimentos são autônomos. As administradoras de cartões informam, separadamente, as operações realizadas pelos diversos estabelecimentos das empresas. Se a filial do autuado estivesse baixada e a matriz ficasse utilizando a máquina da Redecard-Mastercard da filial, seria correto atribuir à matriz as operações registradas na máquina vinculada à filial. Porém, à época dos fatos em discussão nestes autos a filial não estava com sua inscrição baixada. Segundo informação prestada pelo próprio fiscal autuante, a baixa da inscrição da filial somente foi efetuada pela SEFAZ em 26.1.11. Portanto, na época das operações os valores informados pela administradora de cartões relativos à referida máquina da Redecard-Mastercard em nome da filial deveriam ser cotejados com os valores declarados pela filial, e não com os valores da matriz. Não custa repetir que os estabelecimentos são autônomos.

Não há como sanar o vício assinalado, por não ser admissível a mudança do fulcro da autuação no curso do processo, haja vista a forma como o fato foi descrito no Auto.

Por conseguinte, o lançamento ressente-se de falta de certeza e liquidez, implicando sua nulidade. A repartição verificará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes no início de nova ação fiscal, sanar alguma pendência porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **210443.0001/11-8**, lavrado contra **ELIANA FERREIRA DOS SANTOS DE ILHÉUS**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA