

PROCESSO - A. I. Nº 206908.0000/11-6
RECORRENTE - MARIA LUCINEIDE MOTA CARNEIRO
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0152-01/12
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 04/09/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0243-12/13

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Infração subsistente, porém, na situação em análise, não há prova nos autos de que foram entregues ao contribuinte os Relatórios Diários por Operações TEF, ocasionando cerceio ao direito de defesa. Ademais, o ICMS foi calculado com base na legislação que regia o SimBahia, regime de tributação já extinto anteriormente aos fatos geradores deste Auto de Infração. Alterada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão exarada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração epígrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$8.906,77, acrescido das multas de 70% e 100%, por 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 instituição financeira e administradoras de cartão de crédito/débito, no período de janeiro a dezembro de 2009 e janeiro a dezembro de 2010, conforme planilhas juntadas às fls. 4 e 5 dos autos.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com a seguinte fundamentação, “*verbis*”:

Cabe salientar, de início, que embora o impugnante não tenha abordado explicitamente, registrou de forma difusa em sua defesa, que teve seu direito de ampla defesa e do contraditório ofendidos, possivelmente, já que não esclarece as circunstâncias, por não ter a lavratura do Auto de Infração observado todos os requisitos legais e necessários para a sua fiel execução, inclusive, por não ter sido a ele fornecidas cópias de suas peças.

Não deve prosperar a pretensão do sujeito passivo de inquinar de nulidade o lançamento de ofício, ora em lide, haja vista, que ingressou com impugnação dentro do prazo regulamentar, fls. 43 a 47, mediante intimação para ciência do Auto de Infração assinada por seu preposto, fl. 41, na qual resta discriminada a recepção de todas as peças que compõem os autos, inclusive, parte delas através de arquivos em meio magnético. Assim, resta evidenciado que não lhe fora sonogada qualquer informação acerca da origem dos elementos que gerou a apuração da exigência fiscal objeto do Auto de Infração. Desse modo, não vislumbro, concretamente, a existência de óbice algum que pudesse ter dificultado ou mitigado a compreensão da acusação fiscal, e muito menos coibido o exercício de ampla defesa. Tanto é assim, que o autuado desenvolveu sua peça impugnatória

abordando a matéria com total desenvoltura, denotando ter pleno conhecimento da irregularidade que lhe fora imputa.

Em suma, resta evidenciado que o Auto de Infração, além de indicar os dispositivos infringidos e da multa indicada relativamente à irregularidade apurada, está revestido das formalidades legais, e não se configuram quaisquer das hipóteses elencadas na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, que pudesse macular de nulidade o presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, por omissão de saída de mercadoria tributável 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 período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, conforme demonstrativos às fls. 04 e 05.

Em sua defesa, o autuado argumenta que lhe fora solicitado pelo autuante a apresentação das notas fiscais de saídas, e que só apresentara o talonário contendo as notas fiscais de n°s 2001 a 2050, tendo em vista que as demais se encontravam com seu contador. Por isso, aduziu que o levantamento fiscal foi parcial, não contemplando todas as vendas do estabelecimento, já que o autuante não considerou todos seus documentos fiscais.

Constato que se equivoca o autuado ao afirmar que não foram consideradas todas as saídas no levantamento fiscal, tendo em vista que as vendas apuradas foram colhidas nos registros de suas vendas escriturados no LRS, fornecido por seu contador, Sr. Pedro Oliveira Araujo, fl. 23, cujas cópias foram colacionadas às fls. 09 a 37, e a utilização do LRS encontra-se consignada no Auto de Infração, fl. 01, no campo “Descrição dos Fatos”. Portanto, todas essas fontes de pleno conhecimento do autuado. Assim, não há que se falar que o levantamento não abrangeu todas as vendas do período fiscalizado.

Também não tem fundamento a alegação defensiva de que a infração indicada no Auto de Infração não merece prosperar, por não fazer menção à Lei Tributária, e que o fato gerador do imposto deveria ser um dos indicados nos incisos de I a XII do art. 12 da Lei Complementar 87/96. Primeiro, porque, apesar do enquadramento legal indicar os dispositivos infringidos, capitulados no Regulamento do ICMS – RICMS/BA, esse procedimento está amparado pelo que determina expressamente o art. 19 do RPAF/BA que “A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, ...”. Segundo, a infração cometida está prevista no inciso VII do §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, a declaração de vendas feita pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Portanto, trata-se de exigência de imposto por presunção em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, acusação da qual o autuado se defendeu do lançamento atendendo à intimação à fl. 41, na qual, consta que lhe fora entregue cópia do Auto de Infração e de todos os demonstrativos, inclusive os citados TEF-Diários por operações, relativos a cada administradora de cartão. Desse modo, para que fosse elidida a presunção, o autuado deveria ter feito o cotejamento de cada operação que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com os valores correspondentes às vendas constantes nas notas fiscais emitidas e escrituradas no LRS, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente foram lançados em sua escrita fiscal, haja vista que nos citados TEF’s diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito e fornecida, por cada instituição ou administradora de cartão, separadamente.

Ante o acima exposto, por restar perfeitamente consubstanciada nos autos, a omissão de saídas de mercadorias tributáveis no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010 e não elididas pelo autuado, acato os valores apurados pelo autuante, uma vez que o procedimento atendeu às normas que o regulamentam.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com o julgado de primeira instância, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário alegando, inicialmente, que recebeu de surpresa a visita do preposto fiscal e, em razão de não lhe ter sido concedido prazo, somente apresentou à fiscalização um talonário de notas fiscais e o livro Registro de Saídas.

Suscita a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que não houve a obediência aos princípios da legalidade, oficialidade e à ampla defesa, inclusive, porque não foi intimado a se manifestar sobre a informação fiscal.

Argumenta que as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e débito não têm o poder de comprovar a realização de vendas de mercadorias e, segundo o que determina a Constituição Federal, tem direito ao crédito do imposto destacado nas notas fiscais, que não lhe

foi concedido pelo autuante, atribuindo apenas um crédito presumido de 8% sem amparo legal, visto que o regime do SimBahia deixou de ter eficácia jurídica em 01/07/07, quando entrou em vigor o Simples Nacional. Por fim, pede a improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O ICMS foi lançado por presunção legal, consoante a previsão do § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, porque as saídas de mercadorias com pagamento por meio de cartão de crédito ou de débito, declaradas pelo contribuinte no período objeto desta autuação, teriam sido inferiores ao montante informado pelas administradoras de tais cartões, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010.

Ocorre que, para que o autuado pudesse exercer plenamente seu direito de defesa, seria necessário que o Fisco lhe entregasse, no ato de ciência do lançamento de ofício, os Relatórios Diários por Operações TEF, permitindo-lhe a verificação, operação por operação, da veracidade das informações fornecidas à Secretaria da Fazenda pelas administradoras de cartão de crédito e débito, consoante inúmeras decisões proferidas por este Conselho de Fazenda.

Na situação em análise, embora os citados Relatórios Diários por Operações TEF tenham sido anexados aos autos em *compact disk* (fl. 8), não há nenhuma prova de que o contribuinte os tenha recebido, ainda que em meio magnético, demonstrando um claro cerceamento ao direito ao contraditório que não pode ser saneado nesta fase processual, sob pena de supressão de instância.

Além desse vício processual, observo a ocorrência de outra falha ainda mais grave: a apuração do ICMS foi feita com base nas regras da Lei do SimBahia, que previa, para a hipótese de cometimento de infração de natureza grave, que o imposto seria “*exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos*”, devendo ser “*utilizado o crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto*”, de acordo com o artigo 15, incisos I e V, c/c o artigo 19, e seu § 1º, da Lei nº 7.357/98 (Lei do SimBahia), como a seguir reproduzido:

Art. 15. *Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa:*

I - *que efetuar operações ou prestações cujo somatório exceda os limites estabelecidos no art. 2º desta Lei;*

(...)

V - *que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.*

(...)

Art. 19. *Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos.*

§ 1º *Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.*

Ademais, o enquadramento do ilícito apontado e a penalidade (70%) tiveram como fundamento a Lei nº 7.014/96 (Lei do ICMS), porém, no período objeto desta autuação (janeiro de 2009 a dezembro de 2010), o SimBahia já havia sido extinto (30/06/07) e o recorrente encontrava-se enquadrado no Simples Nacional, regime de tributação que envolve uma “cesta de tributos” (IR, ICMS, IPI, ISS, PIS, COFINS, CSSL e Contribuição Patronal/INSS).

Em consequência da extinção do SimBahia, logicamente o imposto não mais poderia ser calculado nos moldes da legislação que regia aquele regime de tributação e sim, de acordo com as normas legais aplicáveis ao Simples Nacional – o artigo 34 da Lei Complementar nº 123/06 e o artigo 82 da Resolução CGSN nº 94/2011, abaixo transcrito:

Art. 82. *Aplicam-se à ME e à EPP optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 34)*

Observe, por oportuno, que, como o segundo vício motivador da nulidade deste lançamento de ofício possui a natureza de **vício material**, pode o Fisco, nos termos do inciso I do artigo 173 do Código Tributário Nacional, proceder a uma nova ação fiscal, o que, neste momento, recomenda-se, mas observado o prazo decadencial de cinco anos “*a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado*”.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, julgando NULO o presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar NULO o Auto de Infração nº 206908.0000/11-6, lavrado contra **MARIA LUCINEIDE MOTA CARNEIRO**. Recomenda-se para que seja feita nova ação fiscal, observado o prazo decadencial previsto no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de agosto de 2013.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS