

A. I. N° - 094858.0005/12-9
AUTUADO - AMBIENTE MÓVEIS LTDA.
AUTUANTE - MIGUEL MOREIRA DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 17.12.2014

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0236-05/14

EMENTA: ICMS. 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 sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Reduzido o valor exigido, com notas fiscais colhidas pelo autuante, relacionadas às operações constantes no relatório TEF. Rejeitada a preliminar de nulidade e decadência. Infração caracterizada parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 10/09/2012, exige ICMS no valor de R\$41.656,38, acrescido da multa de 70%, imputando ao autuado a seguinte infração: “Deixou de recolher, no(s) prazo(s) regulamentar(es), ICMS referente às operações não escrituradas nos livros Fiscais próprios”. Iii

O autuado apresenta impugnação, às fls. 42 a 45, requerendo que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa que ora se instaura tudo conforme poderes especificados no instrumento de procuraçao e considerando que o estabelecimento autuado não mais exerce atividades.

Suscita a nulidade da autuação por insegurança na determinação da infração e apuração dos valores, bem como por cerceamento do direito de defesa, na medida em que o roteiro de auditoria utilizado não encontra amparo no disposto no art. 4º, §4º, da Lei 7.014/96, visto que o demonstrativo sintético de fls. 06 demonstra que não teve lugar o método comparativo previsto na citada lei.

Entende que para o roteiro utilizado no AI se justifique, torna-se imprescindível a obtenção dos valores das operações declaradas pelo Contribuinte, para fins de confronto com aqueles fornecidos, no caso em lide, regularmente pelas administradoras de cartões. Se a Fiscalização não obteve do Contribuinte os valores das vendas por ele declarados, não deve ser utilizado o meio comparativo previsto em lei, pois, por óbvio, não se tem o que comparar com as supostas informações das administradoras. Nesse caso, a dedução lógica e legal é de que outro roteiro de auditoria deveria ser utilizado, até mesmo o arbitramento da base de cálculo.

Apresenta questão que entende idêntica que o CONSEF assim decidiu:

2^a Câmara de Julgamento Fiscal

Acórdão CJF nº 0420-12/11

EMENTA: *ICMS. NULIDADE DE PROCEDIMENTO. FALTA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DE DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFOFRMADOS 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. Infração nula. Mantida a decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.*

Suscita, ainda, a decadência dos fatos geradores supostos, presumidos, que teriam ocorrido até o dia 09/10/2007, eis que a data da intimação da Autuada foi 09/10/2012, decorridos mais de 5 anos das ocorrências presumidas. No caso concreto, evitando desnecessário alongamento da discussão sobre a decadência, enxergando a aplicação analógica, inclusive para fins de análise da legislação Estadual, deve o CONSEF atentar para a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 08.

Afirma que Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por seu turno, proferiu decisão acolhendo a tese acima esposada, tendo tal decisão sido "homologada" pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, tudo consoante cópia do acórdão anexo.

No mérito, devido ao cunho de ilegalidade do método apuração utilizado, a Autuada se encontra impedida de exercer o direito de defesa de forma ampla.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão para alcançar a verdade material, pede pela NULIDADE ou, dependendo do resultado da revisão, pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O autuante, às fls. 66 e 67 dos autos, apresenta informação fiscal aduzindo que intimou a empresa e seus sócios por AR, já que o cadastro da SEFAZ a situação é de inaptidão. Porem, apenas um sócio foi notificado, conforme documento da página 21. Alude que, não sendo atendido para apresentar os documentos constes da intimação foi então publicado edital de intimação no DOE, conforme publicação em 25/07/2012, doc. Fl. 22, sendo que, mais uma vez, a fiscalização não foi atendida.

Afirma que fez o auto de infração e o autuado foi intimado para pagamento ou apresentar defesa. Consigna que após ter ciência da defesa apresentada, intimou o contribuinte a fl. 68, desta feita, na pessoa do seu representante legal, conforme esclarecido no item 02 da defesa e, mais uma vez, não lhe foi apresentado os documentos fiscais solicitados.

Alude que na época de autuação fez uso das notas fiscais de saídas para confrontar com os valores apresentados pelas operadoras nas vendas com cartões de créditos, porque nenhum documento foi apresentado. Afirma esperar que o contribuinte fosse juntar estas notas fiscais no momento da sua defesa, como o fez, quando da defesa do auto de Infração número 299167.1072/08-02, lavrado em 07/10/2008 pela Auditora Fiscal Maria de Fátima F. Silva. Para igual período, onde foram apresentadas todas as notas fiscais de saídas.

Aduz que naquela ocasião a autuante incluiu dois estabelecimentos num único auto de Infração, razão pela qual, dito AI, foi julgado Nulo. Afirma que, nesta contestação, esta juntando, na ordem crescente de datas e numeração, Xerox de todas as notas fiscais e reduções em Z, anexadas naquela Auto de Infração, conforme documentos de fl. 87 a 101.

Complementa que, com base nestas notas fiscais foi feito o batimento para que fossem localizadas quais destas notas fiscais coincidem em data e valor com os correspondentes boletos de vendas encaminhados PLD operadoras de cartões de crédito/débito nos relatórios TEF para o

sistema da SEFAZ Bahia, conforme documentos de folhas 69 a 83. Alude que do resultado do batimento foram elaboradas novas planilhas de apuração mensal e de notas fiscais doc. Fl. 84 a 86 dos autos, onde apenas as notas fiscais que tiveram correspondência em datas e valores com os boletos de vendas foram consideradas. Alude que, com base nesta nova planilha ficou apurado que o débito passa a ser de R\$41.237,08.

Assim, mantém o AI no valor do novo demonstrativo à fl. 84.

O sujeito passivo, às fls. 108 a 111 dos autos, volta a se manifestar aduzindo que renova todos os termos de sua defesa, inclusive o requerimento de que, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa. Observa que tal representação se restringe ao presente processo, não sendo os advogados representantes da empresa em atos extraprocessuais, tais como exibição de documentos, o que invalida a alegada "intimação de fls. 68". Os advogados não possuem a guarda de documentos, devendo tais documentos serem solicitados direta e exclusivamente ao Contribuinte.

O autuante, à fl. 115 dos autos apresenta nova informação fiscal aduzindo que reitera na integra da contestação da folha 66 a 101 com os devidos ajustes no valor do débito após ter acesso às notas fiscais de saídas de mercadorias, ao tempo em que protesto quanto à alegação de que a intimação de fls 68 não é válida haja vista que o representante legal da autuada declara na defesa fls 43 item 02, que o contribuinte não mais exerce atividades e por isso todas as intimações referentes ao feito sejam encaminhadas para o referidos representantes sob pena de nulidade. Então no momento em que se ver acuado nega uma afirmativa anterior.

Entende que todos os meios de notificação foram regularmente exercidos para que o contribuinte apresentasse a documentação e não o fez embora soubesse que a fiscalização tinha como resgatar as notas fiscais que foram apresentadas pelos advogados na defesa do auto de infração lavrado pela auditora Fátima.

Quanto ao mérito, aduz que a discussão da decadência o CONSEF é composto de Excelentes interpretes da legislação e que sabem melhor do que eu lidar com estas normas legais.

Por fim, discorda da alegação de cerceamento de defesa, destacando que, para todas as ocasiões em que faltam argumentos e provas para desfazer um trabalho revestido de todas as formalidades legais, seguindo rigorosamente as normas internas da SEFAZ, não cabendo a alheios as atividades da SEFAZ dizer o que devem fazer as autoridades fazendárias em matéria de roteiros de fiscalização.

Assim, mantém o método e todos os valores apurados na forma das fls 66 a 101, por estar revestidas de todas as exigências legais e em conformidade com os princípios de auditoria adotados pela SEFAZ, face as suas normas internas.

A 5ª JJF, na assentada do julgamento, resolveu encaminhar o PAF, à INFRAZ de origem, para que fosse cientificado, mais uma vez, o autuado da informação fiscal e demais documentos por ela gerados, acima aludidos, além de reaberto o prazo de 30 (trinta dias) para que possa se manifestar nos autos, se assim entender necessário, uma vez que as notas fiscais anexadas, bem como novas planilhas de cálculos, resultaram na redução do valor exigido.

O autuado, às fls. 129 dos autos, após a aludida ciência, volta a se manifestar reiterando todos os termos da defesa, aduzindo que a decadência suscitada deve alcançar todos os valores cobrados, posto que somente em 2013 o AI restou pronto e acabado, a fim de possibilitar o regular exercício do direito de defesa, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão para alcançar a verdade material, pede pelo reconhecimento da decadência, pela nulidade ou improcedência do auto de infração.

VOTO

O presente Auto de Infração contempla a exigência de ICMS em virtude da constatação de omissão de saída de mercadorias tributadas, 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.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, respaldado na legislação fiscal, ou seja, no art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, alterado pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, que assim dispõe:

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 (grifo não original).

O autuante intimou a empresa e seus sócios por AR, já que o cadastro da SEFAZ a situação é de inapta. Porém, apenas um sócio foi notificado, conforme documento à fl. 21. Não sendo atendido para apresentar os documentos constes da intimação foi então publicado edital de intimação no DOE, conforme publicação em 25/07/2012, doc. Fl. 22, sendo que, mais uma vez, a fiscalização não foi atendida.

Ressalto, ainda, que o autuado recebeu cópias das planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito, elaboradas pelo autuante, bem como dos Relatórios de Informações TEF diárias (fls. 38 e 39 (AR, de 11.10.2012) cabendo observar que a procura constante à fl. 46, concede poderes para receber as intimações e notificações, o que além de não invalidar a alegada "intimação de fls. 68", não existindo nenhum óbice em observar o pedido para que as intimações sejam encaminhadas para o endereço do advogado cadastrado nos autos. Ressalto, no entanto, que o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional - CTN, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

Foi constatado pela fiscalização pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, o ônus da prova passa a ser do autuado que deveria comprovar a improcedência da presunção fiscal, indicando, inclusive as notas ou cupons fiscais que coincide em valor e da com as operações individualizadas constantes no relatório TEF, entregue ao autuado, não cabendo a alegação de que não houve comparação das notas fiscais com o relatório TEF, pois o autuado foi intimado, conforme conta à fl. 22, Edital de Intimação 021/2012, e não apresentou as mesmas antes da autuação, não cabendo, portanto, aproveitamento da decisão da Câmara n. 0420-12/11, à fl. 44, pois, ainda que tivesse a Redução Z, contendo as vendas através de Cartão, caberia ao autuado trazê-los aos autos, como prova necessária para elidir ou reduzir a exigência.

Após a apresentação da defesa, na informação fiscal, o autuante utilizou as notas fiscais obtidas quando o autuado anexou em outro AI n. 299161072/08-02, conforme já relatado na informação fiscal, e com base nesses documentos fiscais, ajustou os valores exigidos para R\$41.237,08, conforme demonstrativo à fl. 84, ou seja, com base nos documentos às fls. 80 a 101 dos autos,

deduziu os documentos fiscais que tinham relação com data e valor com as operações TEF. Foi dada ciência ao autuado, às fls. 105 e 106, com cópia às fl. 66 a 101 dos autos.

Cabe destaque ao fato de que essa 5^a JJF, diante das arguições defensivas, na assentada do julgamento, resolveu encaminhar o PAF à INFRAZ de origem, para que fosse cientificado, mais uma vez, o autuado da informação fiscal e demais documentos por ela gerados, acima aludidos, além de reaberto o prazo de 30 (trinta dias) para que possa se manifestar nos autos, se assim entender necessário, uma vez que as notas fiscais anexadas, bem como novas planilhas de cálculos, resultaram na redução do valor exigido.

Como visto, não há entre os argumentos trazidos pelo impugnante qualquer ilegalidade em relação a presente exigência tributária, muito menos relacionada ao método de apuração do imposto devido, que tem sua previsão legal no art. 4º. §4º da Lei 7014/96, ou mesmo elementos que inquinem em nulidade o Auto de Infração.

Quanto à alegação de decadência, relativa aos fatos geradores ocorridos ate o dia 09/10/2007, visto que a intimação do autuado foi em 09/10/2012, verifico que essa questão é deveras remansosa nesse Contencioso Administrativo, alvo de inúmeros acórdãos, em que reiteradamente é majoritariamente decidida sob o mesmo enfoque hermenêutico a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05, 0102/12-05, 0004-11/06 e 0009-12/08.

O Código Tributário Nacional permitiu que, através de lei, o ente federativo respectivo possa estipular uma outra contagem de prazo para aplicação dos efeitos decadenciais, conforme alinhado no §4º do art. 150.

A legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento e, por isso, não é acatada a alegação referente à determinação do art. 150, § 4º, do CTN, que prevê: “se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador”.

O disposto no art. 107-A, I do COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, que em sua essência transcreve o art. 173, I do CTN, estabelece como prazo de decadência 5 anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Assim, os fatos geradores ocorridos no exercício de 2007 só seriam atingidos pela decadência a partir de primeiro de janeiro de 2013 e as medidas preparatórias para o lançamento, bem como a ciência do Auto de Infração ocorreram ainda no exercício de 2012, não havendo, portanto, a perda do direito da fazenda pública de exigir o crédito tributário, relativo aos fatos geradores do exercício de 2007.

Cabe ainda lembrar que, no que tange a nulidade do lançamento anterior, que foi em razão de vício formal, cabe aplicação do art. 173, II do CTN, conforme segue:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

...

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Portanto, entendo que resta caracterizada parcialmente a infração, pois conforme a transcrição acima do art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, a infração em comento foi constatada através do exame das declarações de vendas do contribuinte, pelo fato de se apresentarem em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, contudo os valores foram reduzidos com a inclusão de novos documentos fiscais relativas às operações do Relatório TEF.

É importante destacar, ainda, que as decisões judiciais e administrativas de outros órgãos, colacionadas pelo contribuinte e pelos autuantes, na peça de defesa, não podem servir de amparo para alterar o entendimento aqui externado no presente voto, cabendo identidade e ratificação,

naquilo que coincide, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente através de decisão judicial, no caso concreto em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “*erga omnes*”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada no presente voto, assim como não cabe competência a esse Contencioso Administrativo para decretar a constitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RPAF/BA.

Como o impugnante não elidiu integralmente a presunção em comento e tendo em vista, ainda, o que dispõe o art. 142, do RPAF/99 (a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária), cabe a manutenção parcial da exigência, com a redução de seu valor para R\$41.237,08, conforme demonstrativo à fl. 84.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **094858.0005/12-9**, lavrado contra **AMBIENTE MÓVEIS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$41.237,08**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de dezembro de 2014

ÂNGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO - PRESIDENTE/RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR