

PROCESSO - A. I. Nº 298921.0011/16-5
RECORRENTE - OMEGA BAHIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E VESTUÁRIOS EIRELI - ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0065-05/17
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/07/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0120-11/18

EMENTA: ICMS. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE COMPROVAÇÃO DE RECEBIMENTO PELO SUJEITO PASSIVO DE DOCUMENTO CONSTANTE DA AUTUAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. O Decisório de Primeiro Grau é nulo por cerceamento do direito de defesa. Necessidade de nova Decisão. Retornar-se os autos à primeira instância para novo julgamento. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário formalizado contra a Decisão da 5ª JF, a qual, mediante Acórdão nº 0065-05/17, considerou Procedente a Ação Fiscal, exigindo crédito tributário no valor de R\$46.557,77, em decorrência da imputação de duas infrações a seguir descritas:

INFRAÇÃO 01 - 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 pela instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a março de 2016. Multa de 100% - Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$22.034,76;

INFRAÇÃO 02 - Deixar de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a abril de 2016. Multa de 60% - Art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96 - Valor Histórico: R\$24.523,01.

O autuado, às fls. 16 a 22, apresentou impugnação, através de advogado habilitado nos autos e o autuante, de sua parte, prestou a informação fiscal (fls. 38 a 40), para, em seguida, a Junta de Julgamento Fiscal julgar pela Procedência do Auto de Infração, com decisão de teor adiante reproduzido:

“O presente lançamento de ofício contempla 02 infrações por descumprimento de obrigação principal do ICMS.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal, que estão claramente indicadas nos campos, descrição dos fatos e infrações 01 e 02, são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual.

Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Cabe ainda destacar que o próprio autuado reconhece que consta dos autos a indicação da Legislação Tributária do Estado, bem como dispositivos da Lei 7.014/96, argui, contudo que deveria constar dispositivos do COTEB, o que efetivamente não procede, pois a Lei 7.014/96 e o RICMS são suficientes para oferecer a fundamentação legal ao lançamento.

Cabe, ainda, alinhar que a infração 01 se trata, pois, de presunção de natureza legal e que possui o caráter de relativa, aceitando a prova que a contradite presunção legal prevista no VII do §4º da Lei 7.014/96.

O autuante, estribado na possibilidade legal, impõe ao sujeito passivo a cobrança de ICMS decorrente da realização de operações de saídas de mercadorias tributáveis, ao que o autuado se contrapõe.

E, ao assim fazê-lo, poderia ter trazido ao processo os elementos probantes necessários para a desconstituição da acusação fiscal, inclusive, quando da realização das diligências ocorridas no curso da instrução processual.

Não o fez, porém. Apenas nega o cometimento das infrações, sem qualquer elemento contundente, além da simples negativa.

Por tal razão, a presunção deixa de sê-lo, passando a ser fato passível de cobrança pela Fazenda Pública, como de fato o foi.

Com fulcro no art. 147, inciso I, “a” e inciso II “a” e “b” do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência e perícia, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas a serem produzidas. Além do mais o sujeito passivo não traz aos autos qualquer elemento concreto que enseje dúvidas para tal providência.

Cabe destacar também quanto ao pedido de diligência e perícia, de que o nosso ordenamento jurídico elegeu como pilar o princípio do livre convencimento do julgador, cabendo a este o exame da necessidade da produção de prova técnica, prova do juízo, não havendo que se falar em cerceamento do direito de defesa. Nesse sentido aduz que o STJ confirmou recentemente (Resp. 865.803) que o sistema brasileiro de avaliação das provas pelo julgador é o do livre convencimento.

Quanto à alegação de insubsistência da infração 1 devido a equívoco na base de cálculo, tendo ausência de omissão de saída de mercadoria tributada através das máquinas de cartão utilizadas excepcionalmente pelas demais filiais da empresa, sendo que o cupom fiscal devidamente emitido na filial em que a máquina foi utilizada, cabe alinhar que cada filial possui inscrição estadual, CNPJ, domicílio tributário, distintos, há uma autonomia dos estabelecimentos para efeito tributário, cuja fiscalização é feita por estabelecimento e não pelo conjunto dos estabelecimentos, a não ser quando a contabilidade seja formalmente autorizada a ser feita englobando todos os estabelecimentos, o que não é o caso.

Os estabelecimentos, com suas inscrições estaduais, respondem autônoma e individualmente pela apuração e recolhimento do ICMS, relativo às suas operações.

A utilização de uma máquina de cartão de crédito de uma filial por outra, não é legalmente permitido, na medida em que cada máquina está atrelada a determinada inscrição Estadual, ou seja, está vinculada a um determinado estabelecimento.

Para os casos em que haja uma eventual troca de máquinas, necessário se fazer uma detalhada e rigorosa demonstração, o que efetivamente não ocorreu nos autos.

Assim, a infração 01 é procedente.

Quanto à arguição de que a penalidade, relativa à infração 02, a ser aplicada deve ser aquela disposta no art. 42, I, da Lei nº 7.014/96, que prevê multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, “na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto tiver sido informado em declaração”, verifico, de pronto, que não cabe tal tese, na medida em que, no presente caso, o valor do imposto não foi informado em declaração, foi apurado através dos levantamentos com base nas informações prestadas pelo sujeito passivo. Fica mantida, assim, a multa de 60%, conforme art. 42, inciso II, “f” da Lei 7.014/96.

Cabe a procedência da infração 02.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão de Primeira Instância, o sujeito passivo interpôs, em tempo hábil, Recurso Voluntário (fls. 61 a 65), inicialmente, efetuando um breve histórico da autuação.

Prosseguindo, aduziu a insubsistência da infração 1, sustentando a existência de equívoco na base de cálculo, sob a justificativa de que a omissão de saída de mercadoria tributada foi devido às máquinas de cartão serem utilizadas excepcionalmente pelas demais filiais da empresa, contudo, o cupom fiscal está devidamente emitido e registrado na filial em que a máquina foi utilizada.

Explicou que tal conclusão se chega a partir da comparação entre os dados fornecidos pela administradora de cartão, oriundos da maquineta utilizada pelo estabelecimento, e a respectiva escrituração fiscal, esclarecendo que, nos termos do contrato social, a pessoa jurídica OMEGA BAHIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E VESTUÁRIOS EIRELI ME possui 6 (seis) filiais, sendo do ramo de restaurante aquelas inscritas no CNPJ sob os nºs 06.355.095/0003-04 (Piazza di Piza); 06.355.095/0006-57 (La Lupa – Salvador Shopping); e 06.355.095/0008-19 (La Lupa – Barra).

Ressaltou que, apesar de cada filial possuir maquineta própria, excepcionalmente, quando ocorre defeito em alguma, é realizado um remanejamento das maquinetas, de modo a atender à demanda da filial.

Como consequência do citado remanejamento, por vezes, são lançadas compras na maquineta de determinada filial, embora tenham sido objeto de escrituração e emissão de cupom fiscal em filial diversa, sendo essa situação exatamente a que ensejou a lavratura do Auto de Infração sob análise. Destacou que, a partir da análise da escrituração de cada uma das 3 (três) filiais, confrontada com os dados informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, é possível se verificar a ausência de omissão de saída de mercadoria tributada, consoante demonstram a planilha e comprovantes de faturamento anexados aos autos.

Pontou que todos os valores recebidos por meio de cartão de crédito/débito são devidamente escriturados na filial onde a maquineta foi utilizada, e, assim, ainda que os dados fornecidos pela administradora de cartão indicassem vendas superiores àquela escriturada pela autuada, tais valores teriam sido objeto de escrituração e emissão de cupom fiscal na filial onde a maquineta foi efetivamente utilizada, o que pode ser facilmente confirmado a partir da análise da escrituração das demais filiais e seus respectivos dados de vendas por meio de cartão de crédito/débito.

Em seguida, aduziu que o agente fiscalizador, para a apuração da efetiva falta de emissão de documentos fiscais, deveria ter procedido à fiscalização de todos os estabelecimentos filiais da pessoa jurídica Ômega Bahia Comércio de Alimentos e Vestuários EIRELI – ME, em conjunto, e não só o do recorrente.

Concluiu que não haveria de se falar em falta de emissão de documentos fiscais pelo recorrente, caso contrário restaria configurada verdadeira bitributação, na medida em que estar-se-ia tributando receita já devidamente declarada, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, razão pela qual o Auto de Infração deveria ser julgado como improcedente.

Paralelamente, requereu a redução da multa aplicada à Infração 2, na medida em que aplicada, incorretamente, a multa prevista no inciso I, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, reproduzindo o texto legal do enquadramento da imputação (art. 42, II, “f”).

Frisou ter sido a infração imputada à autuada advindo do suposto fato de que *“deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios”*, desse modo, a penalidade a ser aplicada deve ser aquela disposta no art. 42, I, da Lei nº 7.014/96, que prevê multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto, *“na falta do seu recolhimento nos prazos regulamentares se o valor do imposto tiver sido informado em declaração”*.

Arguiu a necessidade de adequação do enquadramento da multa, no que se refere à Infração 02, reduzindo o percentual de 60% (sessenta por cento) do valor do imposto para 50% (cinquenta por cento), nos termos do art. 42, I, da Lei nº 7.014/96.

Por fim, postulou a realização de diligência na contabilidade do recorrente, onde se encontram arquivados todos os documentos fiscais emitidos no período da autuação pelas filiais do sujeito passivo, objetivando a comprovação da emissão da totalidade das notas fiscais constantes da autuação, disso resultando a improcedência da autuação com o consequente arquivamento do processo administrativo fiscal.

VOTO

Consoante minuciosamente relatado, o Recurso Voluntário se opõe à Decisão proveniente do Acórdão de nº 0065-05/17, que julgou Procedente o Auto de Infração epígrafado, imputando, ao autuado, o cometimento de duas infrações, sendo ambos objetos da presente irresignação.

De plano, cabe a análise do pleito defensivo, reiterado no Recurso, de realização de diligência na contabilidade do recorrente, visando a verificação de que todos os documentos fiscais emitidos no período fiscalizado se encontram nela arquivados e comprovam a emissão da totalidade das notas fiscais constantes da autuação.

Entretanto, tal postulação não pode prosperar, à luz do disposto no art. 147, I, “a” e “b” do RPAF/BA, na medida em que os elementos informativos contidos no feito se apresentam mais que suficientes para embasar o julgamento da lide.

Frise-se, ainda, que o pedido foi apreciado e rejeitado na Decisão recorrida e que inexistiram quaisquer documentos ou tese nova apresentados no Recurso, além de as provas e informações que poderiam instruir tal requerimento se encontrarem na posse do recorrente, devendo ser por ele juntadas à procedimentalidade, conforme estabelecido na norma legal invocada, *verbis*:

Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;*
- b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;*

Nesse quadro circunstancial, desmerece acolhimento o pedido de diligência.

Meritoriamente, a infração 1 diz respeito à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de vendas efetuadas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valores inferiores àqueles fornecidos pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, nos meses de janeiro a março de 2016, tendo o recorrente concentrado seu inconformismo recursal na reiterada argumentação de que há equívoco na base de cálculo, não havendo omissão de saída de mercadoria tributada através das máquinas de cartão, porquanto as maquinetas foram utilizadas excepcionalmente pelas demais filiais da empresa e que todas as operações foram regularmente tributadas, o que seria constatado se a fiscalização estendesse sua atuação a todos os estabelecimentos da empresa.

Na assentada do julgamento, esta CJF, ao debater sobre o tema, constatou que não se encontrava nos autos a comprovação do recebimento, pelo sujeito passivo, de documento essencial à legitimação da autuação.

Assim é que, inexistente, no âmbito da procedimentalidade, o recibo capaz de confirmar o recebimento pelo contribuinte do TEF, relatório fornecido pelas administradoras de cartões de crédito e débito que apontasse todas as operações autorizadas para utilização dos cartões, frise-se, elemento informativo que foi suporte para que a fiscalização apurasse as ditas irregularidades, trazendo, como consequência, o suprimento de informações para que o autuado exercesse os seus direitos constitucionalmente assegurados do contraditório e da ampla defesa.

Nesse contexto, válido invocar o teor do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo do Estado da Bahia, segundo o qual são nulos os atos praticados e as decisões proferidas, tanto se preterido o direito de defesa, quanto se não forem fundamentadas ou não apresentarem a devida clareza na condenação (incisos I e II).

Destarte, apesar de tal aspecto não ter sido sequer pontuado pelo autuado, torna-se necessário que esse Órgão julgador, de ofício, proceda à decretação da nulidade, por ser a consequência imposta por Lei às Decisões proferidas sem a necessária e indispensável fundamentação e/ou com preterição ao direito de defesa, repita-se, ambos (dever de fundamentação e amplitude de defesa) estatuídos na nossa Carta Magna.

Válido ressaltar, por fim, que, apesar desse posicionamento representar um aparente atraso na tramitação do processo administrativo fiscal, em face do retrocesso processual, tal entendimento pode, entretanto, significar economia futura para o Estado da Bahia, por evitar possíveis honorários sucumbenciais, os quais, provavelmente, ocorreriam em uma demanda no âmbito da Justiça Estadual.

Na sessão de julgamento, o nobre representante da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Junior,

manifestou-se pelo acolhimento da nulidade da Decisão recorrida, por falta de comprovação do recebimento, pelo sujeito passivo, do referido documento, devendo, por tal razão, os autos retornarem à Primeira Instância.

Concludentemente, o meu voto se consubstancia na linha de decretar, de ofício, a NULIDADE da Decisão farpeada e, em consequência, considerar PREJUDICADO o Recurso Voluntário, de tudo resultando o retorno dos autos à Primeira Instância para saneamento e novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **298921.0011/16-5**, lavrado contra **OMEGA BAHIA COMÉRCIO DE ALIMENTOS E VESTUÁRIOS EIRELI – ME**, devendo o processo retornar a instância de origem para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS