

PROCESSO - A. I. Nº 206926.3004/16-1
RECORRENTE - G N SUPERMERCADO LTDA. - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0179-03/17
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS (EXTREMO SUL)
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/01/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0362-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO NAS SAÍDAS DE MERCADORIAS. Arguição de nulidade não subsistente. Acusação fiscal não rechaçada pela defesa. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida deste item. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NOS LIVROS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Em busca da verdade material, sendo convertido em diligência que analisou todos os documentos e planilhas anexadas trazendo provas devidamente valoradas e chanceladas pelo fiscal. Infração parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida deste item. Recurso **PROVER EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em razão do acórdão proferido pela 3ª JF que julgou o Auto de Infração, objeto deste relatório, lavrado em 15/06/2016 para exigir ICMS no valor de R\$26.298,01, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01 – 03.02.02 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias. Ocorrida no período de jan a dez/2014. No valor de R\$4.827,51, com aplicação de multa no percentual de 60%.

Acrescenta o Autuante ter apurado lançamento do débito fiscal de ICMS a menor relativo a vendas realizadas através de cupons fiscais emitidos por ECF (débito de ICMS registrado em Cupons Fiscais em desacordo com determinações legais)

Infração 02 – 05.05.03 – Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. Apuradas no período de jan a dez/2014. No valor de R\$21.470,50, com aplicação de multa no percentual de 100%.

Omissão de saídas de mercadorias constatada a partir do confronto entre os valores constantes no Relatório Diário de Operações TEF e os valores pagos através de CARTÃO constantes nos Cupons Fiscais e Notas Fiscais emitidas pelo contribuinte. Presunção de omissão de operações tributadas sem o pagamento do ICMS, conforme determinação contida no Artigo 4º, §4º, inciso VI, alínea “b” da Lei n.º 7.014/96.

A 3ª JF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando Procedente, por unanimidade, o presente Auto de Infração.

VOTO

Compulsando os autos verifico que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e suas respectivas bases de cálculo, evidenciados de acordo com demonstrativos detalhados do débito e com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além dos dispositivos da legislação infringidos.

Verifiquei que está patente nos autos que no período fiscalizado, o Autuante elaborou o seu levantamento fiscal, com base nos dados fiscais da empresa autuada, previstos em Lei, o que resultou no lançamento do crédito tributário em questão.

Também não assiste razão à Impugnante quando aduz quanto à infração 02, a qual versa sobre presunção de omissão de saídas constatada a partir do confronto entre os valores constantes no Relatório Diário de

Operações TEF e os valores pagos através de CARTÃO, que houve quebra de sigilo fiscal para fins de proceder ao levantamento de débito e crédito a partir das informações obtidas dos relatórios fornecidos pelas operadoras de Cartão de crédito e débito.

Verifico, ao revés, que as informações relativas ao Relatório Diário de Operações TEF, tratam-se de dados disponibilizadas por empresas administradoras de cartão por força da legislação fiscal, portanto prescindem de autorização judicial, conforme previsão no Art. 35-A da Lei 7.014/96.

Destarte, em análise preliminar acerca da arguição de nulidade do presente auto de infração, afirmo não haver constatado a ocorrência de não observância de preceitos legais específicos quanto aos fatos geradores das infrações alegadas como infringidas, como também nada observei que possa ter impossibilitado a Impugnante de exercer o seu direito constitucional de ampla defesa.

Quanto ao mérito está patente na peça defensiva que a Impugnante nada apresentou de materialidade que possa macular o trabalho de levantamento fiscal.

De referência à infração 01 que trata de recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias, limitou-se a declarar que "(...) somente houve um equívoco de aplicação de alíquota diversa da prevista na nossa legislação tributária, mas tal fato há que se esclarecer que decorreu da quantidade de alterações feitas ao longo dos anos na referida legislação, onde a AUTUADA não agiu de má fé, com intuito claro de sonegar imposto (...)".

Desta forma, concluo que a defesa aquiesceu com a acusação fiscal a qual verifiquei que está devidamente estruturada nos autos e em consonância com a legislação, conforme planilha demonstrativa constante da mídia às fls. 16, denominada "PRODUTOS COM ALÍQUOTA A MENOR NAS SAÍDAS 2014". Onde constatei a discriminação de diversas saídas de mercadorias realizadas através de cupons fiscais em que foi detectado e demonstrado pelo Autuante a aplicação de alíquota inferior à permitida pela legislação do ICMS. Portanto voto pela procedência da infração 01.

Em relação à infração 02, a Impugnante nega a prática de tal infração, diz que emitiu todas as suas Notas Fiscais no ato da venda da Mercadoria e registrou estas operações em livros fiscais próprios, apresentou demonstrativo às fls. 35 a 40 onde relaciona as vendas do relatório TEF que foram objeto da apuração do débito realizado pelo Autuante e em paralelo as vendas realizadas por cartão declaradas no SPED/EFD, onde se pode verificar que estas últimas apresentam valor superior, caso adotado o valor total de suas vendas declaradas.

Todavia a planilha demonstrativa apresentada pelo Autuante é definitivamente mais detalhada e faz o cruzamento cupom a cupom com os valores declarados pelas empresas administradoras de cartão de crédito e débito, onde se podem identificar os valores individualizados de venda informada pelas administradoras de cartões com o seu respectivo cupom ou NFe, restando inequívoco a presença de diversos valores que não constam paralelos em emissão de documento fiscal.

Sendo assim, considerando que a Impugnante, de posse de todos os dados com a riqueza de detalhes da planilha demonstrativa constante da mídia às fls. 16, denominada pelo Autuante de "Presunção de omissão de operações tributadas sem o pagamento do ICMS, conforme determinação contida no Artigo 4.º, § 4.º, inciso VI, alínea "b", e inciso VII, da Lei nº 7.014/96" nada apresentou de concreto que justificasse as omissões dos valores nas respectivas emissões de documentos fiscais, demonstrados na referida planilha, pois para elidir a presunção legal em tela, deveria a Impugnante demonstrar minudentemente a emissão de cada cupom ou NFe em que os valores objeto da autuação estariam contemplados, comprovação esta que verifiquei não constar da defesa.

Portanto, a despeito de o Autuante concordar com a improcedência da infração 02, constato que o mesmo não apresentou motivação para este entendimento, deixando de apontar os acertos da impugnação e os erros que justificariam sua aquiescência com a defesa.

Contrariamente aos argumentos defensivos e o opinativo do Autuante, pude verificar que as planilhas elaboradas que embasam a acusação fiscal, demonstram de forma detalhada cada operação realizada através de cartão de débito ou crédito no período, correlacionada a seu respectivo documento fiscal, restando apenas como base da atuação aquelas operações demonstradas na planilha em referência, que não constam o seu respectivo documento fiscal como suporte.

Destarte, verificando que as alegações da defesa não elidem a acusação fiscal, posto que para isso deveria demonstrar que aqueles valores da planilha do Autuante que não encontram paralelo no relatório TEF, estariam de fato contemplado em emissão de documentos fiscais, o que não demonstrou, voto pela procedência da infração 02.

A recorrente interpôs Recurso Voluntário articulando as seguintes razões defensivas.

Afirma que a decisão de piso se equivocou ao entender em seu voto que não houve quebra de sigilo fiscal para fins de proceder ao levantamento de débito e crédito a partir das informações

obtidas dos relatórios fornecidos pelas operadoras de Cartão de crédito e débito e que, a despeito de o AUTUANTE concordar com a improcedência da infração 02, constatou que o mesmo não apresentou motivação para este entendimento, deixando de apontar os acertos da impugnação e os erros que justificariam sua aquiescência com a defesa.

Diz que jamais poderia apresentar demonstrativo objetivando provar algo que o próprio fiscal autuante concluiu ser improcedente.

Entende, data vênia, que caberia a suspensão do julgado, com a intimação do autuante para que esclarecesse seu opinativo, sob pena de nulidade do Processo Administrativo Fiscal e enriquecimento ilícito do estado.

Ressalta que é de observar que o relator, em seu voto, entende que não houve quebra de sigilo, no entanto, não se observou, no julgamento, o erro da Fazenda Estadual da Bahia, em desobedecer a Lei Complementar nº 105/2001, que dispõe que, a infração 02 é nula, ao não abrir um processo administrativo específico — com direito a defesa — para cruzar as informações das operadoras de cartão com as receitas declaradas pela empresa.

Conclui que não havendo DOLO por parte da Empresa RECORRENTE, principalmente na infração 01, deve ser decretada a nulidade do auto de infração, por utilização de elementos obtidos com quebra de sigilo constitucionalmente protegido, contrariando assim, disposições constitucionais e legais específicas para o presente caso.

Requer:

- a) o provimento do presente recurso, com a declaração de nulidade do presente auto de infração, com base no art. 18, incisos II do RPAF, por ter sido o mesmo praticado com preterição do direito de defesa da autuada, em flagrante violação dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal;
- b) no mérito, pela improcedência do referido auto, com declaração de sua insubsistência, por ser medida de justiça.

Importante ressaltar que o fiscal autuante assim se manifesta nos autos:

Fiscalizamos a sociedade empresária G N SUPERMERCADO LTDA – EPP I.E. 79.402.191, CNPJ 10.565.675/0001-31, localizada a RUA 2, 3 URBIS, Teixeira de Freitas. Seguimos todos os trâmites legais e formais que devem ser considerados numa fiscalização.

Infração 02 – 05.05.03 Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios.

O contribuinte quanto a infração 02, do presente auto de infração, foi notificado dos valores dessa infração e pedimos, que se justificasse. O que não fez até a lavratura do auto. Após verificarmos a documentação apensada em sua defesa, concluímos que não houve omissão. Assim, somos favoráveis a extinção da mesma.

Em sessão de julgamento esta 2ª CJF converteu o processo em diligência objetivando esclarecer os fatos acima relatados, devendo ser analisada as planilhas e demonstrativos do lançamento do débito, que estão impressas e no CD ROM fl. 16, bem como verificar as razões e provas defensivas, com intuito de manter ou extinguir a infração nº 02 do presente auto de infração.

O fiscal estranho ao feito trouxe ao PAF as seguintes conclusões:

Analisando o processo e as alegações defensivas concluímos:

- 1) O autuado alega que a omissão apurada no auto de infração decorre da falta de análise por parte do autuante das informações constantes na ECF DR0208BR000000165110 PVA 2 e ECF DR0208BR000000156478 PVA 5, gerando assim a diferença em questão;
- 2) O Autuante em sua informação fiscal, folha 1783, acatou a documentação apensada pela defesa, considerando sanada a infração 02;
- 3) Intimamos o autuado para apresentar em meio magnético as informações constantes no ECF PVA e ECF PVA 5, e que foram anexadas de forma impressa ao PAF às folhas 53 a 1780;
- 4) Fizemos o confronto entre as operações consideradas omissas na autuação, conforme “Demonstrativo Z”,

folhas 12 e 13 e existente no CD ROM folha 16, com os valores do ECF PVA 2 e ECF PVA 5 apresentado pelo autuado;

5) *Estamos anexando o novo demonstrativo das operações omissas.*

Este é o relatório.

VOTO

Analisando as preliminares de nulidade suscitadas pela Recorrente, observo que não assiste razão ao sujeito passivo em sua alegação de cerceamento ao direito da ampla defesa e não atendimento ao devido processo legal. Isto porque o PAF está devidamente revestido das formalidades legais, sendo anexado aos autos todos os demonstrativos e respectivos documentos que fundamentam cada item da autuação.

O demonstrativo elaborado pelo fiscal autuante identifica de forma bastante clara as infrações, tendo em vista que estão citados todos os documentos fiscais e demais elementos objeto do levantamento que geraram a exigência tributária em questão.

Ademais, quanto a preliminar de nulidade suscitada em relação à suposta quebra de sigilo bancário, sinalizo que não merece acolhimento, pois, como bem consignou a Junta de Julgamento Fiscal, o fornecimento de informações sobre as vendas efetuadas por meio de cartão de crédito é matéria regulada por Convênio do ICMS (Convênio ECF 01/01) e por Lei (art. 235-A, da Lei nº 7.014/96). Assim, não se pode falar em quebra indevida de sigilo bancário.

No mérito, a recorrente trouxe apenas alegações específicas quanto a infração 02. Referida infração visa a cobrança de ICMS por presunção de omissão de saídas de mercadorias, por ter sido apurada diferença entre os valores registrados na redução “Z” do ECF da autuada com operações efetivadas mediante pagamento com cartões de crédito e de débito e as informações fornecidas pelas instituições financeiras que administram referidos meios de pagamento.

A presunção acima mencionada encontra lastro legal no art. 4º, parágrafo 4º da Lei nº 7.014/96, que prevê, de forma expressa, que a existência de diferenças entre os valores informados pelas administradoras e os registros do ECF do contribuinte permite a cobrança do tributo por presunção, cabendo ao contribuinte a prova de que não houve falta de recolhimento do ICMS.

Ocorre que, no curso do processo fiscal a autuada acostou aos autos inúmeros documentos de prova objetivando a improcedência da infração e, naquela oportunidade, o fiscal autuante de forma sucinta e genérica afirmou em sua Informação Fiscal que após análise da referida documentação concluiu que pela improcedência da infração 02.

A decisão de piso desprezou as conclusões do autuante e acabou por concluir pela procedência da infração, em que pese ter o próprio fiscal sinalizado pela pertinência das razões defensivas do contribuinte recorrente.

Neste ponto, em busca da verdade material, o PAF foi convertido em diligência e naquela oportunidade o fiscal estranho ao feito analisou todos os documentos e planilhas anexadas aos autos e concluiu pela procedência parcial da infração 02, conforme demonstrativo abaixo.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO – APÓS DILIGÊNCIA

Data Ocorr	Data Vencto	Valor Histórico
31/01/2014	09/02/2014	20,42
28/02/2014	09/03/2014	24,14
31/03/2014	09/04/2014	116,53
30/04/2014	09/05/2014	541,49
31/05/2014	09/06/2014	219,86
30/06/2014	09/07/2014	158,70
31/07/2014	09/08/2014	316,43
31/08/2014	09/09/2014	193,89
30/09/2014	09/10/2014	272,51

31/10/2014	09/11/2014	1.508,48
30/11/2014	09/12/2014	547,57
31/12/2014	09/01/2015	1.220,72
Total		5.140,74

Pelo exposto, considerando que o processo administrativo deve se pautar pela busca da verdade material, considerando que a recorrente trouxe provas devidamente valoradas e chanceladas pelo fiscal estranho ao feito, não vejo outra alternativa senão decidir pela procedência parcial da infração 02.

Quanto as multas aplicada não há qualquer questionamento da recorrente à respeito. Limitou-se a arguir nulidade da infração 01 e improcedência da infração 02. Saliento, todavia, que a multa aplicada nas referidas infrações está devidamente prevista em nosso ordenamento legal e se aplica às infrações imputadas à ora recorrente.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do presente Recurso Voluntário, mantendo inalterada a infração 01 e reduzindo a infração 02 para o valor acima exposto.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração nº 206926.3004/16-1, lavrado contra **G N SUPERMERCADO LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$9.968,25**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.827,51 e 100% sobre R\$5.140,74, previstas no art. 42, incisos II, “a” e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS