

PROCESSO	- A. I. Nº 170623.0026/19-1
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- CONCEITO TORRES COMÉRCIO DE ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0232-03/20
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 09/12/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0295-11/21-VD

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. O procedimento foi conduzido sem observância de disposições expressas da legislação, com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da ampla defesa, restando configurado, com base no artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF-BA/99, que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida pela 3ª JJF em 17/11/2020 que julgou, por decisão unânime, Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/12/2019 para exigir o valor de R\$176.022,53 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 05.05.03: Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, nos meses de abril a setembro de 2019. “a apuração foi feita pelas vendas com cartões de créditos”.

Multa aplicada: Art. 42, inciso III, Lei nº 7.014/96.

O autuado apresentou impugnação (fls. 20 a 22) e informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 68 e 69). Após concluída a instrução, os autos foram remetidos para apreciação da 3ª JJF, que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Nulo o Auto de Infração em epígrafe, o que fez nos seguintes termos:

VOTO

O presente Auto de Infração, trata de omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, nos meses de abril a setembro de 2019, constando a informação de que “a apuração foi feita pelas vendas com cartões de créditos”.

Conforme o demonstrativo elaborado pela autuante à fl. 12 do PAF, foi efetuado levantamento das vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito e de débito, em confronto com as reduções Z e Notas Fiscais emitidas no período fiscalizado.

Analizando a descrição da irregularidade constante no presente Auto de Infração, se depreende que o imposto foi apurado com base em documentos emitidos pelo autuado, cujo lançamento na escrita fiscal e recolhimento do tributo não foi comprovado pelo deficiente. Neste caso, não haveria necessidade de outros elementos para comprovar a falta de recolhimento do imposto, e os documentos fiscais emitidos seriam suficientes para comprovar a imputação fiscal.

Entretanto, o levantamento fiscal indica que foi efetuada a exigência do imposto relativo à omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartões. Ou seja, foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito/débito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato, constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º da Lei 7.014/96.

Nas razões de defesa, o autuado alegou que o levantamento fiscal considerou apenas as notas fiscais de saídas,

desconsiderando os créditos das notas fiscais de entradas, ou seja, não foi feito conta corrente das movimentações.

Entretanto, não se trata de levantamento de conta corrente, considerando que a auditoria de cartão de crédito/débito é realizada com base nas informações fornecidas pelas instituições financeiras, armazenadas nos sistemas desta Secretaria, em confronto, operação por operação, com os registros de vendas em cupons fiscais constantes nas MFDs - Memórias de Fita Detalhes dos equipamentos ECFs utilizados no estabelecimento, bem como das vendas realizadas através de notas fiscais de saídas regularmente emitidas, levando-se em consideração valores e datas de emissão coincidentes.

Na informação fiscal, a autuante disse que na apuração foram consideradas apenas as vendas com cartão de crédito em sua totalidade. Após a revisão, conforme demonstrativos que acostou aos autos, os valores referentes às notas fiscais dos meses de abril a agosto foram abatidos e, consequentemente, houve uma redução do valor que deve ser considerado.

O comprovante do cartão de crédito/débito deve estar vinculado ao documento fiscal emitido pelo contribuinte, e se refere à exigência de vinculação do documento fiscal ao meio de pagamento da operação ou prestação, devendo ser realizado o confronto entre as vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com o documento fiscal emitido e o correspondente valor dos cartões de crédito/débito, fornecido por instituições financeiras e administradoras de cartões. Portanto, não se trata de comparar todas as vendas efetuadas em cada mês com o montante das operações realizadas com cartões de crédito/débito.

A exigência de imposto é efetuada por presunção legal, o que pode ser totalmente elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que nesta apuração, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração. Neste caso, o contribuinte deve apresentar os comprovantes dos boletos relativos às vendas efetuadas com cartões de débito/crédito, correlacionando-os com notas fiscais e cupons fiscais emitidos, mesmo que nesses documentos tenham registrado as mencionadas vendas como se fossem em dinheiro. O contribuinte também deve apresentar, além das fotocópias dos documentos fiscais por ele emitidos, as cópias dos correspondentes comprovantes de débito dos cartões de débito/crédito, possibilitando análise quanto à exclusão do valor efetivamente comprovado.

Observo que há nestes autos um vício jurídico que tenho o dever, como julgador, de analisar, pois diz respeito à legalidade do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo, são regidos por princípios, como o da verdade, da legalidade, da ampla defesa, do devido processo legal (art. 2º do RPAF/BA). Neste caso, é indispensável a demonstração pelo Fisco, quanto ao critério adotado, a fonte e demais dados necessários ao entendimento e comprovação da acusação fiscal, bem como, a fundamentação legal. Tudo isso decorre dos princípios da legalidade e da verdade material.

No caso em exame, o Contribuinte foi acusado do cometimento de uma irregularidade, conforme a descrição da infração. Entretanto, na informação fiscal e demonstrativos da autuante se constata o cometimento de outra infração, o que muda o fulcro da autuação, com outra redação e outro enquadramento legal.

Quanto à possibilidade de mudança no fulcro da autuação, observo que tal mudança não é admitida no lançamento tributário, haja vista que, depois de realizado o lançamento e se conclui que o fato era outro, e não aquele imputado ao sujeito passivo, impõe-se a anulação do lançamento para que, mediante nova ação fiscal, seja renovado o procedimento a salvo dos vícios, considerando que a irregularidade citada pela autuante não constou no lançamento original. Trata-se de vício insanável sem possibilidade de correção posterior.

É nulo o procedimento fiscal que não atenda ao devido processo legal, ou seja, que não siga os ditames traçados pela legislação, e no presente processo, ficou constatado prejuízo jurídico em que o autuado não contribuiu para a inobservância da lei. Não se trata aqui de “mera” formalidade, mas sim, aplicação do princípio da ampla defesa do contribuinte.

O Auto de Infração relativo ao lançamento de tributo precisa embasar-se em provas concretas, observando o devido processo legal, sem preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da ampla defesa e, conforme estabelece o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Restou configurado que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração, impondo-se a sua nulidade, com base no mencionado artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF-BA/99, devendo ser providenciada nova ação fiscal para exigência do tributo devido, a salvo de falhas.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Tendo sido interposto Recurso de Ofício, em razão do valor desonerado pela Decisão da Junta, os autos foram distribuídos para esta 1ª Câmara para julgamento.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão da decisão proferida por meio do Acórdão da 3^a Junta de Julgamento Fiscal, que por unanimidade, julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/12/2019 com o objetivo de exigir crédito tributário no valor histórico de R\$176.022,53 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em virtude da omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, nos meses de abril a setembro de 2019 “*a apuração foi feita pelas vendas com cartões de créditos*”.

Verifica-se que o Recurso de Ofício é pertinente, tendo em vista que o julgamento de 1^a instância anulou o presente Auto de Infração reduzindo-o em montante superior ao valor de R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a”, do RPAF/99, vigente à época da Decisão ora recorrida.

A JJF julgou Nulo o procedimento fiscal por entender que não atendeu ao devido processo legal, não seguindo os ditames traçados pela legislação, e no presente processo, ficou constatado prejuízo jurídico em que o autuado não contribuiu para a inobservância da lei. Não se tratando de “mera” formalidade, mas sim, aplicação do princípio da ampla defesa do contribuinte.

Segundo a decisão de piso, o Auto de Infração relativo ao lançamento de tributo precisa embasar-se em provas concretas, observando o devido processo legal, sem preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio da ampla defesa e, conforme estabelece o art. 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício que não contiver elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Diz que restou configurado que o presente lançamento tributário não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança e liquidez, a infração, impondo-se a sua nulidade, com base no mencionado artigo 18, inciso IV, alínea “a” do RPAF-BA/99, devendo ser providenciada nova ação fiscal para exigência do tributo devido, a salvo de falhas.

Aponta que no presente caso, o Contribuinte foi acusado do cometimento de uma irregularidade, conforme a descrição da infração. Entretanto, na informação fiscal e demonstrativos da autuante se constata o cometimento de outra infração, o que muda o fulcro da autuação, com outra redação e outro enquadramento legal.

Conforme se verifica nos autos, na descrição da autuação, a Infração baseia-se na omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. A apuração foi feita pelas vendas com cartões de créditos. Em análise ao demonstrativo (fl. 12) encontra-se um comparativo entre as vendas com cartões de crédito e débito e as vendas apuradas em redução Z e notas fiscais.

Em sua defesa o autuado pede a nulidade do processo, alegando que o demonstrativo elaborado pelo autuante deveria conter todas as notas fiscais, requisito indispensável para a correta determinação dos valores configurados na infração cometida.

Verifica-se que o levantamento fiscal indica que foi efetuada a exigência do imposto relativo à omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartões, confrontando com os documentos fiscais emitidos (NF e Redução Z). Ou seja, foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito/débito, informado pelas administradoras, e o valor constante nos documentos fiscais, e tal fato, constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Neste caso, observa-se que falta o relatório TEF com as vendas realizadas em cartão de crédito e débito, elemento essencial para que o autuado pudesse confrontar com as vendas realizadas, o que caracterizou cerceamento ao direito de defesa.

Conforme bem observado pelo julgador de piso, nestes autos há um vício jurídico, no que diz respeito à legalidade do lançamento. A instauração, o preparo, a instrução e a decisão do processo administrativo, são regidos por princípios, como o da verdade, da legalidade, da ampla

defesa, do devido processo legal (art. 2º do RPAF/BA). Neste caso, é indispensável a demonstração pelo Fisco, quanto ao critério adotado, a fonte e demais dados necessários ao entendimento e comprovação da acusação fiscal, bem como, a fundamentação legal. Tudo isso decorre dos princípios da legalidade e da verdade material.

De acordo o que preceitua o art. 18, IV, “a” do RPAF/BA:

Art. 18. São nulos:

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Diante de todo o exposto, entendo que não merece reparo a decisão de piso, razão pela qual, voto pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Em sede de julgamento, recomenda-se nova ação fiscal, para que seja renovado o procedimento a salvo dos vícios, considerando que a irregularidade citada pela autuante não constou no lançamento original.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **170623.0026/19-1**, lavrado contra **CONCEITO TORRES COMÉRCIO DE ARTIGOS DO VESTUÁRIO LTDA**. Recomenda-se nova ação fiscal, para que seja renovado o procedimento a salvo dos vícios, considerando que a irregularidade citada pela autuante não constou no lançamento original.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de Outubro de 2021.

RUBENS BEZERRA SORES – PRESIDENTE

EVALDA DE BRITO GONÇALVES – RELATORA

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS