

N. F. Nº - 929976.2031/16-7
NOTIFICADO - YAN PING ALIMENTOS LTDA. - EPP
NOTIFICANTE - JONALDO FALCÃO CARDOSO GOMES
ORIGEM - DAT METRO / INF AZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.08.2023

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO JJF Nº 0126-05/23NF-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OMISSÃO DE SAÍDAS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Exigência baseada na presunção legal prevista no Art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96. Reduzida a autuação após Diligência realizada por Auditor Fiscal estranho ao feito ter comprovado a emissão da maioria dos cupons fiscais. Infração parcialmente caracterizada. Afastada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em lide, lavrada em 29/09/2016, formaliza a exigência de crédito tributário, em razão da seguinte imputação:

***Infração 01 – 05.08.01:** Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2015, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 16.400,59, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III da Lei nº 7.014/96.*

Consta Termo de Intimação, entregue pessoalmente, com a data de ciência de 05/09/2016, bem como demonstrativos sintéticos da infração e mídia contendo os demonstrativos sintéticos e analíticos da infração, entregue pessoalmente, com a data de ciência de 06/10/2016 (fls. 03 a 09).

O Notificado apresentou Defesa (fls. 17 a 23), tempestivamente, na qual suscitou a nulidade da autuação por cerceamento de defesa, em razão de ter sido lavrada Notificação Fiscal, em vez de Auto de Infração, com prazo menor para apresentação da Defesa e procedimento diferenciado de julgamento.

Aduziu que a alteração do Código Tributário do Estado da Bahia pela Lei nº 13.199/14, determinando que os limites para utilização da Notificação Fiscal e do Auto de Infração passariam a ser estabelecidos em Regulamento, juntamente com a modificação do RPAF/99 pelo Decreto nº 15.807/14, estipulando o limite de R\$ 39.720,00 (trinta e nove mil, setecentos e vinte reais), como critério para substituição do manejo da Notificação Fiscal pelo Auto de Infração, que até aquele momento era de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ofendeu de forma insuperável o estatuto constitucional dos contribuintes.

Salientou que não se trata de mera retórica a necessidade de uma especial atenção do Estado para as micro e pequenas empresas, mormente no que tange à relação tributária, mas o legislador estadual resolveu estabelecer um regime de cobrança que não preza pela garantia da defesa plena do contribuinte, principalmente o que apresenta uma capacidade econômica reduzida, afrontando diretamente determinações constitucionais e, indiretamente, a isonomia jurídica, bem como ignorando o princípio da capacidade contributiva.

Requeru a nulidade da Notificação Fiscal para que seja lavrado Auto de Infração, para lhe possibilitar todos os meios de defesa e de prova aplicáveis à referida modalidade de lançamento.

Anexou cópia da alteração contratual.

O Notificante apresentou Informação Fiscal (fl. 29), na qual disse que não lhe cabe discutir a legislação, mas apenas aplicá-la, e solicitou a manutenção integral da Notificação Fiscal.

Então a Notificação Fiscal foi julgada procedente pelo Inspetor da INFAZ VAREJO, em 05/01/2017, conforme competência definida à época pelo Art. 53, § 2º do RPAF/99.

Cientificado da decisão, o Notificado ingressou com Pedido de Controle da Legalidade (fls. 50 a 58), na qual arguiu a nulidade da Decisão exarada por carência de fundamentação, pois não enfrentou qualquer argumento aduzido na Defesa.

Disse que conseguiu identificar os cupons fiscais e números de autorização de cerca de 94% das operações exigidas pela fiscalização, nos meses de janeiro a outubro, não tendo verificado os meses de novembro e dezembro de 2015, vinculando o valor exigido ao respectivo cupom fiscal e, também, ao número de autorização da operação de cartão de crédito, conforme exemplo das operações realizadas no dia 04/01/2015.

Aduziu que o grande volume de incorreções coloca em risco e demonstra a insegurança de toda a base de cálculo, tornando o lançamento integralmente nulo ou, ao menos, improcedente em cerca de 95% do valor exigido.

Reiterou a arguição de nulidade da autuação por cerceamento de defesa, em razão de ter sido lavrada Notificação Fiscal, em vez de Auto de Infração, com prazo menor para apresentação da Defesa e procedimento diferenciado de julgamento, já apresentada em sua Defesa.

Requeru a instauração do controle de legalidade, o cancelamento da inscrição em dívida ativa, a suspensão de qualquer procedimento de inscrição ou cobrança até o julgamento do incidente e, ao final, o julgamento pela nulidade ou pela improcedência do lançamento quanto a todas as operações que comprovou.

Anexou procuração, cópia da alteração contratual e mídia (fls. 59 a 65).

A PGE/PROFIS converteu os autos em Diligência à INFAZ VAREJO para que fossem enunciados os fundamentos da Decisão exarada, em atendimento ao disposto no Art. 18, III do RPAF/99.

O Notificante apresentou Informação Fiscal (fls. 71 a 76), na qual relatou que a omissão de saída de mercadoria tributada foi apurada por meio de levantamento operação por operação, autorização por autorização, de vendas realizadas com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Afirmou que a planilha apresentada pelo Notificado contém apenas valores totais, e não operação por operação nem autorização por autorização, sem ter a mesma fundamentação analítica da autuação, e as autorizações do dia 04/01/2015, informadas como exemplo, não foram encontradas.

Reiterou ser apenas executor das determinações da legislação e manteve a autuação.

Cientificado, o Notificado apresentou manifestação (fls. 87 a 92), quando explicou que ocorreu um erro material, pois em vez de informar o número da autorização constante do cupom fiscal, indicou o número de autenticação do documento, representado pela sigla "AUT", e que apresentou pastas de trabalho contendo a movimentação diária, tal como apresentada nos Relatórios TEF, vinculando operação por operação com o respectivo documento fiscal.

Informou ter procedido a juntada das planilhas, outrora apresentadas em mídia, impressas em papel, mês a mês, evidenciando a vinculação dos cupons fiscais operação por operação, elidindo a presunção legal que subsidiou o lançamento (fls. 94 a 241 – mídia à fl. 242).

Requeru a conversão do processo em nova Diligência, para que seja feito novo cruzamento das informações e seja revisto o lançamento de ofício.

A PGE/PROFIS converteu os autos em nova Diligência à INFAZ VAREJO para que o Notificante, à vista dos esclarecimentos e documentos apresentados pelo Notificado, verificasse a pertinência das suas alegações e procedesse às exclusões das omissões que tivessem sido elididas (fls. 244 e 245).

O Notificante atendeu ao pedido de Diligência (fls. 246 a 250), afirmando que o Notificado construiu uma verdadeira obra de ficção visando confundir e levar a erros os julgadores, com cupons e autenticações inexistentes e que não foram identificadas nem nas MFDs entregues pelo Notificado nem nas TEFs encaminhadas pelas operadoras, chegando a apresentar 2 (duas) vezes o mesmo número de autorização para números de cupons diferentes.

Manteve a Notificação Fiscal.

A PGE/PROFIS, referendada pela PGE/PROFIS/NCA, entendeu ser caso de indeferimento do pedido do Notificado, por não vislumbrar vício insanável ou ilegalidade flagrante (fls. 252 a 258).

O Notificado apresentou nova Manifestação (fls. 270 a 272 e 284 a 286), quando solicitou a determinação da baixa do protesto, que foi efetuado mesmo após a inscrição em dívida ativa ter sido cancelada.

Remetido para esta 5ª JJF, na sessão de julgamento, em busca da verdade material, o processo foi remetido para a INFAZ VAREJO para que Auditor Fiscal estranho ao feito ampliasse a amostragem para os demais meses do período fiscalizado, verificando se existem documentos que elidissem, mesmo que parcialmente, a acusação fiscal, refazendo, se necessário, os demonstrativos que deram sustentação à exigência fiscal.

O Notificante apresentou Manifestação (fls. 305 a 307), na qual disse ter verificado todas as supostas autorizações dos meses de janeiro a março e nenhuma foi confirmada e que foram feitas amostragens em relação aos meses de abril a outubro de 2015.

O Notificado apresentou nova Manifestação (fls. 311 a 317), na qual reclamou que a Diligência não foi cumprida por Auditor Fiscal estranho ao feito, tal como requerido, e que o Notificante desconsiderou o fato de que a planilha havia sido preenchida com erro na indicação do número da autorização.

Requeru a realização da Diligência por Auditor Fiscal estranho ao feito e que todas as notificações sejam enviadas à sua advogada no endereço que indicou, sob pena de nulidade.

Auditor Fiscal estranho ao feito apresentou Informação Fiscal (fls. 322 a 324), na qual relatou ter efetuado as verificações a partir das alegações da Manifestação de 24/11/2017, confirmando a comprovação da emissão dos cupons fiscais correlacionados com os pagamentos por meio de cartões de crédito e de débito, tendo restado apenas algumas operações não comprovadas, no valor total de R\$ 793,64, conforme demonstrativo que elaborou (fl. 325).

O Notificado tomou ciência da Informação Fiscal e do novo demonstrativo, mas não se manifestou (fl. 327).

Designado como Relator, após ter efetuado a avaliação dos elementos constantes nestes autos, declarei estar concluída a sua instrução e solicitei a sua inclusão em pauta de julgamento.

Registro a presença do advogado do Notificado, Sr. Leonel Araújo Souza, OAB/BA nº 49.197, o qual efetuou sustentação oral.

VOTO

Inicialmente, verifico que foram observados os requisitos que compõem a Notificação Fiscal, previstos no Art. 39 do RPAF/99.

Ressalto que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário decorre do Art. 151, III do CTN, enquanto perdurar o processo administrativo tributário, e independe de qualquer deferimento.

No que concerne à solicitação do Notificado de que as intimações sejam enviadas ao seu patrono, para fins de recebimento das intimações no presente feito, inexistente óbice ao seu atendimento, mas ressalto que as condições de validade das intimações são as previstas no Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

Da análise dos fatos descritos no processo, observo que a Notificação Fiscal registra a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito no exercício de 2015.

Foram efetuadas diversas diligências visando atingir a verdade material, sendo que os dados constantes no processo são suficientes para a minha apreciação, não necessitando de verificação adicional.

Preliminarmente, verifico que não se encontra no presente processo nenhum motivo elencado na legislação para se determinar a nulidade da Notificação Fiscal, tendo o lançamento sido efetuado de forma compreensível, indicado os dispositivos infringidos e a multa aplicada, bem como não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, com o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O Notificante, ao constituir o crédito tributário pelo lançamento, verificou a ocorrência do fato gerador, determinou a matéria tributável, calculou o montante do tributo devido, identificou o sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade.

Destaco que esta 5ª JJF não tem competência para declarar a inconstitucionalidade ou ilegalidade da legislação estadual, nos termos do Art. 125, I e III da Lei nº 3.956/81 (COTEB) e do Art. 167, I e III do RPAF/99, sendo certo que as hipóteses de manejo do Auto de Infração e da Notificação Fiscal estão previstas na Lei nº 3.956/81 (COTEB) e no RPAF/99.

Portanto, afasto a nulidade suscitada.

No mérito, ressalto que se trata de matéria fática, onde a dilação probatória é essencial para a solução da lide, cuja exigência se baseia na presunção legal prevista no Art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Após uma ampla dilação probatória e incessante busca da verdade material, restou comprovado que foram emitidos quase todos os cupons fiscais a que se referem as autorizações constantes nos Relatórios TEFs, tendo sido fundamental a verificação efetuada por Auditor Fiscal estranho ao feito (fls. 322 a 324).

Em sustentação oral, o advogado do Notificado explicitou sua concordância com o resultado da diligência efetuada pelo Auditor Fiscal estranho ao feito.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE da Notificação Fiscal, no valor de R\$ 793,64, conforme demonstrativo acostado pelo Auditor Fiscal estranho ao feito (fl. 325).

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar, em instância ÚNICA, **PROCEDENTE EM PARTE** a Notificação Fiscal nº **929976.2031/16-7**, lavrada contra **YAN PING ALIMENTOS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o Notificado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 793,64**, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2023.

VLADIMIR MIRANDA MORGADO – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR