

A. I. Nº - 180459.0033/09-2
AUTUADO - PLANETA BAHIA BOUTIQUE LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ALMIR LAGO DE MEDEIROS
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 30/04/2010

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0082-03/10

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS, PARA COMERCIALIZAÇÃO, NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Impossibilidade de aplicação da multa exigida no Auto de Infração em face do princípio da irretroatividade de normas que cominam sanções. A alteração produzida na Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 10.846/07, quanto a penalidade de 60% sobre o valor do imposto recolhido fora do prazo, só é aplicável à antecipação parcial após a edição da norma que modificou o texto originário do dispositivo legal. Mantida a multa a partir da edição da Lei 10.846/07. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 20/10/2009, refere-se à exigência de R\$123.379,96 de ICMS, acrescido da multa de 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação principal no valor de R\$10.479,70, em decorrência das seguintes infrações:

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 por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro, fevereiro, março, julho, outubro, novembro de 2006; janeiro, fevereiro, maio, julho de 2007; fevereiro a julho de 2008. Valor do débito: R\$123.379,96.

Infração 02: Multa percentual sobre o valor do ICMS que deveria ter sido pago a título de antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias para comercialização, provenientes de outras unidades da Federação, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de julho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2006; janeiro, fevereiro, abril, maio e dezembro de 2007. Valor do débito R\$10.479,70.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 274, apresentou impugnação (fls. 269 a 273), suscitando preliminar de nulidade, alegando ausência de fundo. O procedimento administrativo fiscal está submetido ao princípio da regularidade e da tipicidade cerrada impõem que todo o

exija tributo ou se aplique penalidade seja indicado o seu fundamento legal. Diz que omitir ao sujeito passivo a indicação do fundamento legal do tributo cujo pagamento lhe é exigido, viola os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Facultar ao sujeito passivo a apresentação de defesa, sem lhe propiciar os fundamentos legais contra os quais caberia impugnação, fere a garantia constitucional da ampla defesa. Neste sentido, o defendant transcreve o inciso V do § 1º do art. 129 do Código Tributário do Estado da Bahia e o art. 39, V, alíneas “a”, “b” e “c” do RPAF/BA. Assegura que foi constatada nulidade do presente Auto de Infração por absoluta omissão quanto à indicação do artigo ou dos artigos de lei que veiculam as normas jurídicas supostamente incidentes. Entende que não houve menção aos dispositivos da legislação tributária estadual que prevejam os critérios da regra-matriz de incidência do ICMS cobrado, impossibilitando a plena verificação por parte do autuado em relação à subsunção de norma jurídica omitida aos eventos descritos. Entende que além dos dispositivos do RICMS/BA citados no Auto de Infração não indicarem com precisão os elementos das normas jurídicas supostamente incidentes aos fatos descritos, a sua menção não supre a exigência do Código Tributário do Estado da Bahia de que o Auto de Infração contenha a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos. O defendant também alega que em relação à primeira infração, não lhe foi fornecido o relatório específico impresso em papel timbrado da administradora, relativo à totalidade ou parte das informações apresentadas, aludido no § 2º do art. 824-W do RICMS/BA, nem o Relatório TEF – Operações Diárias, circunstância que restringe o direito de ampla defesa, ensejando nulidade da primeira infração. Diz que, a despeito deste vício, não houve omissão de saída de mercadoria tributada. O valor total de venda de mercadorias informado pelo autuado através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS referente ao período fiscalizado é, na maioria dos meses, superior ao valor total fornecido pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito e de débito. Entende que o valor informado pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito e de débito deve ser analisado em confronto com o valor informado através da Declaração e Apuração Mensal do ICMS, e não, como efetuado pelo autuante, exclusivamente em relação aos valores apurados nas reduções Z. Afirma que não se pode cogitar de omissão de saída, porque o valor declarado pelo contribuinte na DMA é superior ao valor fornecido pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito e de débito.

Quanto à infração 02, o defendant alega que, conforme se revelam os DAEs que acostou aos autos, os valores do ICMS que deveriam ser pagos pelo sistema de antecipação parcial foram efetivamente recolhidos, ficando descaracterizada a irregularidade apontada, o que revela a insubsistência desta infração.

O defendant finaliza, reiterando o pedido de nulidade do Auto de Infração, e também a preliminar suscitada quanto à primeira infração. Pede a improcedência de todas as infrações. Requer a produção de provas pelos meios permitidos, especialmente a juntada de documentos e também e realização de diligência e perícia fiscal.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 331/332 dos autos, diz que em relação ao argumento do autuado de que falta de informação dos dispositivos legais a que se refere cada infração, tal situação não aconteceu, tendo em vista que os dispositivos infringidos já vêm especificados pelo próprio sistema. Quanto à alegação do autuado de que não recebeu os documentos ou relações, dificultando a sua defesa, informa que não procede conforme assinatura de recebimento feita pelo preposto da empresa às fls. 10, 24, 25 do PAF e CD contendo todas as informações necessárias conforme documento fl. 260.

Quanto ao argumento do defendant de que os demonstrativos deveriam se espelhar nas DMAs e não nas leituras Z dos ECFs, diz que não procede, porque a DMA é um documento informativo feito pelo contribuinte, sujeito a verificação posterior pelo Fisco, quando da análise das informações apresentadas nos livros fiscais. Assegura que o presente Auto de Infração é de conformidade com os documentos apresentados pelo contribuinte e que a cópia entregue ao autuado.

No que se refere à infração 02, antecipação parcial, o autuante reconhece que houve algumas divergências conforme comprova o autuado anexando cópia dos recolhimentos, o que não foi feito na época da fiscalização. Diz que acata as comprovações apresentadas pelo defendant, tendo refeito o demonstrativo que anexou ao PAF. Entende que inexiste motivo para determinar a nulidade do Auto de Infração e pede que seja julgado procedente, com a modificação da infração 02.

À fl. 336 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos documentos acostados aos autos pelo autuante, constando Aviso de Recebimento à fl. 337, comprovando a entrega da mencionada informação fiscal e demonstrativos. Decorrido o prazo concedido, o defendant não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado alegou que não houve a indicação do fundamento legal do tributo cujo pagamento lhe é exigido, e este fato viola os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Diz que constatou absoluta omissão quanto à indicação do artigo ou dos artigos de lei que veiculam as normas jurídicas supostamente incidentes, e que, além de os dispositivos do RICMS/BA citados no Auto de Infração não indicarem com precisão os elementos das normas jurídicas supostamente incidentes aos fatos descritos, a sua menção não supre a exigência do Código Tributário do Estado da Bahia de que o Auto de Infração contenha a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos. Entretanto, ao contrário do que entendeu o autuado, foram indicados no Auto de Infração os dispositivos do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97 tidos como infringidos, o que está de acordo com a exigência constante no Código Tributário do Estado da Bahia, citado pelo defendant.

Portanto, quanto ao argumento do autuado de que houve falta ou equívoco no enquadramento legal das infrações apontadas, observo que não implica nulidade da autuação provável erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal e a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, de acordo com o art. 19 do RPAF/99. Ademais, entendo que o Auto de Infração não deve ser anulado porque a defesa foi apresentada a contento, e o contribuinte demonstrou ter ciência da matéria em discussão.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

O autuado requereu a produção de provas por meio de diligência e perícia, não especificando qual seria, nem a motivação. Indefiro o mencionado pedido de diligência, nos termos de art. 147, I e II, do RPAF/99, tendo em vista que tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas, ou seja, os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide. Ademais, não cabe a este órgão julgador promover a busca de elementos de prova quando se trata de fatos e documentos que estão na posse do contribuinte, que poderiam ser juntados aos autos.

No mérito, o primeiro item do Auto de Infração se refere à exigência de ICMS por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas mediante o confronto pelas operadoras de cartões de crédito/débito e os valores lançados

fiscais emitidas nos meses de janeiro, fevereiro, março, julho, outubro, novembro de 2006; janeiro, fevereiro, maio, julho de 2007; fevereiro a julho de 2008.

Observo que sendo apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96:

“Art. 4º

§ 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”.

O autuado alegou que não lhe foi fornecido o relatório específico impresso em papel timbrado da administradora, relativo à totalidade ou parte das informações apresentadas, aludido no § 2º do art. 824-W do RICMS/BA, nem o Relatório TEF – Operações Diárias

Saliento que de acordo com os recibos de fls. 24/25 dos autos, foi fornecido ao defendente o um CD contendo o Relatório Diário Operações TEF correspondente aos exercícios fiscalizados (2006 a 2008), tendo sido concedido um prazo para sua conferência, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito. Além do mencionado recibo, consta outro recibo à fl. 260 dos autos com a informação de que o contribuinte abril e constatou a consistência dos dados contidos nos arquivos TEF por operação fornecidos pelas administradoras de cartão, no período de 01/01/2006 a 30/07/2008. Portanto, está comprovado que o autuante forneceu os arquivos em formato de mídia eletrônica (CD), e não é necessário o fornecimento do mencionado arquivo em formato de papel, como alegou o defensor.

Quanto ao § 2º do art. 824-W, citando pelo defensor, o mencionado dispositivo regulamentar estabelece as autoridades competentes para solicitar às administradoras a entrega de relatório específico em papel timbrado, e isto não significa que a fiscalização tenha a obrigação de entregar ao contribuinte o relatório TEF em formato de papel, como alegou o autuado.

Art. 824-W. As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do ICMS através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

§ 2º São competentes para solicitar a qualquer momento a entrega de relatório específico, impresso em papel timbrado da administradora, relativo à totalidade ou parte das informações apresentadas, o titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF) e das diretorias de administração tributária.

O autuado elaborou os demonstrativos de fls. 15, 18 e 23 do PAF, constando os totais de cartões de débito/crédito fornecidos pelas administradoras; comparou esses totais mensais com os totais das reduções Z; calculou as diferenças mensais, aplicou o índice de proporcionalidade previsto na IN 56/2007, e apurou o imposto devido.

O autuado também alegou que o valor informado pelas instituições de cartão de crédito e de débito deve ser analisado em confronto c

da Declaração e Apuração Mensal do ICMS, e não, como efetuado pelo autuante, exclusivamente em relação aos valores apurados nas reduções Z. Afirma que não se pode cogitar de omissão de saída, porque o valor declarado pelo contribuinte na DMA é superior ao valor fornecido pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito e de débito.

Entretanto, não assiste razão ao defendant, tendo em vista que não se trata de comparar as vendas realizadas com o montante das operações realizadas com cartões de crédito/débito, e sim o confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Concluo pela subsistência deste item do Auto de Infração, haja vista que o sujeito passivo não apresentou quaisquer documentos que comprovem a efetiva existência de documentos fiscais e respectivos boletos, para elidir a exigência fiscal.

A segunda infração se refere à multa percentual sobre o valor do ICMS que deveria ter sido pago a título de antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias para comercialização, provenientes de outras unidades da Federação, devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de julho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2006; janeiro, fevereiro, abril, maio e dezembro de 2007.

O autuado alegou que os valores do ICMS que deveriam ser pagos pelo sistema de antecipação parcial foram efetivamente recolhidos, conforme se revelam os DAEs que acostou aos autos, e por isso, estaria descaracterizada a irregularidade apontada, revelando a insubsistência desta infração.

Na informação prestada à fl. 331, o autuante acatou as comprovações apresentadas pelo defendant, tendo refeito o demonstrativo que anexou à fl. 332 do PAF.

Vale salientar, que à fl. 336 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos documentos acostados aos autos pelo autuante, constando Aviso de Recebimento à fl. 337, comprovando a entrega da mencionada informação fiscal e demonstrativos. Decorrido o prazo concedido, o defendant não se manifestou.

O art. 42, inciso II, alínea “d” do RICMS/97 prevê a aplicação da multa de sessenta por cento do valor do imposto não recolhido por antecipação, inclusive no caso de antecipação parcial; não se trata de exigência de imposto, e sim, aplicação de penalidade por falta de cumprimento da obrigação principal, relativamente ao recolhimento do ICMS por antecipação tributária, estando a multa exigida de acordo com a legislação em vigor.

Observo que a penalidade prevista na alínea “d”, do inc. II, do art. 42, da Lei nº 7.014/96 passou a ser cabível às hipóteses de antecipação parcial, com a nova redação dada pela Lei nº 10.847, de 27.11.2007, ou seja, a partir de 28 de novembro de 2007. No caso em exame, embora o autuado não tenha apresentado qualquer contestação neste sentido, entendo que a aplicação da multa exigida no presente Auto de Infração, em face do princípio da irretroatividade de normas que cominam sanções, e em decorrência da alteração produzida na Lei nº 7.014/96 pela Lei nº 10.846/07, quanto a penalidade de 60% sobre o valor do imposto recolhido fora do prazo, só é aplicável à antecipação parcial após a edição da norma que modificou o texto originário do dispositivo legal. Portanto, do novo demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 332 dos autos permanece a multa apenas em relação à NF 172820, de 13/12/2007, no valor de R\$130,20. Infração subsistente em parte.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração contra **PLANETA BAHIA BOUTIQUE LTDA.**, devendo ser intimado

pagamento do imposto no valor total de **R\$123.379,96**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$130,20**, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA