

PROCESSO	- A. I. N° 299167.1084/08-0
RECORRENTE	- NINA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (NINA CALÇADOS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0347-02/10
ORIGEM	- INFAS VAREJO
INTERNET	- 29/02/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0008-12/12

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração comprovada. Não acolhidas arguições de nulidade em relação ao lançamento tributário nem em relação à diligência fiscal. Indeferido o segundo pedido de diligência, ante o não acolhimento da arguição de nulidade da diligência anterior. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, ora recorrente, para impugnar a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/12/2008, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de R\$77.655,21, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributadas 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. No campo *Descrição dos Fatos*, está consignado que “*o contribuinte declarou que a sua inscrição (MATRIZ) número 01.664.508, funciona como escritório central e que as operações com cartão de crédito no período de 01/01/2006 a 31/12/2006 foram operações realizadas nesta filial, de inscrição estadual número 22.435.969. Por esta razão todas as operações foram consolidadas na referida inscrição apurando-se diferenças que resultaram na lavratura deste Auto de Infração*”.

O recorrente interpôs defesa inicial contra a autuação, nos termos constantes às folhas 19 a 22 e concluiu sua peça defensiva requerendo a nulidade ou diligência por fiscal estranho ao feito e improcedência da autuação.

O autuante se manifestou às fls. 534 a 536, prestando a informação fiscal, na qual rebateu as razões da defesa interposta em 1ª Instância e que sua autuação se baseou na verdade material dos fatos e à luz da legislação.

Alegou ainda que não poderia acolher a Denúncia Espontânea anexada pela defesa, já que a ação fiscal, objeto da autuação em lide, não foi vertical, pois alcançou tão-somente as operações realizadas com cartão/débito.

O presente PAF foi remetido em diligência para a repartição de origem para seu cumprimento, sendo assim, a repartição de origem designou fiscal estranho ao feito para cumprimento da diligência.

A citada diligência concluiu pela manutenção do Demonstrativo de Débito original (fls. 03) e dos demais levantamentos (Fls. 07 e 10), em face do fato da documentação apresentada pelo recorrente ser insuficiente para comprovar as suas alegações defensivas e, efetivamente, promover uma redução do débito apontado no Auto de Infração acima indicado.

Em nova manifestação defensiva, após receber cópia do resultado da diligência, o recorrente requereu a nulidade da diligência fiscal, alegando que o Parecer estava eivado de expressões que fogem da competência da autoridade administrativa que o exarou, pois, além de não serem verdadeiras, adentram ao mérito da lide. Alegou que, quando intimado, apresentou cópia dos cheques que comprovam a entrada de recursos e afastam a presunção legal. Disse ainda que o diligente não analisou os cheques, ferindo os princípios do contraditório e da ampla defesa do contribuinte. Por fim, reitera o pedido de diligência fiscal.

O Auditor diligente prestou informação fiscal sobre a manifestação defensiva e os documentos acostados às folhas 550 a 760, e, após uma série de considerações que refutam as argumentações do recorrido, concluiu pela manutenção da infração.

De posse de todo material acostado aos autos, a 2^a JJF proferiu a seguinte Decisão, abaixo transcrita, *in verbis*:

"Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Em sua defesa o sujeito passivo requer nulidade da infração, alegando que o procedimento da fiscal juntou fatos geradores de dois estabelecimentos em apenas um lançamento fiscal, conforme consta no campo DESCRIÇÃO DOS FATOS no Auto de Infração. Tal procedimento afronta o princípio da garantia da ampla defesa, consignado no art. 2º do RPAF/BA, e não observa os ditames do art. 38 do mesmo Regulamento, onde está determinado que o Auto de Infração deve conter a descrição dos fatos geradores ocorridos no estabelecimento.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, pois e os levantamentos e documentos acostados aos autos comprovam que o procedimento fiscal foi realizado em apenas um estabelecimento, tendo à fiscalização buscado a verdade material dos fatos, qual seja, as vendas realizadas pelo estabelecimento autuado. O preposto fiscal utilizou as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito contra a Inscrição Estadual nº 22.435.969, fls. 32 a 259, considerando as notas fiscais e leituras Z na mesma inscrição.

Entretanto, como ressaltou o autuante, durante a ação fiscal, o responsável pelos estabelecimentos, declarou, fls. 11, que a VISANET durante alguns meses (janeiro e fevereiro de 2006) não teria alterado a inscrição estadual de um de seus POS (máquina de cartão) que ficava no antigo estabelecimento matriz, após transferido para a Filial. Isto gera informações de vendas realizadas, indevidamente, pela Matriz, quando, de fato, as vendas teriam sido realizadas pela sua filial, que foram objeto do Auto de Infração. Este procedimento evitou que a Matriz fosse objeto de autuação por venda sem emissão de documento fiscal, a partir de informação prestada pela administradora VISANET, uma vez a Inscrição da Matriz passou a ser utilizada apenas como um escritório, não realizado nenhuma venda. Tal fato pode ser comprovado nas peças processuais, por exemplo, fls. 260 a 308, estão os TEF declarados pela Administradora VISANET, contra Matriz (I.E. 01.664.508) que foi consolidada com as informações prestadas para a Filial (I.E. 22.435.969), que de fato promoveu operações com mercadorias, fato gerador do ICMS. Procedimento que está respaldado pelo Artigo 1º do RPAF, a busca da verdade material.

Logo, não pode ser acolhida a argüição de nulidade, uma vez que o procedimento respeitou as normas tributárias vigente, em especial o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, garantindo a ampla defesa do sujeito passivo.

Quanto ao pedido de diligência, o mesmo foi acolhido pela 4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL, a qual determinou que a ASTEC confrontasse os documentos acostados ao PAF, pela defesa, fls. 30 a 529, com os levantamentos realizados durante a fiscalização. Que fosse excluído da base de cálculo os valores efetivamente recolhidos, se comprovado que se referisse a venda com cartão de crédito, e os relativos a vendas realizadas por outro estabelecimento, se comprovado. E, por fim, elaborasse novo demonstrativo de débito, se necessário. À folha 541, os autos foram remetidos para repartição de origem para cumprimento da diligência solicitada por determinação da presidente do CONSEF, em razão da ASTEC encontrar-se com uma equipe extremamente reduzida. A repartição de origem atendeu a determinado, tendo designado fiscal estranho ao feito para atender a diligência.

O sujeito passivo, argüiu nulidade da diligência, por entender que o Parecer está eivado de expressões que fogem da competência da autoridade administrativa que o exarou, pois, além de não serem verdadeiras, adentram ao mérito da lide. Alega que, quando intimado, apresentou cópia dos cheques que comprovam a entrada de Recursos e afastam a presunção legal. Diz que o diligente não analisou os cheques, ferindo os princípios do contraditório e da ampla defesa do contribuinte.

Não pode ser acatado o pedido de nulidade da diligência, uma vez que o fiscal estranho ao feito possibilitou ao contribuinte exercer, mais uma vez, seu amplo direito de defesa. Ao realizar a diligência lhe cabe informar de forma clara e objeto o que foi apurado durante as verificações, buscando sempre a verdade material. Assim, entendo que o procedimento do diligente foi correto, não havendo motivo para anulação da diligência.

Como não existe motivo para anulação da diligência, de igual modo não cabe o pedido de nova diligência, uma vez que os elementos acostados aos autos são suficiente para formação da convicção dos julgadores.

No mérito, observo que a diligência realizada apurou que a Denúncia Espontânea nº 600000.2603/08-2, fls. 30, já haviam sido considerados pelo autuante em seu levantamento fiscal, portanto, devidamente abatidos do débito apurado, conforme demonstrativo de fls. 10. Acrescenta que a Denúncia Espontânea anexada pelo autuante, fls. 12, é a mesma anexada pelo sujeito passivo, fls. 30. Assevera que a fiscalização cobrou apenas a diferença apurada, após o devido abatimento dos valores constantes da referida Denúncia Espontânea.

Acato o resultado da diligência, uma vez que restou comprovado que o autuante ao realizar seu levantamento já havia considerado os valores constantes da denúncia espontânea acostado pela defesa, não havendo nenhuma necessidade de reparo no levantamento fiscal.

A diligência ressaltou que o autuado apresentou uma declaração segundo a qual as operações de vendas através de cartão de crédito, atribuídas pelas Administradoras ao estabelecimento inscrito sob nº 01.664.508, deveriam ser consideradas como efetivamente praticadas pelo estabelecimento sob nº 22.435.969, em relação aos exercícios de 2006 e 2007, fls. 11. Entretanto, em sua defesa, de forma contraditória, negou que as operações com cartão de crédito, informadas pela Administradora VISANET para o estabelecimento inscrito sob nº 01.664.508 tivessem sido efetivamente praticadas pelo estabelecimento sob nº 22.435.969, alegando que se tratava de operações de outros estabelecimentos da empresa, consolidadas indevidamente pela Administradora nas operações do estabelecimento sob nº 01.664.508, fls. 21.

Por tais motivos, o Auditor Fiscal Revisor intimou o sujeito passivo para que fizesse a necessária comprovação dos argumentos apresentados em sua defesa, segundo os quais as operações de vendas informadas pela Administradora VISANET para o estabelecimento sob Inscrição Estadual nº 01.664.508 corresponderiam a operações de vendas praticadas por outros estabelecimentos da empresa intimada, exceto pelo estabelecimento sob Inscrição Estadual nº 22.435.969, conforme Relatório Diário Operações TEF anexado ao Processo Administrativo Fiscal nº 000268/2009-7 (Fls. 260 a 529).

Em resposta à intimação, o autuado apresentou apenas diversos cheques de clientes, devolvido pela rede bancária, sob a alegação de que tais cheques teriam sido de operações de vendas praticadas pelo estabelecimento e devidamente tributadas no momento das suas ocorrências. O autuado teria renegociado tais cheques através de cartões de crédito da Administradora VISANET, sendo que tal montante corresponderia aproximadamente ao valor do Auto de Infração, segundo a informação dos representantes do autuado.

Entendo que não resta dúvida de que o sujeito passivo mudou seu argumento defensivo. Antes, atribuiu a diferença apurada a supostos erros cometidos pela VISANET, fato não comprova, nem na defesa inicial e nem da diligência realizada. Posteriormente, asseverou que tais diferenças decorreram de renegociação de cheques devolvidos de clientes, também sem comprova tal alegação.

As referidas operações de renegociação de cheques devolvidos não foram contabilizadas pela empresa, não existindo registros que comprovem a sua natureza contábil e fiscal. Sequer existem contratos de renegociação de dívidas, firmados entre o autuado e seus clientes, que possam correlacionar os cheques devolvidos com as vendas descritas no Relatório Diário Operações TEF (Fls. 260 a 529), conforme apurado pela diligência.

O suposto erro da administradora VISANET teve seu efeito eliminado no levantamento fiscal, quando a fiscalização acatou o argumento defensivo em relação a matriz, conforme acima analisado.

Quanto aos cheques apresentados pela defesa, após ser intimado pela Diligência, com bem ressaltou o fiscal estranho ao feito, o sujeito passivo não comprovou haver qualquer relação entre os referidos cheques e as operações objeto da presente lide, qual seja, vendas mediante cartão de crédito. A diligência apurou que não existe nenhum documento que comprove a citada negociação alegada pela defesa. Constatou, ainda, a diligência, que não existe nenhum registro contábil das supostas operações. Portanto, entendo que as cópias dos cheques não são capazes de elidir a autuação.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”

Cientificado do teor da Decisão de 1^a Instância, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário para impugnar tal Decisão nos termos abaixo consignados:

O recorrente fez uma descrição dos fatos ocorridos, para, em seguida, arguir, em sede de preliminar, a nulidade do lançamento de ofício, haja vista que, no seu entendimento, o autuante procedeu “no exercício de suas funções, em um procedimento de fiscalização inusitado no

Estado da Bahia, talvez no Brasil, juntou SUPOSTOS E INEXISTENTES fatos geradores de tributos de dois estabelecimentos em apenas um lançamento fiscal”.

O recorrente aduziu que no campo DESCRIÇÃO DOS FATOS, o autuante asseverou que “*o contribuinte declarou que a sua inscrição (MATRIZ) número 001.664.508, funciona como escritório central e que as operações com cartão de crédito no período de 01/01/2006 a 31/12/2006 foram operações realizadas nesta filial, de inscrição estadual número 22.435.969. Por esta razão todas as operações foram consolidadas na referida inscrição apurando-se diferenças que resultaram na lavratura deste Auto de Infração*”.

Assim sendo, com base nos fatos acima arrolados, asseverou que o procedimento fiscal adotado na autuação maculava o princípio da garantia da ampla defesa, consignado no art. 2º do RPAF/BA, sem a justa observância do que preceitua art. 38 do mesmo RPAF/BA. O recorrente inclusive transcreveu o art. 39, nos seus incisos I, II, III e IV. E, por fim, requereu que fosse declarada a nulidade do procedimento fiscal, já que “*não observou as determinações dos arts. 2º e 38 do RPAF/BA, cerceando o direito de defesa do impugnante*”.

No mérito, trouxe à baila arguições que visam fundamentar a sua tese recursal de Improcedência do Auto de Infração, em epígrafe. De acordo com sua peça recursal, o sujeito passivo entende que se faz necessária uma nova diligência para corroborar “*o fato de no estabelecimento autuado funcionar apenas um ECF. Todas as administradoras de cartões de débito e crédito, com exceção da VISANET, informaram vendas relativas apenas a este estabelecimento. Vide relatórios em anexo*”.

Argui que, não existindo ECF no estabelecimento de inscrição estadual número 001.664.508, não se pode fornecer corretamente qualquer informação de venda desta inscrição, o que de fato não ocorreu. Para ele, exceto a VISANET, nenhuma administradora informou vendas desta inscrição estadual. Logo, entende que tal equívoco se deu porque a VISANET deve ter consolidado as vendas das outras unidades do Grupo Nina Modas naquela da inscrição objeto da autuação. Aduzindo também que os totais registrados no RELATÓRIO DE OPERAÇÕES TEF (2006) da inscrição estadual 001.664.508 já foram objeto de denúncia espontânea.

Argumentou também que “*o valor de R\$ 860.488,31 foi erradamente informado pela VISANET, e já que o débito restante foi objeto de denúncia espontânea, nada há para ser exigido do impugnante, sob pena de excesso de exação, o que não é tradição deste Colendo Conselho legitimar*”.

Pede a nulidade do presente Auto de Infração em lide, uma vez que em sua ótica, o mesmo se encontra eivado de vícios graves e insanáveis. Caso não se entenda pela nulidade, ou que não reste entendido que este processo já se encontra regularmente constituído de provas suficientes para determinar a improcedência do procedimento fiscal, de acordo com as razões de mérito expostas, que se baixe o mesmo em diligência por fiscal estranho ao feito.

Por fim, “*com ou sem diligência, requer a TOTAL IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO, já que tomou por base valores equivocadamente informados e outros denunciados espontaneamente*”.

O presente PAF foi encaminhado para a PGE/PROFIS, para seu Parecer opinativo, feito pela ilustre procuradora Maria Dulce Baleiro Costa.

De forma clara e sucinta, a PGE/PROFIS opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto, por entender que a diligência realizada na primeira instância não logrou comprovar as alegações defensivas do recorrente, ademais os valores objeto da denúncia espontânea já tinham sido considerados na autuação. O recorrente, na sua impugnação, não trouxe novos elementos capazes de elidir ou modificar a Decisão de 1º grau.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo, para impugnar a Decisão da 1ª instância que julgou procedente o Auto de Infração lavrado em 30/12/2008, para constituir o

crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de R\$77.655,21, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributadas 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.

Compulsando os autos, pude constatar que reparo algum merece a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, pelos motivos que passo a discorrer:

No que se refere à alegação preliminar de nulidade arguida pelo recorrente, na qual o mesmo entende que o Auto de Infração em epígrafe envolveu “*fatos geradores de dois estabelecimentos em apenas um lançamento fiscal*”, conforme reza no campo DESCRIÇÃO DOS FATOS no Auto de Infração, e que este procedimento fiscal fere o princípio da garantia da ampla defesa, nos termos previstos no art. 2º do RPAF/BA, “*além de ferir os ditames do art. 38 do mesmo Regulamento, onde está determinado que o Auto de Infração deve conter a descrição dos fatos geradores ocorridos no estabelecimento*”, entendo, com base na análise dos documentos e levantamentos efetuados, que o procedimento fiscal foi realizado em apenas um estabelecimento, buscando identificar as vendas realizadas pelo estabelecimento autuado, utilizando-se das informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito contra a Inscrição Estadual nº 22.435.969, conforme reza às fls. 32 a 259, considerando as notas fiscais e leituras Z na mesma inscrição.

É mister lembrar que o responsável pelos estabelecimentos asseverou (fls. 11), que a VISANET durante o período de janeiro e fevereiro de 2006, não tinha alterado a inscrição estadual de um de seus “*POS (máquina de cartão)*” que ficava no antigo estabelecimento matriz, após transferido para a Filial. Por óbvio, isto implicou na geração de dados de vendas como efetuadas pela matriz, quando, na realidade as vendas se deram na filial, que foram objeto do Auto de Infração, evitando, portanto, que o estabelecimento matriz fosse objeto da autuação, como atesta a própria declaração da lavra do próprio recorrente à fl. 11 por venda sem emissão de documento fiscal, conforme se constata, por exemplo às fls. 260 a 308, onde se encontram os TEF declarados pela Administradora VISANET, contra o estabelecimento matriz que foi consolidada com as informações prestadas para o estabelecimento filial, que foi o que, de fato, promoveu operações com mercadorias, ou seja, onde ocorreu o fato gerador do ICMS. Tal procedimento, como bem sustentou a 2ª JJF em seu voto, está amparado no art. 1º do RPAF/BA.

Por conseguinte, entendo que a arguição de nulidade não merece guarida, haja vista que o presente processo administrativo fiscal cumpriu todas as formalidades legais, sem vícios que pudessem macular o Auto de Infração ou o julgamento da 2ª JJF, tendo sido oferecidas ao recorrente todas as condições materiais para o exercício da sua plena defesa, inclusive o PAF foi convertido em diligência pela JJF para dirimir dúvidas levantadas pelo contribuinte, enquanto que o recorrente teve acesso a todas as informações necessárias a sua ampla defesa e ao exercício do contraditório.

No que tange ao pedido do recorrente de que se proceda à outra diligência, entendo que sua realização é desnecessária para formação de juízo de valor para efeito de se garantir a verdade material e a justiça fiscal, face aos fatos e documentos que encontram-se nos autos, produzidos pela fiscalização e pelo recorrente.

No que diz respeito ao mérito, de igual modo não vislumbro pertinência nas alegações trazidas na peça recursal, inclusive mais sucinta que a peça exordial e sem acostar nenhum documento novo, haja vista que as suas alegações não encontram respaldo nos documentos acostados aos autos, não trazendo comprovantes que pudessem elidir a imputação fiscal, inclusive a alegação de que os totais registrados no “*RELATÓRIO DE OPERAÇÕES TEF (2006) da inscrição estadual 001.664.508 já foram objeto de denúncia espontânea*”, não podendo prosperar o argumento de que tais valores não foram incluídos na autuação e julgamento da 2ª JJF. A própria diligência realizada constatou que a Denúncia Espontânea nº 600000.2603/08-2, acostada à fl. 30, já havia sido considerada e abatido pelo autuante em relação ao débito inicialmente lançado.

Quanto ao alegado erro da administradora VISANET, o mesmo não teve rebatimento no valor final lançado que foi objeto do julgamento da 2ª JJF, pois tal equívoco de lançamento foi

expurgado do levantamento fiscal, quando se acatou pela fiscalização as alegações do sujeito passivo de que determinados valores inicialmente lançados no Auto de Infração referiam-se à matriz, conforme se constata nos autos, com meridiana clareza.

Quanto à alegação de que a VISANET poderia ter consolidado vendas de outras unidades do recorrente, esta suposição não se confirma nos autos, vez que não foram produzidas provas pelo contribuinte neste sentido.

Por tudo quanto exposto, à luz dos fatos e da legislação aplicável, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299167.1084/08-0**, lavrado contra **NINA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (NINA CALÇADOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$77.655,21**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CARLOS HENRIQUE JORGE GANTOIS – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR. DA PGE/PROFIS.