

A. I. Nº - 206878.0003/11-0
AUTUADO - BELUSKY INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.
AUTUANTE - ANALCIR EUGÊNIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET 29.02.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0050-05/12

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL PARA USO E CONSUMO. Não cabe a utilização do crédito fiscal relativo às entradas de tais materiais, pois ficou demonstrado serem destinados ao uso e consumo. Infração procedente. **b)** MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **c)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO. **d)** BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. Infrações comprovadas. 2. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. As receitas não declaradas pertinentes às vendas por meio de cartão de crédito/débito caracterizam omissão de receitas tributáveis. Presunção legal não elidida. 3. DIFERENÇA DE ALIQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. **b)** MERCADORIAS DESTINADAS AO CONSUMO. Infrações procedentes. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Em relação às mercadorias objeto desta infração não há Convênio que preveja a retenção do imposto pelo remetente. Infração comprovada. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração não elidida. 6. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. **a)** FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre as operações de saídas realizadas. Corrigida a data da ocorrência do fato gerador, consoante OTE-DPF-3005. Infração comprovada. **b)** FALTA DE ENTREGA NOS PRAZOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO. MULTA. Infração não elidida. Preliminares de nulidade rejeitadas, inclusive quanto à decadência dos fatos geradores anteriores a julho de 2006. Auto de Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2011, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de R\$334.517,57, por meio das seguintes infrações:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Valor Histórico: R\$48,71 – Multa de 60% - 01.02.02;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente à mercadoria (s) adquirida(s) com pagamento de imposto por antecipação tributária. Valor Histórico: R\$1.676,36 – Multa de 60% - 01.02.05;
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no(s) documento (s) fiscal (is). Valor Histórico: R\$70,00 – Multa de 60% - 01.02.10;
4. Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação. Valor Histórico: R\$230,04 – Multa de 60% - 01.03.12;
5. 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Valor Histórico: R\$162.616,23 – Multa de 70% - 05.08.01;
6. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Valor Histórico: R\$3.219,60 – Multa de 60% - 06.01.01;
7. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor Histórico: R\$55,07 – Multa de 60% - 06.02.01;
8. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Valor Histórico: R\$3.104,58 – Multa de 60% - 07.01.01;
9. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10%: R\$7.340,19 – 16.01.01;
10. Deixou de fornecer arquivo(s) magnético(s), exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Multa de 1%: R\$153.396,79 – 16.12.15;
11. Falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação, o qual deveria ter sido enviado via Internet através do programa Transmissão Eletrônica de Dados (TED), Omissão de entrega do arquivo. Multas Fixas: R\$2.760,00 – 16.12.20.

O autuado apresenta defesa através de advogado devidamente habilitado nos autos, de fls. 33/349, aduz que o Auto de Infração foi decorrente de suposta omissão de saídas, apurada com base nas informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartão de crédito/débito e de diferença entre alíquotas internas e interestaduais e antecipação tributária de mercadorias adquiridas de outras unidades Federadas; bem como pela suposta falta de registro de escrita fiscal de entrada e falta de apresentação de arquivos eletrônicos referentes aos anos de 2006/07 e 2008.

Ressaltou que em relação aos meses de janeiro a dezembro de 2008, foi realizado lançamento conforme presunção de realização de fato gerador do tributo, por meio de levantamento fiscal decorrente de informações fornecidas pelas empresas administradoras de cartão de crédito/débito, no qual a fiscalização realizou o lançamento do imposto supostamente devido em razão das informações fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito, ignorando toda a contabilidade e declarações realizados pelo autuado, bem como aplicou-se absurda multa no percentual de 70% do valor do imposto supostamente devido.

Disse, ainda que em relação aos anos de 2006 e 2007, o impugnante já foi fiscalizado e autuado pelos mesmos fatos, sendo que o novo lançamento sobre o mesmo período está apenas duplicamente a empresa, ou seja, há lançamento em duplicidade.

Invoca a nulidade do procedimento que foi adotado pela fiscalização, onde ocorreu a quebra do sigilo fiscal do contribuinte, seja em razão dos valores apresentados pelas operadoras de cartão de crédito não servirem de base para apuração do imposto, em razão de não representarem a realidade das operações de venda do autuado, seja por conta da homologação tácita do lançamento em relação a 2006 ou do fato de o impugnante já ter sido autuado e fiscalizado em relação aos anos anteriores.

Salientou que as autuações anteriores podem ser comprovadas pelas cópias dos autos de infração (233048.0069/6-0 - Janeiro a setembro de 2006; 233048.0052/07-9 - Outubro de 2006 a março de 2007 e 206878.0005/08-2 - Abril a dezembro de 2007) e que essas autuações tem a mesma relação com o objeto da presente autuação, especialmente em relação aos seus itens 10 e 11 (omissão de entrega de informações), devem ser devidamente excluídos da autuação sob pena de nulidade da mesma.

Levantou preliminar de nulidade em relação à homologação dos valores do exercício de 2006, no qual alegou que a fiscalização não contestou o crédito na época dos fatos (janeiro de 2006 à junho de 2006), tendo ocorrido a decadência para tal lançamento referente aos itens 1, 2, 3, 4, 7, 8 e 9, sendo todas estas infrações com fatos geradores ocorridos até o mês de julho de 2006, como determina o Código Tributário Nacional (CTN), art. 150, §4º.

Citou o art. 156, V do CTN que argui a prescrição e a decadência do lançamento, ficando, assim, extinto o crédito tributário em relação ao período compreendido.

Quanto à infração 1, transcreveu o art. 509, do RICMS que fundamenta para requisição de informações junto às empresas de cartão de crédito e afirmou que inexistente fundamento para tal quebra de sigilo e realização de presunção de movimentação, com base nas informações das operadoras de cartão, para efeito de lançamento do imposto, e mais, o autuante desconsiderou toda a contabilidade do contribuinte.

Ressaltou novamente que os valores informados pelas operadoras de cartão de crédito não representam, necessariamente, valores referentes a operações tributadas pelo ICMS, e que de antemão, esclarece que, a partir da Lei Complementar nº 105/2001, alterou-se a legislação acerca do sigilo, permitindo que o Fisco utilizasse as informações prestadas pelas instituições financeiras para lançar créditos tributários, o que antes era vedado expressamente, no entanto, afirma que, esta quebra de sigilo não pode ser banalizada e utilizada ao bel prazer do fisco, muito pelo contrário, tal quebra e utilização dessas informações, somente pode ocorrer quando houver processo administrativo instaurado para tanto, bem como, que seja justificável tal medida. Assim, não nos casos dos contribuintes que cumprem com as obrigações acessórias, declarando devidamente os tributos efetivamente devidos, e recolhem os tributos inerentes às suas operações, como é o caso.

Volta a ressaltar, que o artigo 509 do RICMS não modifica a estrutura da garantia ao sigilo fiscal e bancário, de forma que não pode a fiscalização desconsiderar toda a contabilidade do contribuinte regular e que cumpre com suas obrigações de recolhimento de impostos bem como as obrigações acessórias. Para fundamentar esta razão aqui combatida ressaltou e citou (Agravado de Instrumento 814.522.5/0-00, relatado pelo Desembargador XAVIER DE AQUINO, julgado em 13.11.08), que o Poder Judiciário, já decidiu pela ilegalidade da consideração de informações das operadoras de cartão para lançamento do imposto. Pede pelo acolhimento da questão preliminar, determinando o cancelamento do Auto de Infração, em sua totalidade, tornando-se nulo o lançamento.

Ressaltou que o autuado nunca simulou, omitiu ou realizou qualquer fraude em sua contabilidade, a qual encontra-se devidamente escriturada e declarada ao FISCO. Afirma que o que não se pode permitir é, justamente, a desconsideração de toda a contabilidade do

contribuinte e presumir que todos os valores decorrentes das operadoras de cartão de crédito tratam-se, exclusivamente, de vendas e operações tributáveis para efeitos de exigência do ICMS, onde restará demonstrado que não existe razão para a presente autuação.

Esclarece que é comum entre os lojistas a utilização das operadoras de cartão de crédito como se fossem instituições financeiras, por intermédio da disponibilização de crédito rotativo para capital de giro, figura de empréstimo puro e simples, nada se confundindo com vendas de mercadorias.

Diz, ainda, através das lições do Professor Paulo de Barros Carvalho, onde a hipótese trará a previsão de um fato (*se alguém auferir renda*), enquanto a consequência prescreverá a relação jurídica (obrigação tributária) que vai se estabelecer, onde e quando ocorrer o evento cogitado no antecedente (*aquele que prescreve: as pessoas físicas deverão recolher aos cofres públicos 15% ou 27,5% - conforme tabela progressiva - de Imposto de Renda sobre o seu rendimento anual que exceder R\$10.800,00, abatendo as despesas dedutíveis autorizadas por lei*).

Nesta linha, o critério material da regra-matriz da incidência tributária do ICMS é venda de mercadorias e inexistente no presente processo qualquer identificação da ocorrência do critério material da regra-matriz de incidência tributária do ICMS em relação aos valores fornecidos pelas operadoras de cartão de crédito, qual seja o recebimento de valores decorrente da venda de mercadorias, visto os valores mencionados pelas operadoras de cartão de crédito não refletem necessariamente a venda de mercadorias.

Reclamou até mesmo que foram desconsiderados os adiantamentos de empréstimos realizados pelas operadoras de cartão de crédito, para considerar como se todos os valores ali informados fossem decorrentes de vendas de mercadorias para incidência do imposto.

Faz pergunta ao órgão julgador “Onde está a vinculação da totalidade dos valores mencionadas pelas operadoras de cartão de crédito com as vendas de mercadorias efetivamente realizadas pela Impugnante e a absurda alegação de omissão de receita?”. Cita palavras de Orlando Gomes, “A presunção é admitir a lei tirar um fato conhecido para admitir um desconhecido”.

Prosseguiu alegando que os princípios constitucionais foram afrontados, primeiro na segurança jurídica, depois, o princípio da capacidade contributiva, pois o autuado não possui nenhuma relação com o conteúdo econômico apontado pelo Sr. Agente Fiscal como base de cálculo do ICMS, visto que nem todos os valores ali apontados referem-se a vendas de mercadorias.

Reitera que o sistema jurídico positivo é baseado em Princípios fundamentais fincados em nossa Constituição Federal.

Passa a demonstrar outras ilegalidades realizadas no presente lançamento em relação à multa confiscatória, no qual afirmou que sequer é o caso de exigência do ICMS e que a atual Constituição da República, em seu artigo 150, inciso IV, **veda expressamente**, como uma das limitações do poder de tributar e como garantia ao contribuinte. Transcreve texto da atual Constituição, escrevem CELSO RIBEIRO BASTOS e IVES GANDRA MARTINS (Comentários à Constituição do Brasil, 6º. vol., tomo I, pgs. 161/165).

Assevera que não houve nenhum dolo, fraude, omissão ou simulação nas suas operações. Esclareça-se, ainda, que a multa cujo caráter é nitidamente preventivo e punitivo, serve, a um só tempo, para desestimular e punir a evasão fiscal, mediante a cominação de sanção que, por sua onerosidade, levando em conta a importância do tributo, supera qualquer interesse econômico em adiar o seu pagamento.

Pede a Improcedência ou a nulidade do Auto de Infração.

Na informação fiscal realizada pelo autuante, fls. 376/381, quanto à refutação das preliminares de nulidade e razões opostas na peça vestibular, ratifica na íntegra o lançamento fiscal imputado.

Quanto a primeira preliminar de nulidade pelo fato de o impugnante já ter sido autuado e fiscalizado em relação aos anos de 2006 e 2007, cujas cópias encontram-se anexadas às fls. 367 a 372 do PAF (233048.0069/06-0, 233048.0052/07-9 e 206878.0005/08-2), se refere a ações fiscais de caráter não homologatório e que resultaram no lançamento de uma única infração e que os três autos citados, abrangeram os períodos de janeiro a setembro/2006, outubro/2006 a março/2007 e abril a dezembro/2007. Assim a alegação de que tais autuações têm relação com os itens 10 e 11 da presente autuação, relativamente ao exercício de 2007, não procede, pois a infração 5 caracteriza-se pela falta de cumprimento de obrigação tributária principal, decorrente de uma ação fiscal específica: “a verificação da regularidade ou não das operações de vendas com pagamento através de cartão de crédito ou débito”. Já as infrações 10 e 11 do Auto de Infração ora guerreado, são de caráter bem mais abrangente, pois descrevem com exatidão o descumprimento de obrigação tributária acessória, tipificada pela falta de apresentação de arquivos eletrônicos, exigidos mediante intimação (cópia à fl. 18 do PAF), os quais devem conter a **totalidade** das operações de entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento, inclusive inventário dos estoques inicial e final, e com o nível de detalhamento exigido na legislação vigente.

Disse que a defesa não se manifestou em relação ao descumprimento de obrigação acessória referente ao exercício de 2008 que resultou na aplicação das penalidades consignadas nas infrações 10 e 11 do Auto de Infração.

Na segunda alegação, homologação dos valores em relação aos exercícios de 2006, o autuante discorreu que a proposição de decadência, esboçada pela impugnante, é totalmente descabida, o que demonstra sua desatenção frente aos preceitos legais vigentes.

Abordou ainda que para a contagem do prazo decadencial deve ser observada a disposição esculpida no § 5º do artigo 107-B do Código Tributário do Estado da Bahia, combinado com o artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Portanto, para os fatos geradores ocorridos no exercício de 2006, o fisco teria até o dia 31/12/2011 para constituir o lançamento tributário. Em virtude do Auto de Infração ter sido lavrado em 30/06/2011, a tese de decadência, suscitada pelo autuado, cai por terra.

Afirmou que o contribuinte, em nenhum momento, questionou a procedência parcial das infrações citadas na inicial (fl. 335 do PAF) com fatos geradores a partir de julho de 2006. Encontram-se nesta situação os itens 2, 4, 8 e 9 do Auto de Infração nº 206878.0003/11-0. Já os itens 1, 3 e 7, também citados, possuem todas as suas datas de ocorrência situadas dentro do período objeto da impugnação já replicada (janeiro a junho/2006).

Na terceira alegação, nulidade da quebra do sigilo para lançamento do imposto, disse que a impugnação fez menção a dois dispositivos (artigos 509 e 509-A) pertencentes a um instrumento normativo que não possui correlação com o PAF em questão – o Regulamento do ICMS do Estado de São Paulo, aprovado pelo Decreto Estadual 45.490, de 30/11/2000. No caso específico do Estado da Bahia, a *Infração 05.08.01* encontra-se devidamente assentada no artigo 2º, § 3º do RICMS/BA, no entanto o acesso da SEFAZ/BA das informações das movimentações financeiras referentes às operações com cartões de crédito, de contribuinte inscrito em seu cadastro, encontram-se assegurado em legislação federal específica e não lhe compete opinar acerca da natureza legal de dispositivo normativo em vigor. Ademais, a diferença encontrada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito, constantes nas reduções “Z” do contribuinte, e o valor informado pelas administradoras de cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. A base de cálculo do ICMS é apurada a partir da diferença encontrada nos valores de vendas realizadas a consumidor final inferiores aos informados por instituições financeiras e operadoras de cartões de crédito e débito. É ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto (art. 4º, § 4º da Lei nº 7014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02), circunstância que não se confirmou no presente PAF.

Declarou que se trata de uma presunção “*juris tantum*”, isto é, admite prova em contrário, cabendo ao sujeito passivo o ônus de elidi-la, o que não sucedeu. O contribuinte, embora tendo recebido cópia do Relatório Diário de Operações TEF e tendo o prazo de defesa de 30 (trinta) dias para se manifestar, não apresentou qualquer planilha ou documento que contrariasse os valores lançados no demonstrativo de débito do Auto de Infração nº 206878.0003/11-0.

Deste modo, não pode ser acolhido o argumento defensivo de que o fisco não levou em consideração estornos e adiantamentos de recursos, efetuados pelas administradoras de cartão de crédito, uma vez que a legislação em vigor não faz qualquer referência pertinente à matéria, e a defesa também não comprovou, de maneira clara e objetiva, a ocorrência desses supostos eventos.

Quanto à última alegação, assevera que não cabe a ele a emitir juízo de valor acerca do caráter confiscatório da multa. A penalidade fiscal representa uma sanção pelo inadimplemento de obrigações tributárias. A definição do “*quantum*” pertinente ao valor ou percentual das multas fiscais é uma prerrogativa privativa e indelegável da atividade estatal de legislar sobre tributos. A atividade fiscalizatória é de natureza eminentemente vinculada e não é de nossa competência tecer considerações acerca da constitucionalidade ou legalidade de dispositivo normativo em vigor.

Informou ainda que a defesa não fez qualquer referência à Infração 6.

Pede pela Procedência do Auto de Infração.

VOTO

Apesar da extensa argumentação do sujeito passivo, com relação à ocorrência da decadência dos fatos geradores ocorridos até julho de 2006, rejeito a preliminar de mérito, pois a contagem para o prazo decadencial inicia-se no primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência dos fatos geradores, com base na regra do art. 173, inciso I, do CTN (Lei nº 5.172/66).

Desta forma o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2007, com prazo final em 31/12/2011 e a lavratura do Auto de Infração ocorreu em 30/06/2011, conforme regras contidas no Código Tributário Estadual, aprovado pela Lei nº 3956/81 (art. 107-A).

Quanto a primeira preliminar de nulidade, pelo fato de o impugnante já ter sido autuado e fiscalizado em relação aos anos de 2006 e 2007, cujas cópias encontram-se anexadas às fls. 367 a 372 do PAF (233048.0069/06-0, 233048.0052/07-9 e 206878.0005/08-2), estes se referem a ações fiscais de caráter não homologatório e que resultaram no lançamento de uma única infração e os três autos citados, abrangeram os períodos de janeiro a setembro/2006, outubro/2006 a março/2007 e abril a dezembro/2007. Assim a alegação de que tais autuações têm relação com os itens 10 e 11 da presente autuação, relativamente ao exercício de 2007, não procede, pois a infração 5 caracteriza-se pela falta de cumprimento de obrigação tributária principal, decorrente de uma ação fiscal específica: “*a verificação da regularidade ou não das operações de vendas com pagamento através de cartão de crédito ou débito*”. Já as infrações 10 e 11 do Auto de Infração ora guerreado, são de caráter bem mais abrangente, pois descrevem com exatidão o descumprimento de obrigação tributária acessória, tipificada pela falta de apresentação de arquivos eletrônicos, exigidos mediante intimação (cópia à fl. 18 do PAF), os quais devem conter a **totalidade** das operações de entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento, inclusive inventário dos estoques inicial e final, e com o nível de detalhamento exigido na legislação vigente. Portanto, não possuem conexão com o presente lançamento, não são pertinentes as alegações do contribuinte, razão por que ficam rejeitadas.

Quanto às multas aplicadas no presente Auto de Infração estão tipificadas na Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, portanto legais e aprovadas pelo Poder Legislativo deste Estado.

No mérito, o sujeito passivo praticamente concentrou sua defesa na infração relativa à omissão de saídas de mercadorias apurada com base nas informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, dentre elas a existência de quebra de sigilo fiscal, fato que considera inconstitucional e que consequentemente fere os direitos fundamentais do contribuinte/cidadão, procedimento vedado no texto Constitucional.

De fato, na presente situação não ocorreu à quebra do sigilo bancário/fiscal, vez que a Lei nº 7.014/96, que instituiu o ICMS no Estado da Bahia, no art. 35-A dispõe que *“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 imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.”*

Quanto à multa aplicada, encontra-se prevista na mesma Lei, no art. 42, III, portanto instrumento legal para coibir infrações à ordem tributária.

Saliento que a apreciação de constitucionalidade de lei emanada do Poder Legislativo é de competência exclusiva do Poder Judiciário, portanto este CONSEF não pode apreciar a questão, entendimento este ratificado no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, Decreto nº 7.629/99, art. 167, inciso I.

Ademais, o Auto de Infração contém elementos suficientes para determinar com segurança, a infração e o infrator; contém a descrição dos fatos de forma clara, precisa, sucinta; bem como todos os relatórios dos levantamentos elaborados e todas as provas necessárias à demonstração dos fatos apontados na infração, em obediência ao disposto no art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº. 7.629/99), e o autuante na informação fiscal, rebateu todas as questões trazidas na defesa. Assim, estão presentes nos autos todos os elementos necessários ao deslinde da questão, à vista de provas já produzidas, de acordo com o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, com destaque à entrega do Relatório TEF Diário, o que possibilitou ao sujeito passivo a análise comparativa de suas vendas registradas e das operações efetuadas por meio de cartão de crédito/débito.

Portanto, verifico da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário que resultou na infração 5.

De acordo com o disposto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, *“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 art. 35-A da Lei 7.014/96, dispõe que *“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 imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares”*, o que foi feito, e o contribuinte teve acesso por meio do Relatório TEF Diário de Operações.

A planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito está anexo fl. 51, TEF Anual, fl. 52. Outrossim, o Relatório Diário TEF, foi entregue ao contribuinte, consoante recibo de fl. 122, mas o mesmo não trouxe fatos novos que pudessem elidir a autuação em parte ou na sua totalidade, por meio do cotejo dos valores constantes no Relatório TEF Diário e os cupons fiscais/notas fiscais, que estão em sua posse.

De fato, o defendente, mesmo tendo recebido o Relatório Diário de Operações TEF, e sendo alertado de que poderia comparar as vendas diárias informadas pelas administradoras de cartões com os documentos fiscais (cupons fiscais e notas fiscais), coincidentes em valores e datas, não comprovou que, efetivamente, as vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito foram oferecidas à tributação do ICMS.

Deste modo, fica mantida a infração 5 em sua totalidade.

Apesar de o defendente não ter adentrado no mérito das demais infrações, e limitado a sua defesa a tese da ocorrência da decadência para os fatos geradores anteriores a julho de 2006, no que já foi refutada, verifico a legitimidade destas outras infrações, com base nas seguintes razões:

A infração 1 refere-se à utilização indevida de crédito fiscal, de materiais adquiridos para uso e consumo do estabelecimento.

O art. 97 do RICMS/BA traz as hipóteses de vedação da utilização de crédito, dentre elas quando as mercadorias adquiridas forem destinadas ao consumo, o que pode ser verificado na presente situação, por meio do demonstrativo de fl. 24 e cópias das notas fiscais, fls. 25 a 30 do PAF. Fica, portanto mantida a infração, com data de ocorrência de 28/02/2006, mesmo porque não fulminada pela decadência, conforme adredemente analisada a argumentação defensiva a esse respeito. Procedente a infração.

A infração 2 encontra fundamento no art. 97, IV, “b” do RICMS/BA, conforme demonstrativo de fls. 31/32 e cópias de notas fiscais, fls. 33/44. Infração mantida.

A infração 3 decorreu do crédito indevido de valor superior ao destacado no documento fiscal. Falha cometida pelo contribuinte, de acordo com a vedação do art. 93, § 5º, I do RICMS/BA. Fica mantida. Desmonstrativo de fls. 45, relativo à nota fiscal cuja cópia encontra-se na fl. 46.

A infração 4, relativa a crédito fiscal indevido, referente a bem do ativo imobilizado, onde houve a apropriação de valor superior ao permitido pela legislação. O demonstrativo está na fl. 47 e nas fls. 48 a 50 estão as cópias das notas fiscais.

A infração 6, exige ICMS referente à diferença de alíquotas do ativo fixo, com demonstrativo de fl. 53 e cópias de notas fiscais fls. 54 a 61 do PAF, e consoante o Art. 5º, I do RICMS/BA, para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento. O demonstrativo da infração na fl. 53, está em consonância com as cópias das notas fiscais de fls. 54 a 61 do PAF. Tendo em vista que o sujeito passivo não comprovou que não teria ocorrido a irregularidade que lhe está sendo imputada, fica mantida a infração.

A infração 7, da mesma forma que a anterior, exige ICMS referente a diferença de alíquotas, desta feita para consumo, com motivação idêntica à da infração 6, fica mantida. O demonstrativo de fl. 62 discrimina a nota fiscal competente que derivou o ilícito apontado, cuja cópia está anexa na fl. 63.

A infração 8, se refere à falta de antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

O demonstrativo de fls. 64 a 65 individualiza as notas fiscais objeto da autuação cujas cópias estão anexas nas fls. 66 a 83 do PAF. Infração procedente.

A Infração 9 exige multa de 10% sobre o valor da mercadoria tributável, relativa às entradas sem o registro na escrita fiscal. O demonstrativo de fls. 85/86 encontra base nas notas fiscais cujas cópias estão nas fls. 87 a 107 do PAF. Infração procedente.

Na Infração 10, a multa de 1% está prevista no art. 42, XIII-A, “g” da Lei nº 7.014/96, para o período de 31/01/2007 a 31/10/2007, e 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 10.847, no período de 30/11/2007 a 31/12/2008, demonstrativo de fl. 108.

O sujeito passivo recebeu a Intimação para apresentação de Informações em Meio Magnético, em 30/03/2011, quando lhe foi concedido o prazo de 30 dias. (documento de fl. 18).

Posteriormente, requereu a dilação de prazo, para mais noventa dias, para apresentar os arquivos magnéticos de 2007 e de 2008, conforme documento de fl. 21, com data de 02 de maio de 2011, sendo que o inspetor da Infaz Varejo, com a anuência do Coordenador II da DAT Metro/CPROC,

concedeu o prazo de mais 30 dias, previsto no art. 708-B, § 5º do RICMS/Ba, ou seja, até o dia 17/06/2011. (fl. 23).

Portanto, com a dilação do prazo para a entrega dos arquivos magnéticos, que se estendeu até o dia 17/06/2011, marca o prazo para que no primeiro dia útil subsequente ao do término do prazo consignado naquele documento, o contribuinte esteja inadimplente quanto ao atendimento desta obrigação acessória, ou seja, 18/06/2011, (data de ocorrência e data de vencimento), como normatizada na OTE-DPF-3005. Esta modificação não altera o valor da multa exigida que perfaz o total de R\$ 153.396,79. Infração procedente, com modificação da data de vencimento e ocorrência para o dia 18/06/2011.

A Infração 11 - falta de entrega de arquivo magnético, nos prazos previstos na legislação. Houve omissão de entrega dos arquivos que deveria ter sido entregue Via Internet. Multa de R\$1.380,00, referente a 31/12/2007 e R\$ 1.380,00 do período de 31/12/2008. Na relação dos arquivos recepcionados nas fls. 109 a 120 do PAF, não constam os que estão sendo exigidos. A infração está tipificada no art. 42, XIII-A, “j” da Lei nº 7.014/96. Infração mantida.

Voto pela PROCEDENCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206878.0003/11-0**, lavrado contra **BELUSKY INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$171.020,59**, acrescido das multas de 60% sobre R\$8.404,36 e 70% sobre R\$162.616,23, previstas no art. 42, II, “d” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$163.496,98**, prevista no inciso XIII-A, “j”, do mesmo diploma legal, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR