

PROCESSO - A. I. Nº 146468,0111/10-4
RECORRENTE - UTILITOYS PRESENTES E UTILIDADES LTDA. (BMART BRINQUEDOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1º JJF nº 0069-01/12
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 02/08/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0221-11/13

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO OU DÉBITO. REGISTROS EM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS PELAS ADMINISTRADORAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/1996 autoriza a presunção de operações tributáveis sem pagamento do imposto, quando os valores de vendas através do equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), sob a modalidade de cartões, forem inferiores aos informados por instituições financeiras ou administradoras, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que não ocorreu. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a cobrança relativa à obrigação principal em multa por descumprimento de obrigação acessória, equivalente a 60% do montante não antecipado. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 1ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal; Acórdão 0069-01/12), que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 15/12/2011 para exigir ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico total de R\$ 539.438,83. Além da nulidade do julgamento de piso e do lançamento de ofício, no mérito o objeto do apelo são as infrações 01/02, abaixo especificadas.

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do gravame, no valor de R\$ 249.007,44, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/1996, em decorrência de omissão de operações de saídas tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões, em valores inferiores aos fornecidos por instituições financeiras ou administradoras.

INFRAÇÃO 2 - Multa sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, no montante de R\$ 56.084,34, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/1996, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para comercialização, registradas na escrita e com saídas posteriores tributadas normalmente.

A Junta apreciou a lide na pauta de 09/04/2012 (fls. 655 a 660), tendo o ilustre relator prolatado o voto abaixo transcrito, unanimemente acatado pelos demais membros.

“Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração, por ausência do Termo de Início de Fiscalização.

Ao teor do disposto no art. 28, inc. I, do RPAF/99, o Termo de Início de Fiscalização serve para demarcar o início da ação fiscal, excluindo a espontaneidade do sujeito passivo. Todavia, esse citado Termo não é o único

instrumento que se presta a tal fim, pois, de acordo com o art. 26, inc. III, do RPAF/99, a intimação do contribuinte, preposto ou responsável para exhibir elementos solicitados pela fiscalização também serve para demarcação do início da ação fiscal e, em consequência, para excluir a espontaneidade do contribuinte. No caso em comento, os Termos de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos de fls. 15 e 16, todos assinados por prepostos do autuado, suprem a alegada ausência do Termo de Início de Ação Fiscal. Ressalto que os acórdãos citados na defesa tratam de situações diversas da que se encontra em lide, bem como não vinculam a presente Decisão. Dessa forma, afasto a preliminar de nulidade suscitada.

O autuado, referindo-se à Infração 1, assevera que o lançamento é ineficaz, uma vez que está baseado em informações fornecidas por administradoras de cartão, sem a sua anuência.

Os Relatórios de Informações TEF utilizados pelo autuante no presente lançamento de ofício foram fornecidos à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia com base no artigo 35-A, da Lei nº 7.014/96, que determina 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, débitos ou similares. Vê-se, portanto, que esses citados Relatórios de Informações TEF foram obtidos com amparo em dispositivo legal específico e, portanto, constituem elementos probantes válidos, não cabendo a este colegiado questionar a constitucionalidade desse dispositivo de lei, a teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99. Ademais, não se pode olvidar que o Convênio ECF 01/01, do qual o Estado da Bahia é signatário, também prevê que as informações sobre o faturamento de estabelecimento usuário de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) serão prestadas ao fisco pelas administradoras de cartão.

Trata a Infração 1 da falta de recolhimento de ICMS em decorrência de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada mediante levantamento das vendas pagas com cartão de crédito e de débito informadas pelas administradoras de cartão.

Os demonstrativos elaborados pelo autuante (Anexos I a IV) relacionam todos os dados utilizados na apuração dos valores que estão sendo exigidos nesse item do lançamento. Nesses demonstrativos está comprovada a ocorrência de operações de saídas de mercadorias em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito e/ou débito. A constatação dessa ocorrência, de acordo com o disposto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, autoriza o fisco a presumir a realização de operações de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto devido, ficando ressalvado ao contribuinte o ônus de provar a improcedência dessa presunção legal.

Visando elidir a presunção legal que embasou a exigência fiscal, o autuado sustenta que as informações prestadas pelas administradoras de cartão contêm equívocos e não possuem consistência. Esse vago argumento não possui o condão de elidir a presunção legal, uma vez que o autuado não comprova a existência dos equívocos que entende presente nos levantamentos.

Apenas em relação ao mês de novembro de 2009, o defendente afirma que o montante lançado no seu livro Registro de Saída não foi considerado pelo autuante como “venda declarada”. Não se sustenta essa assertiva, pois o mês de novembro de 2009 não foi objeto de exigência fiscal, conforme se pode observar no demonstrativo de fl. 56, portanto, foi correto o procedimento realizado pelo autuante.

O fato de ser a diferença apurada expressiva não comprova a improcedência da presunção legal, uma vez que essa diferença indicada na autuação está devidamente demonstrada.

O autuado solicita que sejam as administradoras de cartão instadas a apresentar os boletos emitidos contra o defendente. Mais uma vez esse argumento não procede, pois as operações estão consignadas nos Relatórios TEFs Diários, dos quais o autuado recebeu cópia conforme fls. 62/63 e 580/581. Dessa forma, nos termos do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, cabe ao autuado o ônus de comprovar a improcedência da presunção legal.

Uma vez que o autuado, em sua defesa, não comprova a improcedência da presunção legal, a Infração 1 subsiste integralmente.

No que tange à Infração 2, o autuado alega que não há nexo de causalidade entre o fato narrado e a sanção aplicada. Diz que esse item do lançamento deve ser julgado nulo.

De acordo com o disposto no §1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, quando o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto devido antecipação parcial, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação de saída posterior, fica dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a pena prevista na alínea “d” do inciso II.

No caso em tela, de acordo com os Anexos V, VI e VII, o roteiro de auditoria aplicado está em conformidade com o disposto no §1º do art. 42 da Lei nº 7.014/96, portanto, não há razão para a nulidade suscitada.

No mérito, o autuado não indica equívoco nos demonstrativos elaborados pelo autuante e nem comprova o recolhimento tempestivo do ICMS devido por antecipação parcial e, como as operações de saídas posteriores foram tributadas normalmente, é cabível a multa indicada na Infração em comento.

Apesar de o autuado não ter apontado erros no levantamento do autuante, observo, de ofício, que em relação à

Nota Fiscal nº 14.111 (fl. 65) o valor da antecipação parcial apurada à fl. 64 (R\$ 50,01) foi recolhido conforme o DAE acostado à fl. 80, cujo recolhimento consta no extrato do INC – Informações do Contribuinte – anexado à fl. 594. Dessa forma, do débito referente ao mês de ocorrência de novembro de 2007 (R\$ 3.798,00) deve ser excluída a multa referente a essa citada Nota Fiscal, no importe de R\$ 30,01, o que faz com que o débito passe para R\$ 3.767,99 e, em consequência o total da Infração 2 passa de R\$ 56.084,34 para R\$ 56.054,33.

O autuado argumenta que a multa indicada na Infração 2 tem o nítido caráter arrecadatário, que a pena é desproporcional e que o seu procedimento não causou prejuízo ao Estado.

Esses argumentos defensivos não elidem a infração, pois a pena indicada é a legalmente prevista para a irregularidade apurada, não cabendo a este órgão julgador administrativo apreciar aspectos relacionados à constitucionalidade da legislação tributária estadual, a teor do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Quanto à solicitação de redução ou de dispensa da multa, não vislumbro com atender o pleito defensivo, uma vez que não restou comprovado nos autos o atendimento das condições necessárias para a redução ou dispensa da multa.

Em face ao acima exposto, a Infração 2 subsiste parcialmente, no valor de R\$ 56.054,33.

No que tange às Infrações 3 a 8, o autuado reconhece a procedência da autuação, tendo, inclusive, solicitado o parcelamento dos valores correspondentes. Dessa forma, não há lide em relação a esses itens do lançamento e, portanto, essas infrações também são procedentes.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para julgar as Infrações 1, 3, 4, 5, 6, 7 e 8 procedentes, e a Infração 2 procedente em parte, devendo ser homologados os valores já efetivamente recolhidos”.

Inconformado, o sujeito passivo ingressa com Recurso Voluntário às fls. 670 a 675, alegando vício insanável na Decisão de base, pois a mesma, segundo aduz, não teria apresentado fundamento para a rejeição do pedido de nulidade do procedimento de fiscalização, que reitera, fundado na ausência de Termo de Início.

Em seguida, sustenta que a primeira instância não “apreciou, ainda, a argumentação relativa à produção de prova negativa (item 06 da defesa). Por último, não examinou as alegações do item 11, pertinentes ao item 02 do AI, sobre o preenchimento dos requisitos para a aplicação do disposto no art. 42, parágrafo 7º, da Lei 7.014/96”.

Pontuando que lhe é impossível produzir prova negativa, qualifica de ineficazes as informações prestadas pelas administradoras (infração 1), por não terem sido as referidas instituições autorizadas por si, estando sujeitas inclusive ao cometimento de equívocos, em especial porque não se fez um cotejo entre as vendas efetivamente declaradas e os Relatórios TEF, resultando numa significativa diferença.

Assim, pede que as prestadoras das indigitadas informações sejam chamadas a apresentar os boletos, e manifesta contrariedade em razão de o Fisco não ter considerado qualquer valor como “venda declarada” em dezembro de 2009 e janeiro a março de 2010.

Em dezembro de 2009 – conforme destaca, solicitando verificação nos sistemas desta Secretaria -, encerrou as suas atividades, passando a funcionar no mesmo endereço a sociedade MEGABMART LTDA. Por isso, neste período, nos livros e nas informações econômico-fiscais não havia lançamento de vendas, uma vez que as mesmas foram consignadas pelo mencionado contribuinte.

Com respeito à infração 2, seria improcedente, tendo em vista a inexistência de prejuízo ao Estado e de nexo de causalidade entre o fato narrado e a capitulação legal (art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/1996).

Requer o cancelamento ou a redução da multa da infração 2 (em 90%), por entendê-la exorbitante, protesta pela produção de provas através de todos os meios admitidos e encerra pleiteando o Provimento do Recurso.

No Parecer de fls. 692 a 694, a Procuradoria do Estado opina pelo acolhimento das alegações recursais, no sentido de declarar nulo o lançamento de ofício, uma vez que no Termo de Início de Fiscalização de fl. 14 não há assinatura de preposto do fiscalizado.

Entretanto, altera a sugestão às fls. 695 a 699, sob o argumento de que o art. 26, III do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia) também estabelece como instrumento para demarcar o início da ação fiscal a intimação (fls. 15/16).

Adiante, ao tecer considerações sobre as multas, assinala que este órgão não possui atribuição legal para a apreciação de constitucionalidade (art. 167, I, RPAF/1999); que as mesmas possuem natureza jurídica distinta de tributos; e que o pedido de redução ou cancelamento deve ser dirigido à Câmara Superior deste Conselho de Fazenda.

No mérito, não acolhe as alegações expendidas pelo contribuinte, com fundamento no arts. 4º, § 4º e 35-A da Lei nº 7.014/1996 c/c Convênio ECF 01/2001. O autuado, embora tenha recebido o Relatório Diário de Operações TEF, não apresentou documento fiscal com coincidência de valor e data capaz de afastar a presunção em enfoque.

No que concerne à infração 2, assinala que os respectivos levantamentos estão em consonância com o art. 42, § 1º da sobredita Lei.

VOTO

Relativamente à validade do procedimento administrativo e da Decisão recorrida, constato que o autuante e os julgadores de primeira instância expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram os ilícitos tributários, indicando os documentos e demonstrativos, bem como seus dados e cálculos, assim como apontaram o embasamento jurídico.

Não há erros insanáveis relativamente às acusações objeto do Recurso. As suas respectivas descrições evidenciam de forma compreensível os fundamentos de fato e de direito, bem como o método utilizado para a determinação da base de cálculo.

O contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os levantamentos atinentes às mesmas, inclusive o Relatório Diário de Operações TEF (fls. 62/63), e exercido tempestivamente seu direito de defesa e de Recurso; inclusive, manifestando-se em minúcias quanto ao mérito.

Portanto, seja no próprio Auto de Infração, seja na Decisão recorrida, que abordou absolutamente todos os aspectos ventilados pelo impugnante, preliminares e de mérito, nada existe que possa ensejar prejuízo ao contraditório ou ao direito de defesa, que restaram garantidos.

Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º, RPAF/1999).

O art. 26, III do Decreto nº 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; RPAF/1999) também estabelece como instrumento para demarcar o início da ação fiscal a intimação (fls. 15/16).

Quanto ao fornecimento de informações por parte de instituições financeiras e administradoras de cartões, está fundamentado nos arts. 4º, § 4º e 35-A da Lei nº 7.014/1996 c/c Convênio ECF 01/2001.

Ao compulsar os elementos de fls. 33 a 62, verifico, relativamente à primeira imputação, o cotejo entre as precitadas informações e os montantes de vendas informados no livro Registro de Saídas, procedimento que resulta em prejuízo ao Erário (débito menor do que o real), porquanto do referido livro constam todas as vendas efetuadas (em espécie, cheques ou cartões), enquanto a legislação determina a dedução (no cotejo) tão somente das vendas em cartões.

Portanto, represento à autoridade competente para que determine a renovação da ação fiscal, com vistas a lançar as quantias residuais, através da determinação da diferença entre as informações das administradoras e as vendas em cartões consignadas nas reduções Z.

A situação é de presunção legal, cujo procedimento está amparado na legislação acima citada

(arts. 4º, § 4º e 35-A da Lei nº 7.014/1996 c/c Convênio ECF 01/2001). Desse modo, é inservível a alegação de que a partir de dezembro de 2009 passou a funcionar no local outro contribuinte, a não ser que tivessem sido apresentados documentos fiscais, emitidos pelo recorrente ou por MEGABMART LTDA., cujas datas e valores fossem coincidentes com os do Relatório Diário de Operações TEF. Por conseguinte, não se trata de prova negativa.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Com base no art. 147, I, “a” do RPAF/1999, indefiro o pedido de diligência, para análises nos sistemas da SEFAZ ou para que as administradoras sejam instadas a apresentar boletos, já que os elementos ora presentes nos autos são suficientes para formar a convicção dos conselheiros.

Com relação à multa da infração 2, conforme assinalado pela Procuradoria, este órgão não possui atribuição legal para a apreciação de constitucionalidade (art. 167, I, RPAF/1999).

Por terem resultado de descumprimento de obrigações principais, o pedido de redução ou cancelamento – desta multa ou daquela da infração 01 - deve ser dirigido à Câmara Superior deste Conselho, nos moldes do art. 159, RPAF/1999, e não a esta Câmara ou à Junta. É ineficaz no caso concreto o comando do art. 42, § 7º da Lei nº 7.014/1996.

No mérito da infração 1, o art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/1996 autoriza a presunção de operações tributáveis sem pagamento do imposto, quando os valores de vendas através do equipamento emissor de cupom fiscal (ECF), sob a modalidade de cartões, forem inferiores aos informados por instituições financeiras ou administradoras, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que não ocorreu.

No que respeita à segunda imputação, que tem amparo no art. 42, § 1º da referida Lei, uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a cobrança relativa à obrigação principal em penalidade por descumprimento de obrigação acessória, equivalente a 60% do montante não antecipado.

Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **146468,0111/10-4**, lavrado contra **UTILITOYS PRESENTES E UTILIDADES LTDA. (BMART BRINQUEDOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$481.184,49**, acrescido das multas de 70% sobre R\$249.007,44 e 60% sobre R\$232.177,05, previstas no art. 42, incisos III, II, alíneas “f”, “a” e “d”, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações tributárias acessórias no valor de **R\$58.224,33**, previstas nos incisos II, “d”, XX, XV, “e” e XIX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos. Representa-se à autoridade competente para que determine a renovação da auditoria relativa à infração 1, nos termos acima expostos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de julho de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS