

PROCESSO - A. I. Nº 115969.0101/09-2
RECORRENTE - MLM COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0073-03/13
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 26/11/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0350-11/13

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. VALORES ESCRITURADOS NOS LIVROS FISCAIS. Infração comprovada com a própria escrita fiscal do contribuinte. Item subsistente. 2. VENDAS ATRAVÉS DE 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. O art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, autoriza a presunção de operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas através do equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), sob a modalidade cartões de crédito ou débito, forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que não ocorreu. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 3ª JF, constante no Acórdão nº 0073-03/13, que concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração epigrafado, lavrado em 18/06/2012, tendo sido a infração 03 anulada pela JF:

INFRAÇÃO 1: Deixou de recolher ICMS nos prazos regulamentares no valor R\$364.896,28, acrescido da multa de 50%, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro de 2008 a janeiro de 2010;

INFRAÇÃO 2: 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, março e abril, junho a setembro de 2008, abril e maio de 2010. Sendo exigido o valor de R\$9.367,96, acrescido da multa de 70%;

INFRAÇÃO 3: Recolheu a menos ICMS em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de fevereiro e novembro de 2010. Sendo exigido o valor de R\$13.860,21, acrescido da multa de 60%.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 3ª JF proferiu a Decisão não unânime, transcrita abaixo (fls. 357/362):

Inicialmente rechaço a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante sob a alegação de que não fora devidamente cientificada da ação fiscal por meio da lavratura do termo de início da fiscalização. Entendo que a ausência do Termo de Início da Fiscalização, além de não ter cerceado o direito de defesa do impugnante, também não causou qualquer ofensa ao devido processo legal, uma vez que de acordo com o art. 26, inciso III

do RPAF-BA/99, considera-se iniciado o procedimento fiscal também com a intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização, como se constata às fls. 08 e 09. Portanto, não há que se falar em nulidade por inexistência tempestiva de termo de início de fiscalização, como insinuou o impugnante, haja vista que a autuante ao intimar, por escrito, o contribuinte para apresentar os livros e documentos solicitados deu início ao procedimento fiscal, em conformidade com o RPAF-BA/99.

Quanto à alegação de que a autuante não disponibilizou cópias dos demonstrativos que alicerçaram a presente autuação, verifico que o processo foi convertido em diligência à Infaz de origem por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, fls. 350, para que fosse intimado o sujeito passivo e lhe fornecesse as cópias dos demonstrativos de apuração e de débito que lastrearam a acusação fiscal, constantes às fls. 17 a 20, com a indicação do prazo de trinta dias para o defendente se manifestar, querendo, reabrindo-se o prazo de defesa. Foi expedida intimação ao defendente, fls. 353 e 354, constando na própria intimação o recibo e ciente com assinatura de preposto do autuado, ficando sanada a irregularidade apontada pelo contribuinte.

Logo, considero ultrapassadas as questões suscitadas pelo impugnante de natureza preliminar.

Quanto ao pedido de revisão fiscal, não há razões para seu acolhimento, pois os autos encontram-se devidamente instruídos e não vislumbro equívocos ou elementos de dúvidas que ensejem a necessidade de diligência ou qualquer esclarecimento adicional. Assim, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos que já integram os autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide.

No mérito, o 1º item cuida da falta de recolhimento de ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Este é o enunciado básico constante na descrição desse item no Auto de Infração. Ao declarar que se trataria de imposto que deixou de ser pago “nos prazos regulamentares”, relativamente a operações “escrituradas nos livros próprios”, fica patente que a acusação fiscal cuida exclusivamente de imposto lançado e não recolhido. No entanto, ao compulsar os demonstrativos de apuração, fls. 17, 18 e 20, constato, consoante esclarecido na “Descrição dos Fatos, que nos meses de julho e agosto de 2008 e janeiro de 2010, não se configura a ocorrência da acusação fiscal, uma vez que nos referidos períodos de apuração constam lançados no LRAICMS como saldo devedor, respectivamente, os valores R\$4.037,23, fl. 36, R\$9.74,63, fl.38, e (R\$11.889,56), (saldo credor), fl.76, e nesses mesmos meses, foram exigidos os valores consignados nos referidos demonstrativos, respectivamente, os valores R\$6.096,48, fl. 17, R\$13.886,19, fl.17, e R\$9.216,48, fl.76.

Portanto, fica evidenciado nos autos que, ao proceder dessa forma, a fiscalização maculou o fulcro original da acusação fiscal, ou seja, incluiu no bojo da infração outra infringência, eis que apurou a escrituração indevida de créditos fiscais atinentes à pagamentos efetuados ao sistema de apuração pelo Regime do Simples Nacional, do qual o impugnante encontrava-se desenquadrado e efetuou a exclusão da escrituração do autuado, bem como ao constatar a escrituração de crédito fiscal lançados extemporaneamente e proceder à exclusão. Isto significa que a autuante efetuou um novo Conta Corrente Fiscal nos meses de julho, agosto de 2008 e janeiro 2010 para apurar essas irregularidades, desfigurando, assim, a acusação fiscal da falta de recolhimento referente a operações escrituradas.

Logo, por não se configurarem, os valores exigidos nos referidos meses, oriundos da falta de recolhimento de ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais, objeto da infração 01, deve ser anulada a exigência originalmente apurada.

Quanto à alegação do autuado de que inexistente prova de que a base documental foi respeitada para o refazimento do Conta Corrente Fiscal, não deve prosperar, uma vez que a elaboração, pela autuante, do conta corrente fiscal foi lastreada no livro Registro de Apuração do ICMS escriturado pelo próprio impugnante, portanto, fonte originada e produzida pelo autuado.

No que diz respeito à alegação da defesa pelo fato de não terem sido considerados no Conta Corrente Fiscal os créditos fiscais escriturados atinentes aos valores indevidamente pagos pelo impugnante no regime do Simples Nacional no período em encontrava-se desenquadrado do Regime Simplificado, tornou-se inócuo em face da anulação, ora proposta, das exigências relativas aos meses de julho, agosto de 2008, e ao mês de janeiro 2010, em razão do creditamento extemporâneo referente ao levantamento de estoque 31/12/2010.

Ademais, além de não ter sido apontada objetivamente pela defesa qualquer inconsistência ou divergência entre os valores constantes do LRAICMS e o levantamento fiscal, constato que, com exceção dos meses julho e agosto de 2008 e janeiro de 2010, o demonstrativo de débito reflete, efetivamente, a origem e o valor exigido na infração 01.

Assim, concluo pela manutenção parcial do lançamento perpetrado na infração 01 no valor de R\$335.697,13, em decorrência da exclusão do valor de R\$29.199,15, montante referente à anulação da exigência dos fatos geradores ocorridos em 30/07/08 - R\$6.096,48, 30/08/08 - R\$13.886,19 e 30/01/10 - R\$9.216,48.

A infração 03 trata do recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS - LRAICMS, consoante demonstrativo de apuração e de débito acostado à fl. 21. Do mesmo modo que na infração 01, os valores exigidos nessa infração não foram apurados como explicita o teor da acusação fiscal, uma vez que não se originam de desencontro do valor recolhido e a escrituração, e sim da exclusão, no mês de fevereiro de 2010, do saldo credor do período anterior, e no mês de novembro de 2010 se configurou um recolhimento a menos.

Portanto, diante da incongruência entre o teor da acusação fiscal e a efetiva apuração da irregularidade ocorrida, fica prejudicada a determinação com segurança infração cometida pelo sujeito passivo. Nesse sentido, de acordo com a determinação expressa na alínea “a” do inciso IV do art. 18 do RPAF-BA/99, concluo pela nulidade da infração 03.

Represento à autoridade competente para que, obedecendo ao prazo decadencial, seja analisada a possibilidade da realização de novo procedimento fiscal onde se possa provar a existência do ilícito fiscal, nas datas de ocorrências, 30/07/08, 30/08/08 e 30/01/10 na infração 01 e na infração 03, a salvo das falhas enunciadas nos presentes autos, objetivando resguardar os interesses do Erário.

Quanto ao item 02 que cuida da omissão de saídas 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.

Observe que de acordo com os demonstrativos acostados às fls. 11 a 16, foi 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.

Em sua impugnação, o autuado alegou inconsistência das informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e financeiras sem, contudo, comprovar de forma inequívoca qualquer divergência entre as operações contidas no TEF, cuja cópia lhe fora entregue, fls. 194 a 270, e a corresponde documentação fiscal por ele emitida.

Constato que não tem fundamento fático o pleito do contribuinte de se buscar esclarecimentos junto às administradoras de cartão de crédito, uma vez que não restou evidenciado nos autos qualquer inconsistência nos Relatórios TEF diários por operação que lastreia a acusação fiscal.

De acordo com o art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Sendo assim, por se tratar de acusação fiscal com fundamento em presunção legal relativa, ou seja, juris tantum, é admitida prova em contrário de ônus do autuado. Como no presente caso, o impugnante limitou-se a apresentar meras alegações desprovidas de provas, indicando comparativos entre valores absolutos, portanto, não comprovou qualquer irregularidade ou inconsistência no levantamento fiscal ou no relatório TEF. Eis que, a comprovação de inconsistência somente é possível se for identificada qualquer operação informada pelas administradoras de cartão de créditos e financeiras, que conste indevidamente no levantamento fiscal para a qual o impugnante comprove que emitiu o correspondente documento fiscal.

Diante destas considerações, restando evidenciado que as razões defensivas são insuficientes para elidir a acusação fiscal, concluo pela subsistência da infração 02.

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

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 375/378, requerendo a reforma da Decisão recorrida, para que o Auto de Infração seja anulado, ou que no mérito, o mesmo seja julgado improcedente.

Inicialmente, reitera os termos da defesa, pedindo expressamente o reexame de toda a matéria em segunda instância, por entender que não é necessário reproduzir suas alegações novamente.

Argui nulidade da infração 1, por insegurança jurídica, em razão de “dualidade de fundamentações e enquadramentos legais”, contaminando todo lançamento de ofício.

Ressalta que não há como considerar uma divisão do item em fundamentos distintos, a fim de se aproveitar parte dele. Pontua que se o vício existe, atinge todo o item e não somente “a exigência originalmente apurada”, em relação a parte de parte do lançamento de ofício.

No que tange à infração 2, repete que os demonstrativos sintéticos de 2008 apontam uma diferença de R\$3.494,35, baseada em equívoco nas informações das administradoras, que por não

terem sido prestadas pelo recorrente, não pode a autuação ser baseada em informações de terceiros, sem qualquer outra investigação de cunho contábil.

Diz que em 2009 existem diferenças favoráveis o recorrente em alguns meses, indicando erro nas informações das administradoras.

Desta forma, requer revisão do item 2, para que as administradoras sejam instadas a se manifestar e juntar os comprovantes das operações que informou serem do autuado.

A representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Helena Mendonça Cruz, em Parecer de fls. 383/384, opina pelo Improvimento do Recurso voluntário interposto, por considerar ausentes os argumentos capazes de modificar a Decisão recorrida.

No mérito da infração 1, diz que os valores remanescentes foram apurados referentes às operações lançadas nos livros fiscais e não recolhidas pelo contribuinte.

Quanto a infração 2, menciona que a presunção legal de omissão de saída exigida no Auto de Infração encontra guarida no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, constituindo em fato gerador do tributo.

Fundamenta que pela Lei do ICMS a presunção persiste enquanto o contribuinte não elidi-la, mediante a produção de provas que lhe cabe, sendo que no caso dos autos, essas provas não foram trazidas pelo Recorrente.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0073-03/13, prolatado pela 3ª JJF, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, em razão falta de recolhimento do ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, bem como de omissão de saída de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão.

Pela análise do quanto trazido aos autos, não há reparo a fazer na Decisão recorrida.

Compulsando os autos vejo que o Recorrente em nada inova em relação aos argumentos apresentados em sede do Recurso Voluntário, na medida em que, repete os mesmos argumentos trazidos na impugnação inicial, que foram corretamente enfrentados e afastados pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal.

Observo que o lançamento de ofício está em conformidade com a legislação tributária em vigor e a infração imputada ao Recorrente está devidamente descrita. O fato gerador da infração que compõe o lançamento está bem determinado e o elemento constitutivo do débito tributário está descrito nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais o Recorrente recebeu cópia, facilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo dele decorrente, incursos nas hipóteses de nulidades definidas no art. 18 do RPAF.

Restou verificado que o autuante efetuou um novo Conta Corrente Fiscal nos meses de julho, agosto de 2008 e janeiro 2010 e glosou valores que não decorreram da falta de recolhimento de ICMS referente a operações escrituradas nos livros fiscais, o que por ter alterado o fulcro da imputação foi anulado pela JJF.

Não há qualquer “*divisão de item em fundamentos distintos, a fim de se aproveitar parte dele*”. O imposto é lançado mês a mês, razão pela qual o erro de lançamento em um mês não contamina os demais.

Os valores remanescentes da infração 1 se referem às operações lançadas nos livros fiscais pelo próprio Sujeito Passivo e não recolhidas pelo Recorrente, que foram corretamente lançados pelo autuante.

Como não foram trazidos os comprovantes de pagamento de imposto e nem há nos sistemas da Secretaria da Fazenda a indicação de que os mesmos foram pagos, o valor do ICMS é subsistente.

No que tange a infração 2, o procedimento adotado pelo autuante na apuração do imposto tem guarida no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, foram confrontados os valores registrados na redução Z com os informados mensalmente no Relatório TEF e apurado diferença de valores, cabendo ao Recorrente provar a improcedência da presunção, que não o fez.

Foram disponibilizado todo o detalhamento das informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e o Recorrente não utilizou a prerrogativa de comprovar a improcedência da presunção legal que lhe fora imposta, com fundamento no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

O art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, referentes às suas alegações. Neste processo, verifico que o Sujeito Passivo apenas nega a infração que lhe foi imputada, por isso, compreendo tal justificativa apenas como negativa do cometimento da infração, o que não o desonera de provar a presunção fiscal, situação prevista pelo art. 143 do RPAF/99.

Para elidir a infração caberia ao sujeito passivo apontar os valores das vendas com cartão de crédito/débito não considerado pelo autuante no procedimento fiscal. Tal comprovação poderia ter sido efetuada através da apresentação de quaisquer documentos fiscais, juntamente com os boletos de vendas por meio de cartão de débito/crédito, para provar a inexistência das diferenças apontadas no Auto de Infração, o que não ocorreu.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração epigrafado.

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 **115969.0101/09-2**, lavrado contra **MLM COMÉRCIO DE ROUPAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$345.065,09**, acrescido das multas de 50% sobre R\$335.697,13, 70% sobre R\$1.698,31 e 100% sobre R\$7.669,65, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

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