

A. I. N° - 115969.0104/12-1
AUTUADO - CRIS & CO CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - MARIA MADALENA BARRETO DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 25. 04. 2014

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0074-01/14

EMENTA: ICMS. 1. 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 não elidida. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Autuado apenas arguiu a nulidade do lançamento, cuja arguição foi ultrapassada no exame da preliminar. No mérito, não trouxe qualquer elemento hábil de prova capaz de elidir a autuação. Infração subsistente. Rejeitada a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 09/07/2012, exige do autuado crédito tributário no valor de R\$92.404,47, em razão do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela 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, nos meses de janeiro a julho de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.774,42, acrescido da multa de 70%;
2. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a julho de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$90.628,05, acrescido da multa de 50%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa (fls. 225 a 227) consignando, inicialmente, que o estabelecimento não mais funciona, pedindo que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas ao profissional que subscreve a defesa, sendo o legítimo representante legal do autuado na ação administrativa, conforme procuração anexada.

Preliminarmente, argui a nulidade da ação fiscal, alegando que esta não foi precedida do necessário "termo de início da fiscalização", instrumento que, ao menos, não lhe foi submetido, sendo nessas circunstâncias o lançamento nulo, como decidido pelo CONSEF em casos similares. Menciona como exemplo o Acórdão CJF Nº 0157-11/09, cuja ementa reproduz.

Requer ainda em preliminar, a nulidade da autuação, por cerceamento do direito de defesa, alegando que não recebeu os demonstrativos analíticos da apuração, nem tampouco os TEFs diários relativos a infração 01, tendo a intimação sido feita acompanhar de uma "caixa de CD vazia". Acrescenta que, além disso, ainda que o "CD" tivesse sido enviado, não se provou a consistência dos

supostos "arquivos eletrônicos", que não foram testados, apesar de a ação fiscal ter como objetivo o refazimento do Auto de Infração nº 9I115969.0054/09-4, julgado nulo pelo CONSEF, PAF no qual se poderia identificar os representantes do autuado, para fins de qualquer formalidade processual. Afirma que não tendo sido atendidas as formalidades necessárias, inclusive teste de consistência dos "arquivos magnéticos", como também não tendo sido estes substituídos por material impresso, o lançamento é nulo de pleno direito.

Sustenta que os vícios apontados também atingem a infração 02, notadamente ante a ausência do termo de fiscalização e dos demonstrativos analíticos da apuração, não sendo do seu conhecimento, sequer, a existência de intimação para a apresentação de livros fiscais e demais elementos. Diz que, conforme visto, se encontra impossibilitado de adentrar de forma plena no mérito do lançamento, que deve ser anulado. Acrescenta que, caso alguma comprovação em contrário seja encontrada será juntada ao PAF, o que desde já, como meio de prova, requer.

Conclui protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e revisão para correta apuração dos valores. Protesta, ainda, pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal (fls. 237 a 239) contestando as alegações defensivas, afirmando que não procedem as acusações referentes à falta de Termo de Início de Fiscalização e falta de Intimação para apresentação de Livros e demais elementos; não recebimento dos demonstrativos analíticos da apuração, tudo referente às Infrações 01 e 02; como também não recebimento dos TEFs diários referentes à infração 01.

No que tange à infração 01, invoca os arts. 26 e 28 do RPAF/99, reproduzindo-os, afirmando que se considera iniciado o procedimento fiscal no momento da intimação por escrito, ao contribuinte, bem como que o termo de intimação para apresentação de livros e documentos dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

Afirma que as Intimações enviadas para o sujeito passivo, através de seus procuradores, constam das fls. 06 e 07 e ARS fls. 08 a 11 dos autos, tudo conforme dispõe o art. 26,§ III, art. 28,§.II, art.108, I e II, parágrafo único I e art., 109§ I ,II, do RPAF/99.

Esclarece que a ação fiscal tem como objetivo o refazimento do Auto de Infração nº 115969.0054/09-4, que foi julgado nulo. Acrescenta que quando da ação fiscal do citado Auto de Infração, o contribuinte foi representado pelos advogados nomeados e constituídos em procuração, cuja cópia consta à folha 216 dos autos.

Registra que por esse motivo, agora na nova ação fiscal, que resultou no presente Auto de Infração, o contribuinte foi notificado da ação fiscal com a lavratura do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos para os mesmos representantes legais, constituídos naquela procuração.

Diz que o fornecimento das cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos que elaborou, indispensáveis para o esclarecimento narrados no corpo do Auto de Infração, referentes às infrações 01 e 02, assim como os TEFs diários, referentes a infração 01 seguiu os trâmites legais, conforme previsto no art. 46 do RPAF. Ou seja, via remessa postal, comprovado pela cópia da intimação para o sujeito passivo, acostada à fl. 222 dos autos, e o seu recebimento conforme AR-aviso de recebimento, fl. 223.

Assevera que todas as cópias desses materiais seriam entregues aos representantes do sujeito passivo no encerramento da ação fiscal, com as devidas assinaturas dos recebimentos, contudo, não foi possível, visto que esses procuradores, nomeados e constituídos em procuração, conforme fl. 216 dos autos, se recusaram a assinar o Auto de Infração. Salienta que também não foi obtida a declaração dessa recusa, conforme o artigo 39, §10, do RPAF.

Assinala que o contribuinte não fora “contactado” por força da citada procuração, e como já dito, o presente Auto de Infração, diz respeito ao refazimento do Auto de Infração anterior, julgado nulo. Ressalta que, legalmente, o Auto de Infração em lide teria que ser assinado também pelos procuradores constituídos naquela procuração, porém, como esse fato não ocorreu, foi aposto no local da assinatura do autuado “contribuinte não localizado”.

Destaca que inobstante o contribuinte tenha recebido tudo que foi referido na intimação, emitida pela Coordenação de Cobranças/PAF, conforme cópia à fl. 222 dos autos, enviou novamente impressos, para os procuradores do sujeito passivo, constituídos em procuração , conforme cópia a fl. 228 dos autos, no caso “Planilha de cartão de crédito/débito”; “Demonstrativo da falta de recolhimento do ICMS lançado no Livro Registro de Apuração do ICMS”; “Reduções Z”, “Relatório Diário Operações TEF”, e “Cópia do Livro de Apuração do ICMS”, todos referentes ao exercício de 2008, sendo que este ultimo dispensável do envio por pertencer ao contribuinte, anexados às fls. 240 a 482 dos autos.

Esclarece que na ação fiscal que resultou no Auto de Infração nº 115969.0054/09-4, julgado nulo, tratava-se de fiscalização sumária, onde se determinava a execução apenas do roteiro de cartão de crédito/débito. Acrescenta que intimou os representantes do contribuinte para apresentação das reduções Z, sendo estas entregues à fiscalização na sua maioria ilegíveis, o que somente foi verificado no desenvolvimento dos trabalhos. Observa que utilizou os dados existentes no sistema da SEFAZ, informados pelo próprio contribuinte, mencionando, como exemplo, as DMAs. Diz que o contribuinte impugnou a autuação, pediu a nulidade do Auto de Infração, e assim foi decidido pelo CONSEF.

Frisa que no refazimento do citado Auto de Infração, como fiscalização vertical, o contribuinte foi intimado para apresentação dos Livros e Documentos Fiscais e também as Reduções Z, foram entregues à fiscalização as mesmas reduções Z, na maioria ilegíveis.

Salienta que intimou a empresa ECF TEC COMERCIO E SERVIÇOS LTDA, intervenienta técnica da cessação desse ECF para a entrega das fitas detalhes, tudo conforme cópias às folhas 13,16, 50 a 214 e 245 a 409 dos autos, havendo, dessa forma, condições do preenchimento da planilha de cartão de crédito/débito, onde se constatou a omissão de saídas no valor de R\$1.774,41, resultando na infração 01.

Registra que também foi detectado na ação fiscal, falta de recolhimento do ICMS referente a operações escrituradas nos livros próprios, resultando na infração 02.

Conclui dizendo que após esclarecimentos e o cumprido ao princípio da verdade material e também o envio via remessa, agora, para os procuradores e advogados do autuado, dos levantamentos comprobatórios que serviram de base para a ação fiscal, acima citados, não há motivação disposta na legislação que rege o assunto para nulidade ou improcedência do Auto de Infração em questão, conforme protesta o impugnante, mesmo porque a maioria dos créditos tributários exigidos refere-se ao ICMS lançado nos livros fiscais próprios.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

Cientificado sobre a informação fiscal o impugnante se manifestou (fls. 488 a 491) arguindo, preliminarmente, a nulidade por cerceamento do direito de ampla defesa, afirmando que houve inovação e novos elementos lançados pela autuante, apenas no momento, quando da sua manifestação sobre a defesa apresentada.

Diz que como é cediço, tais elementos já deveriam compor o Auto de Infração, quando da sua lavratura, com a sua devida intimação. Alega que se não constavam tais elementos no momento da intimação do Auto de Infração, deveria ser determinada a reabertura de prazo de 30 dias para sua defesa, para que não perpetre a nulidade absoluta do PAF, por cerceamento de defesa.

Em face disso, requer seja determinada a reabertura de prazo de 30 dias e não apenas 10 dias, como determinado pelo CONSEF.

No mérito, aduz que em que pese a tentativa da autuante de inserir novos elementos na autuação, com a finalidade de afastar as irregularidades e a improcedência do Auto de Infração, seu intuito não logrou êxito, remanescendo todas as falhas e inconsistências antes apresentadas, razão pela qual reitera e ratifica todos os argumentos defensivos, que transcreve.

A autuante se pronunciou (fls. 495/496) afirmando que a manifestação do impugnante não traz fatos novos, sendo apenas repetitiva nas suas argumentações, conforme aborda.

Conclui mantendo o Auto de Infração.

A 1ª JJF, após análise e discussão, deliberou pela conversão do feito em diligência a INFRAZ/VAREJO (fl. 499), a fim de que o autuado fosse cientificado sobre a concessão do prazo de 30 dias conforme requerido na manifestação.

Cientificado sobre a concessão do prazo de trinta dias o autuado se manifestou (fl. 506) registrando que ratificava os termos de sua defesa.

Conclui protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e revisão para correta apuração dos valores, assim como pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A autuante se pronunciou (fl. 511), afirmado que os questionamentos apresentados pelo impugnante já haviam sido explanados nas informações fiscais de fls. 237 a 239 e 495/496, sendo desnecessária a repetição.

Conclui opinando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de duas infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado.

Inicialmente, cabe-me apreciar as arguições defensivas de nulidade do Auto de Infração.

No que tange à nulidade por ausência do Termo de Início de Fiscalização, constato que não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que a ausência do Termo de Início da Fiscalização não se apresenta como condição suficiente para decretação da nulidade do lançamento, pois nos termos do art. 28, II, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a lavratura do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

No caso em exame, apesar de a autuante não ter emitido o Termo de Início de Fiscalização emitiu e forneceu aos advogados do autuado as intimações para apresentação de livros e documentos, conforme acostados aos autos às fls. 06/07 e aviso de recebimento – AR, fls. 08 a 11 dos autos, na forma dos arts. 26, III e 28, II, do RPAF/99.

Diante disso, como consta nos autos a intimação para apresentação de livros e documentos, não há que se falar em nulidade por ausência do Termo de Início de Fiscalização, razão pela qual rejeito a nulidade pretendida.

Quanto à nulidade arguida por cerceamento do direito de defesa, em razão de não haver recebido os demonstrativos analíticos da apuração, nem tampouco os TEFs diários relativos à infração 01, tendo a intimação sido feita acompanhada de uma "caixa de CD vazia", verifico que também não pode prosperar essa pretensão defensiva, haja vista que, na informação fiscal, a autuante destacou que inobstante o contribuinte tenha recebido tudo que fora referido na intimação, emitida pela Coordenação de Cobranças/PAF, conforme cópia à fl. 222 dos autos, enviou novamente impressos,

para os procuradores do sujeito passivo, conforme cópia a fl. 228 dos autos, no caso Planilha de cartão de crédito/débito; Demonstrativo da falta de recolhimento do ICMS lançado no Livro Registro de Apuração do ICMS; Reduções Z, Relatório Diário Operações TEF, e Cópia do Livro de Apuração do ICMS, todos referentes ao exercício de 2008, sendo que este ultimo dispensável do envio por pertencer ao contribuinte, anexados às fls. 240 a 482 dos autos.

Efetivamente, uma possível ofensa ao direito de defesa do autuado, restou afastada com a juntada aos autos e envio aos advogados representantes do contribuinte dos elementos aduzidos na informação fiscal, no caso, “Planilha de cartão de crédito/débito”; “Demonstrativo da falta de recolhimento do ICMS lançado no livro Registro de Apuração do ICMS” ; “Reduções Z”; “Relatório Diário Operações TEF” e cópia do livro de Apuração do ICMS, o que permitiu um conhecimento amplo sobre os fatos infracionais que lhe foram imputados.

Relevante registrar que esta Junta de Julgamento Fiscal - considerando que impugnante ao ser cientificado sobre a Informação Fiscal se manifestara arguindo cerceamento do direito de ampla defesa, sob a alegação de que deveria ser determinada a reabertura de prazo de 30 (trinta) dias e não apenas de 10 (dez) dias, conforme fora consignado na intimação - converteu o feito em diligência à INFRAZ/VAREJO, a fim de que fosse cientificado o autuado sobre a concessão do prazo de 30 (trinta) dias, conforme fora requerido.

Desse modo, como o impugnante recebeu todos os elementos necessários para o exercício amplo do direito de defesa, inclusive com a concessão do prazo de trinta dias para que se manifestasse, conforme fora requerido, não há que se falar em nulidade sob esse argumento.

Diante do exposto, não acolho as preliminares de nulidade, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício em exame.

No mérito, observo que a infração 01 cuida da falta de recolhimento do ICMS constatada pela 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.

No levantamento que realizou a autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Do exame dos elementos acostados aos autos atinentes a este item da autuação, constato que a Fiscalização realizou o levantamento comparando as informações TEF prestadas pelas administradoras de cartão de crédito ou débito com os valores referentes às saídas de mercadorias declaradas pelo contribuinte nos seus registros fiscais.

Noto que, conforme aduzido pela autuante e consta nos autos, intimou o autuado para apresentação dos “Livros e Documentos Fiscais” e também as “Reduções Z”, que foram entregues à fiscalização, porém, as mesmas reduções Z, na maioria ilegíveis.

Em virtude disso, a autuante intimou a empresa ECF TEC COMERCIO E SERVIÇOS LTDA, intervenienta técnica da cessação desse ECF para a entrega das fitas detalhes, o que foi feito, conforme cópias às folhas 13,16, 50 a 214 e 245 a 409 dos autos, o que possibilitou o preenchimento da planilha de cartão de crédito/débito, tendo sido constatada a omissão de saídas de mercadorias tributadas no valor de R\$10.437,73, com ICMS devido no valor de R\$1.774,41, apontado na infração 01.

Conforme consignado acima, a exigência fiscal de que cuida este item da autuação está fundamentada no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, tratando-se de uma presunção relativa, cujo ônus da prova de sua improcedência cabe ao contribuinte.

Em verdade, no que diz respeito ao aspecto material desta infração o impugnante nada abordou, sendo certo que a simples negativa do cometimento da infração sem apresentação de elementos hábeis de provas não é capaz de elidir a autuação (art. 143 do RPAF/99).

Diante disso, esta infração é subsistente.

Quanto à infração 02, também pode ser dito que o autuado conduziu a sua defesa sem abordar o aspecto material do lançamento, ou seja, os valores do ICMS que lhe foram imputados como devidos, tendo conduzido a sua defesa restringindo-se ao aspecto formal, cuja análise já foi feita acima e ultrapassada.

A alegação defensiva de ausência dos demonstrativos analíticos desta infração não procede, haja vista que a exigência fiscal diz respeito à falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, tendo a autuante fornecido ao autuado cópia do “Demonstrativo da falta de recolhimento do ICMS lançado no livro Registro de Apuração do ICMS” assim como cópia do livro Registro de Apuração do ICMS, referente ao exercício de 2008.

Na realidade, nesta infração o contribuinte lançou e não recolheu o imposto devido, inexistindo qualquer dúvida quanto aos valores do ICMS exigido na autuação, haja vista que obtidos no livro Registro de Apuração do ICMS escriturado pelo próprio contribuinte. Em síntese, trata-se de imposto lançado e não recolhido.

Desse modo, esta infração é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **115969.0104/12-1**, lavrado contra **CRIS & CO CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$92.402,47**, acrescido das multas de 50% sobre R\$90.628,05 e 70% sobre R\$1.774,42 previstas no art. 42, incisos I, “a” e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2014.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR