

A. I. Nº - 147074.0009/13-5
AUTUADO - I. M. DE SANTANA ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES EIRELI - EPP
AUTUANTE - ANTÔNIO CARLOS SALES ICO SOUTO
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 29.08.14

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0168-02/14

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES RESULTANDO EM DIFERENÇA NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 2. MULTA PERCENTUAL APLICADA SOBRE O VALOR DO IMPOSTO NÃO ANTECIPADO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, e restando caracterizada a infração, é devida a aplicação da multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, prevista no artigo 42, inciso II, da alínea "d", da Lei nº 7.014/96. Reduzido o débito por erro na sua apuração. Rejeitado pedido de decadência e negado pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/12/2013, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$12.260,68, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

01 – 05.08.01 - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$9.406,97, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, no mês de dezembro de 2008, conforme demonstrativos e documentos às fls. 06 a 20.

02 – 07.15.05 - Multa percentual, no valor de R\$ 2.853,71, sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de março a agosto de 2008, conforme demonstrativo às fls. 21 a 23.

O sujeito passivo, através de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls. 32 a 36, impugnou o lançamento consubstanciado no auto de infração pelos seguintes motivos.

Destaca que a autuação diz respeito a lançamento tributário com vistas a exigir o pagamento de tributo sob o entendimento da fiscalização de ter sido recolhido a menor, bem como multas, cujas datas dos fatos geradores variam entre 31/03/2008 a 31/12/2008, cuja ciência da autuação ocorreu em 10/01/2014.

Com base nisso, aduz que em se tratando de autuações por multas e recolhimento a menor do ICMS, como é o caso da infração 01 (tributo recolhido a menor cobrando-se apenas a diferença entre o declarado e o informado pelas operadoras de cartão de crédito), é aplicável ao caso

concreto o quanto dispõe o art.150 § 3º do CTN, ou seja, que caduca o direito de se promover o lançamento de ofício após 05 anos contados do fato gerador.

Frisa que, se a lavratura do AI foi notificada em 10/01/2014, todos os fatos geradores ocorridos antes de cinco anos desta data, ou seja, antes de 10/01/2009 estão extintos pela decadência.

No mérito, quanto à infração 02, alega que foram inseridas no levantamento fiscal notas fiscais cujas mercadorias foram destinadas ao ativo imobilizado, bem como notas fiscais que gozam com o benefício de redução em 60% do valor da Base de Cálculo por serem as emitentes Micro Empresas, e ainda notas fiscais que, além das emitentes serem micro empresas, tiveram suas mercadorias devolvidas parcialmente.

Assim, aduz que se ultrapassada a preliminar de decadência, pugna que as notas fiscais juntadas às fls.42 a 45 sejam excluídas do cálculo promovido pelo autuante.

Ao final, requer a total improcedência da autuação.

Protesta, ainda, por todos os meios em direto admitidos, indicando, de logo, juntada posterior de documentos e demonstrativos, pareceres, decisões dos Tribunais Administrativos e Judiciais, inclusive em contra prova, diligências, exames, vistoria e revisão do lançamento.

O autuante presta sua informação fiscal à fl. 48-B, e quanto a argüição de decadência, argumenta que o direito de o Estado imputar cobranças relativas às infrações tributárias é amparado pelo Código Tributário Nacional e pelo RICMS/97. Em relação ao exercício de 2008, o disposto nos seus respectivos artigos 173 e 965 demonstram que o instituto da decadência não havia sido alcançado.

Quanto às infrações, destaca que o autuado se não se pronunciou sobre a infração 01 – 05.08.01.

Com relação à infração 02 – 07.15.05, diz que analisou as alegações da defesa, e elidiu a cobrança da multa referente às notas fiscais nº 1834 e 39151, por ter constatado que as mercadorias foram destinadas ao ativo imobilizado, conforme demonstrativo às fls. 560 a 562. Quanto às notas fiscais anexadas às fls. 44 a 45, diz que não haviam integrado o Demonstrativo da Antecipação Parcial, pois referem-se a operações realizadas respectivamente em 26/10/2010 e 28/12/2010, sendo que a ação fiscal diz respeito apenas ao exercício de 2008. Informou que com a exclusão das notas fiscais citadas, persiste a cobrança da multa no valor de R\$2.526,94.

Conclui pela procedência parcial do Auto de Infração, no valor de R\$11.933,91.

Conforme intimação à fl. 55, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante à fl. 48-B, sendo-lhe entregues cópia, inclusive das fls.49 a 53, o qual, se manifestou às fls. 58 a 62, opondo-se à manifestação fiscal, com base nos argumentos seguintes.

Destaca que o autuante reconhece a procedência parcial da autuação no que toca àquilo que fora impugnado na infração 02.

A respeito da INFRAÇÃO 01, traz aos autos questão que considera extremamente séria, qual seja a da existência de quebra de sigilo fiscal da Impugnante, situação que **em tese** pode ser considerada como crime a ser imputando àquele que requereu a informação.

Aduz que através do art.6º da Lei Complementar 105/2001 foi disciplinada a relação entre o Fisco e as instituições financeiras como modo de possibilitar ao ente estatal a apuração de ilícitos tributários e os consequentes danos ao Erário.

Salienta que, pela leitura do dispositivo em questão, é que as Autoridades Fazendárias, inclusive o Autuante, somente poderiam examinar os registros de instituições financeiras se houvesse processo administrativo instaurado.

Argumenta que, tendo em vista o Relatório de Informações TEF – anual ter sido emitido antes da instauração do procedimento administrativo, conforme se lê da folha de rosto da autuação, houve clara e inequívoca afronta ao dispositivo de lei, especificamente o art. 6º da LC 105/2001, daí

porque entende que a autuação é nula de pleno direito. Sobre o tema, citou a jurisprudência no âmbito administrativo, através do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo (TIT), que administrativamente reconheceu a existência de vício semelhante ao presente.

Ao final, ratificou os pedidos constantes da Impugnação, quais sejam a nulidade da autuação e, sucessivamente, o reconhecimento da **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

O autuante, fls.69 a 70, em nova informação fiscal quanto à infração 01, salienta que o autuado desconsidera o mérito e manifesta-se apenas a respeito de questão preliminar, recorrendo ao artigo 6º da Lei Complementar 105/2001 alegando que “as autoridades fazendárias somente poderiam examinar os registros de instituições se houvesse processo administrativo instaurado”.

Ressalta que os Relatórios TEF são fornecidos periodicamente pelas instituições financeiras às autoridades fazendárias e ficam armazenadas nos sistemas de informação da SEFAZ/BA.

Observa que o processo administrativo foi instaurado através da emissão da O.S. nº 510550/13 pela autoridade fazendária competente (doc.fl. fls.01), e que deste processo, decorreu o procedimento fiscal iniciado e dado conhecimento ao contribuinte com as intimações às fls.04 e 05 para apresentação de livros e documentos fiscais necessários.

Informa que a documentação apresentada pelo contribuinte foi examinada e confrontada com os relatórios TEF fornecidos pelas administradoras de cartão, apurando-se as diferenças que ensejaram a autuação.

Assim, sustenta que todo o processo administrativo e o procedimento fiscal acima descrito, foi baseado no artigo 35-A da Lei 7.014/96, que determina que as administradoras de cartão de débito e crédito deverão informar ao fisco estadual os valores das operações TEF realizadas por contribuinte do imposto através de seus sistemas.

Com relação à infração 02, aponta que a informação fiscal já foi devidamente prestada às fls.49 a 54.

Manteve o valor de R\$11.933,91.

VOTO

Preliminarmente, analisando a argüição de decadência dos fatos geradores ocorridos antes de 10/01/2009, verifico que não assiste razão ao defensor, senão vejamos.

A discussão reside pois na possibilidade ou não de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo ao período citado, ante a disposição do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

A controvérsia que se estabelece, por conseguinte, não diz respeito à matéria das exigências naquele período. Instaura-se em questionamento jurídico, quer seja, se houve ou não lançamento válido pelo Fisco, diante da regra de caducidade do direito de o Fisco de constituir o crédito tributário.

Consoante o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o

crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido no citado período (2008), considerando-se que o lançamento ocorreu em 16/12/2013, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/2009, findando-se em 31/12/13.

Quanto ao pedido do autuado de diligência para revisão do lançamento, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além disso, o autuado não apresentou provas de suas alegações, nem justificou impossibilidade de trazer ao processo tais provas.

Os elementos dos autos são suficientes para elucidação dos fatos questionados, tornando-se despiciendo o objeto da diligência ou perícia requerida, motivo pelo qual, com fulcro no art.147, inciso I, do RICMS/97, indefiro o pedido do autuado.

No mérito, no caso do item 01, a autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “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”.

Desta forma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Em processos desta natureza é necessário que seja entregue ao autuado os TEF Diários por Operações para que o sujeito passivo possa se defender. Neste processo, o autuado recebeu um CD contendo os Relatórios TEF Diários por Operações, conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos à fl.26, e em sua primeira impugnação silenciou quanto a este item da autuação.

Entretanto, em nova manifestação, fls.60, alega a existência de quebra de sigilo fiscal da Impugnante, e recorre ao art.6º da Lei Complementar 105/2001, para argüir que a fiscalização somente poderiam examinar os registros de instituições financeiras se houvesse processo administrativo instaurado. No caso, sustenta que isto não foi observado pela fiscalização.

Quanto a alegada quebra de sigilo fiscal, ressalto que está previsto no Convênio ECF 01/01, que dispõe sobre informações do faturamento de estabelecimento usuário de ECF, prestadas por administradoras de cartão de crédito, que o *contribuinte usuário de ECF em substituição à exigência prevista na cláusula quarta do Convênio ECF 01/98, de 18 de fevereiro de 1998, poderá optar, uma única vez, por autorizar a administradora de cartão de crédito ou débito, a fornecer às Secretarias de Fazenda, Finanças, ou Tributação dos Estados, do Distrito Federal e à Secretaria da Receita Federal, até a data, na forma, nos prazos e relativamente aos períodos determinados pela legislação de cada unidade federada, o faturamento do estabelecimento usuário do equipamento* (Cláusula Primeira).

O estabelecido acima foi recepcionado no art. 35 “a” da Lei nº 7.014/96, no qual está previsto que as administradoras de cartão de crédito estão obrigadas a informar todas as operações realizadas pelos contribuintes. Logo, se o contribuinte está obrigado a informar as operações às

administradoras de cartão de crédito e débito, não ocorreu quebra de sigilo fiscal o fornecimento de tais informações ao Fisco.

No que diz respeito a alegação de que o Fisco só poderia examinar os registros de instituições financeiras se houvesse processo administrativo instaurado, entendo que a Ordem de Serviço nº 510550/13, é o documento que autoriza o preposto fiscal autuante a instaurar sua ação fiscal visando a verificação da regularidade das operações realizadas pelo autuado no modo de pagamento por meio de cartão de crédito/débito.

Mantido o lançamento deste item.

Quanto à infração 02, o débito lançado se refere a multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido recolhido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saídas posteriores tributadas normalmente, relativamente às notas fiscais relacionadas às fls. fl. 11 a 23, inclusive dói devidamente demonstrado o cálculo da multa.

Cumpre observar, em atenção à legalidade do lançamento tributário, o que segue.

A obrigatoriedade no recolhimento do ICMS, a título de antecipação parcial, sobre as aquisições interestaduais de mercadorias para comercialização, entrou em vigor a partir de 01/03/2004, através do artigo 12-A, da Lei nº 7.014/96, acrescentado pela Lei nº 8.967/03.

Já o § 1º do artigo 42 da citada lei, reza que: “*No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d” do inciso II*”;

Pelo que se vê, à época do fato gerador objeto deste item (março a agosto de 2008), a falta de pagamento da antecipação parcial do ICMS era tipificada como infração à legislação tributária, cuja multa de 60% lançada neste item da autuação, foi para punir o descumprimento da obrigação acessória de não recolher tempestivamente a antecipação parcial, constante do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(....)

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

(...)

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;

Constatou que o autuante confirmou as alegações da defesa, sendo elidida a cobrança da multa referente às notas fiscais nº 1834 e 39151, por ter constatado que as mercadorias foram destinadas ao ativo imobilizado, conforme demonstrativo às fls. 560 a 562. Quanto às notas fiscais anexadas às fls. 44 a 45 dos autos, diz que não haviam integrado o Demonstrativo da Antecipação Parcial, pois referem-se a operações realizadas respectivamente em 26/10/2010 e 28/12/2010, sendo que a ação fiscal diz respeito apenas ao exercício de 2008. Informou que com a exclusão das notas fiscais citadas, persiste a cobrança da multa no valor de R\$2.526,94.

Conforme intimação à fl. 55, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal e do novo elemento acostado ao processo, mais precisamente o demonstrativo de cálculo refeito, fls.50 a 52, que lhe foi entregue, não mais fazendo qualquer referência a este item, o que caracteriza reconhecimento tácito sobre o mesmo.

Sendo assim, a infração 02 fica reduzida para o valor de R\$2.526,94, subsistindo parcialmente este item da autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$11.933,91, alterando-se o demonstrativo de débito da infração 02, conforme abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Venc.	B. Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/03/2008	09/07/2010	204,41	17	60	34,75
30/04/2008	09/08/2010	2.240,00	17	60	380,80
31/05/2008	09/09/2010	8.680,82	17	60	1.475,74
30/06/2008	09/10/2010	1.637,65	17	60	278,40
31/07/2008	09/11/2010	1.124,47	17	60	191,16
31/08/2008	09/12/2010	976,94	17	60	166,08
TOTAL					2.526,93

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 147074.0009/13-5, lavrado contra **I. M. DE SANTANA ALMEIDA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES EIRELI - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.933,90**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.526,93 e de 70% sobre R\$9.406,97, previstas no artigo 42, inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR