

A. I. Nº - 298057.0027/13-2
AUTUADO - CASA DAS FARDAS COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - VERA VIRGINIA NOBRE DE SANTANA CHAVES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 04/11/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0240-03/14

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. O autuado não elide a acusação fiscal. Infração subsistente. **b)** NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração reconhecida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/03/2013, exige crédito tributário, no valor total de R\$49.741,25, em decorrência das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 05.08.01. Omissão de saída de mercadoria 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 a julho, outubro e novembro de 2010 e janeiro a maio e julho a dezembro de 2011. Foi lançado imposto no valor de R\$48.775,00, acrescido de multa de 70% e 100%;

Infração 02 - 16.01.01. Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses abril e julho de 2010, e abril, maio e julho de 2011. Indicada multa de 10% sobre as entradas resultando no valor de R\$996,25.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 220, apresenta defesa, fls. 217 a 219, aduzindo as seguintes ponderações.

Inicialmente, requer, sob pena de nulidade, que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da Autuada na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes especificados na procuração.

Suscita em preliminar, a nulidade da intimação efetuada em 05/04/13, por cerceamento do direito de defesa, de logo pedindo saneamento do Auto de Infração e reabertura do prazo de defesa, posto que o CD, anexo, fornecido ao impugnante, com os TEFs diários, não se mostra inteiramente acessível, não sendo possível visualizar os valores referentes aos meses de outubro a dezembro de 2011, impedindo a conferência, que inclusive foi realizada nos demais meses. Para

ilustrar seu argumento cita decisão do CONSEF reproduzindo a ementa do ACORDÃO CJF Nº 0170-11/08.

No mérito, solicita a aplicação do previsto no art. 155, parágrafo único, do RPAF-BA/99, hipótese em que renuncia à questão prejudicial acima, por ser a exigência relativa ao item 01 improcedente, não existindo base legal para a aplicação da presunção estabelecida no art. 2º, §3º, VI, do RICMS-BA/97. Observa que em consonância com o art. 116, do RICMS-BA/97, em se tratando de apuração pelo “regime normal”, “os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal.” Acrescenta esclarecendo que o art. 124, do mesmo regulamento, prevê que o recolhimento do imposto apurado na forma acima será recolhido até o dia 9 do mês subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores. Assegura que a norma vigente consagrou o ICMS como imposto sujeito a apuração mensal.

Assinala que no caso em tela, fugindo à previsão regulamentar, e sem outra base legal de suporte, a Autuante, conforme demonstrativos que instruem o PAF, identificou, em alguns dias dos meses auditados, que existiriam diferenças entre as informações das administradoras de cartões e as reduções “Z”, entendendo, sem lastro legal, que houve “omissão de saída”. Aduz que o ICMS deve ser apurado mensalmente, fora hipóteses de “regime especial de apuração” (não aplicável ao caso), trânsito irregular de mercadorias etc. Sustenta, por isso, que a autuação é ineficaz, pois não seguiu o roteiro determinado na norma, da apuração mensal.

Frisa que, de acordo com os demonstrativos e reduções “Z”, ora anexado, em todos os meses conferidos (faltou outubro a dezembro de 2011, pois os dados das TEFs não se encontram acessíveis), o ECF mensal indica valores maiores do que aqueles informados pelas administradoras de cartões ou instituições financeiras. Destaca que essa situação se repete mensalmente, culminando, em 2010, no total anual de R\$1.424.359,03 (administradoras e instituições), contra R\$1.756.356,51 (ECF), e, em 2011, até setembro, R\$1.684.549,91, contra R\$2.055.176,57, respectivamente administradoras e instituições e ECF.

Afirma que inexistente base legal, assim, para se dizer que houve “omissão de saídas”. Ressalta que suas vendas totais foram lançadas e tributadas, dentro dos períodos regulamentares de apuração. Destaca que eventuais diferenças diárias, se por um lado não suportam a presunção de “omissão”, por outro são normais no ramo de atividade desenvolvido, pois algumas vendas são solicitadas em um dia e executadas em outro, decorrência de serem compras de fardamentos para terceiros (condomínios, empresas etc.), que precisam de ajustes (bainhas, bordados etc.), serviços estes disponibilizados gratuitamente.

Assevera que o imposto cobrado no presente Auto de Infração, em verdade, já foi apurado e recolhido, dentro dos períodos mensais, legais, determinados no regulamento do ICMS, não se podendo falar em nova apuração diária. Arremata sustentando que, o item 01 é nulo ou improcedente.

Em relação ao item 02 afirma ser procedente e que já providenciou a quitação pertinente.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos, documentos e revisão para que seja alcançada a verdade material, determinando a regularidade, ou não, da apuração e pagamento do imposto nos exercícios de 2010 e 2011. Requer a nulidade da intimação e reabertura do prazo de defesa, assim como, ao final, pela nulidade ou improcedência da autuação, reitera seu pedido para aplicação do disposto no art. 155, § único, do RPAF-BA/99.

A autuante presta informação fiscal, fls. 422 a 424, destacando inicialmente que o autuado solicita saneamento do PAF e reabertura do prazo de defesa posto que o CD, anexo, fornecido a autuada pela autuante com os TEFs diários, se mostra inteiramente inacessível em alguns meses, não sendo possível visualizar os valores referentes aos meses de outubro a dezembro de 2011, impedindo a conferência, que inclusive foi realizada nos demais meses.

Assinala que no mérito o defendente alega que não procede a autuação do item 01, pois não haveria base legal para cobrança da omissão, uma vez que o regime de apuração é mensal e dentro do período mensal, não existe diferença na base de cálculo do imposto mensal. Ressalta que devido ao ramo de atividade, o impugnante sustenta que efetua vendas sem a emissão do respectivo documento fiscal, e posteriormente o emite quando conclui a operação de venda.

Assevera que a defesa é meramente protelatória, tendo em vista que o autuado recebeu o CD abriu e visualizou no momento do seu recebimento, o que há em verdade é que os lançamentos do ano de 2011 foram subtraídos do CD, fato que comprovamos pela verificação da Impressão digital, do Recibo de Arquivos Eletrônicos, anexado à folha 425, efetuada a leitura no CD apensado pela defesa na folha 420, comparando-o com o Recibo de Arquivos Eletrônicos presente no procedimento administrativo fiscal (Auto de Infração nº 298057.0027/13-2) à folha 25, onde constata que a Impressão digital de 2010 é idêntica em ambos os recibos e a impressão digital de 2011 é diferente, ou seja, após o recebimento do CD pela autuada, houve adulteração dos dados, portanto, não há cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito, afirma que não se pode confundir regime de apuração mensal com operação de vendas de mercadorias, a Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

Art. 34. São obrigações do contribuinte:

[...]

VI-A - emitir documento fiscal no momento da realização da operação ou do início da prestação, quando não previsto na legislação momento diverso para a sua emissão;

Ressalta que as operações realizadas pelo contribuinte são diárias, no Emissor de Cupom Fiscal são registradas operação por operação, o recebimento se dá mediante cartão de débito/crédito ou dinheiro ou cheque ou outros meios que é observado no próprio cupom fiscal, conseqüentemente constante na Redução “Z”.

Esclarece que o confronto entre as vendas realizadas através de cartão de débito/crédito cujo documento é informado pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de débito ou crédito é apurado diariamente, havendo divergências, ou seja, identificação de operações realizadas sem emissão do documento fiscal, estas são somadas para que seja apurada a omissão devida no período mensal e conseqüente imposto devido.

Explica que nas operações das omissões diárias identificou-se o total das omissões mensais e o tributo conforme procedimento administrativo fiscal está sendo exigido também por período mensal

Frisa que o Código Tributário Nacional - CTN preceitua em seu art. 136 que a responsabilidade pela infração independe da vontade do contribuinte, e existindo, infração e prejuízo aos cofres públicos, o crédito tributário deve ser cobrado.

Conclui mantendo a autuação.

Em manifestação acerca da informação fiscal, fls. 430 a 432, o impugnante renova integralmente todos os argumentos alinhados na defesa.

Acrescenta ponderando que apenas para efeito de discussão, ainda que tenha emitido documentos fiscais posteriormente a determinadas vendas, tal procedimento, por si só, denota a regular tributação das mesmas operações, impedindo, com a emissão voluntária do documento, a existência de diferenças. Frisa que a posterior emissão dos documentos, ainda em apego à discussão, não se aplica para regularização de trânsito de produtos, flagrado sem documentação fiscal. Observa que para efeito do pagamento do ICMS, de apuração mensal, os documentos emitidos posteriormente evitam a evasão. Reafirma que, por isso, não se pode falar em apuração diária.

Conclui reiterando todas suas razões e pleitos alinhados na defesa.

A autuante à fl. 436 informa que o impugnante não carrou aos autos provas ou fatos novos na manifestação apresentada.

Em diligência determinada por esta Junta, fl. 439, foi entregue ao impugnante, reabrindo-se o prazo de defesa de trinta dias, outro CD contendo os arquivos com o Relatório TEF diário por operações e trazendo aos autos a comprovação da entrega, da abertura, da visualização e do acesso integral ao conteúdo dos referidos arquivos. Solicitação cumprida conforme se verifica à fl. 442 e 444.

Às fls. 447 a 449, o defendente se manifesta acerca do resultado da diligência determinada pela 3ª JJF para entrega do CD contendo o TEF diário por operações completo e plenamente acessível.

Reitera integralmente os termos da defesa e requer, novamente, que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais da autuada na ação administrativa.

Suscita que a “diligência”, ora respondida, é nula de pleno direito, posto que não obteve, se é que existe, o devido despacho, da Autoridade Competente, determinando o ato. Não tendo acesso ao despacho correspondente, não pode entender por completo os objetivos, que devem ser firmados, de forma antecedente, pelo Julgador, pois, estando o PAF “defendido”, a Autoridade à qual compete sua instrução é o CONSEF.

No mérito, reapresenta *ipsis litteris* todos os argumentos articulados na defesa e na manifestação anterior.

A autuante informa à fl. 454, que foi entregue ao impugnante CD-R contendo Relatórios TEF diário por operações dos meses de janeiro a dezembro de 2010 e de janeiro a dezembro de 2011, perfeitos e completos e abertos e acessado pelo preposto recebedor. Assinala que o autuado se manifestou, entretanto, não carrou aos autos fatos e/ou provas novas.

Constam às fls. 458 a 459, extratos do Sistema de Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT de pagamento efetuado pelo sujeito passivo de parte da exigência originalmente lançada de ofício

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade da intimação suscitado pelo impugnante por cerceamento do seu direito de defesa sob a alegação de que não conseguiu visualizar os valores referentes aos meses de outubro a dezembro de 2011 no arquivo magnético que lhe fora fornecido junto com a intimação. Entendo que este óbice fora inteiramente superado, mediante diligência, com a entrega ao defendente do arquivo inteiramente acessível constando os Relatórios TEFs diários por operações e com a reabertura do prazo de defesa em trinta dias, fls. 439 e 442. Não deve também ser acolhida a nulidade da diligência suscitada pelo impugnante, por não lhe ter sido entregue o despacho do pedido de diligência da lavra desta 3ª Junta, eis que não resultou em qualquer óbice ao exercício de defesa do autuado, uma vez que, além da simplicidade do pedido formulado (entrega do arquivo magnético com dados plenamente acessível e reabertura do prazo de defesa) o seu atendimento foi integral e na forma indicada pelo próprio impugnante. Logo, entendo superada a questão de preliminar de nulidade.

No mérito, ao Auto de Infração trata de duas infrações à legislação do ICMS, consoante inteiro teor enunciado no limiar do relatório.

No que diz respeito à infração 02, fica mantida a autuação ante a inexistência de lide, uma vez que o autuado reconheceu de plano o seu cometimento e promoveu o recolhimento da exigência lançada de ofício, fl. 224.

A Infração 01 trata da omissão de saída de mercadoria 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.

Os demonstrativos elaborados pela autuante, fls. 08 a 23, relacionam e discriminam todos os dados utilizados na apuração dos valores que estão sendo exigidos nesse item do lançamento. Os demonstrativos comprovam a ocorrência de operações de saídas de mercadorias na coluna “Redução “Z”, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito e/ou débito, na coluna “ADM”, conforme consta no Relatório TEF diário por operação cuja cópia foi entregue ao autuado. 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 da improcedência dessa presunção legal.

O impugnante alegou que a autuação é ineficaz por não ter seguido o roteiro determinado na norma que consagrou que o ICMS é imposto sujeito a apuração mensal. Constatando que não deve prosperar a alegação do autuado, haja vista que inexistem nos autos, tanto nos demonstrativos de apuração, fls. 08 a 23, quanto no demonstrativo débito, fl. 04, bem como no Auto de Infração, fls. 01 e 02, qualquer exigência fiscal com data de ocorrência e de vencimento com apuração diária. O que se verifica é que a apuração mensal consignada no Auto de Infração, de acordo com as datas de ocorrência do fato gerador, são constituídas de operações individualizadas - conforme explicitadas no Relatório TEF, ocorridas em cada dia e consolidadas ao final de cada período mensal, sendo exigido o valor totalizado no fim de cada mês. Portanto, resta evidenciado nos autos o estrito cumprimento da legislação do imposto.

Aduziu também o impugnante que inexistem base legal nos autos para se concluir de que ocorrera “omissão de saídas” no período fiscalizado, pelo fato de que os registros mensais de seu ECF apontam valores maiores do que os informados pelas administradoras de cartão de crédito e instituições financeiras, e com isto, diz entender que suas vendas totais foram lançadas e tributadas. Ora, não entendeu o defendente a essência da acusação fiscal que não compara valores absolutos de suas vendas. A omissão de saídas apuradas na infração 01 decorre da aplicação do roteiro específico de auditoria (omissão de receita) que compara, tão-somente, as vendas com pagamentos exclusivamente realizados por meio de cartão de crédito ou de débito, registradas no ECF e somente as segregadas por esta modalidade de pagamento, com as informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito e de débito no Relatório TEF diário por operação.

Por se tratar de presunção legal devidamente comprovada nos autos, somente prova em contrário pode elidir o cometimento de omissão de saídas, objeto desse item da autuação, ou seja, a comprovação inequívoca de que para cada operação de venda com pagamento por meio de cartão de débito ou de crédito, informada pelas operadoras constantes do Relatório TEF diário por operação, foi emitido o competente documento fiscal. O impugnante não carrega aos autos comprovação da emissão de qualquer documento fiscal que correspondesse a alguma das operações informadas pelas administradoras de cartão de crédito e financeiras.

Também não carrega aos autos o impugnante qualquer comprovação inequívoca de sua alegação de que são normais em seu ramo de atividade eventuais diferenças diárias, pois algumas vendas são solicitadas em um dia e executadas em outro, decorrendo de serem compras de fardamentos para terceiros (condomínios, empresas etc.), que precisam de ajustes (bainhas, bordados etc.), serviços estes disponibilizados gratuitamente. Portanto, a mera alegação não tem o condão de elidir a acusação fiscal que se fundamenta em demonstrativos lastreados na origem pormenorizada dos valores apurados.

Logo, nos termos acima enunciados, resta caracterizada a infração 01.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298057.0027/13-2**, lavrado contra **CASA**

DAS FARDAS COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$48.775,00**, acrescido das multas de 70% sobre R\$4.445,14, e de 100% sobre R\$44.329,86 previstas no art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória no valor de **R\$966,25**, prevista no inciso IX, do mesmo artigo e Lei, e dos acréscimos moratórios, conforme o disposto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2014.

ARIVALDO DE SOUZA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA