

A. I. Nº - 110427.0001/12-8
AUTUADO - UNIVERSO DOS COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 18/12/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0270-03/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS COM ICMS ANTECIPADO. **b)** AQUISIÇÃO DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. **c)** DOCUMENTO FISCAL. DESTAQUE MAIOR. Infrações reconhecidas. 2. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR DO IMPOSTO RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO LIVRO REGISTRO DE APURAÇÃO. Infração reconhecida. 3. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS COM OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Infração caracterizada e valor reduzido em face de diligência fiscal. Infração parcialmente elidida. 4. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Comprovada a inclusão de notas fiscais devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas, o levantamento fiscal foi corrigido pelo autuante e o débito reduzido. Infração parcialmente caracterizada. 5. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES ACUMULADOS NO EQUIPAMENTO E OS LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS. Infração reconhecida. 6. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO. Excluídos do débito apurado os valores recolhidos antes da ação fiscal. **b)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração reconhecida. 7. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração reconhecida. 8. DOCUMENTOS FISCAIS. CANCELAMENTO DE CUPOM FISCAL SEM APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS ORIGINAIS CANCELADOS JUNTO À REDUÇÃO “Z”, EMITIDAS PARA AS RESPECTIVAS OPERAÇÕES. Tal procedimento faculta ao fisco a presunção de cancelamento indevido, ficando sujeito ao pagamento do imposto devido na operação. Autuado não comprovou os cancelamentos mediante apresentação do relatório da redução “Z” juntamente com os respectivos

cupons cancelados. Infração mantida. **9. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. MERCADORIAS SUPÉRFLUAS. DEO-COLÔNIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA. [OPERAÇÕES COM PERFUMES, ÁGUAS-DE-COLÔNIA, COLÔNIA E DEOCOLÔNIA].** A legislação baiana prevê alíquota especial para as operações com perfumes (extratos), águas-de-colônia, colônias e deocolônias, porém exclui da tributação especial as operações com lavanda e seiva-de-alfazema (Lei nº 7.014/96, art. 16, II, “h”). Assim, as operações com águas-de-colônia, colônias e deocolônias são tributadas à alíquota especial, exceto quando produzidas à base de alfazema ou lavanda, sujeitas à alíquota comum. Mantida aplicação da alíquota de 25%, nas operações internas com perfumes, sob a denominação de “Deocolônia” é a prevista em Lei. Excluídas as operações não alcançadas com a alíquota especial prevista na alínea “h” do inciso II do art. 16 da Lei nº 7.014/96, bem como as operações com Colônias e Deocolônias que contenham lavanda ou seiva-de-alfazema. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/03/2012, refere-se à exigência do crédito tributário no valor de R\$746.617,41 de ICMS, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - **01.02.05.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação, nos meses de julho e agosto a novembro de 2009 e janeiro, março e abril, agosto e outubro a dezembro de 2010. Exigido o valor R\$2.955,05, acrescido da multa de 60%. Consta que “Refere-se a créditos utilizados nos exercícios de 2009/2010, conforme consta do demonstrativo de Auditoria de Crédito Indevido, em anexo.”

Infração 02 - **01.02.02.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo, nos meses de agosto de 2009, e junho e julho de 2010. Exigido o valor R\$121,69, acrescido da multa de 60%. Consta que “refere-se a créditos utilizados nos exercícios de 2009/2010, conforme demonstrativo de Auditoria de Crédito Indevido, em anexo.”

Infração 03 - **01.02.41.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a mais nos documentos fiscais, nos meses de março e maio de 2009, janeiro, março a julho e outubro de 2010. Exigido o valor R\$1.429,25, acrescido da multa de 60%. Consta que “Refere-se a imposto creditado a mais nos exercícios de 2009/2010, conforme consta no demonstrativo de Auditoria de Crédito Indevido, em anexo.”

Infração 04 - **03.01.01.** 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2010. Exigido o valor R\$345.422,07, acrescido da multa de 60%. Consta que “Refere-se a diferenças apuradas na Conta Corrente Fiscal, no exercício de 2009, conforme Demonstrativo do Resumo do Conta Corrente Fiscal, em anexo.”

Infração 05 - **05.08.01.** Omissão de saída de mercadorias tributável 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 abril a dezembro de 2009 e janeiro a outubro de 2010. Exigido o valor R\$227.768,84, acrescido das multas de 70% e 100%.

Infração 06 - 05.05.01. Omissão de saídas de mercadorias apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de dezembro de 2009 e a dezembro de 2010. Exigido o valor R\$28.134,31, acrescido das multas de 70% e 100%. Consta que “Refere-se a diversas notas fiscais de aquisição de mercadorias capturadas no trânsito de mercadorias, através do CFAMT, relativas aos exercícios de 2009/2010, não registradas na escrita do contribuinte, conforme demonstrativos constantes dos Anexos IV e V, cujas cópias estão sendo juntadas ao presente Auto de Infração.”

Infração 07 - 09.04.05. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis em face de divergência entre o acumulado no equipamento e o lançado no livro Registro de Saídas, nos meses de abril a junho, agosto e outubro a dezembro de 2009, janeiro, março e abril, junho e julho e outubro de 2010. Exigido o valor de R\$1.450,97, acrescido das multas de 70% e 100%. Conforme demonstrativo constantes dos Anexos VI e VII.

Infração 08 - 06.01.01. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de abril e novembro de 2009 e março e junho de 2010. Exigido o valor R\$2.603,83, acrescido da multa de 60%. Consta que “Refere-se ao imposto não debitado no livro Registro de Apuração, na forma regulamentar, consequentemente não recolhido, pela aquisição de diversos móveis e utensílios, conforme demonstrativo constante do Anexo XI.”

Infração 09 - 06.02.01. Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, maio, julho, agosto e dezembro de 2009, maio a agosto de 2010. Exigido o valor R\$794,92, acrescido da multa de 60%.

Infração 10 - 07.01.01. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas no Anexo 88 do RICMS-BA/97, nos meses de abril, agosto a outubro de 2009, janeiro, abril, agosto e outubro a dezembro de 2010. Exigido o valor R\$4.005,98, acrescido da multa de 60%. Consta que “refere-se a mercadorias adquiridas nos exercícios de 2009/2010, conforme Levantamento Fiscal de Antecipação e Substituição Tributária, em anexo.”

Infração 11 - 09.04.04. Omissão de saídas de mercadorias por cancelamento de cupom fiscal em desacordo com as normas em vigor, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010. Exigido o valor R\$122.276,57, acrescido da multa de 60%. Consta que “Refere-se divergências entre os valores dos cancelamentos registrados nas leituras “Z” dos ECF, e o somatório diário dos Cupons Fiscais cancelados apresentados a esta fiscalização, nos exercícios de 2009/2010, caracterizando falta de comprovação de referidas operações, conforme discriminados nos demonstrativos constantes dos Anexos VIII e IX.”

Infração 12 - 03.02.02. Recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2010. Exigido o valor R\$9.653,93, acrescido da multa de 60%. Consta que “Refere-se saídas de colônias, deo colônias e perfumes, tributados pelo contribuinte à alíquota de 17%, quando o correto seria 27%, nos exercícios de 2009/2010, conforme demonstrativo constante dos Anexos XII, XII-A, XII-B, XII-C e XII-C.”

O autuado apresenta impugnação, fls. 232 a 238, depois protestar pelo reconhecimento da tempestividade da defesa, informa inicialmente que reconhece em sua totalidade as infrações 01, 02, 03, 04, 07, 08, 09 e 10, cujo ICMS exigido alcança o somatório de R\$358.783,76, assinalando que devem ser retiradas do exame do mérito. Esclarece que em sua grande maioria trata-se de infrações de pequena monta, decorrente de equívocos de lançamento ou omissões de recolhimento já conhecidas pela empresa, infelizmente escapadas da última composição de

parcelamento.

Em seguida refuta as demais infrações alinhando as argumentações resumidas a seguir.

Quanto à infração 05, esclarece que analisou cuidadosamente analisada, dada a sua irresignação em reconhecê-la, pois há a certeza de que os fatos não aconteceram como indicados. Afirma que não ocorrerá qualquer sonegação de impostos ligada a estes fatos.

Registra que providenciou a leitura da memória fiscal do equipamento, através de software disponibilizado pela própria empresa fabricante do ECF, obtendo inicialmente o período entre 06/04/2009 e 05/09/2009, que revelou o seguinte:

- a) Uma relevante parcela das vendas por cartão de débito/crédito deste período aparecem na rubrica Cheque Pré, dos “Meios de Pagamento” expostos na Redução Z.
- b) Os somatórios destes valores, quando adicionados aos valores capturados pelo próprio autuante, oriundos da rubrica “Cartão”, ultrapassam os valores das vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito.

Observa que, há cerca de quatro anos o estabelecimento da nossa empresa em Ilhéus foi alvo de semelhante autuação - Auto de Infração nº 206969.0008/09-9 e na época utilizou a mesma argumentação, não acatada pelo então autuante nem por este Conselho unicamente porque não conseguira fazer a leitura da memória do equipamento, nem mesmo através da empresa qualificada para dar-lhe assistência. Pondera que, infelizmente por isso, o débito foi agravado e está pagando pelo que não foi sonegado.

Frisa que no presente caso o documento anexo intitulado “Conciliações de Data e Valor nas Vendas por Cartões” arrola as coincidências incontestáveis de data, valor e empresa, caso a caso, demonstrando que cada venda por cartão foi efetivamente registrada nos cupons fiscais de venda, todos devida e legalmente lançados nos livros próprios.

Assinala ter acontecido de fato, é que os operadores de caixa, por algum tempo os caixas divergiam de número de tecla para carregamento da rubrica “Cartão” dos Meios de Pagamento. Explica que ao lançarem os valores das vendas por cartão, utilizavam num caixa a tecla x; noutro, a tecla y. Acrescenta que ao ser trocado os operadores o costume do uso da tecla agia espontaneamente e, em vez de utilizarem à rubrica “Cartões”, eram descarregados na rubrica “Cheque Pré”.

Observa que autuante poderia saber não haver mais qualquer tipo de empresa varejista nesse vasto Brasil que se utilize do mecanismo de recebimentos por cheques indiscriminados, de valores ínfimos abaixo de R\$30,00 ou menos, como são as vendas em varejo neste ramo. Acrescenta registrando que poderia ter havido um questionamento durante o trabalho e lhe seria prontamente informado, ou seria prontamente identificado o problema.

Explica que o demonstrativo que apresenta é parcial em relação ao período, mas não em relação ao seu significado, pois fica patente que toda a infração é improcedente, ou seja, por todo o período arrolado pelo autuante a presença maciça de valores na rubrica “Cheque Pré” é contínua. Arremata assinalando que o fato de não ter apresentado todo o período resultou apenas da dificuldade de se trabalhar os dados tais como brotam da leitura da memória fiscal.

Solicita que, sendo impossível a prorrogação do prazo da defesa, o que seria justificado pelo retardo de algumas planilhas que somente no meio deste período chegaram informalmente às suas mãos, seja examinado, quiçá pelo próprio autuante, ou por outro qualquer enviado para este fim, o conteúdo da memória fiscal do período restante, no qual certamente encontrará a confirmação de tudo o quanto alegado, ou seja, a coincidência de valores e datas dos lançamentos em “Cheque Pre” com aqueles da lista das administradoras.

No que diz respeito à infração 06 destaca que verificou seus arquivos e livros e encontrou o seguinte, cujo resumo explanou em dados nos demonstrativos intitulados “Confirmação de

Registro de Notas Fiscais de Compras Lançadas no LRE” e “Confirmação de Registro de Notas Fiscais de Compras lançadas no Livro Caixa”, que anexa a defesa:

- Doze notas fiscais relativas ao exercício de 2009 foram encontradas perfeitamente registradas nos livros fiscais, totalizando R\$56.256,47 de valor contábil;
- Duas notas fiscais relativas ao exercício de 2010 foram encontradas perfeitamente registradas nos livros fiscais, totalizando R\$4.872,45 de valor contábil;
- Três notas fiscais, relativas ao exercício de 2009 e 2010 foram encontradas registradas no Livro Caixa da empresa, totalizando R\$44.404,48;
- As demais onze notas fiscais são completamente ignoradas, porque não houve nenhum tipo de registro interno que pudesse corroborar a compra.

Sustenta que todas as notas fiscais encontradas devidamente registradas devem ser sacadas da autuação peremptoriamente. Assinala que nenhuma dúvida deve restar, igualmente, sobre a força do registro em seu livro Diário, que também constitui documento oficial, previsto em Lei, apto para destronar a idéia da omissão de saídas veiculada na inicial.

Ressalta que a ausência de registro de notas fiscais de entrada, se fosse o caso, não ensinaria diretamente a infração “omissão de saídas”. Destaca que, por via oblíqua, entende o Fisco que estas tais são presumidas em ocorrência anterior, cuja pseudo-receita foi utilizada, continua a presunção, para a compra das mercadorias cujas notas fiscais não se registrou. Esclarece que continua uma presunção e, se seu fundamento recai sobre a receita. Arremata afirmando ser fato que ela existiu e consta devidamente escriturada no seu livro contábil Diário da empresa.

Diz restar pacificada a idéia da infração 06 em face das notas fiscais que apontou o registro. Descarta também a possibilidade de ter adquirido as mercadorias citadas nas notas fiscais que não foram encontradas registradas em qualquer livro, porque não foram objeto de dado algum, registro ou lembrança de qualquer dos seus sócios ou funcionários. Sugere que se investigue a proliferação daqueles que ousadamente efetuam compras em nomes de empresas de bom nome, tentando manchá-los, o que certamente não é o primeiro caso nem será o último, salvo se com o advento da NFe desfrutar desse novo benefício.

Conclui afirmando que a infração 06 é improcedente.

Quanto à infração 11 assevera não constatar a veracidade desta infração. Diz que sua análise do caso evidenciou que os cancelamentos de itens de todo o período não foram arrolados, permitindo ao fiscal uma apuração equivocada.

Observa que utilizando a mesma leitura da memória fiscal dos ECFs, reconstruiu o período de 05 a 30 de maio de 2009, e encontrou que toda seqüência de cancelamentos de itens não foram computados pelo autuante, tudo conforme o documento que anexo, intitulado “Infração 11 - Apuração Total de Cancelamentos”. Explica que utilizando a planilha, fls. 57 a 76, fez uma consolidação por data resumindo o demonstrativo:

- | | |
|--|-------------|
| • Total de Cancelamentos Registrados no ECF, conforme AI | R\$5.119,69 |
| • Cancelamentos Comprovados por Cupons, conforme AI | R\$2.542,57 |
| • Diferença (Base de Cálculo da autuação) | R\$2.577,12 |

Informa que os dados obtidos em seu trabalho foram:

- | | |
|--|--------------|
| • Total de Cancelamentos Registrados no ECF, conforme AI | R\$ 5.119,69 |
| • Cancelamentos Comprovados por Cupons, conforme AI | R\$ 2.753,95 |
| • Cancelamentos Confirmados, de Itens | R\$ 2.365,74 |
| • DIFERENÇA | R\$0,00 |

Sustenta que o procedimento que disciplina o cancelamento de cupons pede a sua formalização com prova física. Destaca que na fita detalhe foram achados todos os cupons fiscais cancelados integralmente, enquanto que na documentação do estabelecimento, apenas três deles não estão à

mão. Esclarece que para não produzir uma parafernália sem fim de cópias no processo, tomou a liberdade de separá-los, esperando a verificação *in loco* do próprio autuante, para o que fazemos pedido, no único intuito de evitar mais custos e de um tempo que já não dispõe, no preparo da defesa, já que não foi poupado da acusação insustentada.

Afirma que os cancelamentos de itens não poderiam produzir prova senão na própria fita-detalhe, posto que o cupom fiscal original é entregue ao consumidor, por força legal. Acrescenta frisando não pode o autuante exigir da empresa que produza provas que a lei prevê não disponíveis. Reafirma que resta para o exame, no entanto, as próprias fitas-detalhe, em sua conformação física original, ou, a critério do autuante, uma cópia digitalizada da leitura da memória fiscal de todo o período, que diz em mídia anexada a defesa.

Manifesta sua irresignação a esta infração, afirmando que certamente será julgada improcedente em sua totalidade, tendo em vista que os fatos mostram-se claros a qualquer um que reexamine a forma como foi apurada a infração.

Requer que seja revista esta forma, buscando confirmar a não inclusão dos cancelamentos de itens em todo o período citado na infração e não somente neste mês demonstrado a título de exemplo.

Reitera sua incapacidade de, à vista de tão vasto conjunto de dados oriundos da leitura da memória fiscal, produzir a tempo a comprovação de todo o período, pelo que apela ao bom senso do autuante e desse Conselho para que não seja obrigado a fazer tal prova, em papel, completamente, por economia processual e de recursos da empresa, já bastante aquinhoadas com as contundentes vicissitudes deste trabalho.

Em relação à infração 12 afirma ser equivocado o trabalho fiscal, por trazer em seu escopo algumas falíveis declarações, não se sustentando a exigência no caso dos produtos cuja grafia da descrição confundiu a boa conclusão do trabalho.

Menciona que os produtos descritos como “Col Biocolor” são, em verdade, tinturas para cabelos, tratados pela indústria como “colorações biocolor”, produtos que nada tem a ver com “colônias”, previsto na legislação como pertencentes ao grupo da alíquota diferenciada de 27%.

Registra que vários fornecedores foram contactados e dispõem de reconhecimentos oficiais de natureza técnica, cuja cópia anexa, produzidos inclusive pelo Ministério da Fazenda, como é o caso da Gellus Indústria Comércio e Distribuidora Ltda., de São Paulo, cujo Parecer 13819.002173/2001-89 expõe o descabimento da alíquota especial de 25% no seu Estado de origem, pela identificação do código NCM.

Afirma que a legislação baiana expõe em seu art. 51, inciso II, alínea “h” a explicação dos produtos que devem ser onerados à alíquota de 25%, que com o acréscimo previsto no art. 51-A, inciso II, vão a 27%. Observa que vários itens arrolados às fls. 67 a 134, não dizem respeito exatamente a perfumes, ou seus congêneres, por não disporem de NCM compatível, senão com as exceções previstas naquele primeiro enunciado.

Destaca que nos quatro anexos produzidos pela empresa constam todos os produtos citados e a motivação que os retira da exigência fiscal, remanescendo:

- DEMONSTRATIVO DOS PRODUTOS SUJEITOS A ALÍQUOTA DE 27% - REMANESCENTES DAS VENDAS POR NFS EM 2009 - R\$87,59
- DEMONSTRATIVO DOS PRODUTOS SUJEITOS A ALÍQUOTA DE 27% - REMANESCENTES DAS VENDAS POR NFS EM 2010 - R\$480,42
- DEMONSTRATIVO DOS PRODUTOS SUJEITOS A ALÍQUOTA DE 27% - REMANESCENTES DAS VENDAS POR ECFs EM 2009 - R\$798,80
- DEMONSTRATIVO DOS PRODUTOS SUJEITOS A ALÍQUOTA DE 27% - REMANESCENTES DAS VENDAS POR ECFs EM 2010 - R\$862,60.

Alerta ainda, para o fato de que nestas planilhas foram informadas, ao lado de cada produto, o nome sucinto do fornecedor respectivo, e alguns números de notas fiscais de compras, cujas cópias anexamos ao processo, por tratar-se de citações originais de NCMs diferentes daqueles tributados com 27% desde a fábrica.

Diz reconhecer o ICMS devido nesta Infração no valor de R\$2.229,41, o que enseja a sua procedência parcial.

Conclui requerendo a procedência parcial do Auto de Infração, de acordo com seu reconhecimento em cada caso, vez que já se mobiliza para protocolar de imediato o pedido de parcelamento pertinente a esse quantum, R\$361.013,17, agregando o remanescente da infração 12 com os valores totais das infrações reconhecidas integralmente. Reitera seu pedido de diligência necessária a apuração dos fatos.

O autuante presta informação fiscal, fls. 538 a 541, aduzindo os argumentos a seguir enunciados.

Inicialmente afirma que, em relação às infrações 01, 02, 03, 04, 07, 08, 09 e 10, reconhecidas integralmente pelo autuado, nada tem a comentar

Ao cuidar da infração 05, observa que o impugnante informa em seu arrazoadado, que ao analisar a leitura da memória fiscal do seu Equipamento Emissor de Cupom Fiscal - ECF, no período de 06/04/2009 a 05/09/2009, chegou à conclusão de que “uma relevante parcela das vendas por cartão de débito/crédito desse período, aparecem na rubrica Cheque Pré, dos “Meios de Pagamento” expostos na Redução “Z”; que “os somatórios destes valores, quando adicionados aos valores capturados pela fiscalização, oriundos da rubrica “Cartão”, ultrapassam os valores das vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito”, anexando em sua defesa, fls. 240 a 372, demonstrativo intitulado “Conciliações de Data e Valor nas Vendas por Cartões”, com o fim de tentar provar o quanto alega.

Afirma que ao examinar o demonstrativo acostado ao processo pelo contribuinte, fls. 240 a 372, constatou que, apesar de haver coincidência de valores nas vendas ali indicadas como “Cheque Pré”, em relação às operações informadas com pagamentos através de cartões de crédito/débito, os dados relativos às respectivas administradoras de cartões não coincidem em sua inteireza. Prossegue esclarecendo que realizou centenas de testes no período, entre os dados informados pelo contribuinte e os relatórios TEF - Transferência Eletrônica de Fundos, constantes do sistema corporativo, Informações do Contribuinte - INC da Secretaria da Fazenda, conforme demonstrativo, ora anexado, fl. 542 a 564, constatando, quase na totalidade, divergência na administradora informada pelo contribuinte, em relação aos relatórios TEF, ou seja, a administradora informada em seu demonstrativo não corresponde à mesma cujo valor coincide no relatório constante do INC - Mídia CD-ROM, fl. 157. Arremata sustentando que este fato torna o argumento apresentado pelo defendente inconsistente como prova de que as vendas indicadas no seu demonstrativo correspondem às autorizações de pagamentos com cartão de débito/crédito de igual valor.

Afirma que, para comprovar referidas discrepâncias, está anexando outro relatório, onde constam, a título ilustrativo, os testes realizados referentes às operações indicadas pelo impugnante, com a administradora por ele informada, e na última coluna, sob o título de “Administradora Correta”, o nome da administradora que coincidentemente forneceu uma autorização de igual valor, na mesma data.

Ressalta que o estabelecimento autuado realiza dezenas e até centenas de vendas diárias de produtos do mesmo valor e, neste caso, pelo que tudo indica, as vendas informadas pelo autuado, no seu relatório, não correspondem às autorizadas pelas administradoras de cartões, naquelas datas, haja vista as divergências ora citadas, o que transparece ser mera coincidência de valores.

Enfatiza que em nenhum dos meses que apresentam omissões de saídas decorrentes desta irregularidade, fls. 33 e 34, os valores constantes do demonstrativo apresentado pelo defendente,

como vendas com “Cheque-Pré”, correspondem aos omitidos, sendo esta mais uma razão de suas alegações não trazer aos autos, o devido convencimento para elisão da ação fiscal.

Conclui mantendo esse item da autuação.

Infração 06 - ao tratar das alegações defensivas atinentes a esse item da autuação assinala que o defendente alega que 14 notas fiscais foram devidamente registradas na escrita fiscal, sendo 12 do exercício de 2009 e 02 em 2010 e que 03 notas fiscais foram registradas apenas no livro Caixa e 11 documentos não foram registrados.

Pondera que com base nas alegações do impugnante revisou o lançamento fiscal e concluiu que cabe razão em parte ao defendente, haja vista ter considerado como não registradas no livro registro de entradas, inadvertidamente, notas fiscais que, na verdade, algumas delas foram lançadas no livro Registro de Entradas e outras apenas no livro Caixa, a saber: Notas Fiscais de nºs 20901, 5249, 699, 651, 26208, 5532, 3202, 3204, 5543, 17439, 17440, 20491 e 20492, registradas no livro REM; Nota Fiscal de nº 893672 (o correto é nº 893762) e a de nº 14318 (o defendente informou o nº 13678), registradas no livro Caixa. Prossegue esclarecendo que os valores relativos a estes documentos estão sendo excluídos do valor das omissões de saídas.

Sugere o preposto do fisco, quanto às Notas Fiscais de nºs 893672 ou 893762 e 14318, nos valores de R\$29.168,79 e R\$14.787,13, respectivamente, que a infração relativa a estes documentos seja convertida na multa prevista no inciso IX do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pela falta de registro na escrita fiscal, uma vez que foram objeto de registro apenas no livro Caixa.

Explica que a Nota Fiscal nº 967048, mencionada pelo autuado como registrada no Caixa, fl. 384, esta não corresponde ao mesmo documento objeto da autuação, pois esse pagamento refere-se à fatura relativa à Nota Fiscal nº 053324. Observa que não há qualquer evidência de que se trate da mesma compra, uma vez que a Nota Fiscal nº 967048, fl. 197, tem como vencimento uma só data, 03/09/2009, no valor total de R\$897,12, enquanto que o documento indicado na defesa como sendo o mesmo tem o valor de R\$448,56, coincidentemente 50% do valor da nota fiscal incluída na autuação.

Registra que com relação à Nota Fiscal nº 9904, de 30/10/2009, no valor de R\$1.558,00, embora o contribuinte também alegue que a tenha registrado à fl. 75 do LREM, fl. 377, não procede a alegação defensiva, haja vista que o aludido documento trata, na verdade, da Nota Fiscal nº 012193, de 09/12/2009, como consta registrado no referido livro, portanto, sendo outro documento, onde se verifica uma simples coincidência de valor.

Arremata firmando que diante dos fatos expostos, elaborou novos demonstrativos relativos à infração 06, com os ajustes necessários que anexa às fls. 565 a 567, resultando na redução do débito para R\$10.488,85. Apresenta também demonstrativo de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$4.395,59, resultante da incidência sobre os valores das notas fiscais escrituradas no livro Caixa e não registradas na escrita fiscal

No que tange Infração 11 que cobra o imposto sobre omissão de saídas de mercadorias tributáveis por cancelamento de Cupom Fiscal em desacordo com as normas em vigor, destaca que o defendente em seu arrazoado, apenas contradiz o feito fiscal, alegando equívoco da fiscalização, citando, como exemplo apenas o mês de maio de 2009, sem, contudo, trazer qualquer prova dos cancelamentos procedidos, alegando simplesmente que as referidas operações constam da fita detalhe.

Esclarece que realizou o levantamento dos cancelamentos irregulares exatamente pelas leituras “Z” dos Equipamentos Emissores de Cupom Fiscal - ECFs dos estabelecimentos, quando ao examiná-los percebeu valores exorbitantes daquelas operações. Assevera que apurou as diferenças apontadas no levantamento fiscal cotejando os cupons cancelados com os comprovantes correspondentes,.

Frisa que neste sentido, o art. 238 do RICMS-BA/97, em seu parágrafo 3º, *in verbis*:

§3º O cancelamento de Cupom Fiscal, Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou Bilhete de Passagem, emitido ou em emissão poderá ser feito no próprio ECF, caso em que os documentos originais deverão ser armazenados junto à Redução Z emitida para as respectivas operações ou prestações, sendo que a não conservação dos originais dos documentos cancelados ou de cancelamentos faculta ao fisco a presunção de cancelamento indevido, ficando sujeito ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação e às penalidades previstas na legislação.

Sustenta que no procedimento fiscal foram consideradas como canceladas, apenas as operações em que os cupons fiscais lhe foram apresentados, conforme demonstrativo constante dos Anexos VIII e IX, fls. 67 a 76, do Auto de Infração, sendo os valores excedentes considerados como omissão de saídas, por força da legislação que rege a matéria, na forma acima citada, uma vez que a fita detalhe, por si só, não constitui documento hábil para comprovação do cancelamento.

Ressalta que, nem mesmo por ocasião da defesa os cupons cancelados foram apresentados, o que corrobora a irregularidade praticada. Observa que o defendente ao se referir, como ilustração, aos cancelamentos do mês de maio/2009, fl. 236, parece ter-se confundido com o levantamento fiscal efetuado, quando alega que os cancelamentos registrados no EFC somam R\$5.119,69 e que os valores comprovados totalizam R\$2.753,95. Explica que, em verdade, pelo levantamento fiscal efetuado, fls. 59 e 60, com base nas leituras “Z” e nos cupons apresentados, os cancelamentos somam R\$16.474,98, sendo os comprovados R\$7.914,67, naquele mês, portanto, em valores superiores aos indicados pelo impugnante, o que tornam inócuas suas alegações.

Arremata mantendo integralmente esse item da autuação.

Quanto à infração 12 que acusa o recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota nas operações de saídas de colônias, deo colônias e perfumes, depois de reproduzir a alegação da defesa de que o levantamento fiscal inclui produtos descritos como “Col Biocolor” - tinturas para cabelo; que outros produtos, a exemplo dos da marca “Gellus”, não estão sujeitos à alíquota de 27%, informa que revisou os demonstrativos que deram origem a essa infração e constatou que, de fato, por equívoco foram incluídos produtos classificados como tinta para cabelo, fls. 84-A, 86, 87, 93, 111, 113, 115, 116, 117 e 133, cujos valores estão sendo excluídos do lançamento fiscal, conforme demonstrativo anexo.

Observa que em relação a alegação, de que outros produtos também teriam sido incluídos no levantamento fiscal, não sujeitos à alíquota de 27%, esta não tem sustentabilidade, porque o defendente se refere a um parecer que seria emitido pelo Ministério da Fazenda, cuja cópia não anexou a seu arrazoad. Explica que as vendas de mercadorias com a descrição de “colônia” e “deo colônia”, dentre outras, ocorreram através de notas fiscais e Equipamentos Emissores de Cupons Fiscais - ECFs, cujos documentos fiscais de saídas não indicam a NCM em que estão classificadas.

Os demonstrativos elaborados na ação fiscal foram extraídos dos arquivos magnéticos transmitidos pelo contribuinte, que reproduzem fielmente as informações dos documentos fiscais de saídas, onde mencionam como vendas apenas “colônia” e “deo colônia”, não estando aí incluídos qualquer dos produtos considerados como exceção na alínea “h” do inciso II, do art. 238 do RICMS-BA/97. Continua assegurando que as notas fiscais juntadas como pretensas provas do ilícito fiscal, referem-se a entradas de shampoo, loção, desodorante, dentre outros, não demonstrando qualquer vinculação ou relação com as saídas objeto do lançamento fiscal.

Sustenta que não há como vincular as entradas relacionadas no demonstrativo apresentado impugnante, de fls. 390 a 419, bem como as notas fiscais de entradas, fls. 425 a 535, às saídas de mercadorias sem a indicação da NCM correspondente, prevalecendo a discriminação do produto no documento fiscal, de colônia” e “deo colônia”, sujeitos à alíquota de 27%, nos termos da legislação estadual. Arremata asseverando que para se associar as notas fiscais de entradas às saídas correspondentes, só seria possível através do NCM, cujo elemento não está indicado nos documentos de saídas das mercadorias.

Conclui mantendo parcialmente a infração, considerando as correções referentes à exclusão dos produtos de coloração que resultou na redução da exigência para R\$9.633,52, consoante demonstrativos de apuração e débito às fls. 568 a 642.

Em manifestação, fls. 646 e 645, o defendente se pronuncia acerca da informação prestada articulando para cada uma das infrações as seguintes ponderações.

A infração 05 - informa que nesse momento, porém, de apenas 10 dias de prazo, é impossível prepará-las na sua inteireza, haja vista a ausência de *software* que dê tratamento aos dados dos cupons fiscais obtidos mediante leitura própria da memória fiscal.

Observa que já consta da defesa como prova de que inúmeros valores lançados na rubrica “Cheque Pré”, na verdade, são vendas por cartão de débito/crédito, tendo havido, tão-somente, erro simplório de digitação dos operadores, será levado a cabo para todo o período da infração. Reafirma que na defesa efetuou a comparação dos valores apenas no período de 06/04/2009 a 05/09/2009, a título de exemplo, tendo sido ignorado e diminuído em sua significação, pelo autuante.

Requer a concessão do benefício da dúvida, para que seja designado um preposto estranho ao feito, certamente ele encontrará este trabalho já pronto. Afirma que apresentará em outra oportunidade no curso do processo, pois, está firmemente disposto a combater esta infração em sua totalidade, em toda e qualquer instância.

Infração 06 - declara que se mantém completamente fiel ao teor de sua impugnação, não aceitando como satisfatórios os argumentos de reconhecimento apenas parcial, do preposto fiscal, como a diminuição das multas.

Infração 11 - insiste na análise do arquivo gravado na mídia entregue junto à impugnação, que contém a leitura da memória fiscal em questão - a mesma leitura relativa à Infração 05 - onde verificamos que o autuante fixou-se em condenar cancelamentos de cupons, ignorando totalmente os cancelamentos de itens, que não invalidam totalmente o cupom fiscal, e que por isso mesmo é levado pelo consumidor, sendo impossível a apresentação de originais.

Afirma que da mesma forma do procedimento da Infração 05, concluir *a posteriori* a produção da prova completa, envolvendo todos os cancelamentos do período em questão, de cupons e de itens, fazendo a demonstração do completo descabimento da infração, destacando que toda a memória fiscal lida está presente na mídia CD anexa à defesa.

Infração 12 - assinala que a cobrança de ICMS sobre produtos de perfumaria teve sua defesa incipientemente aceita, e essa posição deriva-se claramente do não exame preciso da questão pelo autuante. Afirma que o documento anexado à defesa que arrolou inúmeros produtos que não tem nada a ver com a alíquota de 27% não pode ser comentado tão simploriamente.

Conclui asseverando que mantém integralmente sua posição sustentada na defesa.

Consta às fls. 652 a 654, extrato emitido através do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT, indicando o parcelamento do débito apurado nas infrações reconhecidas.

Às fls. 658 e 659, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal deliberou por converter o presente processo em diligência à ASTEC/CONSEF de origem para que fosse intimado o autuado a apresentar em relação às infrações:

Infração 05 - a documentação fiscal emitida para cada operação informada no Relatório TEF coincidente em data, horário, valor e operadora, com dados consolidados mensalmente em planilha no mesmo formato do Relatório TEF diário por operações, relativa às alegações de erro na forma de pagamento registrada no ECF;

Infração 11 - as comprovações de todas as devoluções, de Cupons Fiscais integralmente devolvido ou somente de algum item do Cupom Fiscal, consoante alegação da defesa, através das documentações fiscais correspondentes, e consolidadas em planilha com totalização por período mensal;

Infração 12 - as comprovações de todas as operações através das documentações fiscais correspondentes, inclusive através de notas fiscais de entradas, consolidando os dados em planilha com totalização por período mensal, (formato Anexo XII-D, fl. 156) conforme alegado na defesa das operações que tiveram suas alíquotas consideradas incorretamente no levantamento fiscal como sendo de 27%.

Em Parecer, à fl. 662, a ASTEC informa, devolvendo os autos à 3ª JF, que intimado por duas vezes, fls. 663 e 664, o contribuinte não apresentou os documentos solicitados, impossibilitando assim o atendimento da diligência.

Consta que intimado pela inspetoria, fls. 680 e 681, o autuado se manifestou acerca do pedido de diligência, fls. 683 e 684. Aborda somente sobre a infração 05 repisando os argumentos já alinhados anteriormente e requer que sejam examinados os relatórios que anexa, fls. 686 a 5970, e em mídia eletrônica que enumera: a) Relatório Dados Operadora de Cartão x Cupom Fiscal, período de 08/09/2009 a 31/12/2009; b) Relatório Dados Operadora de Cartão x Cupom Fiscal, período de 01/01/2010 a 31/12/2010; c) Relatório Dados Cupom Fiscal de 08/09/2009 a 31/12/2009, d) Relatório Dados Cupom Fiscal de 01/01/2010 a 31/12/2010 - impresso; e) Relatório Dados Cupom Fiscal de 08/09/2009 a 31/12/2009 em arquivo Excel; f) Arquivo em "TXT" da Memória Fiscal(em mídia); e g) CD-Mídia com todos os arquivos.

Conclui afirmando que caso persistam dúvidas que contaminem a boa decisão que se produzam as diligências necessárias à fiel apuração dos fatos.

O autuante presta informação fiscal acerca da diligência solicitada pela 3ª JF, com base na manifestação e documentação apresentada pelo impugnante, fls. 686 a 5970, esclarecendo que chegou a seguinte conclusão:

- a) O relatório Dados da Operadora de Cartão x Cupom Fiscal apresentado pelo contribuinte, fls. 686 a 1210, com os dados do TEF, indicando as operadoras e respectivas autorizações de uso dos cartões de crédito, indicadas nos cupons fiscais e Reduções "Z", como Cheque Pré, arrola operações somente a partir do dia 08/09/2009;
- b) Dentre os elementos ali relacionados, existem inúmeras operações que na verdade foram realizadas através de cartão de crédito/débito, conforme está indicado nos próprios Cupons Fiscais e resumidos na Leitura "Z", nos meses de setembro e outubro/2010. Como exemplos podem ser citados os cupons 127868, 127875, 128011, 128017, fls. 1044; todos os cupons das fls. 1047 a 1058, e assim por diante, valendo esclarecer que estas informações podem ser vistas no CD-R de fl. 650, haja vista o contribuinte ter anexado ao processo cópias dos cupons fiscais somente até 31/10/2010, por economia processual, como ele mesmo alega. Assim esses cupons, que apesar de se referirem a pagamentos com cartão de crédito/débito, constam do Relatório emitido como operações com "Cheque Pré", foram excluídos para apropriação desses pagamentos, pois se trata de pagamentos com cartão de débito/crédito.

Observa que, para maior clareza das referidas operações, está juntando os demonstrativos, Anexos I, II e III, fls. 5977 a 5990 que discriminam os pagamentos efetuados com cartões com a rubrica de Cheque Pré", nas respectivas leituras de Redução "Z", bem como as devidas exclusões, juntamente com o Novo Demonstrativo de Débito devidamente retificado no Anexo IV, fl. 5991, no qual consta discrimina o débito remanescente no valor de R\$102.132,80.

Intimado a tomar ciência do resultado diligência, fls. 5992 e 5993, atendida pelo próprio autuante o defendente não se manifestou.

Na sessão do julgamento os membros desta 3ª JF decidiram converter os autos em diligência para que o autuante esclarecesse o encadeamento e a transposição dos valores apurados nos Anexos I, II e III, fl. 5977 a 5990, que resultou, em decorrência da diligência realizada, na redução do débito para R\$102.132,80, discriminados no demonstrativo de débito, fl. 5991.

VOTO

O presente Auto de Infração constituído de doze infrações à legislação tributária do ICMS consoante descrição pormenorizada no início do relatório.

Em sede de defesa, o impugnante reconheceu expressamente o cometimento das infrações 01, 02, 03, 04, 07, 08, 09 e 10. Logo, ficam mantidas as exigências atinentes a esses itens da autuação, ante a inexistência de lide.

Infração 05 - Omissão de saída de mercadorias tributável 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 exercícios de 2009 e 2010.

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. Tratando-se de exigência de imposto por presunção legal, o que poderia ser totalmente elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99.

Em sede defesa, o autuado sustentou que ao efetuar leitura da memória fiscal de seu ECF constatou que uma relevante parcela das vendas por cartão de débito/crédito deste período aparecem na rubrica Cheque Pré, dos “Meios de Pagamento” expostos na Redução “Z” e que o somatório destes valores, quando adicionados aos valores capturados pelo próprio autuante, oriundos da rubrica “Cartão”, ultrapassam os valores das vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito. Explicou que seus operadores de caixa, ao lançarem os valores das vendas por cartão de crédito/débito, utilizavam num caixa a tecla “x”; noutro, a tecla “y”. Acrescenta que ao ser trocado os operadores o costume do uso da tecla agia espontaneamente e, em vez de utilizarem à rubrica “Cartões”, eram descarregados na rubrica “Cheque Pré”.

Na busca da verdade material, esta 3ª JJF converteu os autos em diligência à ASTEC para que intimasse o autuado a apresentar as comprovações relativas ao equívoco de seus operadores de caixa na utilização da opção “Cheque Pré”, em vez da opção cartão de crédito/débito, carreando aos autos a correspondência entre os valores informados no TEF o documento fiscal emitido nestas operações. Apesar do defendente não atender a intimação efetuada pela ASTEC, posteriormente intimado pelo próprio autuante atendeu a solicitação, exclusivamente em relação a esta infração, e forneceu a documentação fiscal necessárias ao atendimento da diligência.

O autuante, às fls. 5975 a 5991, apresentou o resultado da diligência acolhendo as comprovações apresentadas pelo impugnante e elaborou novos demonstrativos de débito excluindo as operações que, mesmo registradas no ECF na opção “Cheque Pré”, restaram comprovadas a emissão do correspondente cupom fiscal em total convergência com a informação constante no TEF. Com a revisão o valor do débito ficou reduzido para R\$102.132,80, conforme demonstrativo de débito à fl. 5991.

Em nova diligência, deliberada por esta 3ª JJF na sessão de julgamento, para que o autuante esclarecesse o encadeamento dos cálculos e a transposição dos valores apurados, foram trazidas aos autos, fls. 6002 a 6007, os esclarecimentos solicitados, restando explicitados o acolhimento das comprovações carreadas aos autos pelo impugnante. Explicou que tendo em vista a constatação da emissão dos correspondentes cupons fiscais, mesmo registrados no ECF como meio de pagamento “Cheque Pré”, estas operações foram incluídas no levantamento fiscal inicial e adicionadas como valores comprovados na defesa reduzindo o valor das omissões para R\$101.340,76. Esclareceu também que a redução do valor apurado no demonstrativo anterior(R\$102.132,80) deveu-se à aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/07, e que não havia sido efetuada, bem como em decorrência da exclusão indevida de alguns valores no demonstrativo anterior, fl. 5991.

O autuado foi intimado do resultado de ambos os resultados das diligências e não se manifestou no prazo regulamentar.

Depois de compulsar os elementos que fundamentaram os ajustes efetuados pelo autuante e, constatar o seu respaldo na documentação carreada aos autos pelo defendente, concluo pelo acolhimento do novo demonstrativo de apuração da infração contemplando as exclusões do levantamento fiscal anterior das operações que devidamente tiveram comprovadas a emissão do correspondente cupom fiscal pelo impugnante, mesmo que registradas o meio de pagamento no ECF, como sendo “Cheque Pré”.

Nestes termos, resta evidenciada a subsistência parcial da infração 05 no valor de R\$101.340,76, conforme demonstrativo às fls. 6007.

A infração 06 cuida da omissão de saídas de mercadorias apuradas através de entradas de mercadorias não registradas,

O autuado em suas razões de defesa argumentou que das notas fiscais arroladas no levantamento fiscal algumas delas se encontram devidamente registradas em sua escrita fiscal, outras foram escrituradas apenas em seu livro caixa e que onze notas fiscais não foram registradas, sustentou que as notas fiscais. Aduziu também o autuado que os documentos fiscais escriturados em seu livro Caixa não produzem omissão de saída e deveriam ser excluídos da exigência fiscal e convertidos na multa prevista no inciso IX do art. 42 da Lei 7.014/96.

Como se depreende dos argumentos defensivos apresentados a questão a ser decidida em torno desse item da autuação se concentra na análise das provas, eis que, comprovada a escrituração das notas fiscais resta elidida a acusação fiscal.

Ao compulsar os elementos que compõem esse item da autuação constato que o autuante, com base nas comprovações carreadas aos autos pelo impugnante, promoveu uma revisão do lançamento considerando criteriosamente a documentação fiscal apresentada excluiu do levantamento fiscal as notas fiscais efetivamente escrituradas no livro Registro de Entrada que resultou no novo demonstrativo de débito colacionado às fls. 565 a 567, onde resta discriminado a redução da exigência fiscal para o valor de R\$10.488,85.

O autuante, em relação às notas fiscais que comprovadamente foram escrituradas no livro Caixa do defendente, converteu em multa por descumprimento de obrigação acessória que resultou na exigência do valor de R\$4.395,59.

Depois de examinar a revisão efetuada pelo autuante verifico que a exclusão do levantamento das notas fiscais não escrituradas não merece correção, eis que devidamente lastreada em comprovação documental, nestes termos acolho a apuração que resultou no valor de R\$10.488,85. Entretanto, apesar de devida a conversão em multa por descumprimento de obrigação acessória em relação às notas fiscais que foram objeto de escrituração no livro Caixa, conforme proposição do autuante, constato que não é possível a sua exigência no presente Auto de Infração, por resultar em alteração no fulcro da acusação fiscal que cuida de omissão de receita, da qual o impugnante se defendera nos autos.

Por isso, represento autoridade fazendária competente para que avalie a possibilidade da instauração de nova ação fiscal exija a multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no inciso IX do art. 42 da Lei 7.014/96.

Logo, nestes termos, resta parcialmente subsistente a infração 06, no valor de R\$10.488,85, conforme demonstrativo de débito, fl. 565.

A infração 11 cuida da omissão de saídas de mercadorias por cancelamento de cupom fiscal em desacordo com as normas em vigor, conforme demonstrativo às fls. 57 a 76.

O impugnante refutou a acusação fiscal aduzindo equívoco no levantamento fiscal sem, no entanto, identificar e comprovar de fora inequívoca sua alegação. Sustentou sua alegação na

mera indicação de que as operações de devoluções encontram-se registrada na fita detalhe do ECF.

Verifico que o levantamento fiscal, cuja cópia foi entregue ao impugnante, que apura a irregularidade discrimina de forma clara e objetiva cronologicamente todos os cancelamentos registrados no ECF, e procedendo à exclusão dos cupons devidamente comprovados.

É indubitoso que a não conservação dos cupons originais cancelados para apresentação ao fisco, consoante determinação expressa do art. 238 do RICMS-BA/97, sob pena de se caracterizar a presunção de cancelamento indevido ficando o infrator sujeito ao pagamento do imposto.

Não procede a alegação do defendente de que o documento fiscal cancelado fica com o comprador, uma vez que no cancelamento a operação desfeita e por isso não há que se falar em entrega da documentação fiscal de uma operação que não se concretizou.

O impugnante justificou a ausência da juntada dos cupons fiscais cancelados, sob a justificativa de que os cupons pertencem aos compradores, visto que não teriam sido totalmente cancelados, mas parcialmente. Vejamos o que diz a legislação do ICMS, art. 238, parágrafo 3º, vigente por ocasião da ocorrência dos fatos geradores, acerca do procedimento de cancelamento de cupom fiscal e outros documentos de venda a consumidor final:

§ 3º O cancelamento de Cupom Fiscal, Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou Bilhete de Passagem, emitido ou em emissão poderá ser feito no próprio ECF, caso em que os documentos originais deverão ser armazenados junto à Redução Z emitida para as respectivas operações ou prestações, sendo que a não conservação dos originais dos documentos cancelados ou de cancelamentos faculta ao fisco a presunção de cancelamento indevido, ficando sujeito ao pagamento do imposto devido na operação ou prestação e às penalidades previstas na legislação.

Da inteligência do texto legal depreende-se com nítida clareza quanto ao cumprimento da obrigação, sem ressalvas de cancelamento parcial dos cupons. Portanto, ausência dos cupons anexados à redução “Z,” implica que não houve comprovação de que tais fatos tenham de fato ocorrido.

A retenção do cupom fiscal original é condição exigida em lei, para que se configure o efetivo cancelamento do Cupom Fiscal.

Intimado, mediante atendimento de diligência, fls. 658 e 659, a apresentar as comprovações de todas as devoluções, de Cupons Fiscais integralmente devolvidos e das devoluções somente de algum item do Cupom Fiscal, consoante alegação da defesa, através das documentações fiscais correspondentes, e consolidadas em planilha com totalização por período mensal, o defendente não se manifestou nos autos acerca deste item da autuação.

Depois de examinar o demonstrativo de apuração das omissões de saídas por cancelamento de cupom fiscal, fls. 57 a 76, e constatar a correção da apuração da exigência fiscal, eis que somente contemplou as operações cujas cópias dos alegados cupons fiscais cancelados não foram apresentadas.

Ante a não apresentação pelo defendente dos cupons originais concluo pela subsistência da infração 11.

No tocante à infração 12 - Recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, constato que a defesa alegou a existência no levantamento fiscal de mercadorias que não estão sujeitas à alíquota de 27%, citando produtos para tintura de cabelo “Color Biocolor” e outros da marca “Gellus”.

Ao prestar informação fiscal o autuante elaborou nova planilha de apuração, fls. 568 a 641, com a exclusão dos produtos classificados como tintura de cabelos e asseverando que não manteve no levantamento fiscal qualquer item considerado como exceção na alínea “h”, inciso II, do art. 51 da Lei 7.014/96, reduzindo o valor da exigência deste item da autuação para R\$9.633,52, consoante demonstrativo débito acostado à fl. 568.

Em diligência determinada por esta 3ª JF o defendente foi intimado a apresentar as comprovações de todas as operações através das documentações fiscais correspondentes, inclusive através de notas fiscais de entradas, consolidando os dados em planilha com totalização por período mensal, (formato Anexo XII-D, fl. 156) conforme alegado na defesa das operações que tiveram suas alíquotas consideradas incorretamente no levantamento fiscal como sendo de 27%. No entanto, não se logrou êxito, uma vez que o impugnante não se manifestou a este respeito.

O art. 51, II, “h”, prevê a alíquota de 25% para as operações internas com perfumes (extratos) e águas-de-colônia, inclusive colônia e deocolônia - NBM/SH 3303.00.10 e 3303.00.20 -, exceto: lavanda (NBM/SH 3303), seiva-de-alfazema (NBM/SH 3303), óleos essenciais (NBM/SH 3301), substâncias odoríferas e suas preparações (NBM/SH 3302), preparações para barbear (NBM/SH 3307.10.00), desodorantes corporais simples e antiperspirantes (NBM/SH 3307.20.0100), sais perfumados para banhos (NBM/SH 3307.30.00), preparações para perfumar ou desodorizar ambientes (NBM/SH 3307.4), sachês, depilatórios e papéis perfumados (NBM/SH 3307.90.00), produtos de beleza, cosméticos e artigos de maquiagem, inclusive bronzeadores, anti-solares e produtos para manicuros e pedicuros (NBM/SH 3304), xampus, laquês e outras preparações capilares (NBM/SH 3305).

Considerando que perfume, água-de-colônia, colônia e deocolônia podem ser produzidos a partir de várias matérias-primas. Logo, depreende-se que a exceção veiculada na alínea “h”, do inciso II, do art. 51 da Lei nº 7.014/96 se verifica quando estes produtos a água-de-colônia, a colônia ou a deocolônia são produzidas tendo por matéria-prima a lavanda (alfazema) ou sua essência ou seiva, cujas operações têm o tratamento fiscal, com a alíquota normal de 17%.

Ao compulsar os elementos que compõem o contraditório em torno desse item da autuação, precipuamente quanto à exclusão procedida pelo autuante relativas aos produtos identificados como tintura para cabelo, como sendo as únicas mercadorias arroladas no levantamento fiscal que não são alcançadas pelo inciso II do art. 51 da Lei nº 7.014/96, constato que foram mantidos os itens que apesar de serem “Colônia” e “Deo-Colônia” são preparados a base de lavanda, alfazema ou seiva de alfazema, portanto, alcançados pela exceção preconizada na alínea “h” do inciso II do art. 51 da Lei nº 7.014/96.

Saliento que esta é a posição assente do CONSEF, ou seja, os produtos elaborados com lavanda, alfazema ou seiva de alfazema estão amparados pela exceção da alínea “h”, acima referida, a exemplo dos Acórdãos CJF Nºs 0009-13/13 e 0036-11/13.

Nestes termos, procedi a exclusão no Demonstrativo das Saídas Sujetas à Alíquota de 27%, Recolhido a 17%”, fls. 570 a 641, elaborado pelo autuante, dos itens preparados a base de lavanda, alfazema ou seiva de alfazema, que resultou na redução do débito para R\$5.892,75, sendo R\$2.370,59 em 2009 e R\$3.522,16

2 0 0 9				
DATA. OCOR.	Auto de Infração	Informação Fiscal	Exclusão Lavanda - alfazema	JULG.
31/01/2009	241,89	238,74	130,58	108,16
28/02/2009	165,72	161,21	88,29	72,92
31/03/2009	245,52	238,85	55,24	183,61
30/04/2009	266,73	266,73	53,11	213,62
31/05/2009	487,05	487,05	212,49	274,56
30/06/2009	365,48	364,79	194,41	170,38
31/07/2009	315,12	315,12	135,63	179,49
31/08/2009	222,41	222,41	37,86	184,55
30/09/2009	192,03	192,03	24,88	167,15
31/10/2009	307,51	307,51	78,04	229,47
30/11/2009	463,88	463,88	217,92	245,96
31/12/2009	611,11	611,11	270,39	340,72
TOTAL	3.884,45	3.869,43	1.498,84	2.370,59

2 0 1 0				
DATA. OCOR.	Auto de Infração	Informação Fiscal	Exclusão Lavanda - alfazema	JULG.
31/01/2010	346,18	346,18	156,40	189,78
28/02/2010	1.007,81	1.003,07	437,70	565,37
31/03/2010	718,16	717,51	196,59	520,92
30/04/2010	478,16	478,16	209,96	268,20
31/05/2010	479,36	479,36	171,57	307,79
30/06/2010	369,37	369,37	86,45	282,92
31/07/2010	314,81	314,81	88,12	226,69
31/08/2010	369,05	369,05	95,42	273,63
30/09/2010	291,23	291,23	118,45	172,78
31/10/2010	343,71	343,71	153,12	190,59
30/11/2010	378,44	378,44	202,90	175,54
31/12/2010	673,20	673,20	325,25	347,95
TOTAL	5.769,48	5.764,09	2.241,93	3.522,16

A infração 12 é parcialmente subsistente.

Assim, concluo pela subsistência parcial do Auto de Infração consoante demonstrativo de débito resumido abaixo.

INFRAÇÕES	A. I.	JULGAMENTO	
01	2.955,05	2.955,05	Procedente
02	121,69	121,69	Procedente
03	1.429,25	1.429,25	Procedente
04	345.422,07	345.422,07	Procedente
05	227.768,84	101.340,76	Proc. em Parte
06	28.134,31	10.488,85	Proc. em Parte
07	1.450,97	1.450,97	Procedente
08	2.603,83	2.603,83	Procedente
09	794,92	794,92	Procedente
10	4.005,98	4.005,98	Procedente
11	122.276,57	122.276,57	Procedente
12	9.653,93	5.892,75	Proc. em Parte
TOTAL	746.617,41	598.782,69	

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110427.0001/12-8**, lavrado contra **UNIVERSO DOS COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$598.782,69**, acrescido das multas de 60% sobre R\$363.225,54; 70% sobre R\$192.456,35 e de 100% sobre R\$43.100,80, previstas no art. 42, incisos IV, “b”, VII, “a”, II, “b”, “f”, “d” e “a”, e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de dezembro de 2014

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – JULGADORA