

PROCESSO - A. I. Nº 115969.0104/12-1
RECORRENTE - CRIS & CO CONFECÇÕES LTDA. (ZIP)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO –Acórdão 1ª JJF nº 0074-01/14
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 26/02/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0025-11/15

EMENTA: ICMS. 1. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração não elidida. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Autuado apenas arguiu a nulidade do lançamento, cuja arguição foi ultrapassada no exame da preliminar. No mérito, não trouxe qualquer elemento hábil de prova capaz de elidir a autuação. Infração subsistente. Rejeitada a nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 09/07/2012 para cobrar ICMS no valor de R\$92.404,47, em decorrência do suposto cometimento de 02 infrações, a seguir expostas.

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a julho de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$1.774,42, acrescido da multa de 70%;

INFRAÇÃO 2. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a julho de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$90.628,05, acrescido da multa de 50%.

Foram apresentadas Defesa tempestiva as fls. 225 a 227 pugnando pela nulidade do Auto de Infração, bem como a respectiva Informação Fiscal pela Autuante, às fls. 237 e 239, rebatendo as justificativas defensivas e trilhando o entendimento da procedência total do Auto de Infração.

O feito foi convertido em diligência, com a reabertura do prazo de defesa.

Regularmente instruído, o processo foi a novo julgamento pela 1ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

VOTO

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

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

No que tange à nulidade por ausência do Termo de Início de Fiscalização, constato que não pode prosperar a pretensão defensiva, haja vista que a ausência do Termo de Início da Fiscalização não se apresenta como condição suficiente para decretação da nulidade do lançamento, pois nos termos do art. 28, II, do Regulamento

do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a lavratura do Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

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

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

Quanto à nulidade arguida por cerceamento do direito de defesa, em razão de não haver recebido os demonstrativos analíticos da apuração, nem tampouco os TEFs diários relativos à infração 01, tendo a intimação sido feita acompanhada de uma "caixa de CD vazia", verifico que também não pode prosperar essa pretensão defensiva, haja vista que, na informação fiscal, a autuante destacou que inobstante o contribuinte tenha recebido tudo que fora referido na intimação, emitida pela Coordenação de Cobranças/PAF, conforme cópia à fl. 222 dos autos, enviou novamente impressos, para os procuradores do sujeito passivo, conforme cópia a fl. 228 dos autos, no caso Planilha de cartão de crédito/débito; Demonstrativo da falta de recolhimento do ICMS lançado no Livro Registro de Apuração do ICMS; Reduções Z, Relatório Diário Operações TEF, e Cópia do Livro de Apuração do ICMS, todos referentes ao exercício de 2008, sendo que este último dispensável do envio por pertencer ao contribuinte, anexados às fls. 240 a 482 dos autos.

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

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

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

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

No mérito, observo que a infração 01 cuida da falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

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

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

(...)

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

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

Noto que, conforme aduzido pela autuante e consta nos autos, intimou o autuado para apresentação dos “Livros

e Documentos Fiscais” e também as “Reduções Z”, que foram entregues à fiscalização, porém, as mesmas reduções Z, na maioria ilegíveis.

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

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

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

Diante disso, esta infração é subsistente.

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

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

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

Desse modo, esta infração é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão de piso, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 532 a 534, objetivando a revisão do julgamento.

Primeiramente, pede que todas as intimações e notificações sejam encaminhadas aos n. Procuradores que constam no mandato de procuração.

Como questão preliminar, alega nulidade da ação fiscal por falta do “*Termo de Início da Fiscalização*”, colacionando o Acórdão CJF 0157-11/09. Explicita que a JJF se baseou nas intimações feitas aos advogados, para “*apresentação de livros e documentos, dizendo que os advogados somente representam os Contribuintes em ações específicas, não sendo os representantes legais da empresa*”.

Noutra senda, aduz a declaração da decadência com relação aos fatos ocorridos até 30 de agosto de 2008, posto que, somente em setembro de 2013, o autuado, por meio dos seus representantes legais, recebeu os demonstrativos e provas necessários para formação do processo. Neste sentido junta Decisão do STJ.

Assevera que tais vícios também atingem a infração 2.

Ao final de seu arrazoado, pede pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Em termos, os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. 544 a 548, a i. procuradora Maria Helena Mendonça Cruz, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Primeiramente, diz que o Termo de Início de Fiscalização é apenas uma das formas de dar-se início ao procedimento fiscal, tal e qual a intimação para apresentação de livros e documentos fiscais. Deste modo, afasta a nulidade suscitada.

Quanto a decadência, após discorrer sobre o lançamento de ofício e de homologação, bem como

a questão de falta de pagamento do imposto, assevera que as balizas da ocorrência da decadência no presente caso, são regradas pelo disposto no art. 173, I do CTN e não do art. 150 do mesmo CODEX.

VOTO

Temos sob apreciação Recurso Voluntário contra a Decisão que julgou o Auto de Infração em epigrafe totalmente Procedente. O Sujeito Passivo somente se insurge alegando a falta de termos de início de fiscalização e, no mérito, a ocorrência da decadência.

Em que pesem as abalisadas teses recursais, entendo que não merece reparo a Decisão de *primo grau*.

Como bem apontou a n. Procuradora, segundo o teor do artigo 26 do RPAF, o Termo de Início de Fiscalização não é o único instrumento para que se ateste o início da ação fiscal, como abaixo se vê:

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

II - lavratura do Termo de Início de Fiscalização;

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exhibir elementos solicitados pela fiscalização;

IV - emissão de Auto de Infração ou de Notificação Fiscal.

V - revogado

Realmente, tem razão os Patronos do Contribuinte, em dizer que não tem validade jurídica a intimação dirigida aos advogados sem poderes especiais para representar civilmente a empresa. A representação processual, com poderes para o exclusivo exercício da advocacia, não pode dar azo a pretensão do Fisco em tornar efetiva esse tipo de intimação, que deve ser feita para os Representantes da Empresa, pessoalmente ou por correio, ou por edital, nos moldes da legislação vigente.

Contudo, compulsando os autos, vejo que há um Aviso de Recebimento de correspondência, fl. 14, encaminhada ao sócio Wilson Peixoto Santos, no endereço que consta no contrato social, fl. 229, sendo então um ato válido de intimação, dando ciência do início da ação fiscal, conforme o item III do art. 26 do RPAF.

Desse modo, afasto a questão preliminar de nulidade suscitada pela parte.

No mérito, passo ao deslinde da questão da decadência.

Em que pese a robusta jurisprudência do STJ trazida pelo Recorrente, bem como a sua arguta argumentação, entendo que não está consubstanciada a propalada perda do direito de lançar do Fisco estadual, pelo decorrer do prazo estabelecido no CTN.

No caso em lide, primeiramente, deixo claro que o item 1 é um lançamento por homologação, e o item 2 tem natureza de um lançamento de ofício, tanto que a imputação deriva dos próprios apontamentos de imposto a recolher, elaborados pelo Contribuinte, em diversos meses, que não foram recolhidos em tempo. Assim, entendo que se aplica ao item 01, o quanto disposto no art. 150, §4º do CTN, ou seja, que o lapso temporal que a Fazenda tem para efetuar o lançamento ora vergastado é de 5 anos, contados dos fatos geradores e quanto ao item 02, o lapso previsto está no art. 173, I do CTN, ou seja, a partir do 1º dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Entretanto, consta que as ocorrências lançadas são de 2008 e que o Fisco efetuou a cobrança em 09/07/2012, ou seja, dentro dos 5 anos previstos na legislação, em ambos os casos. Esclareço que considero o termo final da decadência a data da lavratura do auto, e não a data de intimação do

Sujeito Passivo para tomar ciência de novos demonstrativos trazidos em diligência.

Assim, afasto a ocorrência da decadência.

Por fim, cura salientar que não foram arguidas outras questões de mérito ou de insurgência específica contra os cálculos efetuados pela fiscalização. Desse modo, aplico o quanto disposto nos artigos 140 e 143 do RPAF/BA, abaixo transcritos:

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Portanto, julgou Procedentes as infrações 1 e 2.

Ex positis, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **115969.0104/12-1**, lavrado contra **CRIS & CO CONFECCÕES LTDA. (ZIP)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$92.402,47**, acrescido das multas de 50% sobre R\$90.628,05 e 70% sobre R\$1.774,42 previstas no art. 42, incisos I, “a” e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS