

A. I. Nº - 207185.0012/15-5
AUTUADO - ELETROSOM S/A.
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 17.04.2017

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0056-05/17

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. 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. Infração caracterizada. Lançamento efetuado com base em provas robustas, a partir das informações acumuladas nas reduções “z” dos ECFs e os relatórios TEF diários fornecidos pelas administradoras de cartão. Ônus do contribuinte em provar que operações registradas sobre outras modalidades de pagamentos foram quitadas através de cartões de crédito e/ou débito. Encaminhamento do PAF em diligência, com reabertura do prazo de defesa para a demonstração probatória dos fatos alegados na peça impugnatória. Inércia do sujeito passivo. Indeferido pedido de realização de nova diligência fiscal-contábil. Mantida a exigência fiscal. 2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. Operações de saídas processadas através de cupons fiscais ECF e notas fiscais eletrônicas (NF-e). Acusação fiscal lastreada no confronto entre os valores a débito de ICMS lançados na escrita fiscal (EFD) e os efetivos recolhimento mensais realizados pelo contribuinte. Insustentáveis os argumentos defensivos de que não foram consideradas na ação fiscal as operações com redução de base de cálculo ou com alíquota zero do imposto. Infração caracterizada. 3. EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). USO IRREGULAR. FALTA DE CESSAÇÃO DE USO. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO APÓS REGULAR INTIMAÇÃO. Descumprimento pelo contribuinte de obrigações instrumentais. Infrações não impugnadas. Declaração do sujeito passivo, na peça de defesa, que irá proceder ao recolhimento das multas acessórias. Itens mantidos. Não acolhidos os pedidos de nulidade do feito suscitados pelo sujeito passivo. Afastado também o pedido de redução ou exclusão das multas por descumprimento de obrigação principal ao argumento de que os valores das mesmas eram excessivos e violavam o princípio do não confisco. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 25/06/2015, para exigência de ICMS e multa, no valor principal de R\$507.847,04, contendo as seguintes imputações:

Infração 01 – 16.03.01: Multas pela falta de apresentação total ou parcial de livros e documentos fiscais, nos prazos regulamentares, após regularmente intimado: a) Multa de R\$460,00, aplicada em 14/04/2015, pelo não atendimento total à primeira intimação expedida em 06/04/2015; b) Multa de R\$920,00, aplicada em 22/04/2015, pelo não atendimento total à segunda intimação, expedida em 14/04; c) Multa de R\$1.380,00, aplicada em 14/05/2015, pelo não atendimento parcial à terceira intimação, expedida em 22/04/2015; d) Multa de R\$1.380,00, aplicada em 27/05/2015, pelo não atendimento parcial à quarta intimação expedida em 14/05/2015. **Valor total de R\$4.140,00.** Enquadramento: Art. 34, VII e VIII da Lei n.º 7.014, de 04/12/1996 c/c art. 108 da Lei n.º 3.956, de 11/12/1981. Multa aplicada: Artigo 42, inciso XX, da Lei 7.014/96 alterada pela Lei 8.534/02.

Infração 02 – 16.10.12: Multa aplicada por não solicitar a cessação de uso de equipamento ECF, nº 002, Marca Bematech, Modelo: MP-4000 TH FI, pelo prazo superior a 120 dias em que o equipamento foi mantido sem funcionamento (de setembro/2014 a Abril/2015) e não foram apresentadas as respectivas leituras Z diárias e mensais da memória fiscal, no período fiscalizado de setembro a dezembro/2014, nem no período de Janeiro a Abril/2015, quando foi retirado do estabelecimento. Cabe ressaltar que no início da ação fiscal, em 06/04/2015, o equipamento continuava fora de uso, não sendo apresentado para fiscalização. Em 08/04/2015, foi expedida intimação solicitando apresentação do equipamento, e explicações sobre o não uso no período; o contribuinte apresentou apenas uma Nota Fiscal eletrônica, datada de 09/04/2015 (dia seguinte à intimação), informando em correspondência anexa que o mesmo se encontrava desligado, porque não estava sendo utilizado, e que o equipamento fora enviado para conserto em empresa localizada em Vit. da Conquista. Para concluir: o equipamento não foi exibido para exame conforme solicitado e como prescreve a legislação e, no curso da ação fiscal, não foi apresentado atestado de encerramento, com dados das leituras atuais. **Valor total de R\$13.800,00.** Enquadramento: Arts. 207 e 210 do RICMS, publicado pelo Decreto n.º 13.780/2012. Multa aplicada: Artigo 42, inciso XIII-A, alínea “c”, item 1.1 da Lei 7.014/96.

Infração 03 – 03.02.05: ICMS calculado e escriturado mensalmente a menor, nos meses de Agosto/2013 a Dezembro/2014. Apurou-se no período examinado, que o somatório das operações apuradas de saídas com emissão de cupons fiscais (através de ECFs) e com emissão de NF-eletrônicas, apuradas nos bancos de dados da SEFAZ, superaram mensalmente os valores declarados pelo contribuinte nos Livros RSM e RAICMS, ou com utilização de base de cálculo ou alíquota incorreta. Conforme Planilhas anexas, apurou-se mensalmente, valores de ICMS normal devidos, superiores aos escriturados pelo contribuinte. **Valor total de R\$46.361,11.** Artigos 17 a 21; e art. 23 da Lei 7.014/96 (a depender da hipótese). Multa aplicada: Artigo 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Infração 04 – 05.08.01: Vendas pagas por meio de cartão de crédito/débito, não declaradas ou declaradas pelo contribuinte em valores inferiores aos informados pelas administradoras diária e mensalmente: no período de Agosto/2013 a Agosto/2014, o contribuinte não declarou as operações nas leituras Z diárias de ECF, e na escrita EFD, “Registros Fiscais – Operações com cartões de crédito e/ou débito”, consta conforme cópias de formulários anexos: “Não há registros para serem exibidos”. No período de Setembro/2014 a Dezembro/2014, embora na escrituração – EFD, também não constem registros, o contribuinte declarou nas leituras Z diárias, valores a menor que os informados pelas administradoras. Após constatação da falta total ou parcial de registros nas leituras Z diárias, das operações com cartões de crédito e/ou débito, procedeu-se à Intimação do contribuinte em 27 de maio de 2015, com prazo de cinco dias, para que o mesmo explicasse e demonstrasse como efetuou tais registros na sua escrita fiscal. Até a presente data, o contribuinte não apresentou qualquer demonstrativo ou explicação para a falta de registros, o que resultou na apuração de ICMS devido, por omissões de saídas caracterizadas por falta de registros nas leituras Z diárias, de operações de saídas pagas com cartões de crédito e/ou débito no período de 08/2013 a 08/2014 e, registros a menor que os informados pelas administradoras, no período de setembro a dezembro/2014. **Valor total de R\$443.545,93.** Enquadramento: Artigo 4º, §4º, inciso VI da Lei n.º 7.014/96. Multa aplicada: Artigo 42, inciso III da Lei 7.014/96.

Com relação a esta última infração, a Fiscalização entendeu que a Impugnante teria omitido a saída de mercadorias, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de

crédito ou de débito, pois tais valores apurados seriam inferiores aos valores fornecidos por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Para a apuração da base de cálculo das operações supostamente omitidas, a Fiscalização aplicou a regra de presunção prevista na Instrução Normativa Estadual nº 21/2007, ou seja, considerou todas as operações declaradas pelas administradoras dos cartões de crédito como omitidas e reduziu o valor dessas operações mediante a aplicação do índice de proporcionalidade extraído a partir da razão entre as saídas tributadas e as não tributadas (isentas ou sujeitas à substituição tributária) em cada ano. Sobre a base de cálculo encontrada, após a aplicação dos índices, a Fiscalização calculou o imposto exigido mediante a aplicação da alíquota interna de 17%.

O contribuinte foi notificado do lançamento pela via postal em 13/07/2015 e ingressou com defesa administrativa protocolada em 04/09/2015, em petição anexada às fls. 123 a 146 dos autos.

Após ressaltar a tempestividade da medida impugnatória a defesa informou que irá realizar o recolhimento dos valores exigidos em relação às Infrações 01 e 02, concentrando a sua irresignação tão somente no que se refere às infrações 03 e 04.

Em razões preliminares suscitou a nulidade do lançamento por ausência de fundamentação da Infração n.º 3 e cerceamento do direito de defesa da Impugnante.

Disse que a Fiscalização **presumiu** que a Impugnante teria incorrido no recolhimento a menor do ICMS em relação à Infração 03, conforme se infere nos documentos da autuação. Que a Fiscalização ao discriminar valores devidos pela Impugnante em planilha suporte que acompanhou o Auto, declarou que: *“Os valores das sangrias ultrapassaram em muito os valores das vendas e dos recebimentos. Em algumas datas, os valores dos recebimentos também superaram em muito os valores das vendas, o que sugere hipótese de saídas não registradas”*

De acordo com o trecho acima transcrito, argumenta que o Fiscal autuante se baseou em um fato isolado para presumir a ocorrência do fato gerador do ICMS no período de 2013 a 2014, utilizando a expressão *“sugere hipótese de saídas”* como se tal fato fosse suficiente para justificar o lançamento.

Afirmou haver dois equívocos insanáveis no que tange à exigência relativa à Infração n.º 3. O primeiro consistiria no fato de que é ilegal um lançamento fiscal baseado em mera presunção, a menos que a Fiscalização se utilize de um justificado procedimento de arbitramento para o fim de mensurar o valor do tributo devido, o que não teria ocorrido no presente caso. Ressaltou que o art. 148 do CTN deixa claro que, para o procedimento de arbitramento, a Fiscalização deve demonstrar a omissão do contribuinte na prestação de informações ou que seus documentos não mereçam fé.

A segunda nulidade estaria caracterizada em razão do cerceamento do direito de defesa da Impugnante, na medida em que não houve na autuação fiscal a discriminação analítica das bases de dados utilizadas para se chegar aos supostos valores de ICMS omitidos no período, o que teria impossibilitado a apresentação de defesa pontual pela Impugnante em relação à acusação fiscal. A título de exemplo citou o mês de agosto/2013 onde a Impugnante teria deixado de recolher a importância de R\$785,21 de ICMS. Para chegar a tal valor, a Fiscalização analisou e comparou as saídas informadas pela Impugnante em seu livro fiscal (R\$155.789,03) com uma apuração própria das bases de cálculo do imposto no período, que somaram a importância de R\$160.408,12 (saídas ECF: R\$154.108,13 e saídas NF-e: R\$6.299,99). Frisou que a diferença de R\$4.619,09 não é comprovada de forma analítica, com a indicação dos cupons fiscais e NF's-e que supostamente teriam deixado de ser escrituradas pela Impugnante. Que tentou de várias formas apurar o valor apresentado pelo autuante, mas entende que não se pode admitir que seja atribuído ao contribuinte o ônus de provar os fatos imputados pela Fiscalização sob pena de se transferir para o contribuinte o ônus de produzir prova negativa, ou mesmo impossível.

Fez citação aos princípios constitucionais da legalidade e tipicidade, explicitados pelo artigo 142 do CTN, que determinam caber à Autoridade Administrativa, obrigatoriamente, verificar a

ocorrência dos fatos que levam à constituição do crédito tributário, registrando ainda que o ônus de provar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária é do Fisco, segundo reforça a doutrina de Hugo de Brito Machado Segundo.

Mais à frente citou o artigo 18 do Decreto Estadual n.º 7.629/99 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia) para expressar que o Auto de Infração lavrado por funcionário competente deve ser motivado e deve conter a descrição minuciosa da infração, sob pena de nulidade, cabendo ao fisco, no desempenho do seu dever de fiscalização, comprovar discriminadamente os valores omitidos (indicação das NF-e e/ou cupons fiscais), e que não se pode validar lançamento efetivado com base em mera presunção de omissão de receita sem a efetiva demonstração de sua ocorrência.

Em relação à Infração 4, especificou que a Fiscalização do Estado da Bahia exige valores de ICMS dos anos-calendários de 2013 e 2014, em razão de ter encontrado suposta diferença entre os valores de vendas, cujos pagamentos foram efetuados por meio de cartões de débito/crédito, declarados pelas administradoras dos cartões discriminadas no Relatório TEF e os cupons fiscais emitidos pela Impugnante via ECF (relatórios redução “Z”). Que a Fiscalização considerou como diferença a **totalidade** dos valores lançados no Relatório TEF, pois nos cupons fiscais emitidos no período não havia a declaração de qualquer venda efetuada com pagamento sob a modalidade de cartão de crédito/débito.

Sustenta a defesa que o fisco ao apurar a base de cálculo do ICMS supostamente omitida, desconsiderou por completo a documentação fiscal/contábil da Impugnante, que retrata, os valores indicados pelas administradoras de cartões de crédito no Relatório TEF que compuseram a base de cálculo do ICMS apurado e recolhido no período. Ou seja, a Fiscalização baseou-se em apenas dois documentos (Relatório TEF e cupons fiscais – relatório redução “Z”) para “presumir” que os valores teriam sido omitidos pela Impugnante na apuração do imposto estadual.

Voltou a fazer a citação do art. 148 do CTN, que prevê que a administração fazendária poderá realizar o arbitramento da base de cálculo do tributo sempre que forem omitidas as declarações do sujeito passivo ou em casos em que as mesmas não mereçam fé. Que esta técnica se apresenta como a última providência a ser levada a efeito para o lançamento do crédito tributário, sendo utilizada somente quando esgotadas todas as formas de análise do caso com base na documentação pertinente a ser fornecida pelo sujeito passivo ou terceiros. Reiterou que o citado o art. 148 somente autoriza a utilização do arbitramento quando se tornem imprestáveis os dados registrados na escrita do contribuinte, em virtude de omissões ou falsidade. Todavia, no caso dos autos em exame, tal pressuposto legal não teria se verificado, visto que por um equívoco no sistema emissor de cupons fiscais (ECF) da Impugnante todas as suas operações com cartões de crédito/débito foram registradas sob a forma de pagamento “outras” ou “dinheiro” ou “cheque”, motivo pelo qual foi apurada uma aparente diferença entre os valores constantes no Relatório TEF e os cupons fiscais emitidos. Acrescentou que todos os valores constantes no referido relatório estão registrados nos livros de apuração do ICMS da Impugnante, de modo que por uma simples análise dessa documentação a Fiscalização teria identificado o pagamento do imposto em relação aos valores apontados pelas administradoras de cartão de crédito/débito e não teria lavrado o presente Auto de Infração.

Informou também que antes da lavratura do Auto de Infração, explicou toda a situação que gerou a diferença apontada ao fiscal autuante (mero erro em seu sistema ECF). Todavia este achou mais conveniente fazer o simples cotejo de dois documentos (Relatório TEF e cupons fiscais – relatório redução “Z”) e presumir a omissão de receita em razão da diferença matemática encontrada entre um e outro. Diante desse contexto, entende que o presente Auto de Infração revela-se eivado de nulidade, pois a Fiscalização deixou de analisar a documentação fiscal/contábil da Impugnante antes de lhe imputar o ônus de desconstituir a presunção de omissão de receitas.

Requer, portanto, que seja acolhida a preliminar de nulidade da presente autuação fiscal, uma vez que, para o lançamento do crédito tributário foram desconsiderados os documentos fiscais da

Impugnante, partindo-se apenas de documentos eivados de equívoco meramente formal para, no seu entender, a realização de arbitramento da base de cálculo do imposto nos anos calendários de 2013 e 2014.

Em seguida, passou a abordar o mérito das infrações 03 e 04.

Em relação à infração 03 declarou que a Fiscalização desconsiderou que, no período autuado, ocorreram vendas de mercadorias sujeitas à redução da base de cálculo e alíquota zero (cópias de NF's e cupons, por amostragem, em anexo – doc. 3 da peça de defesa).

A título de exemplo, reproduziu demonstrativo à fl. 136 dos autos, detalhando as vendas realizadas pela Impugnante no mês de agosto/2013, de mercadorias com base de cálculo reduzida e dispensadas da tributação, em razão da aplicação da alíquota “0” (zero). Frisou a defesa que os referidos valores demonstram que, em relação às mercadorias vendidas no mês de agosto/2013, há produtos sujeitos à redução de base de cálculo e alíquota zero que remontam uma diferença de R\$4.306,62 na base de cálculo do ICMS, valor este que não foi considerado pela Fiscalização na apuração das supostas irregularidades relativas à Infração 03. Reiterou não ter sido possível localizar a diferença de R\$4.619,09 apresentada pelo Fiscal autuante (R\$160.408,12 – R\$155.789,12) exatamente porque não houve qualquer discriminação do valor total da base de cálculo apurada no mês, no montante de R\$160.408,12.

Ressaltou em seguida que a mesma situação poderia ser verificada ao mês de outubro/2013, onde a Impugnante realizou vendas de diversas mercadorias sujeitas à alíquota zero, que somam o valor de **R\$8.610,19, conforme planilha reproduzida à fl. 137 do PAF**. De igual forma, disse não ter sido possível localizar a diferença de R\$12.206,83 apresentada pelo Fiscal autuante (R\$414.526,75 – R\$402.319,92) porque não houve qualquer discriminação do valor total da base de cálculo apurada no mês, no valor de R\$414.526,75.

Em vista do exposto, pede que o feito seja convertido em diligência ou perícia fiscal, a fim de que seja comprovada a venda de mercadorias pela Impugnante, no período autuado, sujeitas à alíquota “0” (zero) e/ou base de cálculo reduzida, formulando os seguintes quesitos:

- 1) *Queira o Sr. Perito confirmar se a Fiscalização considerou, no cálculo das diferenças apuradas e que deram ensejo à cobrança da Infração 3, as vendas realizadas com base de cálculo reduzida e alíquota 0 no período autuado.*
- 2) *Queira o Sr. Perito indicar, após computadas as referidas vendas (alíquota zero e base de cálculo reduzida) se ainda há diferenças a serem recolhidas pela Impugnante e a que se referem tais valores (indicação das NFs e/ou Cupons Fiscais omitidos na apuração fiscal).*

Indicou também assistente técnico.

No tocante ao mérito da infração 04, de início, a Impugnante reiterou que por um problema técnico em seu sistema emissor de cupons fiscais (ECF), todas as vendas do período foram registradas com pagamento na modalidade “financeira”, “outros”, “dinheiro” ou “cheque”, o que deu ensejo às diferenças apuradas pela Fiscalização.

Declarou ser uma empresa varejista especializada no comércio de eletrodomésticos e móveis, entre outros produtos, e que seria faticamente impossível a ausência de quaisquer vendas com cartões de crédito/débito durante todos os anos-calendários de 2013 e 2014.

Reafirmou que houve apenas um equívoco na classificação das informações indicadas nos cupons fiscais emitidos nos anos-calendários de 2013 e 2014, e não no valor da receita tributável. Que a presunção apresentada pela Fiscalização de que todos os valores apresentados no Relatório TEF teriam sido omitidos pela Impugnante, merece ser desconstituída. Sustenta, portanto, mais uma vez, que houve apenas um erro de classificação das informações inseridas nos cupons fiscais, porque todas as vendas foram equivocadamente classificadas na modalidade de pagamento “financeira”, “outros”, “dinheiro” ou “cheque”.

Para comprovar tal afirmativa, a Impugnante apresentou por amostragem alguns valores lançados pela Fiscalização (confronto entre os valores indicados nos Relatórios TEF e os documentos fiscais/contábeis da Impugnante), sustentando haver a necessidade de realização de perícia técnica para verificação fiscal de que todos os valores indicados no Auto de Infração foram objeto de recolhimento do imposto estadual.

Para exemplificar a situação posta a impugnante reproduziu na peça de defesa (fls. 140/141) valores constantes do Relatório Diário Operações TEF, dos meses janeiro/14 e outubro/13, que acompanham a autuação, contendo cupons fiscais que foram considerados na composição da base de cálculo do ICMS devidamente recolhido ao Estado da Bahia.

A relação dos cupons e respectivos valores constantes no Relatório TEF, bem como cópia de alguns cupons, por amostragem, foram anexados à presente defesa (doc. 4), indicando, no entendimento da defesa, que a análise realizada pelo Auditor Fiscal autuante decorreu exclusivamente de um equívoco no sistema ECF.

Afirmou ainda que essa situação se repetiu durante todos os meses dos anos-calendário de 2013 e 2014. Reiterou o pedido de realização de diligência/perícia, indicou assistente técnico, e formulou os seguintes quesitos:

- 1) É possível afirmar que todos os cupons fiscais emitidos pela Impugnante nos anos-calendários de 2013 e 2014 indicaram a modalidade “outros”, “financeira”, “dinheiro” ou “cheque” como a forma de pagamento das operações, inclusive vendas por cartão de crédito?
- 2) Os valores indicados no Relatório TEF pelas administradoras de cartão de crédito foram corretamente escriturados nos Livros Fiscais para a apuração mensal da Impugnante?
- 3) Tendo em vista a resposta acima, pode-se afirmar que não houve recolhimento a menor de ICMS sobre os montantes indicados no Relatório TEF objeto da presente autuação fiscal?

Pede que essa infração seja integralmente cancelada.

Em razões subsidiárias, sustenta que as multas aplicadas no Auto de Infração são confiscatórias, haja vista que os valores exigidos a título de penalidades (100% sobre o valor do crédito apurado na infração 04 e 60% sobre o valor do imposto não recolhido na infração 03) não estão em consonância com o ordenamento jurídico, tendo em vista que o montante exacerbado da penalidade implica em inconstitucional efeito confiscatório, com base no que dispõe o art. 150, IV, da Lei Maior.

Reproduziu na peça de defesa citações doutrinárias de tributaristas brasileiros a respeito desse tema, entre eles, Leandro Paulsen, e decisões judiciais oriundas do STF (Supremo Tribunal Federal), fls. 243/145.

Finalizou a peça de defesa formulando os seguintes pedidos:

- a) Que seja reconhecida a nulidade do presente Auto de Infração em relação aos itens 3 e 4, tendo em vista a ausência de fundamentação específica da autuação, o que acarreta flagrante cerceamento do seu direito de defesa, e desconsideração dos documentos fiscais/contábeis da Impugnante para a verificação do valor supostamente devido;
- b) Caso ultrapassada essa questão, em relação às infrações 3 e 4, que seja deferido o pedido de realização de perícia técnica, considerando sua necessidade/utilidade para a solução do caso;
- c) Quanto à infração 3, que sejam canceladas as exigências de ICMS, tendo em vista que o Fiscal autuante deixou de considerar a venda de mercadorias sujeitas à redução de base de cálculo e alíquota “0” (zero). Por sua vez, no que se refere à infração 04, que seja integralmente extinto o crédito tributário, uma vez comprovado que os valores apresentados no relatório TEF foram devidamente submetidos à tributação pela Impugnante.
- d) Subsidiariamente, caso mantida qualquer parcela de imposto, que sejam canceladas as multas lançadas sob os percentuais de 60% e de 100%, em virtude do nítido caráter confiscatório.

Foi prestada informação fiscal em 02/10/2015, peça anexada ao PAF às fls. 390 a 393.

Em contraponto aos argumentos da Defesa, e relativamente à Infração 03 e seus anexos apresentados, o autuante argumentou o que segue:

- a) A Autuada não exibiu para exame no curso da ação fiscal, nem em sua Defesa, o ECF 002, que foi retirado da empresa de forma irregular, e lá esteve durante vários meses sem operações oficialmente registradas;
- b) Em 08/04/2015 e 27/05/2015 (fls. 12 e 19, do PAF), a Fiscalização intimou a autuada a prestar esclarecimentos e comprovações, envolvendo: a ausência do ECF 002; o funcionamento em paralelo de sistema de acionamento e operação dos ECFs em uso; falta de apresentação de recibos de envio da escrituração fiscal digital, relativa aos meses de Agosto e Setembro/2013, Fevereiro a Abril/2014; e informações relativas a ausência de leituras “Z” diárias e da Memória Fiscal de ECF. Tais solicitações não foram atendidas no curso da ação fiscal nem foram atendidas na Defesa;
- c) Às fls. 28 a 29, do PAF, encontram-se anexados ao Auto: “Demonstrativo de Apuração de ICMS devido Mensalmente P/Saídas”, envolvendo tão somente as operações tributadas, com identificação mensal das bases de cálculo e alíquotas incidentes, nas saídas documentadas com Cupons de ECF e Notas Fiscais eletrônicas emitidas. Bem como, das divergências apuradas em relação a bases de cálculo e valores devidos do imposto, registradas nos Livros RAICMS do contribuinte. Dados extraídos das Leituras Mensais da Memória Fiscal de ECF dos ECFs 001, 002 e 003, além das Notas Fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte, conforme relatórios anexos, às fls. 36 a 41, do PAF – dados constantes de banco de dados da SEFAZ e dos arquivos EFD declarados pelo contribuinte. Nas mesmas folhas, constam os valores mensais das diferenças de imposto devidas, apuradas a menor.
- d) Às fls. 30 a 31, do PAF, constam anexados ao Auto: “Demonstrativo de Apuração de ICMS devido mensalmente p/Saídas”, com explicação de divergências apuradas nos registros escriturados pelo contribuinte, de valores mensais de bases de cálculo e valores de imposto devido, nas operações com ECF. Nas planilhas anexadas, consta a relação detalhada mensalmente de bases de cálculo e ICMS destacado, nas operações de saídas registradas em ECF e Notas Fiscais eletrônicas e, respectivos totais apurados.
- e) Às fls. 32 a 35, do PAF, consta “Planilha de Verificação de Operações c/ECF”, com detalhamento dos nº de cupons emitidos e respectivas leituras mensais. Pode-se identificar nesta Planilha, os valores totais mensais de operações, enquanto que, nas Planilhas anteriores (fls. 28 a 31), foram computadas apenas as operações efetivamente tributadas, com respectivas alíquotas, identificadas nas Leituras mensais de memória fiscal, apresentadas no curso da ação fiscal.
- f) Às fls. 36 a 70, do PAF, estão anexados: Extrato de Notas Fiscais emitidas mês a mês, nos exercícios de 2013 e 2014, com identificação mensal dos valores de bases de cálculo e valores de imposto destacado; além de Registros Fiscais dos documentos de saídas de mercadorias e prestação de serviços, copiados dos arquivos EFD declarados pelo contribuinte, com identificação de bases de cálculo, por CFOP e valores de imposto destacados.

Diante desse quadro, sustenta o autuante que a infração 03 do Auto de Infração contém elementos suficientes para identificação dos valores apurados. Pede que esse item seja mantido na íntegra, conforme apurado no Auto, resultando no débito histórico de R\$46.361,11.

Relativamente à Infração 04, argumenta que:

- a) A Autuada expressamente confessa que praticou a infração apurada, ao afirmar em sua Defesa, à fl. 127, do PAF, “in verbis”: *“No que se refere à infração 04, o que ocorreu, por um equívoco escusável e meramente formal no sistema emissor de cupons fiscais (ECF) da Impugnante, foi que todas as operações realizadas com cartões de crédito/débito foram registradas nos cupons fiscais sob a forma de pagamento “outras/dinheiro/cheque” ao*

invés de terem sido registradas sob a modalidade “cartão de credito/debito”. Com isso, ao comparar o registro dos referidos cupons fiscais (relatório redução Z) com os relatórios emitidos pelas administradoras dos cartões, a Fiscalização considerou que a Impugnante não teria tributado nenhuma venda realizada com cartão de credito e debito.”

- b) Confunde o critério de apuração dos débitos relativos à infração, aplicados na ação fiscal, que obedeceram a metodologia própria, com suposto “arbitramento”, cuja aplicação, obedece a critérios diversos específicos;
- c) Falta com a verdade reiteradamente, ao afirmar que: “A Fiscalização considerou como diferença a totalidade dos valores constantes no Relatório TEF, pois nos cupons fiscais emitidos no período não havia a declaração de qualquer venda efetuada com pagamento sob a modalidade de cartão de credito/debito.” Contrariando o que afirma a Autuada, o Autuante apurou nos meses de Setembro a Dezembro de 2014, conforme Planilha à fl. 72, do PAF, valores de operações pagas com cartões de credito/debito, declaradas nas Reduções “Z” examinadas, contrariando também o que afirmou a Autuada em sua Defesa, fotocópias anexadas à Defesa, fls. 230 a 237, do PAF, fotocópias de registros de cupons fiscais, referentes ao período de Setembro a Dezembro/2014, nos quais consta a identificação da forma de pagamento, através de CARTÃO.
- d) A Defesa teria se revelado, portanto, inconsistente e cheia de inverdades.

Acrescentou o autuante que a empresa autuada foi regularmente intimada em 27/05/2015, com expedição do 5º Termo de Intimação Para Apresentação de Documentos e Informações, fl. 19, do PAF, a prestar esclarecimentos sobre as irregularidades nos registros de operações TEF (pagamentos com cartões de crédito/débito). Decorrido o prazo concedido, e até o final da ação fiscal, não foi apresentada qualquer justificativa, e principalmente, em relação:

- 1) *a ocorrência de varias “sangrias” diárias, em valores superiores ao total de vendas registradas nos ECFs, conforme Demonstrativo às fls. 116 e 117, do PAF e, documentadas através fotocópias de Reduções diárias Z, às fls. 96 a 115, do PAF;*
- 2) *Se efetivamente as citadas operações foram regularmente escrituradas;*
- 3) *Não apresentou qualquer evidencia contábil de registro seletivo de recebimentos, identificando os pagamentos com cartões de credito/debito.*

Finalizou a peça informativa afirmando que a defesa carece de elementos consistentes para elidir a ação fiscal, pugnando pela manutenção plena das exigências lançadas no Auto de Infração.

Distribuído o PAF para esta 5ª JJF, o colegiado deste órgão fracionário do CONSEF decidiu pela conversão do feito em diligência à Inspeção de origem do processo para que fossem adotadas as seguintes medidas em relação à infração 04:

- 1 – *considerando que o contribuinte afirmou na peça impugnatória que no período objeto da autuação (ago/13 a dez/14), diversas operações de vendas pagas através da modalidade cartão de crédito e/ou débito foram registradas de forma equivocada nos equipamentos emissores de cupons fiscais (ECFs), em outras modalidades (“financeira”, “dinheiro”, “cheque” ou “outros”), gerando as diferenças apuradas na ação fiscal.*
- 2 – *considerando que houve expressiva quantidade de meses (ago/13 a ago/14) em que as reduções “Z” dos equipamentos ECFs do contribuinte não registraram qualquer pagamento através de cartão de débito e/ou crédito;*
- 3 – *considerando que na atividade de comércio varejista atual há preponderância de vendas de mercadorias com pagamento através de cartões de débito e/ou crédito;*
- 4 – *e, por fim, considerando que o contribuinte ao afirmar que incidiu em erro no processamento das informações registradas nos seus ECFs, atraiu para si o ônus de provar que não deixou de recolher ICMS nas vendas efetuadas através de cartão de débito e/ou crédito;*

1 - Deve a Inspeção de Itabuna, através do preposto fiscal, intimar o sujeito passivo para que, no prazo razoável de 60 (sessenta) dias, este, a partir dos relatórios TEF diários contidos na

mídia digital (CD Anexo – doc. fl. 118), efetue a vinculação de valores e datas, por operação, entre as informações fornecidas pelas administradoras de cartão e aqueles registrados nas fitas - detalhe (diárias) dos ECFs do sujeito passivo;

II - A partir das operações registradas nas fitas - detalhe com pagamentos efetuados nas modalidades: “financeira”, “dinheiro”, “cheque” ou “outros”, em confronto com as operações acumulados nos TEFs diários dos ECFs, deverá o contribuinte, em relatório específico, apresentar de forma detalhada as situações em que se verifique ou se apresente a plena coincidência de valores e de datas;

Encerrada a fase acima, o PAF deverá retornar ao autuante para que seja prestada nova informação fiscal, ocasião em que:

A) deverá a autoridade fiscal revisar o relatório apresentado pelo contribuinte que contenha a identificação das operações de vendas em que se verifique a plena coincidência de valores e datas entre as informações dos TEF diários e fitas detalhes diárias;

B) em seguida, promover a exclusão do A.I. das parcelas em que tenha sido detectada a total coincidência de valores datas entre as informações dos TEF diários e fitas detalhes diárias, elaborando novo Demonstrativo de Débito no mesmo formato do Auto de Infração;

Encerradas as etapas acima deverá a Inspeção Fiscal dar ciência ao autuado do inteiro teor da informação fiscal para manifestação do contribuinte no prazo de 10 (dez) dias.

Em seguida o PAF deverá retornar a este CONSEF para deliberação.

A inspeção fiscal através do Termo de Intimação anexado à fl. 400 do PAF notificou o contribuinte para que atendesse aos termos do pedido de diligência encaminhado pela 5ª JF. Essa intimação foi formalizada através dos Correios, via “AR” – aviso de recebimento, datado de 16/11/16, com entrega do inteiro teor do pedido de diligência da 5ª JF.

Decorrido o prazo de 60 (sessenta dias) para que o sujeito passivo atendesse ao que foi solicitado na diligência, não houve juntada ao PAF dos elementos probatórios solicitados. Em decorrência, o processo foi encaminhado ao autuante para prestar nova informação fiscal. Em 18 de janeiro de 2017 o autuante declarou, em nova informação fiscal, manter integralmente os termos da autuação em face da inércia da defesa (doc. fl. 404).

Posteriormente, o contribuinte ingressou com nova petição nos autos, protocolada em 03/03/2017, firmada por sua advogada, com procuração nos autos (docs. fls. 411/414). Nessa peça, que a defesa denomina de “breve memorial”, a mesma reitera os termos da sua defesa originária em relação às infrações 03 e 04. Relativamente à infração 04 a defendente acrescentou que além das vendas das mercadorias que estão registradas nos cupons fiscais emitidos, ofereceu aos seus clientes a contratação de seguros e garantia estendida para os produtos, e até mesmo a realização de cursos online, os quais estão registrados nos valores constantes no Relatório TEF, com pagamento via cartão de crédito/débito, mas que não constituem base de cálculo para o pagamento do imposto estadual, por tratar-se de serviços. Disse que apesar de o cupom fiscal relacionar o valor apenas da mercadoria vendida, o valor pago em cartão de crédito pelo cliente foi maior, pois também abrangeu a contratação de serviços (que, frisa-se, não são tributados pelo ICMS).

Estaria justificado assim a diferença encontrada entre os valores de alguns cupons fiscais apresentados e o relatório TEF emitido pelas empresas de cartões de crédito/débito. Nesse contexto, a defesa requereu a juntada aos autos da planilha “Conciliação - Amostra de Vendas em Cartão com Produtos e Serviços”, confrontando as informações fornecidas pelas operadoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos, relativos à 9.631 (nove mil seiscentos e trinta e uma) operações de venda autuadas. Frisou ainda que caso os d. Julgadores entendam necessário, a Requerente pede para que os autos sejam novamente baixados em diligência, para verificação da veracidade das informações prestadas na referida planilha.

Finalizou sua intervenção reiterando que o Auto de Infração seja julgado improcedente no que se refere às parcelas impugnadas, com a desconstituição dos valores exigidos no lançamento.

VOTO

O Auto de Infração em lide é composto de 04 imputações conforme foi detalhadamente apresentado no relatório.

Em relação às infrações 01 e 02 o contribuinte, por ocasião da defesa, informou que iria realizar o recolhimento dos valores exigidos, todavia, não trouxe aos autos os comprovantes de pagamentos que atestassem a quitação das parcelas relacionadas a essas ocorrências. Diante da manifestação do contribuinte de que promoveria o recolhimento das multas lançadas nas infrações 01 e 02, ficou explicitado o reconhecimento dessas ocorrências por parte da defesa, razão pela qual mantenho inalterado o lançamento, declarando a procedência dessas imputações.

A defesa concentrou a sua irresignação tão somente em relação às infrações 03 e 04. Requereu, em relação a ambas as imputações a realização de diligências ou perícias fiscais, medidas saneadoras que foram em parte acolhidas pela JJF e cujos resultados serão abordados no enfrentamento das questões de mérito.

Suscitou, a impugnante, em razões preliminares, a nulidade das cobranças ao argumento de ausência de detalhamento da forma como foi apurada a infração 03 e o consequente cerceamento ao seu direito de defesa, valendo-se o autuante de uma presunção não prevista na legislação.

Observe, todavia, conforme se encontra detalhado nos autos, que a empresa autuada foi sucessivamente intimada a exhibir para exame no curso da ação fiscal, bem como na fase de defesa, do ECF 002, que foi retirado do estabelecimento do contribuinte e que lá esteve durante vários meses sem operações oficialmente registradas. Ressalto que o não atendimento dessas intimações e a falta de apresentação do documento de cessação de uso do equipamento fiscal acima mencionado, resultaram na cobrança das multas que compõem as infrações 01 e 02, relacionadas ao descumprimento de obrigações acessórias de não atendimento de sucessivas intimações e a ausência de documento que comprovasse a cessação de uso do equipamento emissor de cupom fiscal (ECF).

Por sua vez, no que se refere ao aspecto formal, verifico que às fls. 28 a 29, do PAF, encontram-se anexados os seguintes documentos : *“Demonstrativo de Apuração de ICMS devido Mensalmente P/Saídas”*, envolvendo tão somente as operações tributadas, com identificação mensal das bases de cálculo e alíquotas incidentes, nas saídas documentadas com Cupons de ECF e Notas Fiscais eletrônicas emitidas. Esse relatório foi confrontado com a escrita fiscal apurando-se divergências em relação às bases de cálculo e valores devidos do imposto, registradas nos Livros RAICMS (Registro de Apuração do ICMS) do contribuinte, conforme dados extraídos das Leituras Mensais da Memória Fiscal de ECF dos equipamentos 001, 002 e 003, além das Notas Fiscais eletrônicas emitidas pelo contribuinte, constantes dos relatórios anexos, às fls. 36 a 41, do PAF: dados constantes do banco de dados da SEFAZ-BA e dos arquivos EFD (escrituração fiscal digital) declarados pelo contribuinte. Nas mesmas folhas constam os valores mensais das diferenças de imposto devidas, apuradas a menor.

Às fls. 30 a 31, do PAF, foi anexado o *“Demonstrativo de Apuração de ICMS devido mensalmente p/ Saídas”*, com explicação de divergências apuradas nos registros escriturados pelo contribuinte, os valores mensais de bases de cálculo e valores de imposto devido, nas operações com ECF. Nas planilhas anexadas, consta a Relação detalhada mensalmente de bases de cálculo e ICMS destacado, nas operações de saídas registradas em ECF e Notas Fiscais eletrônicas e, respectivos totais apurados.

Às fls. 32 a 35, do PAF, foi juntada a *“Planilha de Verificação de Operações c/ECF”*, com detalhamento dos nº de cupons emitidos e respectivas leituras mensais, podendo-se identificar nesta Planilha, os valores totais mensais de operações, enquanto que, nas Planilhas anteriores (fls. 28 a 31), foram computadas apenas as operações efetivamente tributadas, com respectivas

alíquotas, identificadas nas Leituras mensais de memória fiscal, apresentadas no curso da ação fiscal.

Às fls. 36 a 70, do PAF, foram anexados os “*Extratos de Notas Fiscais*”, emitidos mês a mês, nos exercícios de 2013 e 2014, com identificação mensal dos valores de bases de cálculo e valores de imposto destacados, além de Registros Fiscais dos documentos de saídas de mercadorias e prestação de serviços, copiados dos arquivos EFD declarados pelo contribuinte, com identificação de bases de cálculos, por CFOP e valores de imposto destacados.

Ora, conforme detalhado acima, o conjunto probatório anexado pelo autuante ao PAF, cujas cópias foram entregues ao contribuinte por ocasião da intimação do A.I., revela como se operou a apuração do imposto que resultou na cobrança que integra a infração 03. Observo que o autuante se valeu da própria escrita do contribuinte e das informações constantes dos arquivos EFD enviados pelo sujeito passivo para a SEFAZ-BA. Ao final da ação fiscal, foi apurado nos meses de agosto/2013 a dez/2014, recolhimento a menor do ICMS resultante do confronto do total mensal dos valores apurados por documento fiscal (cupons ECF e Notas Fiscais Eletrônicas – NFe) e as declarações e recolhimentos mensais efetuados pelo sujeito passivo.

Não houve, portanto, a alegada imprecisão ou falta de detalhamento da forma como o imposto foi apurado, inexistindo, em decorrência, cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Ademais, não se valeu o autuante de presunções ou do uso extremo da apuração do imposto pela via do arbitramento. Muito pelo contrário: o autuante partiu, conforme já alinhado acima, dos dados da EFD e das apurações e recolhimentos efetuados pelo contribuinte para produzir as planilhas em que se fundamenta o lançamento fiscal que resultou no item 03 do Auto de Infração.

Diante do quadro acima exposto afasto as nulidades suscitadas em relação à infração 03.

No mérito verifico que a defesa apresentou uma amostra de vendas de mercadorias com tributação reduzida ou com alíquota zero (fls. 136/137) para demonstrar que o lançamento de ofício não levou em consideração essa circunstância envolvendo determinadas mercadorias comercializadas pela autuada. Observo de início que sequer foram nominadas, ainda que a título exemplificativo, quais as mercadorias que preenchiam essa condição. Entretanto, as diferenças apuradas no Auto de Infração não partiram dessa premissa aventada pela defesa, pois conforme já deduzido linhas acima, as diferenças foram detectadas confrontando os dados da escrita fiscal constantes da EFD, cupons ECF e notas fiscais emitidas pelo contribuinte (base de cálculo vs. imposto a recolher) com os valores efetivamente pagos de ICMS nos respectivos períodos mensais. Por essa razão não há porque remeter o PAF em diligência, pois qualquer discordância entre valores lançados a débito do imposto e as quantias recolhidas, o ônus probatório necessariamente recai sobre o sujeito passivo que produziu a escrita fiscal e enviou os arquivos EFD para a SEFAZ-BA. Nesse sentido dispõe os arts. 142 e 143 do RPAF/BA, que prescrevem sucessivamente que, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa em presunção de veracidade da afirmação (e das provas) da parte contrária e ainda, a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Pelas razões acima expostas mantenho, no mérito, inalterada a exigência fiscal que integra o item 03 do Auto de Infração.

A infração 04 se refere à exigência de ICMS em razão da omissão de saídas de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos períodos mensais de agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2013 e de janeiro a dezembro de 2014. Foi apurada diferença entre os valores das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e/ou débito e os valores informados pelas administradoras de cartão, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que pode ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exhibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, tendo sido entregue ao sujeito passivo cópia dos Relatórios Diários por Operação TEF, o que possibilitou que fosse feito o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito.

O defendente alegou, inicialmente, que o lançamento padece do vício de nulidade vez que no lançamento do crédito tributário não foram desconsiderados os documentos e escrita fiscal da impugnante, tomando-se por base tão somente as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito em confronto com os valores acumulados nas reduções “Z” dos ECFs com registros dessa modalidade de pagamento. No mérito, afirmou que a fiscalização não considerou a totalidade do faturamento da empresa devidamente contabilizado, não havendo omissão de saídas e sim erro escusável nos controles das máquinas de cartões de crédito / débito e ECFs que registraram os pagamentos em cartão sob a forma de outras modalidades: “dinheiro”, “cheque” ou “outros meios”.

Percebe-se claramente que a nulidade suscitada pela defesa está entreteçada com as questões mérito alegadas na peça impugnatória.

Visando elucidar a questão o colegiado desta 5ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o PAF em diligência para que o contribuinte *no prazo razoável de 60 (sessenta) dias, a partir dos relatórios TEF diários contidos na mídia digital (CD Anexo – doc. fl. 118), efetuasse a vinculação de valores e datas, por operação, entre as informações fornecidas pelas administradoras de cartão e aqueles registrados nas fitas - detalhe (diárias) dos ECFs do sujeito passivo. determinou-se, ainda, que a partir das operações registradas nas fitas - detalhe com pagamentos efetuados nas modalidades: “financeira”, “dinheiro”, “cheque” ou “outros”, em confronto com as operações acumulados nos TEFs diários dos ECFs, o contribuinte, em relatório específico, apresentasse de forma detalhada as situações em que se verificasse ou se apresentasse a plena coincidência de valores e de datas.*

Esta diligência foi determinada em razão do contribuinte ter alegado que lançou valores pagos através de cartões em outras modalidades, de forma que foi concedido mais prazo para a apresentação de provas documentais vinculando valores ou operações vinculadas a cartões de créditos ou débitos, porém registrados nos ECFs em outra modalidade de quitação, reabrindo-se inclusive prazo de defesa, de 60 dias, para a produção dessa prova.

Todavia, após o esgotamento do prazo para o cumprimento da diligência, verificado em 17 de janeiro de 2017, nada foi apresentado ao processo que atestasse a veracidade das alegações defensivas.

Somente em 03 de março de 2017, o contribuinte atravessou petição nos autos pedindo a realização de nova diligência e afirmando que além das vendas das mercadorias que estão registradas nos cupons fiscais emitidos, ofereceu aos seus clientes a contratação de seguros e garantias estendidas para os produtos comercializados, e até mesmo a realização de cursos “online”, os quais foram registrados nos ECFs e constam dos valores lançados nos Relatórios TEF, por terem pagamentos sido processados via cartão de crédito/débito. Alegou a defesa que essas operações não constituem base de cálculo para o recolhimento do imposto estadual, por tratar-se de serviços. Disse que apesar de o cupom fiscal relacionar o valor apenas da mercadoria vendida, o valor pago em cartão de crédito pelo cliente foi maior, pois também abrangeu a contratação de serviços, frisando mais uma vez não serem tributados pelo ICMS.

No caso em exame entendo ser desnecessária a realização de nova diligência ou perícia fiscal, por estarem presentes no processo todos os elementos probatórios suficientes para o deslinde da autuação, em especial, os dados das reduções “Z” dos equipamentos ECF e os relatórios TEF diários (CD anexo – mídia digital – fl. 118), além das informações relativas ao faturamento de vendas extraídas da escrita fiscal do contribuinte. Os elementos probatórios relacionados à constituição do crédito tributário foram acostados ao processo. A desconstituição dos fatos

geradores presumidos é ônus do sujeito passivo, na medida em que foi o próprio contribuinte quem afirmou ter procedido ao registro no ECF de operações quitadas por seus clientes via cartão crédito/débito por outras modalidades de pagamento (cheque, dinheiro etc).

Observo que na auditoria fiscal de ICMS - Cartão de Crédito, o cotejamento de valores leva em conta tão somente as operações pagas através desta modalidade. Se o contribuinte utiliza de formas combinadas ou híbridas de recebimento de suas vendas, deveria nos documentos fiscais por ele emitidos, especificar, em valores, quanto de cada modalidade foi utilizada na quitação da respectiva operação. A alegação de que a totalidade do faturamento supera os valores informados pelas administradoras de cartão não elide a infração, visto que os recebimentos de recursos financeiros em contrapartida às operações de venda de mercadorias é operado através de mais de uma modalidade de pagamento, envolvendo dinheiro, cheque, cartão de crédito e /ou débito etc.

Em outro giro a defesa afirmou que não houve omissão de saídas e sim erro no controle das máquinas de cartões de crédito/débito e ECF utilizados. Para possibilitar sanar essa questão é que se reabriu o prazo de defesa, na diligência determinada por esta JJF (peça apensada às fls. 396 a 398 do PAF), para que o sujeito passivo fizesse as vinculações de valores e datas de pagamentos registrados em outras modalidades, porém efetivamente quitados através de cartões.

Entendo, portanto, que o Auditor Fiscal cumpriu o seu dever de ofício de lançar o tributo nos meses que em apurou diferenças que configuraram o fato gerador presumido do ICMS. Registre-se que a escrituração fiscal configura um conjunto de atos de responsabilidade do contribuinte, através da qual o mesmo apura os tributos lançados por homologação, cabendo ao sujeito passivo, para a sua desconstituição adotar os procedimentos estatuídos nas normas de regência dos respectivos tributos, e fazer a prova contrário, o que foi oportunizado na diligência deliberada por esta 5ª Junta de Julgamento.

No tocante à alegada inclusão na base de cálculo de operações de venda de cursos “on line” ou seguros relacionados à garantia estendida de produtos, convém ressaltar que a própria empresa informa ter registrado, nos ECFs, tão somente, o valor de venda dos produtos. Não restou provado nos autos que houve a venda conjunta de produtos, seguros, cursos e outros serviços na mesma operação. Mas mesmo que essas operações de vendas conjugadas tivessem se verificado, a legislação do ICMS apresenta disposição expressa sobre o tema. As denominadas despesas acessórias das vendas, a exemplo de seguros e outros encargos transferidos ao consumidor ou cliente compõem a base de cálculo do ICMS, conforme previsto no art. 17, § 1º, inc. II, letra “a”, da Lei nº 7.014/96. Esses dispositivos da Lei prescrevem que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação acrescido neste, os valores de seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos concedidos sob condição. Assim, as importâncias cobradas dos clientes, no preço do produto, pela empresa comercial, na denominada “venda casada” (a exemplo de produto + seguro), integram a base de cálculo do imposto sobre circulação de mercadorias, conforme expressamente previsto na norma legal de incidência. Os seguros só não integram a base impositiva do ICMS quando contratados diretamente pelo consumidor junto à empresa seguradora, constituindo assim fato autônomo ou independente da operação comercial de venda de mercadorias.

Diante do acima exposto, restou caracterizada, na forma descrita na acusação fiscal, a presunção de que cuida o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02. Estabelece esse comando normativo que a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto.

Como não foi anexado pela impugnante comprovação robusta que ensejasse a alteração do valor da autuação, limitando a pedir novas diligências e apresentar registros por amostragem que não afastam os valores cobrados na ação fiscal, mantenho inalterado o item 04 do Auto de Infração.

A defendente contestou, em razões subsidiárias, as multas exigidas, alegando o efeito confiscatório das penalidades lançadas no Auto de Infração, pedindo que as mesmas fossem reduzidas ou canceladas. Não acolho a postulação defensiva, visto que não estão inclusos no campo de competência dos órgãos administrativos de julgamento a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior. É o que prescreve o art. 167, incisos I e III, do RPAF (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Ressalto ainda que as decisões judiciais reproduzidas na peça defensiva não alteram o entendimento acima exposto, visto que as mesmas não são vinculantes para o Estado da Bahia, além do fato do Erário Estadual não ter figurado como parte nas ações que resultaram nos Acórdãos mencionados pela impugnante.

Ante o exposto nosso voto é pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207185.0012/15-5**, lavrado contra **ELETROSOM S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$489.907,04**, acrescido das multas de 60% sobre R\$46.361,11 e de 100% sobre R\$443.545,93, previstas, respectivamente, no art. 42, inc. II, letra “a” e inc. III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$17.940,00**, previstas no art. 42, inc. XX e inc. XIII-A, letra “c”, item 1.1, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de março de 2017.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA