

PROCESSO	- A. I. N° 110427.0001/12-8
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e UNIVERSO DOS COSMÉTICOS LTDA.
RECORRIDOS	- UNIVERSO DOS COSMÉTICOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0270-03/14
ORIGEM	- INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 26/07/2019

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0132-11/19

EMENTA: ICMS. 1. 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. 2. 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. Constatado, de ofício que, por restar comprovado se tratar de receita presumida de omissão de saída, simultânea à própria receita de omissão de saída detectada na infração 11, esta em valor superior, nos termos do art. 60, §1º do RICMS/97, resta a infração 06 absorvida pela infração 11, de maneira a se evitar o *bis in idem* do imposto cobrado. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. CANCELAMENTO DE CUPOM FISCAL SEM APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS ORIGINAIS CANCELADOS JUNTO À REDUÇÃO “Z”, EMITIDAS PARA AS RESPECTIVAS OPERAÇÕES. Tal procedimento facilita 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. 4. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA ALÍQUOTA. MERCADORIAS SUPÉRFLUAS. DEOCOLÔNIAS. 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. Decretada, de ofício, a exclusão da infração 6, no qual fora absorvida pela imputação 11. Afastadas as preliminares. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, em razão de a Decisão proferida por meio do Acórdão da 3ª JJF nº 0270-03/14 ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito que lhe foi imputado, consoante determina o art. 169, I, “a” do RPAF-BA/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia; Decreto nº 7.629/1999), e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte com respaldo no art. 169, I, “b” do citado Regulamento.

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 de 12 infrações. Por ter o sujeito passivo reconhecido integralmente às infrações 01, 02, 03, 04, 07, 08, 09 e 10, serão objeto de análise neste momento somente as infrações 05, 06, 11 e 12, quais sejam:

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 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.”.

Após a devida instrução processual, a referida Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência Parcial, por unanimidade, pelos seguintes termos abaixo colacionados:

VOTO

O presente Auto de Infração constituído de doze infrações à legislação tributária do ICMS consoante descrição pormenorizada no inicio 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 exhibir 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 defendant 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 defendant, conclui 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 decidia 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 deficiente, 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 forma 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 discriminada de forma clara e objetiva cronologicamente todos os cancelamentos registrados no ECF, e procedendo à exclusão dos cupons devidamente comprovados.

É indubioso 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 deficiente 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 inteleção 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 deficiente 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 deficiente 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 JJF 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 maquilagem, 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.

Saliente 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 Sujeitas 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					2 0 1 0				
DATA. OCOR.	Auto de Infração	Informação Fiscal	Exclusão Lavanda - alfazema	JULG.	DATA. OCOR.	Auto de Infração	Informação Fiscal	Exclusão Lavanda - alfazema	JULG.
31/01/2009	241,89	238,74	130,58	108,16	31/01/2010	346,18	346,18	156,40	189,78
28/02/2009	165,72	161,21	88,29	72,92	28/02/2010	1.007,81	1.003,07	437,70	565,37
31/03/2009	245,52	238,85	55,24	183,61	31/03/2010	718,16	717,51	196,59	520,92
30/04/2009	266,73	266,73	53,11	213,62	30/04/2010	478,16	478,16	209,96	268,20
31/05/2009	487,05	487,05	212,49	274,56	31/05/2010	479,36	479,36	171,57	307,79
30/06/2009	365,48	364,79	194,41	170,38	30/06/2010	369,37	369,37	86,45	282,92
31/07/2009	315,12	315,12	135,63	179,49	31/07/2010	314,81	314,81	88,12	226,69
31/08/2009	222,41	222,41	37,86	184,55	31/08/2010	369,05	369,05	95,42	273,63
30/09/2009	192,03	192,03	24,88	167,15	30/09/2010	291,23	291,23	118,45	172,78
31/10/2009	307,51	307,51	78,04	229,47	31/10/2010	343,71	343,71	153,12	190,59
30/11/2009	463,88	463,88	217,92	245,96	30/11/2010	378,44	378,44	202,90	175,54
31/12/2009	611,11	611,11	270,39	340,72	31/12/2010	673,20	673,20	325,25	347,95
TOTAL	3.884,45	3.869,43	1.498,84	2.370,59	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.

Nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

Irresignado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário objetivando a reapreciação da decisão de piso, com base nos seguintes fundamentos:

Inicialmente, quanto à infração 05, diz que não foi acatada pelo julgador de piso a alegação do contribuinte de que houve um erro de programação do teclado do ECF, no qual a tecla que deveria acionar a rubrica “cartão” acionava, em verdade, a de “cheque pre”. E que não aceitar essa realidade é afastar o contribuinte de qualquer possibilidade de defesa, para além dos argumentos técnicos sublinhados, bem como inviabilizar a possibilidade de continuidade da atividade empresarial.

Ademais, na folha 7 do julgamento, no 6º parágrafo, critica a associação dos valores das vendas citadas nos cupons fiscais com os valores das autorizações registradas pelas administradoras de cartões, uma vez que tal entendimento representa um contrassenso sem limites, uma opção temerária, uma atitude difícil de ser encarada, enfim, algo que amplia toda a incoerência com que já foi tratado o assunto.

Inconformado, o recorrente faz as seguintes afirmações e indagações: *Percebe-se o grande entendimento a respeito da lei, mas o pequeno entendimento a respeito da prática comercial. Não vemos como se possa desempenhar bem um sem afinar-se com o outro. Afinal, como a loja poderia comprovar que suas vendas correspondem, sim, aos ditos valores autorizados? Somando-os por período, claro!! E não uma a uma, como quis o Nobre Preposto. Ou como poderia ele ignorar que os clientes pagam dividindo parte no cartão e parte em dinheiro? Ou parte no cartão do comprador direto e parte no cartão da amiga ao lado? Estas atitudes são ocorrentes no nosso dia a dia e não podem ser negadas pelo simples entendimento obnubilado da fiscalização. Não dá para ignorá-las. E não vamos nem tratar daquelas que, por serem clientes assíduas, passam o cartão de crédito somente no dia seguinte... coisas do interior, que não desvirtuam a lisura dos negócios, mas que sempre são incapazes de assimilação pelas regras tributárias.*

Conclui afirmando que as somas mensais dos valores registrados na rubrica “Cheque Pre”, quando adicionadas aos valores dos cartões, por lhe serem de fato pertinentes, são suficientes para elidir a acusação deste item. E mais, a autuação fere fortemente entendimento jurisprudencial de que o Fisco não pode autuar com base em informações de administradora de cartões, por violação do sigilo de informações preconizado pelo art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal.

Deste modo, assevera que, por violar claramente a Constituição Federal, aludida autuação deve ser rechaçada, na sua totalidade, até porque as teses constitucionais podem e devem ser aceitas na via administrativa, para se evitar o abarrotamento de processos judiciais, visto que,

fatalmente, o tema será levado ao Judiciário, na hipótese de não ter sua ilegalidade acatada na via Administrativa, como se espera.

Quanto à infração 06, destaca a certeza de que as notas fiscais já sabidamente registradas não promoveriam resultado diferente da improcedência. Assim, a recorrente concorda com aquilo que já foi retirado, mas não acata o rol daquelas que a empresa reiteradamente ignorou a sua compra. Com efeito, afirma que deve tratar-se de lançamentos escusos, promovidos por fornecedores desatentos e quem sabe, representantes maldosos, contra os quais nunca se conseguiu bom êxito no combate a este tipo de fraude.

Entende que a ação fiscal deva dirigir-se aos responsáveis pelo transporte dessas mercadorias, a fim de colher com exatidão o seu paradeiro, requerendo que seja trazido ao polo processual passivo quem igualmente tem responsabilidade tributária pelo tributo em comento, a fim de que haja, ao menos, responsabilidade solidária dos fatos geradores envolvidos, para que não seja penalizado isoladamente quem não deu causa à autuação.

Quanto à infração 11, explica que não houve maior enfoque desta questão no julgamento, posto que nos cancelamentos de itens não há como se reter os cupons fiscais, haja vista que os itens remanescentes (não cancelados) continuam válidos na venda, suscitando o direito de o consumidor recebê-lo. Assim, não se poderia manter os R\$2.365,74 pertinentes ao período indicado, exemplificativo, como alegado desde a Defesa, e citados na folha 5 do julgamento – parágrafo 8º. E tal como naquele período, todos os demais encerram valores relativos a descontos de itens que não deveriam integrar a base de cálculo desta infração, pois são de natureza diferentes do cancelamento de cupom fiscal, este sim, com direito de retenção pela empresa, depois de emitido, justamente para exibição ao Fisco.

Conclui que a contestação se resume ao *quantum* dos cancelamentos de itens existentes no cômputo geral da infração, que acredita devem ser retirados.

Concorda com a decisão proferida em relação à infração 12 e finaliza sua peça recursal requerendo que o processo seja convertido em diligência saneadora, no intuito de depurar as infrações que ainda se encontram contaminadas de erros, para que se chegue ao valor realmente devido, no tocante às Infrações 05, 06 e 11, a saber:

- Infração 05 – Reduzir todo o escopo de lançamentos encontrados na rubrica “Cheque Pre”, realizando o somatório de conciliação pelo período mensal, e não por valor de autorização das administradoras de cartão.
- Infração 06 – Que se desconsidere todo o valor da infração, reconhecendo que a empresa não tem como evitar que emitam notas fiscais destinadas a ela, e por isso não pode ser acusada de não registrar o que certamente não adquiriu.
- Infração 11 – Que se desconsiderem todos os valores derivados dos cancelamentos de itens, para que restem apenas os valores dos cupons fiscais por inteiro.

Superada a intempestividade da peça recursal, o processo seguiu para Parecer junto à PGE/PROFIS. Da lavra do i. Procurador Dr. José Augusto Martins Júnior (fls. 6087/6091), afirma o opinativo pelo Improvimento do Recurso Voluntário, pelo seguinte entendimento.

Em relação à infração 05, aduz o Procurador que, em que pese os argumentos de falta de liquidez sustentada pela recorrente, trata-se de simples batimento de informações coletadas no Equipamento de cupom fiscal do contribuinte e nos Relatórios enviados pelas administradoras de Cartão de Crédito. Trata-se, vale repisar, de mero cotejo de informações, cujo deslinde passa apenas por exame de provas produzidas pelo contribuinte.

Salienta que tal cotejo restou executado em diligência de fls. 5992/5993, tendo sido o débito reduzido.

Assevera que não foi colacionada nenhuma prova após o ato diligencial final, não havendo como encampar resposta diferente à decisão da JJF, uma vez absorta pelo exame detido das provas

colacionadas nos autos.

Informa que caberia ao recorrente no seu apelo, tracejar novo plexo fático capaz de modificar o julgamento da Junta, após as depurações realizadas em duas diligências.

Em resposta a afirmativa de violação ao sigilo, afirma que não merece sufrágio a tese recursal, tendo em vista a previsão constante no art. 35-A da Lei 7.014/96 e no Protocolo ECF 01/01, de que “as administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao Fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares”.

Quanto à infração 06, aduz o i. Procurador que o recorrente apenas nega a realização das operações não registradas, sem carrear aos autos qualquer ato de inconformidade em relação às operações realizadas utilizando-se dos seus dados, conforme vem se orientando o CONSEF em relação a este tema.

Salienta que as operações acobertadas pela nota fiscal eletrônica têm sua validade jurídica garantida pela assinatura digital do emitente e autorização de uso pela administração tributária da unidade federada do contribuinte, antes da ocorrência do fato gerador, tendo o contribuinte acesso a operações praticadas em seu nome no Portal Nacional das Notas Fiscais Eletrônicas.

Nesse sentido, cita a cláusula décima quinta do AJUSTE SINIEF.

Por fim, quanto à infração 11, afirma que melhor sorte não merece a tese recursal, pois, conforme exposto de forma cristalina no art. 238, §3º do RICMS/97, existe um rito normativo para as operações de cancelamento, não sendo crível que uma vez desfeita a operação o cupom fiscal fique de posse do consumidor, como quis sugerir o recorrente.

VOTO

Inicialmente, informo que o processo encontra-se revestido de todas as formalidades legais, conforme preconiza o art. 39 do RPAF/99, não havendo que se falar em nenhuma das possibilidades de nulidade da autuação elencadas no art. 18 do mesmo Regulamento.

Ademais, os autos estão devidamente instruídos, uma vez que as questões controversas foram analisadas em diligências propostas pela Junta de Julgamento Fiscal, da qual o contribuinte foi efetivamente intimado para manifestação (as quais não foram feitas), razão que torna despicienda a realização de nova diligência.

Passemos então à análise do Recurso de Ofício.

A infração 05, a qual versa sobre 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, foi objeto de diligências, tendo a ASTEC reconhecido as razões de defesa (as efetivamente comprovadas pelo contribuinte) no pertinente ao equívoco de seus operadores de Caixa na utilização da opção “Cheque Pré”, em vez da opção cartão de crédito/débito, uma vez carreado aos autos a correspondência entre os valores informados no TEF o documento fiscal emitido nestas operações.

Assim, como bem explicitou o julgador de piso:

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.

Após solicitação pela JJF de esclarecimentos acerca dos cálculos realizados na diligência, a ASTEC 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.

Compulsando os autos, verifico que agiu acertadamente a Junta ao ratificar o trabalho revisional da assessoria técnica (ASTEC), o qual reflete a realidade e a veracidade material dos fatos analisados no processo.

Nestes termos, entendo pela Procedência Parcial da infração 05 no valor de R\$101.340,76, conforme demonstrativo às fls. 6007.

Quanto à infração 06, esta diz respeito a omissão de saídas de mercadorias apuradas através de entradas de mercadorias não registradas nos meses de dezembro de 2009 e a dezembro de 2010.

Descreve a autuação que a infração “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.”.

Em sede de impugnação inicial o contribuinte trouxe aos autos notas fiscais autuadas que se encontravam devidamente registradas em sua escrita fiscal, situação que motivou a revisão da infração pelo próprio autuante em informação fiscal realizada, o qual 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.

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

Verifica-se claramente que a revisão realizada na infração 06 diz respeito ao confronto de fatos e provas trazidas pelo contribuinte que tiveram o condão de elidir parcialmente a infração, motivo pelo qual concordo com a subsistência parcial da infração 06, no valor de R\$10.488,85, conforme demonstrativo de débito, fl. 565.

No pertinente à infração 12, relativa a recolhimento a menos de ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, esta foi objeto de redução tanto pelo autuante quanto pelo julgador de piso, uma vez que foram reconhecidas as seguintes considerações:

1. Na defesa inicial, o contribuinte demonstrou 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”, os quais foram devidamente excluídos pelo autuante na informação fiscal realizada, conforme nova planilha de apuração, fls. 568 a 641.
2. O julgador de piso, ao compulsar os elementos que compõem o contraditório, em relação 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, constatou 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, conforme explanado em seu voto à fl. 6.029.

Assim, diante de tais ponderações, agiu acertadamente a Junta de Julgamento Fiscal ao apurar as mercadorias ainda mantidas na autuação após os trabalhos revisionais realizados, respeitando, inclusive, decisões reiteradas desde Conselho de Julgamento Fiscal no sentido de que os produtos elaborados com lavanda, alfazema ou seiva de alfazema estão amparados pela exceção da alínea “h”, acima referida, a exemplo dos Acórdãos CJF nº 0009-13/13 e 0036-11/13, motivo pelo qual mantenho Parcialmente a infração 12 no valor de R\$5.892,75.

Deste modo, pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, insurgiu o recorrente contra os valores remanescentes das infrações 05, 06 e 11.

Alega o recorrente que não houve a consideração da alegação de que as operações erroneamente computadas como “cheque pre” ao invés de “cartão”; que seria um contrassenso associar os valores das vendas citadas nos cupons fiscais com os valores das autorizações registradas pelas administradoras de cartões; que houve violação ao sigilo de informações das administradoras de cartão, havendo violação a regra constitucional.

Ora, conforme se depreende do trabalho revisional realizado às fls. 6.002/6.007, a redução ocorrida foi justamente por conta da consideração de tais operações – as devidamente comprovadas, com base nos documentos acostados pela empresa recorrente, assim como a aplicação da proporcionalidade das saídas tributadas e não tributadas. Todo o trabalho de consideração computadas como “cheque pre” ao invés de “cartão” está detalhado às folhas acima citadas, tendo o contribuinte sido intimado para se manifestar sobre, o que não o fez.

Como bem dito pelo Procurador da PGE/PROFIS em seu Parecer Opinativo, a infração 05 *trata-se de simples batimento de informações coletadas no Equipamento de cupom fiscal do contribuinte e nos Relatórios enviados pelas administradoras de Cartão de Crédito. Trata-se, vale repasar, de mero cotejo de informações, cujo deslinde passa apenas por exame de provas produzidas pelo contribuinte.*

Quanto à violação ao sigilo de informação, rechaço tal alegação, uma vez que a previsão constante no art. 35-A da Lei 7.014/96, bem como no Protocolo ECF 01/01, reconhecem a legalidade e a obrigatoriedade do repasse de tais informações ao Fisco ao determinar que “as administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao Fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares”.

Quanto à infração 06, diz o recorrente que os lançamentos mantidos tratam-se de lançamentos escusos, promovidos por fornecedores desatentos e quem sabe, representantes maldosos, contra os quais nunca se conseguiu bom êxito no combate a este tipo de fraude.

Assim, requer seja trazido ao polo processual passivo quem igualmente tem responsabilidade tributária pelo tributo em comento.

Observa-se claramente que a empresa, em que pese afirme ter sido vítima de fraude, não traz aos autos nenhuma prova que corrobore com tal alegação, como o cancelamento das operações ou boletim de ocorrência do fato alegado.

Deste modo, conforme dispõe o art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Ademais, quanto ao chamamento ao polo passivo do solidariamente responsável, não existe por parte da Fazenda esta obrigatoriedade, podendo responder qualquer das partes da relação obrigacional.

No pertinente à infração 11, que trata de 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, a autuação explica que a infração: “Refere-se a 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.”.

A recorrente aduz que não foi acatado o argumento da empresa sobre os cancelamentos de cupons e de itens; que não houve maior enfoque desta questão no julgamento, posto que nos cancelamentos de itens não há como se reter os cupons fiscais, haja vista que os itens remanescentes (não cancelados) continuam válidos na venda, suscitando o direito de o

consumidor recebê-lo; que todos os demais encerram valores relativos a descontos de itens que não deveriam integrar a base de cálculo desta infração, pois são de natureza diferentes do cancelamento de cupom fiscal, este sim, com direito de retenção pela empresa, depois de emitido, justamente para exibição ao Fisco.

Tais razões foram devidamente apuradas pela Junta de Julgamento Fiscal, que, por falta de comprovação em contrário por parte do contribuinte do quanto alegado, manteve integralmente a infração.

Restou demonstrado que o contribuinte não procedeu com a determinação legal prevista no art. 238, §3º da Lei 7.014/96 quanto ao cancelamento de cupom fiscal e outros documentos de venda a consumidor final.

Ademais, aponta o julgador de piso que, contra o argumento trazido pelo recorrente: a retenção do cupom fiscal original é condição exigida em lei, para que se configure o efetivo cancelamento do Cupom Fiscal.

Outro ponto de extrema relevância é que, em diligências realizadas, a recorrente foi intimada para apresentar as comprovações de todas as devoluções, de Cupons Fiscais integralmente devolvidos e das devoluções somente de algum item do Cupom Fiscal, porém não se manifestou a respeito.

Deste modo, aplico o mesmo entendimento da infração 06, com base no art. 143 do RPAF/99.

Todavia, de ofício, constato que, na infração 06, por restar comprovado se tratar de receita presumida de omissão de saída simultânea à própria receita de omissão de saída detectada na infração 11, esta em valor superior, nos termos do art. 60, §1º do RICMS/97, resta o valor remanescente da infração 06 absorvida por esta infração, de maneira a se evitar o *bis in idem* do imposto cobrado, eis que o recurso apurado na infração 11 poderá ser usado como desembolso financeiro nas compras de mercadorias apuradas na infração 06.

Vejamos o que dispõe o texto legal:

§ 1º Na apuração da base de cálculo em função dos critérios previstos neste artigo, quando forem constatadas, simultaneamente, irregularidades no disponível e no exigível, bem como entradas ou pagamentos não registrados ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis, levar-se-á em conta, apenas, a ocorrência ou diferença de maior valor monetário, se se configurar a presunção de que as demais nela estejam compreendidas.

Quanto à infração 12, o recorrente concorda com a decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal.

Por fim, e por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, o valor remanescente da infração 06 deve ser absorvida pela infração 11, afim de se evitar o *bis in idem* do imposto cobrado. Assim, o montante do débito do Auto de Infração é o seguinte:

INF	VLR. LANÇADO	VLR. JULG.JJF	VLR. JULG.CJF	MULTA	RESULTADO
01	2.955,05	2.955,05	2.955,05	60%	PROCEDENTE
02	121,69	121,69	121,69	60%	PROCEDENTE
03	1.429,25	1.429,25	1.429,25	60%	PROCEDENTE
04	345.422,07	345.422,07	345.422,07	60%	PROCEDENTE
05	158.267,97	87.627,66	87.627,66	70%	PROC. EM PARTE/N. PROVIDO
	69.500,87	13.713,10	13.713,10	100%	
06	28.134,31	10.488,85	0,00	-----	PROC. EM PARTE/N. PROVIDO (*DE OFÍCIO A EXCLUSÃO)
07	1.314,61	1.314,61	1.314,61	70%	PROCEDENTE
	136,36	136,36	136,36	100%	
08	2.603,83	2.603,83	2.603,83	60%	PROCEDENTE
09	794,92	794,92	794,92	60%	PROCEDENTE
10	4.005,98	4.005,98	4.005,98	60%	PROCEDENTE
11	94.768,82	94.768,82	94.768,82	70%	PROCEDENTE/N.PROVIDO
	27.507,75	27.507,75	27.507,75	100%	
12	9.653,93	5.892,75	5.892,75	60%	PROC. EM PARTE/N. PROVIDO
Total	746.617,41	598.782,69	588.293,84		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentado e, de ofício, excluir a infração 6 e modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110427.0001/12-8**, lavrado contra **UNIVERSO DOS COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$588.293,84**, acrescido das multas de 60% sobre R\$363.225,54; 70% sobre R\$183.711,09 e 100% sobre R\$41.357,21, previstas no art. 42, incisos IV, “b”, VII, “a”, II, alíneas “b”, “f”, “d” e “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2019.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA - RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS