

A. I. N° - 299762.0031/13-2
AUTUADO - MC COMÉRCIO DE PRODUTOS ÓTICOS LTDA.
AUTUANTE - JONALDO FALCÃO CARDOSO GOMES
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 28/08/2019

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0100-01/19

EMENTA: ICMS. VENDAS POR MEIO DE CARTÕES. SAÍDAS EM VALORES INFERIORES AOS FORNECIDOS POR ADMINISTRADORAS/INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas. Tais correções e supressões não se mostraram possíveis. A presunção legal não se consumou, tendo em vista a indeterminação do antecedente lógico a que se refere a presunção do art. 4º, § 4º, VI, “a” da Lei nº 7.014/96, sob os pontos de vista quantitativo, material, espacial, pessoal e temporal: vendas por meio de cartões em valores inferiores aos informados por administradoras e/ou instituições financeiras. Infração descharacterizada. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado no dia 30/09/2013 para constituir crédito tributário no valor de R\$31.381,08, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, sob a acusação de omissão de saídas tributáveis, apurada por intermédio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito, em valores inferiores aos fornecidos por instituições financeiras e/ou administradoras (setembro de 2009 a dezembro de 2010, com exceção de abril e setembro de 2010).

O autuado impugna o lançamento tributário às fls. 30 a 43, argumentando inicialmente que o Fisco não considerou a peculiaridade da sua atividade econômica, na qual, via de regra, as entregas das mercadorias e as consequentes emissões das notas fiscais são efetuadas em momentos posteriores aos das vendas.

Ressalta que todas as suas operações são documentadas com notas e que a autuação é nula, porquanto imprecisa, incapaz de indicar o montante do débito e carente de elementos probatórios.

Com fulcro nos direitos à ampla defesa e ao contraditório, insurge-se contra as informações prestadas por terceiros (instituições financeiras e/ou administradoras), os quais não possuem vinculação com as relações obrigacionais. Além disso, estão ao abrigo de punição, no caso de prestá-las em equívoco.

Assim, conclui que tais informações podem servir como mero indícios, jamais como provas de omissão de saídas.

O auditor teria ignorado a legislação em vigor quando das ocorrências, mais especificamente, o Decreto nº 11.523/09, relativo à Alteração 119 do RICMS/97, editado para que, até 31/12/2010, as

operações internas com produtos óticos tivessem base de cálculo reduzida, de maneira que a carga tributária incidente corresponesse a um percentual de 14,6%.

Tal situação teria maculado o lançamento de vício insanável.

No mérito, discorre sobre as vendas para entregas futuras que caracterizam as comercializações efetivadas por óticas, particularidade não desconhecida pela Fiscalização. Somente em relação a alguns produtos, como câmeras, óculos escuros e aparelhos audiovisuais as aquisições ocorrem em simultaneidade com as compras.

Diante do que expôs, tem como inaplicável a metodologia ora adotada, o que afirma transcrevendo trecho do Acórdão JJF nº 0229-02/08, de relatoria do eminentíssimo julgador José Bizerra Lima Irmão.

A legislação não previu a emissão de qualquer documento anterior ao cupom e à nota nas vendas para entregas futuras. Trata-se de controle interno dos contribuintes, que no seu caso é levado a efeito por meio de sistema de informática, pedidos, cupons não fiscais e ordens de serviço (escritas).

Anexa à defesa o que denomina de planilha de correlação entre as ordens de serviço e os respectivos cupons fiscais, com a ressalva de que é parcial (final da fl. 40 e início da fl. 41).

Pugna pela realização de diligência por fiscal estranho ao feito e encerra requerendo improcedência ou nulidade.

À fl. 86, o auditor intima o sujeito passivo a apresentar CD com “todos os cupons em ordem cronológica, planilha Excel com demonstrativo de pagamento, contendo números de ordens de serviço, valores de compras, valores de entradas, TP pagamento, data final, valor final, TP pagamento, número de cupom, data fiscal”.

Pedidos de dilação de prazo colacionados às fls. 87 a 89 e 94/95, deferidos à fl. 99.

Apresentação “parcial” das planilhas às fls. 102/103.

Na informação fiscal, de fls. 114 a 116, o auditor assegura ter observado a redução de base de cálculo, de modo que a carga tributária fosse reduzida para 14,6%, o que se pode comprovar às fls. 06 a 28.

Qualifica de descabidos os demais argumentos defensivos. O contribuinte, na sua concepção, não apresentou documentos e planilhas consistentes para que *“fosse apreciada sua alegação referente às suas operações semelhantes a vendas futuras”*.

Diz ter analisado, em nome do bom senso, a planilha juntada pelo autuado, apesar de extemporânea. Todavia, não foi possível estabelecer *“quais pagamentos referem-se a quais operações de compras”*.

Mantém, na íntegra, o Auto de Infração.

O defensor se manifesta às fls. 119 a 122, relembrando que tem direito de apresentar provas a qualquer tempo no curso do processo administrativo fiscal, em relação ao qual o princípio da concentração da defesa é mitigado.

Reiterando o que já havia dito na impugnação, sustenta que a venda para entrega futura não se aplica somente às concessionárias de motocicletas, pois é à base do setor varejista de comercialização de produtos óticos. No seu caso, com a emissão de documento não fiscal, extraído de sistema de informática, antes da nota ou do cupom.

Às fls. 126 a 128, o autuante transcreve legislação e discorre sobre as diferenças entre venda a prazo e venda para entrega futura. Interpreta o art. 411 do RICMS/97 no sentido de que o contribuinte deve registrar na sua escrita os documentos fiscais de simples faturamento quando das vendas para entregas futuras, de modo a justificar a entrada de numerário e a permitir o controle pelo Fisco.

Segundo alega, os controles e registros internos do defendente são confusos e passíveis de manipulação, portanto, não confiáveis.

Às fls. 134/135, a 1ª JJF converteu o feito em diligência à ASTEC/CONSEF (Assessoria Técnica do Conselho), com o objetivo de que fosse esclarecido se as diferenças ora encontradas, de fato, traduzem apenas os diferentes momentos em que são realizadas as vendas e as entregas com as emissões dos cupons (no caso da comercialização dos óculos de grau).

Foi solicitada a verificação e a análise das planilhas e documentos de controle interno, já colacionados aos autos, bem como a intimação para elaboração de outra planilha (com a relação entre cada negócio e a emissão do respectivo documento fiscal), visando determinar se as informações ali contidas são condizentes com as alegações constantes da defesa, mediante a elaboração, caso necessário, de novo levantamento.

No Parecer ASTEC 36/2016, de fls. 137 a 139, a diligente Srª Maria do Socorro Fonseca de Aguiar, conforme o quadro de fl. 139 chegou ao valor devido de R\$13.599,29.

Ao se manifestar, às fls. 165 a 169, o defendente indica supostos erros cometidos pela diligente, tendo em vista a falta de apreciação da totalidade dos documentos e planilhas. Também afirma que nos cálculos apresentados pela Assessoria Técnica “*os montantes que faltam em determinados meses irão sobrar nos meses subsequentes em função das peculiaridades que se reservam as vendas para entrega futura no segmento comercial de óticas varejistas*”.

Alega que a maneira adequada para verificar se há valores a pagar reside na averiguação sobre se cada venda gerou um cupom (disponibilizados em planilha), e não na análise da totalidade mensal das operações, métodos do qual, sempre resultarão distorções.

Considerando as argumentações do fiscalizado, de que os demonstrativos constantes dos autos não foram totalmente analisados, esta Junta requereu nova diligência (fls. 173/174), com a pormenorização, contendo indicação de documentos, folhas em que se encontram etc. (itens 01 a 04), da forma com que se pretende que as conclusões sejam alcançadas.

Em novo Parecer, de número 18/2017 (fls. 177 a 179), a precitada diligente assinala que não há como se verificar se para cada venda existe um documento fiscal, a não ser acatando os dados e documentos não fiscais juntados pelo contribuinte, por meio dos quais restou demonstrada a conciliação do TEF com as ordens de serviço e cupons.

“Considerando, ainda, a total inviabilidade de todos os confrontos, a não ser por amostragem, haja vista a repercussão dos descompassos nos meses posteriores, foi elaborado um demonstrativo com a apuração mensal e ficou constatado que se forem consideradas as diferenças mensais e não diárias, ficam apurados os valores de base de cálculo de R\$3.944,80 e R\$40.067,54, em 2009 e 2010, com o ICMS nos valores de R\$670,62 e R\$6.811,48, respectivamente, porém, se forem considerados os descompassos alegados pelo autuado, verifica-se que, em outros meses, os valores da redução Z são maiores em relação aos apresentados pelas operadoras de cartões, compensando e superando os valores informados no relatório TEF de Operadoras de Cartões”.

Às fls. 274 a 284, a sociedade empresária ressalta que o Opinativo Técnico, devido a inconsistências e equívocos, não atendeu aos quatro quesitos da solicitação de diligência, bem como que as conclusões não correspondem à realidade.

Volta a discorrer sobre as particularidades da sua atividade econômica para em seguida destacar que a comparação entre o Relatório TEF e as vendas seria facilmente realizável, desde que efetuados os confrontos com os cupons.

Os elementos que anexou aos autos revelam qual documento fiscal correspondente à sua respectiva ordem de serviço, contendo inclusive discriminação de datas. Não há, portanto, possibilidade de que atue no sentido de camuflar informações com o intuito de sonegar, pelo que tem como incompreensível o conteúdo do Parecer.

No que diz respeito aos montantes apurados de base de cálculo de R\$3.944,80 e R\$40.067,54, em 2009 e 2010, com o ICMS nos valores de R\$670,62 e R\$6.811,48, respectivamente, diz que a própria

Fiscalização reconhece que, considerados os descompassos, em outros meses os valores das reduções Z são maiores em relação aos apresentados pelas operadoras de cartões, compensando e superando os informados no Relatório TEF de Operadoras de Cartões.

A ASTEC teria cometido o equívoco de desconsiderar quantias referentes a setembro e novembro de 2009, nos totais de R\$30.100,98 e R\$6.102,25. A utilização da lógica adotada pelo referido órgão, na verdade, resultaria em totais maiores das reduções Z em 2009, nos termos apresentados no quadro de fl. 282.

A origem dos erros encontra-se no fato de se tomar totais mensais para alcançar diferenças, quando o correto seria buscar, caso a caso, os cupons emitidos, situação que eliminaria, por exemplo, o erro resultante de vendas para entregas futuras efetuadas nos finais dos meses.

Solicita a realização de nova diligência, o que foi deferido pela JJF às fls. 290/291, que contém, na essência, as mesmas observações registradas nas solicitações anteriores.

No Parecer 34/2018, de fls. 293 a 308, a Assessoria Técnica discrimina uma série de divergências constatadas na análise dos documentos apresentados pelo sujeito passivo.

Por exemplo, em referência ao dia 10/09/2009, o contribuinte, à fl. 182, consignou a venda de R\$700,00, sendo R\$200,00 a crédito no Hipercard e R\$500,00 a débito na Redecard, confirmando o valor lançado pelo auditor à fl. 06 e o Relatório TEF Diário. Todavia, ao efetuar os confrontos, a auditora diligente constatou que na mesma fl. 182 o deficiente informou que os R\$200,00 eram relativos ao Cupom Fiscal nº 00628, de 21/11/2009. Pergunta: “(...) e os outros R\$500,00? Não consta o cupom fiscal referente aos R\$500,00”.

Desse modo, conclui que não há como certificar se para cada venda existe um documento fiscal, haja vista as inconsistências e incompatibilidades presentes nas informações prestadas pela sociedade empresária.

Entre os cupons, ordens de serviço e Relatório TEF Diário, segundo afirma, não existem correspondências de valores e datas.

Às fls. 336 a 363, o fiscalizado se manifesta contestando cada uma das divergências apontadas pela diligente, que diz parecer não ter reconhecido ou compreendido a sua sistemática de comercialização. Para isso (contestar cada uma das divergências apontadas pela diligente), indica números de documentos, valores, datas e extratos de telas de sistema de informática.

Quanto ao dia 10/09/2009, assinala que o valor vendido foi R\$1.005,00, e não R\$700,00: R\$500,00 no cartão Master, no dia 10/09/2009; R\$200,00 no Hipercard, em 10/09/2009; R\$105,00 em espécie, no dia 21/11/2009, e R\$200,00 no Hipercard, em 21/11/2009.

Portanto, 70% no ato da venda e 30% quando do recebimento, de acordo com a figura de fl. 341.

Contesta de igual modo cada uma das alegadas inconsistências mencionadas no último Parecer Técnico, pugnando pela regularidade das suas operações.

Cientificado, o auditor autuante não apresentou novos argumentos (fl. 368).

VOTO

O lançamento de ofício deve conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, sob pena de restar eivado dos vícios de invalidade de que trata o art. 18 do RPAF/99.

Art. 18. São nulos: I - os atos praticados por autoridade, órgão ou servidor incompetente; II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa; III - as decisões não fundamentadas; IV - o lançamento de ofício: a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator; b) em que se configure ilegitimidade passiva. § 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem

corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Uma vez que se está a tratar da presunção contida no art. 4º, § 4º, VI, “a” da Lei do ICMS/BA, quando se diz que é necessário comprovar com segurança a infração, na verdade, se está a dizer que é preciso demonstrar a materialidade e esclarecer de maneira a não restarem dúvidas, sob os aspectos quantitativo, espacial e temporal, o antecedente lógico que a lei autoriza a tomar por base para legitimar a presunção - no caso, as vendas em valores inferiores aos informados por administradoras e/ou instituições financeiras, o que não ocorreu.

Veja-se que, tendo sido o Auto de Infração lavrado no dia 30/09/2013, desde a peça inicial até as diversas informações fiscais prestadas pelo autuante, passando-se pelas conversões do feito em três diligências - cujas solicitações foram devidamente detalhadas -, das quais resultaram os Pareceres da ASTEC/CONSEF (três), até o presente momento, não foi possível quantificar o suposto crédito tributário que a Fiscalização afirma militar em favor do Estado. Também não foi possível demonstrar a materialidade e esclarecer de maneira a não restarem dúvidas, sob os aspectos quantitativo, material, pessoal, espacial e temporal, o antecedente lógico que a lei autoriza a tomar por base para legitimar a presunção.

Carecendo de fundamento de fato, o ato administrativo, entre outros, viola os princípios da ampla defesa e do contraditório, pois não permite ao fiscalizado saber o exato motivo pelo qual foi autuado.

Fundamentado no art. 18, II, III e IV, “a” do RPAF/99, declaro NULO o Auto de Infração e ingresso no mérito, tendo como base a permissão do parágrafo único do art. 155 do mesmo Regulamento.

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar: (...) VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por: a) instituições financeiras; (...).

Presunção legal é a técnica por meio da qual o ordenamento permite que se ateste ou se comprove a ocorrência do fato jurídico tributário desconhecido (saídas tributáveis omitidas) por meio da comprovação de um ou mais de um fato conhecidos, que não necessariamente precisam ser tributários (antecedentes lógicos ou fatos presuntivos).

No presente caso, por exemplo, não são: vendas por meio de cartões em valores inferiores aos informados por administradoras e/ou instituições financeiras.

Entretanto, consoante o que já foi amplamente exposto, a Fiscalização não logrou comprovar os antecedentes lógicos.

Em busca da verdade material, esta Junta converteu a lide em diligência três vezes, considerando o disposto no § 1º do art. 18 do RPAF/99, de que eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas.

As incorreções não eram eventuais, muito menos formais.

No Parecer resultante da terceira diligência à ASTEC/CONSEF, a auditora daquele órgão assinalou que, por exemplo, em referência ao dia 10/09/2009, o contribuinte, à fl. 182, consignou a venda de R\$700,00, sendo R\$200,00 a crédito no Hipercard e R\$500,00 a débito na Redecard, confirmando o valor lançado pelo auditor à fl. 06 e o Relatório TEF Diário. Todavia, ao efetuar os confrontos, a diligente constatou que na mesma fl. 182 o fiscalizado informou que os R\$200,00 eram relativo ao Cupom Fiscal nº 00628, de 21/11/2009. Pergunta: “(...) e os outros R\$500,00? Não consta o cupom fiscal referente aos R\$500,00”.

Desse modo, concluiu que não há como certificar se para cada venda existe um documento fiscal, haja vista as inconsistências e incompatibilidades presentes nas informações prestadas pela

sociedade empresária.

Entre os cupons, ordens de serviço e Relatório TEF Diário, segundo afirmou, não existem correspondências de valores e datas.

Às fls. 336 a 363, o fiscalizado se manifestou contestando cada uma das divergências apontadas pela diligente. Para isso (contestar cada uma das divergências apontadas pela diligente), indicou números de documentos, valores, datas e extratos de telas de sistema de informática.

Quanto ao dia 10/09/2009, assinalou que o valor vendido foi R\$1.005,00, e não R\$700,00: R\$500,00 no cartão Master, no dia 10/09/2009; R\$200,00 no Hipercard, em 10/09/2009; R\$105,00 em espécie, no dia 21/11/2009, e R\$200,00 no Hipercard, em 21/11/2009.

Portanto, 70% no ato da venda e 30% quando do recebimento, de acordo com a figura de fl. 341.

Contestou de igual modo cada uma das alegadas inconsistências mencionadas no terceiro e último Parecer Técnico, pugnando pela regularidade das suas operações.

As correções e supressões não se mostraram possíveis. A presunção legal não se consumou, tendo em vista a indeterminação e a falta de comprovação do antecedente lógico, sob os pontos de vista quantitativo, material, espacial, pessoal e temporal: vendas por meio de cartões em valores inferiores aos informados por administradoras e/ou instituições financeiras.

Descaracterizada a infração.

Voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299762.0031/13-2**, lavrado contra **MC COMÉRCIO DE PRODUTOS ÓTICOS LTDA**.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de julho de 2019.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES - RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR