

PROCESSO - A. I. Nº 017464.0007/07-4
RECORRENTE - SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0209-01/08
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 24/11/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0340-12/08

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. **a)** DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O LANÇADO NO REGISTRO DE APURAÇÃO. Infração comprovada. **b)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS DADOS CONSIGNADOS NO LIVRO DE SAÍDAS E AQUELES CONSTANTES EM DOCUMENTOS FISCAIS. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e 1% sobre o valor comercial das mercadorias cujas notas fiscais não foram escrituradas. Infrações caracterizadas. 3. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior àquele fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção legal de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Não foi comprovada a improcedência da presunção. Infração subsistente. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (1ª JF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS e impor multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, no valor total de R\$234.582,07, em razão das seguintes irregularidades:

1. recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$1.177,09, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, julho, outubro e novembro de 2005, além de abril de 2006, conforme auditoria de conta corrente;
2. deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a junho, e agosto a dezembro de 2005, janeiro, fevereiro e maio de 2006, sendo aplicada a multa de 10%, no valor de R\$10.370,33. Refere-se às Notas Fiscais nºs 493.390 e 490.078 entregues à fiscalização e a outras notas fiscais não apresentadas e que foram arrecadadas nos arquivos do Sistema CFAMT, conforme planilha anexada aos autos;
3. deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de novembro de 2005 e janeiro de 2006, sendo aplicada a multa de 1%,

no valor de R\$38,55. Refere-se a notas fiscais não apresentadas ao fisco e que foram coletadas no Sistema CFAMT, conforme planilha anexada ao processo;

4. recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$302,32, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de setembro e dezembro de 2005. Refere-se a lançamento a menos de Redução Z e de notas fiscais de saída, conforme planilha acostada ao PAF;
5. deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$222.693,78, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos citados cartões, nos meses de janeiro, março a setembro e novembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, conforme planilha anexa.

O autuado apresentou defesa e, inicialmente, alegou que não tinha recebido cópia dos demonstrativos e das notas fiscais que embasaram o Auto de Infração. No mérito, solicitou que o Auto de Infração fosse julgado improcedente.

A informação fiscal foi prestada e em seguida, o processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem, para que fosse entregue ao autuado cópia dos demonstrativos e das notas fiscais que integram o Auto de Infração, bem como fosse reaberto o prazo de defesa em trinta dias, tudo conforme a solicitação de diligência à fl. 280.

Atendida a diligência, o autuado alegou que o seu direito de defesa continuava cerceado, uma vez que não tinha recebido cópia da solicitação de diligência.

O processo foi encaminhado à INFAZ de origem, para que fosse entregue ao autuado cópia da solicitação de diligência de fls. 280.

Atendida a diligência, o autuado alegou que o seu direito de defesa ficou prejudicado, pois os documentos que compõem o Auto de Infração não lhe foram entregues quando da notificação do lançamento. Reiterou os termos dos pronunciamentos anteriores.

Na Decisão recorrida, a primeira instância afastou a preliminar de nulidade, pois considerou a 1ª JF que o vício que existia no processo já tinha sido sanado mediante a entrega ao autuado dos documentos que embasaram a autuação e a reabertura do prazo de defesa.

No mérito, em relação à infração 1, a 1ª JF considerou que a irregularidade estava caracterizada, já que as fotocópias do livro Registro de Apuração de ICMS (fls. 96, 98, 100, 102 e 193) e as relações de DAEs de fls. 106, 107, 113, 116 e 197 comprovam a acusação.

As multas indicadas nas infrações 2 e 3 foram mantidas, uma vez que a irregularidade estava demonstrada pelas notas fiscais acostadas ao processo.

Decidiu a 1ª JF pela manutenção da infração 4, haja vista a divergência entre os documentos fiscais citados pela autuante e os valores consignados no livro Registro de Saídas do autuado.

No que tange à infração 5, decidiu a primeira instância que estava caracterizada “a emissão de cupons fiscais em valor inferior ao montante fornecido por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito/débito”. Explicou o relator que as alegações defensivas pertinentes ao uso de “point of sale” (POS) não elidiam a acusação, pois os artigos 811 a 824 do RICMS-BA estavam revogados. Também foi enfatizado que os argumentos defensivos pertinentes à exclusão dos encargos de financiamentos não podiam ser acolhidos, uma vez que “os valores utilizados para a composição da base de cálculo são aqueles referentes tão somente às importâncias relativas às vendas de mercadorias, sem nenhum acréscimo”.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, inicialmente, alega que a Decisão recorrida não enfrentou os argumentos contidos na defesa e nos pronunciamentos posteriores.

Após reiterar as alegações defensivas já expedidas, o recorrente passa a repisar os mesmos argumentos trazidos na defesa, conforme passo a relatar.

Quanto à infração 1, o recorrente alega que a irregularidade não existe, uma vez que a autuante não demonstrou a existência de desencontro entre o imposto recolhido e o escriturado. Afirma que anexou ao processo demonstrativo [fotocópia do Registro de Apuração de ICMS – fls. 264 a 268] que comprova a inexistência de desencontro entre o imposto recolhido e o escriturado.

No que tange às infrações 2 e 3, o recorrente afirma que a existência de notas fiscais sem registro na escrita fiscal indica apenas a possibilidade de existência de ilícito tributário, cabendo ao fisco comprovar a entrada das mercadorias no estabelecimento destinatário, pois não se pode exigir a produção de provas negativas. Sustenta que a existência de nota fiscal arrecadada no trânsito de mercadorias não é prova da entrada da mercadoria em seu estabelecimento. Diz que deveria ter sido realizado um levantamento quantitativo de estoque para comprovar a infração, todavia a autuante não o fez, apesar de ter tido acesso a todos os livros e documentos da empresa. Afirma que não lhe foi entregue cópia das notas fiscais coletadas no CFAMT, o que diz ter cerceado o seu direito de defesa. Para embasar suas alegações, cita doutrina.

Quanto à infração 4, o recorrente alega cerceamento de defesa e erro material na autuação, haja vista que não lhe foi entregue cópia da planilha elaborada pela autuante, bem como é impossível a redução “z” ser lançada a menor. Sustenta que, conforme prova o livro Registro de Apuração de ICMS (fls. 269 e 270), não existe desencontro entre os valores recolhidos e os escriturados.

Em relação à infração 5, o recorrente alega que a diferença apurada decorreu do fato de ter a autuante desconsiderado um dos sistemas de vendas por cartões de créditos – o sistema POS. Aduz que deveriam ter sido excluídos da base de cálculo os juros e os encargos decorrentes da operação de financiamento das vendas. Discorre sobre a base de cálculo do ICMS e faz referência aos efeitos das vendas a prazo e financiadas na sua determinação e, em seguida, reitera que os encargos decorrentes de financiamentos de vendas a cartão não compõem a base de cálculo do imposto. Sustenta que a infração em tela é nula, pois o método adotado é incompatível com a verificação procedida. Cita doutrina, jurisprudência e a Súmula 237 do STJ.

Ao finalizar seu arrazoado, o recorrente solicita que o Auto de Infração em epígrafe seja julgado nulo ou improcedente.

Ao exarar o parecer de fls. 351 a 353, o ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que o processo trata de matéria de fato, tendo sido as irregularidades saneadas pela primeira instância.

Em relação às infrações 1 e 4, o procurador diz que nada tem a acrescentar à Decisão de primeira instância, pois o recorrente apenas repisa as alegações já expendidas anteriormente. Afirma que a Decisão recorrida em relação a essas infrações não carece de qualquer reparo.

Quanto às infrações 2 e 3, o procurador afirma que as autuações com base em notas fiscais coletadas no CFAMT têm sido reconhecidas como válidas pelo CONSEF. Diz que as notas fiscais acostadas ao processo são referentes a fornecedores habituais do recorrente e muitas são referentes a vendas a prazo. Frisa que o recorrente pretende desqualificar a autuação questionando a validade da autuação, sem apresentar qualquer prova a seu favor.

No que tange à infração 5, o procurador discorre acerca da presunção que embasou a autuação e, em seguida, conclui que o recorrente apenas repete as alegações contidas na defesa e, mais uma vez, não se desincumbe da produção das provas que poderiam elidir a infração. Menciona que o sistema POS não pode ser considerado como justificativa para diferença apurada pela autuante, pois a legislação vigente à época dos fatos não admite essa alternativa de sistema.

Ao finalizar o seu parecer, o procurador opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O recorrente alega que a Primeira Instância deixou de apreciar argumentos contidos na impugnação e nos pronunciamentos posteriores, ensejando, assim, a nulidade da Decisão recorrida, por cerceamento de direito de defesa. Todavia, essa alegação recursal não merece acolhimento, pois uma análise do Acórdão JJF Nº 0209-01/08 mostra que o relator de Primeira Instância foi criterioso ao exarar o seu voto, proferindo uma Decisão coerente, fundamentada e

que abarcou todos os pontos levantados na defesa e nos pronunciamentos posteriores. Ademais, há que se ressaltar que o recorrente alegou a existência de omissão na Decisão de primeira instância, porém não especificou quais os argumentos que deixaram de ser apreciados.

Também afasto a preliminar de nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de defesa em razão da falta de recebimento de cópia dos demonstrativos e notas fiscais que embasaram a autuação. Essa falha processual foi saneada pela primeira instância mediante a entrega ao autuado, ora recorrente, de cópia de todas as peças processuais necessárias ao pleno exercício do direito de defesa, inclusive do demonstrativo de apuração do valor cobrado na infração 4. Além disso, acertadamente, cuidou a 1ª JF de reabrir o prazo de defesa em trinta dias.

No mérito, quanto à infração 1, observo que a auditoria de conta corrente de ICMS desenvolvida pela autuante (fls. 12 a 25 e 68 e 69) comprova a ocorrência de recolhimentos a menos do imposto.

A alegação recursal de cerceamento de defesa já foi abordada e ultrapassada na preliminar de nulidade. No mérito, ressalto que apesar de o recorrente ter afirmado que estava apresentando demonstrativo que elidia a autuação, nenhum demonstrativo foi anexado ao Recurso Voluntário.

Na defesa inicial, foram acostadas fotocópias de páginas do livro Registro de Apuração de ICMS do recorrente (fls. 264 a 268). Todavia, essas fotocópias não são provas capazes de desconstituir a acusação, pois não comprovam o recolhimento dos valores que estão sendo cobrados.

Mantenho, portanto, inalterada a Decisão da primeira instância no que tange à infração 1.

Quanto às infrações 2 e 3, as quais tratam da falta de registro de notas fiscais de entradas no livro Registro de Entradas, não há como acolher as alegações recursais, observo que as notas fiscais acostadas ao processo são idôneas, estão destinadas ao recorrente e são referentes a fornecedores habituais do recorrente. Ademais, conforme foi bem ressaltado pelo ilustre representante da PGE/PROFIS, há, inclusive, notas fiscais referentes a aquisições efetuadas a prazo, situação em que os vendedores costumam checar os dados dos adquirentes. As notas fiscais coletadas no CFAMT e entregues ao fisco pelo recorrente são provas materiais das operações nelas consignadas e, em consequência, da entrada das correspondentes mercadorias no estabelecimento destinatário.

O recorrente argumenta que não pode ser obrigado a apresentar prova negativa. Efetivamente, não se deve exigir a apresentação de prova negativa, porém no caso em tela esse fato não ocorreu, pois foi o próprio recorrente que, contrariando as provas acostadas ao processo, alegou que não tinha recebido as mercadorias em questão. Nessa situação, cabe a ele o ônus de comprovar dessa sua alegação.

A tese recursal de que deveria ter sido realizado um levantamento quantitativo para se poder detectar as infrações em tela não possui qualquer fundamento, já que o levantamento quantitativo é apenas um dos roteiros que permitem apurar a entrada não registrada, porém ele não é o único e nem a sua realização é indispensável à comprovação das infrações em comento.

Considerando que as notas fiscais acostadas ao processo comprovam o cometimento das infrações 2 e 3, as multas indicadas nessas infrações estão corretas e, em consequência, não há reparo a fazer na Decisão tomada pela primeira instância.

No que tange à infração 4, mais uma vez reitero que o recorrente recebeu cópia dos demonstrativos que compõem a autuação, não havendo, assim, qualquer cerceamento de defesa.

A planilha de fl. 32 demonstra a irregularidade e a apuração do imposto cobrado na infração 4. Por sua vez, os documentos acostados às fls. 122 (Nota Fiscal nº 5.610), 126/127 (Mapas Resumos de ECF) e de fls. 120/124 (Registro de Saídas) respaldam os valores lançados nessa planilha. Carece de fundamento a alegação recursal de que é “impossível” uma redução “Z” ser lançada a menor, pois esse fato é perfeitamente possível de ocorrer e, no caso em tela, tal irregularidade foi cometida pelo recorrente. O livro Registro de Apuração de ICMS apresentado na defesa (fls. 269/270) não é capaz de descaracterizar a acusação, pois ele apenas reflete os valores que foram lançados de forma equivocada no livro Registro de Saídas.

Não há, portanto, reparo a fazer na Decisão recorrida quanto à infração 4.

Relativamente à infração 5, o recorrente alega que esse item do lançamento é nulo, pois o método adotado pela autuante é incompatível com a verificação procedida. Todavia, essa preliminar não merece acolhimento, pois o roteiro de auditoria fiscal aplicado pela autuante está respaldado no disposto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. Esse dispositivo legal prevê 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 se mercadorias tributáveis sem o pagamento do ICMS, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Não há como prosperar a alegação recursal pertinente ao uso de sistema POS (“point of sale”), pois a auditoria fiscal que embasou esse item da autuação foi realizada em conformidade com das “reduções Z” emitidas pelos equipamentos emissores de cupons fiscais do recorrente. Ademais, conforme foi bem salientado na Decisão recorrida, o recorrente não trouxe ao processo prova de que realizou operação de saída tributada e que, em razão do emprego do referido sistema POS, não tenha sido considerada na auditoria fiscal.

Quanto aos juros e encargos decorrentes da operação de financiamento das vendas, também não assiste razão ao recorrente, uma vez que esses valores não foram incluídos na base de cálculo do imposto que foi cobrado. Os valores das vendas com cartão de crédito e ou débito são considerados como sendo vendas à vista e como tais foram considerados na presente auditoria. Os juros e encargos que os adquirentes venham a pagar posteriormente não compõem a base de cálculo do valor que está sendo cobrado.

No que tange à doutrina e às decisões citadas pelo recorrente, ressalto que as mesmas não se aplicam ao caso em tela, pois tratam de situações diversas da que se encontra em lide.

Foi correta, portanto, a Decisão da primeira instância que decidiu pela procedência da infração 5.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **017464.0007/07-4**, lavrado contra **SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$224.173,19**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.479,41 e 70% sobre R\$222.693,78, previstas no art. 42, incisos II, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$10.408,88**, previstas nos incisos IX e XI do mesmo artigo e lei, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de novembro de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS