

A. I. N ° - 298742.0010/08-8
AUTUADO - AYRES MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA.
AUTUANTE - ANA CLÁUDIA VASCONCELOS GOMES
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 08.07.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0212-04/09

EMENTA. ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. DIVERGÊNCIA DE INFORMAÇÕES ENTRE DMA E LIVROS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração subsistente. **2.** IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração caracterizada. **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 ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Sujeito Passivo protesta pela dedução dos valores pagos com cartões através do estabelecimento filial. Comprovada a procedência de parcela da exigência, através demonstrativos anexos aos autos. Infração parcialmente caracterizada. **4.** DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS - DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. Multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração não contestada. Rejeitas as nulidades argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2008, refere-se à exigência de R\$ 95.424,36 de ICMS, acrescido das multas de 50%, 60% e 70%, tendo em vista a ocorrência de diversas irregularidades, nos exercícios de 2006 a 2007, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 140,00, que totaliza exigência de R\$ 95.564,36, a seguir relacionadas.

01. Deixou de recolher ICMS nos prazos regulamentares referentes às operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Consta ainda que o contribuinte apresentou DMA com informações divergentes dos livros fiscais, o que impediu o sistema de verificar irregularidade em relação ao pagamento do ICMS. Demonstrativos de débito no anexo 1. Exercício 2007 – valor R\$ 7.875,63.

02. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração de ICMS. Anexo 02 - R\$ 20.326,34, multa de 60%.

03. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartões de crédito ou débito em valor inferior às informações fornecidas por instituições administradoras de cartões. Demonstrativos de débito Anexo 03 - R\$ 67.222,39, com aplicação da multa de 70%.

04. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA. Período dezembro 06 - R\$ 140,00.

O sujeito passivo apresentou impugnação às fls. 291 / 296, argumentando com relação à infração 01 que o simples desencontro entre os valores lançados no livro Registro de Apuração e aqueles constantes nas guias de recolhimentos não são suficientes para determinar falta de pagamento, observando-se que os valores da antecipação parcial constantes da DMA não foram lançados. Diz com relação aos fatos geradores de dezembro 06, não consta no AUDIF 201, o valor de R\$ 7.687,02 conforme documentos de arrecadação estadual anexos aos autos.

Afirma ainda que em janeiro, fevereiro, março, agosto e setembro de 2007 também devem ser reconhecidos os créditos da antecipação parcial de dezembro/06; o mesmo ocorreu em dezembro/07, no valor de R\$ 8.588,73; reconhece, no entanto, o valor de R\$ 4.260,00, relativo a abril 06.

Com relação à omissão apurada através das vendas em cartões de crédito, diz que tal imputação é desprovida de elementos que a comprove como exige o Decreto 7.629/99 (RPAF), transcrevendo seus artigos 2º, 18º e 41º, ressaltando que o PAF não traz provas da origem dos valores levantados.

Reclama que o TEF é emitido de forma desorganizada, sem totais diários por administradoras, não permitindo a certeza quanto aos valores exigidos e que, nesse sentido, o CTN ensina no seu art. 112, que a lei tributária deve ser interpretada de maneira mais favorável ao contribuinte.

Insiste que a auditora não possuía elementos para determinar com segurança que houve omissão de receitas, porquanto os cupons fiscais determinam o modo de pagamento, cheque, cartão ou dinheiro, o que não ocorre com as notas fiscais. Além disso, existe compra com nota fiscal em que o cliente paga uma parte através de cheque (30%) e os outros 70% através de cartão. Cerca de 80% das operações é feita com a emissão de notas fiscais.

Afirma que a exigência de tributo deve ser motivada, sobretudo, em se tratando de presunção, que exige uma explicitação expressa dos seus motivos de forma a permitir adequado direito de defesa, sob pena de invalidação do lançamento tributário. Transcreve acórdãos do CONSEF. Diz ainda que a ocorrência de saídas de mercadorias não contabilizadas não implica de forma automática o surgimento do fato gerador, apenas autoriza a presunção da omissão de saídas tributadas que, comprovada, constituirá hipótese de incidência. Transcreve jurisprudência nesse sentido.

Afirma ainda que a ação fiscal ofende a segurança jurídica, moralidade administrativa, diante da exigência indiscriminada de supostas omissões sem considerar sua escrita contábil; na impossibilidade de proceder adequada verificação dos fatos, inverte o ônus da prova, ficando o contribuinte obrigado a fazer prova do que não fez.

Reconhece as informações equivocadas na DMA e afirma que o valor foi recolhido; requerendo anulação de parcela da infração 01 e o total da infração 02.

O autuante, por sua vez, prestou informação fiscal (fls. 311/313), repetindo, inicialmente, os termos do auto e das razões defensivas. Com relação às infrações 01 e 02, confirma os valores da antecipação parcial não lançados, entende que a infração 01 passa de R\$ 7.875,63 para R\$ 188,61 e na infração 02, a exigência passa de R\$ 20.326,34 para R\$ 12.995,23.

Com relação à infração 03 defende que os arquivos TEF, as planilhas foram entregues ao autuado. Diz que as vendas através das notas fiscais foram consideradas, mesmo quando não coincidiam com os valores dos cupons; que as vendas através de ECF foram consideradas, não prevalecendo o argumento defensivo de vendas com cartões foram lançadas como dinheiro.

Afirma ainda que encaminhou para o escritório de contabilidade do autuado arquivo contendo as informações TEF 2006/2007 por dia e com totalizadores, além da planilha impressa. Sintetiza a autuante que seu trabalho foi feito de forma criteriosa, calculou, inclusive, a proporcionalidade existente entre as aquisições de mercadorias isentas e não tributadas.

Intimado a tomar conhecimento dos termos da Informação Fiscal, fl. 326, o autuado não se manifestou. Acostados ao processo documentos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária), fls. 329 e 331, relativo ao pagamento da infração 04 e a parcela de R\$ 4.260,66 da infração 02.

VOTO

Cuida o presente auto de infração de proceder à exigibilidade de ICMS decorrente de 04 infrações mencionadas e relatadas acima que, após analisar as peças componentes do presente PAF, faço as constatações a seguir, exceto a multa por descumprimento de obrigação acessória da infração 04 que não foi contestada pelo autuado, efetuado seu recolhimento, conforme documento do SIGAT de fl. 329, não existindo lide, dispensada a sua apreciação.

Antes de discorrer acerca das infrações questionadas, cumpre apreciar as questões processuais, trazidas aos autos, ainda que incidentalmente, e que trataremos em sede preliminar.

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob argumento de ofensa ao art. 2º do RPAF/BA que trata dos princípios que norteiam o processo administrativo fiscal; do art. 18º, sob o argumento que o lançamento de ofício não contém os elementos suficientes para determinar a infração; além do art. 41, também do RPAF/BA, a estabelecer que as provas dos fatos alegados devam acompanhar o auto de infração. O presente auto de infração não infringe quaisquer dos dispositivos legais instados pelo contribuinte. Os artigos que serviam de base para enquadramento da infração em tela está fundamentado na Lei nº 7.014/96 que institui o ICMS no Estado da Bahia, inclusive a presunção de omissão de receitas da infração 02; os arquivos TEF 2006/2007 por dia e com totalizadores, além da planilha impressa foram entregues ao autuado, permitindo a ampla defesa, o contraditório, enfeixando o devido processo legal. Todas as notas e cupons fiscais apresentados foram considerados em favor do sujeito passivo.

Quanto à alegada previsão contida no artigo 112, CTN, como o próprio conteúdo da norma recomenda, ao definir infrações ou cominar penalidade, interpreta-se, existindo dúvida, a favor do sujeito passivo. Portanto, a regra a ser observada é na existência da dúvida, o que não parece ser o caso em questão.

Com relação à verdade material, princípio absoluto do processo tributário, dele deve zelar igualmente a Administração Pública, através de seus agentes e o autuado, mesmo nos casos de presunção, em que está invertido o ônus da prova. O ônus da prova, nesse caso, evidente é do contribuinte, a busca da verdade material é dever das duas partes na relação jurídica tributária.

Questiona ainda o autuado ofensa à segurança jurídica e a moralidade administrativa. No entanto, observo que além dos requisitos formais na lavratura do auto de infração, a constituição do crédito tributário pautou-se também pelos requisitos formais do art. 142, CTN, quais sejam: o fato gerador, a matéria tributável, o valor do tributo, o sujeito passivo e a penalidade cabível; na hipótese legal da presunção (infração 03), inverte-se o ônus da prova, competindo ao sujeito passivo trazer aos autos elementos contrários ao entendimento fiscal. Por fim, o presente processo foi lavrado com observação de todos os requisitos, permitindo, pelo lançamento de ofício, o nascimento da obrigação tributária e possibilitando, ao mesmo tempo, a impugnação do lançamento por parte do autuado. Portanto, os elementos constantes do processo demonstram a motivação da autuação. Devendo ser rechaçado o pedido de nulidade, ainda porque não encontra amparo nas situações previstas do art. 18 do RPAF/BA.

Adentraremos, pois, às questões de mérito.

Na infração 01 é imputado descumprimento de obrigação tributária principal tendo em vista que o sujeito passivo não recolheu tempestivamente operações escrituradas em livros fiscais próprios em conformidade com demonstrativos de fls. 10 a 18; 39 a 41. Rebate o autuado que a diferença apurada prende-se aos créditos fiscais oriundos do pagamento da antecipação parcial que não foram considerados no demonstrativo fiscal.

Compulsando os autos do processo, com relação à exigência de dezembro 06, fl. 10, verifico que na DMA 12/06, fl. 306, constava como “outros créditos” o total do ICMS – antecipação parcial efetivamente recolhido, no valor de R\$ 7.687,02, de acordo com cópia dos DAES anexados ao presente processo, fls. 301/305. Considerando que o total dessa exigência implica R\$ 7.875,63, comparando-se com o valor do crédito da antecipação parcial antes referido resta procedente o valor de R\$ 188,61, que somente ex-surge em agosto/07. Nesse sentido, o novo demonstrativo fiscal fl. 322. Portanto, a infração 01, é procedente em R\$ 188,61.

Na infração 02, a exigência tem o mesmo fundamento considerando-se que o recolhimento do imposto foi efetuado a menos do que o valor escriturado no livro Registro de Apuração. O autuado, de pronto, reconhece a diferença verificada no mês de abril/06, no valor R\$ 4.260,66, efetuando o respectivo parcelamento, conforme documento do SIGAT, fl. 330.

No mês de dezembro 07, verifico igualmente que na DMA 12/07, fl. 310, constava como “outros créditos” o total do ICMS – antecipação parcial, no valor de R\$ 8.588,73, não considerado no demonstrativo fiscal (AUDIF), fl. 41; o sujeito passivo junta cópia dos respectivos DAES, fls. 307/309, comprovando não persistir a exigência contida na inicial, R\$ 7.331,11. No entanto, em relação ao mês de setembro/07, no valor de R\$ 8.734,57, não foram acostados aos autos provas de sua regularidade, motivo porque procede a exigência. Nesse sentido, o novo demonstrativo fiscal fl. 323. Assim, a infração 02, resta procedente em R\$ 12.995,23.

Na infração 03, exige-se ICMS por omissão de saída de mercadorias, apurada mediante levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e débito em valor inferior ao fornecido pelas administradoras de cartões de crédito e instituições financeiras, incidindo o autuado na presunção legal prevista no §4º, artigo 4º, da Lei nº 7.014/96. Tratando-se de uma presunção *juris tantum* competirá ao autuado elidir.

No levantamento realizado o Auditor Fiscal compara os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartões com as saídas declaradas pelo contribuinte relativas às suas vendas, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito. Exercício 2006, fls. 68/80; exercício 2007, fls. 55/67

Em sua impugnação, de fls. 292/295, a arguição do autuado se limita a negar o cometimento da infração, sem apresentar nenhuma prova em favor do que reivindica. Não acato tais argumentos, considerando inexistirem nos autos elementos a corroborar tais assertivas e em atenção ao que estabelece o art. 143 do RPAF/BA, “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”. Ainda assim, a Auditora em seu demonstrativo acolhe as vendas através de notas fiscais correspondentes a cartões de crédito.

Ressalto que o art. 4º §4º Lei nº 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542, com efeitos a partir de 28/12/02, determina que:

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

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

Com efeito, a hipótese de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizarem a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto foi incluída na legislação tributária do Estado através da Lei nº 8.542, de 27/12/2002, publicado no DOE de 28 e 29/12/2002, alterando o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. No Regulamento do ICMS esta disposição legal foi acrescentada pelo Decreto nº 8.413, de 30/12/2002, publicado no DOE de 31/12/2002 (art.2º, § 3º, VI).

Em síntese, o autuante elaborou demonstrativo de débito às fls. 56/80, inicialmente, coletando as vendas feitas através de cartões, constantes da redução Z, confrontando tais valores com aqueles informados pelas administradoras dos cartões, apurando afinal o imposto devido de R\$ 40.326,82, no exercício 2006; R\$ 26.895,56, no exercício 2007. O relatório TEF contendo as operações diárias foi entregue a preposto do autuado, fls. 324 e 325, possibilitando-o identificar cada operação informada pelas administradoras de cartões e apresentar documentos que pudessem elidir a presunção fiscal, caso os possuísse. O autuado preferiu alegar que “os relatórios TEF emitidos pela SEFAZ são emitidos de forma desorganizada, não apresenta totais diárias por administradora de cartões”.

Desta forma, como a infração apurada está disciplinada no inciso III do art. 915 do RICMS/BA, já que se trata de infração decorrente de realização de roteiro de Auditoria em relação às vendas realizadas através de Cartão de Crédito/Débito, entendo que foi correta a adoção da metodologia para apuração do imposto devido, inclusive, com a exclusão da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, relativamente aos valores relativos às operações isentas, não tributadas e / ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, efetuada a proporcionalidade, nos termos da Instrução Normativa nº 56/2007, conforme consta dos demonstrativos de fls. 55 e 68.

Posto isso, procedente integralmente a infração 03 no valor de R\$ 67.222,39.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **298742.0010/08-8**, lavrado contra **AYRES MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 80.406,23**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 188,61, 60% sobre R\$ 12.995,23 e de 70% sobre R\$ 67.222,39, previstas no art. 42, incisos I, II, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$ 140,00**, prevista no art. 42, XVIII, “c” Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de junho de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR