

A. I. N.^º - 180461.0002/09-0
AUTUADO - FAST SHOP COMERCIO LTDA.
AUTUANTE - MARIA JOSÉ MIRANDA
ORIGEM - INFAC VEREJO
INTERNET - 14.09.2009

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N^º 0284-02/09

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E O RECOLHIDO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Imputação subsistente, reconhecida pelo autuado. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. APROPRIAÇÃO DO CRÉDITO MAIOR DO QUE O DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Imputação subsistente, reconhecida pelo autuado. 3. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Imputação subsistente, reconhecida pelo autuado. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. MULTA. Ficou comprovado, conforme declaração do próprio autuado, que, efetivamente, o imposto não foi recolhido nos prazos legalmente previstos. Não foram acolhidos os pedidos de cancelamento ou redução da multa. Infração subsistente. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração subsistente, reconhecida pelo autuado. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Ficou provado que os valores das notas fiscais, relacionadas nessa infração, emitidas pela empresa, resultantes de vendas através de cartões de créditos/débito, são menores do que os respectivos pagamentos através dos Cartões, tendo em vista as informações fornecidas pelas Administradoras desses cartões, no período de julho a dezembro/2007. Não ficou comprovado se tratarem, tais diferenças, de despesas financeiras, visto que não foram debitadas à instituição financeira, ou mesmo ficou demonstrado se tratarem de

serviços de competência municipal, bem como não se verificou as múltiplas formas de pagamentos, cabendo a exigência do imposto resultante das aludidas diferenças. Infração subsistente. 7. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO. PAGAMENTO A MENOS. Infração devidamente caracterizada, reconhecida pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 26/03/2009, foram imputadas ao sujeito passivo as infrações que seguem:

Infração 01 – recolheu a menor de ICMS no valor de R\$454.281,67, em decorrência de desencontros entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro de Registro de Apuração do ICMS. Multa de 60%;

Infração 02 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$45.575,28, em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. O contribuinte utilizou crédito fiscal a maior em decorrência de ter recebido mercadorias por transferências, provenientes do Estado de São Paulo com alíquota de 12%. Multa de 60%;

Infração 03 – deixou de recolher ICMS no valor de R\$ 56.393,18, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Trata-se de aparelhos celulares. Multa de 60%;

Infração 04 – multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escritura fiscal, com saída posterior tributada normalmente. Multa no valor de R\$ 633.663,91;

Infração 05 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 19.8660,80;

Infração 06 – omissão de saída de mercadoria tributada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. ICMS no valor de R\$ 323.497,43. Multa de 70%;

Infração 07 – deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao Ativo Fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 44.938,00;

O impugnante, apresenta defesa, às fls. 847 a 862, afirmando que, das infrações relacionadas, a Impugnante contesta as de nº 04, 05 e 06, tendo em vista o reconhecimento dos débitos ora imputados nas infrações nº 01, 02, 03 e 07.

Quanto à infração 04, argumenta que, para garantir o pleno exercício de suas atividades e com a finalidade de abastecer seus estabelecimentos situados neste Estado, necessita adquirir mensalmente grande quantidade de mercadorias procedentes de diversas Unidades da Federação (SP, AM, RJ, PR, etc.). As mercadorias são entregues diretamente dos fornecedores, portanto não há transferências a partir do seu centro de distribuição em São Paulo devido ao alto custo de frete e seguro. Devido à pulverização de fornecedores, o recolhimento por antecipação parcial do ICMS nas aquisições interestaduais tem trazido alguns entraves operacionais no que tange ao abastecimento das duas filiais instaladas neste Estado.

Exemplifica afirmando que, cada fornecedor emite as notas fiscais por pedido, depois são passadas as informações das notas para que a Impugnante emita a guia e efetue o recolhimento

do ICMS Antecipação Parcial e, somente depois, as guias pagas são devolvidas para que acompanhem a mercadoria em trânsito. Destaca que, com isso, os fornecedores têm de esperar de um a dois dias após a emissão das notas para poder expedir as mercadorias.

Aduz que, diante desse panorama, visando facilitar a operacionalização e logística na aquisição de materiais provenientes de outras Unidades da Federação com destino à comercialização, a Impugnante requereu credenciamento ao Regime Especial para recolhimento por Antecipação Parcial do ICMS devido nas aquisições interestaduais no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento.

Relata que, por um descuido operacional a Impugnante deixou de recolher o ICMS antecipação parcial na forma prescrita no RICMS, quando o correto seria no dia 25 do mês subsequente ao da entrada da mercadoria no estabelecimento, em face de estar devidamente habilitada ao recolhimento em prazo especial, conforme o parágrafo 7º do artigo 125 do RICMS.

Complementa que, por conta desse equívoco a Impugnante foi penalizada com o descredenciamento do Regime Especial, tendo agora que arcar com as consequências trazidas pelo regime da Antecipação Parcial ao qual está submetida. Não obstante a finalização já sofrida, a Impugnante ainda foi autuada por multa sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, quando da aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, durante o período de junho a dezembro de 2007.

Entende que não há práticas de fraude ou dolo, mesmo porque o ICMS devido sobre as mercadorias recebidas e comercializadas foi recolhido integralmente no dia 9 (nove) de cada mês, portanto sem causar danos à arrecadação estadual.

Pelas razões acima explanadas, considera poder concluir que deixou de recolher o ICMS antecipação tendo recolhido na data do ICMS normal, e, por conta disso, teve o benefício do Regime Especial suspenso. Esta prática equivocada acabou prejudicando apenas a própria Impugnante, posto que está recolhendo ICMS em prazos diversos, fato que vem causando transtornos na operação e na logística quando da aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Argumenta, com base no art. 915, parágrafo 6º do RICMS/B e os artigos 113 a 115 do CTN define as obrigações tributária, que a multa deve ser cancelada.

No que diz respeito à infração 06, aduz que todos os artigos expostos à venda, à disposição dos seus clientes, estão com os preços devidamente estampados, correspondendo ao preço de venda à vista, que, nesse caso, poderá se realizar ou em moeda corrente, ou com cartão de crédito, ou ainda com cheque, sendo que nesta última hipótese a mercadoria somente é entregue ao cliente após o desconto do cheque. Desnecessário dizer que em todas essas operações são emitidas as correspondentes Notas Fiscais, sempre indicando como valor da operação (base de cálculo para o ICMS) o preço à vista, como indicado em sua publicidade; em situações especiais pode ser concedido um desconto especial, incondicional, hipótese em que esse desconto figura como abatimento do preço à vista, excluído da base de cálculo do imposto, segundo a legislação.

Argumenta que muitas vezes, entretanto, o cliente opta por efetuar a aquisição de determinada mercadoria utilizando o cartão de crédito com pagamento parcelado, dentro das possibilidades concedidas pelo detentor da respectiva entidade creditícia, operadora do cartão de crédito. Assegura que, quando isso se verifica, há um acréscimo, correspondente ao financiamento oferecido pela própria operadora do cartão de crédito, onde o valor correspondente a esse acréscimo financeiro, perfeitamente identificado, é adicionado ao preço da mercadoria adquirida pelo cliente. Nesses casos, então, o valor final da operação passa a ser a soma do preço da mercadoria acrescido do valor da parcela correspondente ao financiamento da operação, de maneira que o cliente pagará à Impugnante o valor final da operação. Dessa forma, a Impugnante efetuará o repasse da parcela correspondente ao valor do financiamento à operadora do cartão de crédito.

Entende que, no caso específico do ICMS, a base de cálculo deve representar a quantificação compreendida na operação “operação mercantil”.

Afirma que a empresas comerciais dedicam-se à venda a varejo de mercadorias a consumidores, mediante a realização de contratos de compra e venda mercantil e tais contratos são de formação singela, como mencionado anteriormente: o preço é fixado pelas empresas de modo geralmente inalterável, cumprindo ao comprador pagá-lo à vista, simultaneamente com a tradição e entrega da mercadoria adquirida. O pagamento é feito em dinheiro, de contado, cheque ou mediante cartão de crédito, que representa 80% das vendas da Impugnante são feitas através de cartão de crédito das quais mais da metade realizadas a prazo, sendo que neste caso é observada a seguinte mecânica de funcionamento:

Assegura contratar com clientes preferenciais “abertura de crédito” para aquisição à vista, de mercadorias, que para pagá-las só devem apresentar o cartão, assinado comprovante no exato momento da aquisição. A venda é a *consumidor final*, mediante pagamento à vista, por cartão; completada a obrigação do cliente é apenas financeira, nos termos do contrato de “abertura de crédito”.

Consigna que o contrato financeiro firmado – e a entrega do cartão ao cliente – não representa nenhuma operação mercantil: significa, apenas, negócio de abertura de crédito rotativo (especial), para produzir efeitos se e quando ocorrerem compras financiadas de mercadorias. Ao receber o preço da venda, no próprio ato, o comerciante ultima a execução do contrato mercantil: recebe a contraprestação do comprador e entrega a mercadoria, ao preço convencionado.

Aduz que se o cliente utilizar crédito; ser-lhe-ão, então, cobrados custos ou encargos (juros) de dinheiro mutuado. Isso não altera o valor da compra, que é imutável. Tais encargos revestem natureza aleatória; não existirão se o cliente, desistindo das vantagens obtidas, liquidar sua obrigação financeira dentro do aludido período.

Afirma que a remuneração correspondente ao negócio de crédito – embora decorrente da compra e venda realizada – não integra o valor da operação mercantil. Isto fica saliente se considerar que a Constituição estabelece serem tributáveis, privativamente pela União, as operações financeiras (art. 153, v). Assim, fica absolutamente inviabilizada a inclusão discricionária da remuneração do financiamento no valor da operação mercantil.

Argumenta que se a União não pode tributar negócio mercantil, pelo IOF, também não podem os Estados (e o DF) pretender submeter ao ICMS o que corresponde a negócio de crédito, sob pena de invasão de competência, daí a constitucionalidade da lei que assim disponha, ou a ilegalidade do ato administrativo que desse modo conclua, conforme entendimento do STF e STJ:

Assegura que os valores levantados pela fiscalização se deram por levantamento manual das notas fiscais, verificando-se a condição de pagamento no campo pertinente dos respectivos documentos. Este levantamento não levou em consideração as notas com condição múltipla de pagamento, identificadas pelo código interno “ZZ”.

A fim de comprovar tal situação, apresenta o anexo (**doc. 03**) com o relatório das notas fiscais com condição de pagamento múltipla e respectivos códigos, desdobrando-as nas condições efetivamente utilizadas.

Agui, exemplificadamente, que no dia 21/07/2007 foi emitida a nota fiscal de número 738 referente à venda com condição múltipla de pagamento “ZZ”. Neste caso, foram utilizadas quatro condições de pagamento, a saber:

98 – dinheiro à vista, no valor de R\$ 800,00;

78 – cartão de débito à vista, no valor de R\$ 200,00;

79 – cartão de crédito à vista, no valor de R\$ 1.600,00;

67 – cartão de crédito parcelado em 4x, no valor de R\$ 952,16.

Complementa que, para o confronto com os valores fornecidos pelas operadoras de cartão de crédito, deveriam ser incluídos, no caso da NF 738, R\$ 2.752,16, referentes ao total pago com cartão de crédito e débito nesta venda. A fim de comprovar tais situações anexamos cópias das Notas Fiscais 588 de 19/07/2007 e 13196 de 29/12/2007 e seus respectivos comprovantes de pagamento com cartão de crédito/débito (docs. 04, 05, 06 e 07).

Assegura que, procedendo ao levantamento dos valores para o período considerado no presente Auto de Infração encontra valores que destaca em planilha constante da defesa.

Visando a comprovação dos valores ora apresentados, confirmamos o envio do relatório de notas com condição múltipla de pagamento já anexados. Do total das operações que constam nos relatórios, afirma que foram deduzidos os valores referentes aos seguintes códigos de pagamento, que não se referem a valores repassados pelas operadoras de cartão de crédito: 0, 98, C2, CS, TP, BN e BB, restando apenas os códigos referentes a valores recebidos pelas operadoras de cartão de crédito.

Requer seja este Auto de Infração julgado improcedente.

O autuante apresenta a informação fiscal às fls. 904 a 910 dos autos, conforme segue:

Infração 04 - Preliminarmente, a autuante esclarece que em função de denúncias formalizadas por consumidores finais de irregularidades nas operações de vendas com cartões de crédito praticadas pela Autuada, em 25/08/2008, a empresa passou a ser monitorada para a regularização do SINTEGRA, com o objetivo de fiscalizar a empresa a posteriori, inclusive no tocante à denúncia.

Afirma que foi levado ao conhecimento da Autuada, através do Preposto Luciano Nascimento de Souza, a obrigatoriedade do recolhimento do ICMS devido pela antecipação parcial para os meses subsequentes, o que não ocorreu, daí o descredenciamento do Regime Especial.

Assim, razão não cabe à Autuada quando afirma que estando devidamente habilitada, deixou de recolher o ICMS devido por antecipação parcial, por um descuido operacional.

Consigna que só exigiu a aplicação da multa. Quanto à redução ou cancelamento da multa está fora da sua competência.

Infração 05 – Aduz que, nada ficou comprovado pela Autuada, ratificado e mantém a infração.

Infração 6 – esclarece que foram formalizadas por consumidores finais, denúncias relativas a vendas com cartão de crédito praticadas pela autuada. Esgotadas as tentativas da Administração de marcar reunião com a empresa para esclarecimentos, conforme se comprova nas cópias de e-mails anexos ao PAF, docs. de fls. 540 a 549, a empresa foi programada para o monitoramento, inicialmente de arquivos magnéticos, (a empresa com mais de um ano de funcionamento não havia entregado nenhum arquivo), para ser fiscalizada posteriormente. Em 25/08/2008, foi intimada a apresentar os arquivos do período de junho/07 a junho/08, sendo concedido 05 dias úteis, cujo prazo a empresa não cumpriu, só transmitindo os arquivos em 12/09/2008. Após as validações, em 17/09/2008, foi intimada a corrigir as inconsistências dos arquivos, com prazo de trinta dias, o que mais uma vez a empresa não cumpriu, só apresentando os arquivos em 21/11/2008. Em função do atraso na entrega dos arquivos a empresa continuou sendo monitorada e em 15/12/2008 foi intimada para apresentar os arquivos de julho a novembro/08, sendo que em 18/12/2008 os arquivos foram apresentados.

Assim, em decorrência do atraso na entrega dos arquivos magnéticos, com o objetivo de adiantar os trabalhos foi necessário digitar as notas fiscais de aquisição de mercadorias do período de

junho/2007 a junho/2008, tendo sido envolvidas cerca de 27.604 notas fiscais no processo de digitação para se apurar os valores das vendas através de cartão de crédito e débito.

Relata que em 06/01/2009, cumprindo a Ordem de Serviço 500633/09, de Auditoria Fiscal-Contábil, iniciou os trabalhos de fiscalização. Em se tratando de uma empresa em início de atividades, vinha adotando diversos procedimentos irregulares, e em função do volume de operações e de documentos fiscais, dificultou sobremaneira o trabalho, causando embaraço à fiscalização.

Apresenta o texto a seguir transscrito do complemento desta infração e descreve o procedimento da autuada:

“No confronto dos valores das vendas de mercadorias com cartão de crédito ou de débito através de notas fiscais emitidas pela empresa com os valores das vendas fornecidos por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de julho a dezembro/2007, detectamos diferenças. Através de denúncias formalizadas por consumidores (processos: 217150/2007-0 de 17/12/2007; 153126/2008-2 de 25/08/2008 e 281553/2008-0 de 22/12/2008, a empresa vem adotando o seguinte procedimento: anuncia o produto de forma parcelada no cartão de crédito sem juros adicionais, entretanto no momento da emissão do boleto, destaca um valor a título de “encargos”, sendo a nota fiscal emitida com o valor do produto deduzido deste valor. As denúncias dizem respeito, portanto, à emissão de notas fiscais com valor inferior ao efetivo da operação. Identificamos ainda, a dedução de um outro valor, “serviços de instalação”, mas a empresa não emite Nota Fiscal de Prestação de Serviços, nem comprovou se tratar de serviços de terceiros. No caso específico das denúncias relativas às Notas Fiscais 5295 de 19/09/2007, 27056 de 25/06/2008, 32059 e 32060 de 16/08/2008 e 45580 de 19/12/2008, constatamos que a Administradora repassou para a FAST SHOP o valor integral, portanto, a maior do que o valor da nota fiscal. Em 05/02/2009, a empresa foi Intimada para apresentar documentos e esclarecimentos que viessem elucidar o procedimento, não tendo se pronunciado.”

Aduz que, após a apuração da diferenças, em 05/02/2009, a empresa foi intimada para apresentar documentos e esclarecimentos que viessem elucidar o procedimento, sendo-lhe concedido prazo até o dia 02/03/2009, não tendo se pronunciado. (docs. fls 534 a 539).

Consigna que após o processo de fiscalização foram lavrados os Autos de Infração de nº. 180461.0002/09-0 e 180461.0003/09-6, referentes ao período de 15/03/2007 a 31/12/2007, Auditoria Fiscal – Contábil e 01/01/2008 a 30/06/2008 – Auditoria Sumária (relativa a vendas com cartão de crédito/débito), respectivamente.

Ressalta que o foco das denúncias foi a dedução da base de cálculo do ICMS do valor cobrado do cliente a título de “encargos”, nas vendas com cartão de crédito, sendo a nota fiscal emitida com o valor do produto deduzido deste valor, ou seja, as notas fiscais são emitidas por um valor inferior ao efetivo da operação.

Informa que, às fls. 855 e 856 a autuada esclarece que quando o cliente opta por adquirir as mercadorias utilizando o cartão de crédito de forma parcelada, há um acréscimo financeiro correspondente ao financiamento oferecido pela operadora do cartão de crédito, acréscimo esse pago à Autuada pelo cliente, e repassado por ela, Autuada, à operadora de cartão de crédito. Entretanto, não apresenta nenhum documento, tal como um contrato firmado com a operadora de cartão, muito menos comprova os valores repassados para a operadora.

Frisa que, no caso específico das denúncias, onde o denunciante apresentou cópias dos boletos do cartão de crédito, através do nº. da autorização a autuante identificou nos Relatórios Diários das Operações TEF que a Administradora do cartão repassou para a Autuada, de uma única vez, o valor total da operação (valor do produto + encargos financeiros), fato este comprovado através dos docs. de fls. 550 a 575.

Destaca que, em alguns casos, a Autuada deduziu da base de cálculo do ICMS um outro valor, a título de “serviços de instalação”, sem emissão de Nota Fiscal de Prestação de Serviços, conforme docs.fl. 562 a 566.

A Autuada alega que os valores apurados pela fiscalização se deram por levantamento manual das notas fiscais, identificando-se a condição de pagamento no campo pertinente dos respectivos documentos. Este levantamento não levou em consideração as notas com condição múltipla de pagamento, identificadas pelo código interno “ZZ”.

Apresenta um relatório das notas fiscais com condição de pagamento múltipla, (fls. 865 a 896) e para elucidar as múltiplas condições de pagamento apresenta como exemplo a nota fiscal de nº. 738, onde foram utilizadas quatro condições de pagamento.

Apresenta também o relatório identificando o significado de cada código interno utilizado. (doc.fl. 897).

Argumenta que para o confronto com os valores fornecidos pelas operadoras de cartão de crédito deveriam ser incluídos, no caso da NF 738, R\$2.752,16, referentes ao total pago com cartão de crédito e débito nesta venda. A fim de comprovar tais situações anexa cópias das Notas Fiscais 588 de 19/07/2007 e 13196 de 29/12/2007 e seus respectivos comprovantes de pagamento com cartão de crédito/débito (docs.fls. 898 a 901).

Após o levantamento dos valores referentes às notas fiscais com condição de pagamento múltipla que segundo a Autuada não foram consideradas pela autuante, já deduzidos os valores que não se referem a repasses feitos pelas operadoras de cartão, apresentando planilha com os valores remanescentes.

A autuante não acata os argumentos da Autuada e mantém integralmente a infração em decorrência dos seguintes fatos:

Não ficou comprovado que os valores deduzidos da base de cálculo são encargos financeiros não tributáveis pelo ICMS, bem como os valores deduzidos a título de serviços de instalação;

No caso das notas fiscais com condição de pagamento múltipla, cita como exemplo a NF 738 e apresenta os comprovantes das NF 588 e 13196, ou seja, afirma uma coisa e comprova outra;

falta de comprovação de que todas as notas fiscais constantes do relatório são de condição de pagamento múltipla;

O relatório não possui identificação da empresa nem assinatura do representante legal da empresa.

Quanto à invasão de competência argüida pela Autuada, ou seja, que estaria o Estado tributando ou com a pretensão de tributar um valor correspondente a uma operação financeira, o que incorreria na constitucionalidade da lei e na ilegalidade do ato administrativo, entende que não está caracterizada, pois em nenhum momento a Autuada conseguiu comprovar que os tais “encargos financeiros” referem-se efetivamente a uma operação financeira que não poderia representar a quantificação compreendida na “operação mercantil”, ou seja, não poderia integrar a base de cálculo do ICMS (Súmula 237 do STJ).

Constata que Autuada reconhece as Infrações 01, 02, 03 e 07, admite que na Infração 06 ainda teria uma diferença de R\$133.196,29 de ICMS devido(fls. 862) e requer que o Auto seja julgado improcedente, o que é contraditório.

VOTO

O presente lançamento de ofício traz a imputação de 07 infrações, entre as quais o autuado reconhece as infrações 01, 02, 03 e 07, apresentando impugnação quanto ao restante, ou seja, infrações 04, 05 e 06.

Infração 04, exige a multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial. No presente caso, além de não ficar demonstrado que o autuado, efetivamente, recolheu o imposto devido por antecipação parcial dentro dos prazos previstos, o próprio afirma textualmente em sua defesa que, estando devidamente habilitada, “*deixou de recolher o ICMS devido por antecipação parcial, por um descuido operacional*”.

Conforme se pode observar o próprio autuado confessa não ter efetuado o recolhimento do imposto por antecipação parcial, poderia até a autuante ter exigido o imposto devido, contudo, optou pela multa, tendo em vista o acolhimento da alegação de que o autuado efetuou o recolhimento nas operações normais, após análises que fez dos recolhimentos através da apuração do imposto normal.

Sendo assim, mantendo a exigência da multa, pois esta se aplica ao presente caso, conforme se pode observar de do texto constante do art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7014/96.

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

...

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares;”

Quanto à redução ou cancelamento da multa, o § 7º do art. 42 da Lei 7014/96, concede ao órgão julgador administrativo a discricionariedade de, uma vez imputadas às multas por descumprimento de obrigações acessórias, conceder redução ou cancelamento das mesmas, desde que fique comprovado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto, dispositivo legal que é regulamentado pelo art. 158 do RPAF/BA.

Esta discricionariedade, portanto, permite que, mesmo não havendo dolo, fraude ou simulação ou falta de imposto recolhido, relativo as infração por descumprimento de obrigação acessória, os órgãos julgadores, fracionários deste CONSEF, não concedam a redução ou o cancelamento das multas aplicadas.

No presente caso, o autuado cometeu diversas irregularidades, por ele reconhecidas. Assim, diante de tantas infrações claramente cometidas, bem como da inexistência de demonstração da não ocorrência de dolo, não há como contemplar o pedido do impugnante de redução ou cancelamento das multas.

Infração 05 - traz a exigência de multa, em razão de o autuado ter realizado entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Afirma o autuado que recusou o recebimento das mercadorias em função de diversas situações tais como: avarias, ausência de pedido, desconformidade com o pedido e, por conta disso, as notas fiscais relativas às mercadorias devolvidas não foram escrituradas no Livro Registro de Entradas.

Na verdade o autuado está a alegar que devolveu as mercadorias sem que as mesmas tivessem, nem mesmo ingressado em seu estoque, ou seja, foram devolvidas em ato contínuo à sua chegada. O RICMS/BA estabelece os procedimentos para tanto, os quais o autuado não demonstrou ter adotado, não provando por nenhum meio as alegações que trouxe aos autos. Assim, considero subsistente a infração 05.

Infração 06 – traz a exigência do ICMS em razão de omissão de saída de mercadoria tributada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Quanto a esta infração, a autuante relata muito bem que, no confronto dos valores das vendas de mercadorias com cartão de crédito ou de débito, através de notas fiscais emitidas pela empresa com os valores das vendas fornecidos por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de julho a dezembro/2007, foram apuradas diferenças, que resultaram na presente exigência tributária.

Destaca a autuante que, através de denúncias formalizadas por consumidores (processos: 217150/2007-0 de 17/12/2007; 153126/2008-2 de 25/08/2008 e 281553/2008-0 de 22/12/2008, a empresa vem adotando o seguinte procedimento: anuncia o produto de forma parcelada no cartão de crédito sem juros adicionais, entretanto no momento da emissão do boleto, destaca um valor a título de “encargos”, sendo a nota fiscal emitida com o valor do produto deduzido deste valor. As denúncias dizem respeito, portanto, à emissão de notas fiscais com valor inferior ao efetivo da operação. A autuante identificou, ainda, como ela mesmo relata, a dedução de um outro valor, “serviços de instalação”, mas a empresa não emite Nota Fiscal de Prestação de Serviços, nem comprovou se tratar de serviços de terceiros. No caso específico das denúncias relativas às Notas Fiscais 5295 de 19/09/2007, 27056 de 25/06/2008, 32059 e 32060 de 16/08/2008 e 45580 de 19/12/2008, constata-se que a Administradora repassou para a FAST SHOP o valor integral, portanto, a maior do que o valor da nota fiscal. Em 05/02/2009, a empresa foi Intimada para apresentar documentos e esclarecimentos que viessem elucidar o procedimento, não tendo se pronunciado, conforme relata a autuante.

O autuando não consegue demonstrar que os encargos financeiros desta operação constituem receitas financeiras da instituição bancária, afastando da inclusão na base de cálculo do ICMS. Assim, considero que as diferenças apuradas pela autuante resultaram, efetivamente, da omissão da base de cálculo de valores tributáveis pelo ICMS.

Quanto às notas fiscais com condição de pagamento múltipla, apesar da planilha apresentada identificando as notas e valores, os documentos apresentados não conseguem comprovar o alegado, conforme exemplo citado pela autuante, em que o autuado apresenta a NF nº 738 e os comprovantes das NF 588 e 13196, ou seja, afirma uma coisa e traz prova incompatível com as afirmações.

A invasão de competência argüida pela Autuada, através da qual o Estado estaria tributando operação financeira, não se verifica, pois não está caracterizada, em nenhum momento os tais “encargos financeiros” referem-se efetivamente a uma operação financeira que não poderia representar a quantificação compreendida na “operação mercantil”, ou seja, não poderia integrar a base de cálculo do ICMS, conforme a citada Súmula 237 do STJ. Não há o que se falar em nulidade ou mesmo em improcedência por tais razões.

Assim, ficou provado que os valores dos documentos fiscais, relacionados nessa infração, emitidos pela empresa, resultantes de vendas através de cartões de créditos/débito, são menores do que os respectivos pagamentos através dos Cartões, tendo em vista as informações fornecidas pela Administradoras desses cartões, no período de julho a dezembro/2007. Não ficou comprovado se tratarem, tais diferenças, de despesas financeiras, visto que não foram debitadas à instituição financeira, ou mesmo ficou demonstrado se tratarem de serviços de competência municipal, bem como não se verificou as múltiplas formas de pagamentos, cabendo a exigência do imposto resultante das aludidas diferenças ou se tais formas de pagamento justificassem as diferenças apuradas. Infração subsistente.

O Auto de Infração está amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “*o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de 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” (grifo nosso).

Estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária, ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. Portanto, estamos, na infração sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos.

Diante do exposto, concluo pela subsistente a infração 06, na medida em que o autuado não trouxe aos autos os elementos que se opusessem a presunção ora em questão.

Consigno que o autuado reconhece as Infrações 01, 02, 03 e 07. Assim, não havendo óbices legais, quanto as suas exigências e estarem em conformidade com a legislação tributária estadual, considero-as subsistente.

Isso posto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **180461.0002/09-0**, lavrado contra **FAST SHOP COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$524.685,56**, acrescido das multas de 60% sobre R\$201.188,13 e 70% sobre R\$323.497,43, previstas no art. 42, inciso II, “a” e “b”, VI, “a” e III da Lei nº 7.014/96 e acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$653.324,71**, prevista no art. 42, incisos II, “b” e “f”, IX, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2009.

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA DOS SANTOS - JULGADORA