

A. I. Nº - 206878.0021/08-8
AUTUADO - TB COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - ANALCIR EUGENIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 17. 11. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0362-01/09

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E CONSUMO. Infração reconhecida. 3. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA 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 de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Fato demonstrado nos autos. Infração subsistente. Indeferido o pedido de realização de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2009, exige ICMS no valor de R\$ 16.481,40, além de decorrência do cometimento das seguintes infrações a legislação do ICMS imputadas ao autuado:

01. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2006, janeiro a maio, agosto a outubro e dezembro de 2007, fevereiro, abril a setembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 11.978,03, acrescido da multa de 60%;
02. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de agosto, setembro e dezembro de 2006, janeiro, fevereiro, abril, julho e agosto de 2007, janeiro, abril a junho e agosto de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 362,58, acrescido da multa de 60%;
03. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos

meses de maio, junho, agosto, outubro a dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 4.140,79, acrescido da multa de 70%.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, apresentou defesa às fls. 354 a 359, requerendo, inicialmente, que as notificações a serem expedidas, em face da defesa, sejam feitas exclusivamente nas pessoas de Dr. Aurélio Pires e Dr^a Paula Pereira Pires, no endereço indicado.

Discorre sobre a autuação e diz que reconhece as infrações 01 e 02, nos valores respectivos de R\$11.978,03 e R\$362,58, inclusive, que requereu parcelamento, da dívida, e já iniciou o pagamento conforme Extrato de Parcelamento e DAE de pagamento da Primeira Parcela (Doc. 13 e 14-fls. 372/373).

Impugna a infração 03, sustentando que os valores indicados no Demonstrativo constante do corpo do Auto de Infração e Planilha Comparativa, contém equívocos, principalmente no que se refere à apuração da base de cálculo, e omissão de valores de ICMS já pagos a mais.

Alega que, conforme consta no livro Registro de Saídas e Apuração de ICMS - Exercício de 2008 -, constata-se que na venda declarada com cartão (Título Venda com Cartão Constantes nas Relações 2), constam valores superiores aos declarados pelas vendas com cartão informado pelas administradoras, tendo recolhido o ICMS, pelo valor declarado.

Prosseguindo, contesta os valores apurados pelo autuante, como de vendas com cartão nas Reduções Z, afirmando que por isso se impõe a prova de perícia técnica, pois as receitas lançadas no exercício de 2008 decorrem de operações de registro em sistema computadorizado aprovado pela SEFAZ, conhecido como SISTEMA COLIBRI, sendo todos os pedidos feitos pelos ocupantes de mesas de consumo, registrado em computador, pela natureza da operação de venda de produtos efetuada, bem assim os montantes cobrados, daí porque inquestionável os valores da Receita Bruta lançada, os quais, no presente caso, são superiores aos números apontados e apurados pelo autuante.

Assevera que por falta de amparo legal, não pode prevalecer o entendimento da Receita Estadual de desconsiderar as informações contidas no ECF de como foi efetuado o recebimento das vendas assim declaradas, na qual podem se basear para comparar com as informações obtidas junto às administradoras de cartões de crédito, e não a venda total, o que é correto, pois todas as operações de comercialização são registradas, qualquer que seja a forma de pagamento.

Frisa que com a defesa está demonstrando que as informações contidas na ECF, são coincidentes com os seus registros contábeis fiscais, estando a contabilidade e seus livros Diário e fiscais, a disposição do Fisco para realização de perícia..

Registra que, apesar de ser fiscalizado por diversas vezes, nos mesmos exercícios, nunca foi observado, nem orientado acerca desse procedimento de registro de recebimento, o que é usual no comércio local.

Continuando, ressalta que a exigência do Auto de Infração implica em BI-TRIBUTAÇÃO, com violação inclusive ao que dispõem as normas legais aplicáveis, tendo em vista que a SEFAZ está buscando novamente, pagamento de ICMS, já pago.

Diz que as razões acima expostas implicam na improcedência da autuação efetuada, o que requer.

Reportando-se à cobrança em excesso, diz que declarou, e sobre esse valor pagou o ICMS, mesmo quando este é superior ao valor declarado pelas administradoras de cartão.

Argumenta que se os valores que valem são os declarados pelas administradoras de cartões, recolheu a mais o ICMS, devendo assim ter o crédito desse mesmo valor para devolução ou compensação. Apresenta demonstrativo com os valores apurados pelo autuante e as diferenças a mais do ICMS pago, afirmando que deve ficar a crédito o valor de R\$ 12.139,64, valor este que segundo a autuação teria sido a maior, e assim, deverá ser-lhe creditado, ou compensado com o quanto apurado no valor de R\$4.140,78, restando ainda o crédito de R\$7.998,86.

Diz que o Auto de Infração, no caso da infração 03, deve ser julgado prejudicado, senão totalmente improcedente.

Referindo-se ao enquadramento legal da infração, sustenta que não é aplicável o artigo 2º § 3º inciso IV do Regulamento do ICMS, porquanto comprovou com a legitimidade dos seus registros, a improcedência da presunção, pois inexistentes entradas de mercadorias bens ou quaisquer valores, não registrados. Destaca o seu procedimento sempre correto de recolhimento do ICMS devido, que reforça a inexistência de presunção.

No que concerne ao artigo 50, inciso I, que trata das alíquotas aplicáveis as operações, diz nada ter a comentar, assim igualmente, quanto à referência ao artigo 124 inciso I, que cuida dos prazos de recolhimento do ICMS, porquanto tem prestado obediência dos mesmos.

Relativamente ao artigo 218 do RICMS/BA, que trata de Nota Fiscal nas operações de saídas, diz que apesar de não mencionar, qual o inciso em que se enquadraria a “*pretensa infração*” que lhe é imputada, sempre obedeceu e obedece a sua disposição, em todas as suas operações de venda de produtos, a emissão do cupom fiscal, o qual é automático, em face do SISTEMA COLIBRI implantado, com ciência e aprovação da SEFAZ, inexistindo qualquer infração a norma legal apontada.

Insurge-se contra os encargos incidentes na autuação, (acréscimos moratórios e multas) dizendo que muito embora as multas tenham valores sujeitos a redução, porquanto no caso, incorre qualquer inadimplência ou fraude, sendo assim, caso de dispensa, se por absurdo vier a ser mantida a autuação porquanto, no presente caso, ou em outros, jamais agiu com dolo, ou má fé sendo inclusive primário em sofrer autuações.

Requer a realização de perícia para comprovar a legitimidade e correção de seu procedimento, e inexistência de qualquer débito de ICMS para com a Receita Estadual. Protesta por todos os meios de prova admitidos, na forma consagrada pelo artigo 5º item LV da Constituição Federal.

Finaliza requerendo a improcedência do Auto de Infração, ou caso mantida a autuação, a dispensa ou redução da multa.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 377, na qual contesta as alegações defensivas e ratifica integralmente a infração 03. Afirma que os registros das vendas realizadas mediante cartões de crédito e débito constantes nas reduções “Z” em valores inferiores àqueles informados pelas administradoras de cartões de débito e crédito autorizam a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, circunstância não elidida pela autuada. Diz que na defesa apresentada o autuado em nenhum momento questionou a exatidão dos valores e cálculos utilizados na apuração da base de cálculo da omissão de saídas, que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, limitando-se, apenas, a tentar desqualificar a constituição do crédito tributário.

Salienta que a alegação defensiva de ter recolhido imposto a mais em período que não foi objeto de cobrança no lançamento fiscal, no caso, os meses de janeiro, fevereiro, março, abril, julho e setembro de 2008, relacionados como períodos que teriam apresentado diferenças que implicaram em ICMS pago a maior, não fazem parte do Demonstrativo de Débito da infração, não lhe cabendo, no caso específico, opinar contra ou a favor de concessão de crédito suscitado pelo autuado. Acrescenta que o caminho mais apropriado é através de um processo administrativo à parte, no qual o contribuinte tentará buscar o reconhecimento de seus direitos.

Quanto aos argumentos defensivos relativos ao enquadramento, diz que a citação do art. 2º, § 3º, inciso IV do Regulamento do ICMS, demonstra distração por parte do impugnante, tendo em vista que o dispositivo que enquadra a infração 03 encontra-se no art. 2º, § 3º, inciso VI do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto 6284/97.

Conclui mantendo integralmente a autuação.

VOTO

A princípio, com fulcro no art. 147, II, “a”, do RPAF/99, indefiro o pedido de realização de perícia, pois entendo que os elementos que compõem o presente processo são suficientes para decisão da lide.

No que concerne ao pedido do impugnante para que as intimações e notificações pertinentes ao presente processo sejam encaminhadas aos subscritores da peça defensiva, com escritório na Rua José Peroba, nº. 149, 2º andar, Centro Empresarial Eldorado – STIEP – Salvador – BA, ressalto que nada obsta o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações para o endereço requerido. Consigno, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

Do exame dos elementos acostados ao processo, verifico que o impugnante reconhece as infrações 01 e 02, inclusive, efetuando o pagamento parcelado do débito. Como ambas as infrações foram apuradas mediante os roteiros de auditoria aplicáveis que por sua vez estão em conformidade com a legislação do ICMS, considero subsistentes tais infrações.

No que concerne à infração 03, o levantamento realizado pelo autuante, comparou os valores fornecidos pela instituição financeira ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito/débito, 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, conforme previsão contida no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96, *in verbis*:

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

(...)

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos 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”.

Constato que a autuação aponta na “PLANILHA COMPARATIVA DE VENDAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO” à fl. 113 dos autos, a base de cálculo apurada após a proporcionalidade, sobre a qual foi aplicada a alíquota de 4%, resultando no ICMS devido no valor de R\$ 4.140,79.

Vejo que o sujeito passivo alega não ter a presunção indicada no Auto de Infração, fundamentação fática e legal, por entender que a lei não autoriza que as diferenças entre as “reduções Z” e as informações das administradoras sejam utilizadas para lastrear a presunção de omissão de receita, mas as “declarações de vendas”, que no caso em tela, não pode ser simplesmente tido, única e exclusivamente, como sendo as reduções “Z”, mas, os elementos de informações existentes na contabilidade na escrita fiscal e nos documentos fiscais.

Conforme dito acima, a presunção de que cuida o presente Auto de Infração diz respeito à declaração de vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, em confronto com as vendas realizadas pelo contribuinte através de cartão de crédito/débito constante na redução “Z”, valendo dizer que, é irrelevante se o total das vendas declaradas pelo contribuinte é superior às vendas informadas pelas administradoras. É provável que os valores totais das vendas, sejam sempre superiores aos valores das vendas realizadas através de cartão de crédito/débito, haja vista a existência de outras formas de pagamento, a exemplo de dinheiro, cheque, etc.

No presente caso, a planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, aponta na coluna “VENDA COM CARTÃO CONSTANTE DA REDUÇÃO Z”, nos meses objeto da autuação, no caso, maio, junho, agosto, outubro a dezembro de 2008, valores inferiores aos apontados na coluna “VENDA COM CARTÃO INFORMADO PELAS ADMINISTRADORAS”. Ou seja, os valores de vendas informados pelas administradoras foram superiores aos declarados pelo autuado nas vendas realizadas com cartão constante na redução “Z”, autorizando a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Verifico que o autuante aplicou acertadamente a alíquota de 4%, por se tratar o autuado de contribuinte optante pelo Regime de Apuração do ICMS em função da receita bruta.

No respeitante à alegação defensiva de ter efetuado o recolhimento a mais do imposto relativo ao período que não foi objeto da autuação, no caso, os meses de janeiro, fevereiro, março, abril, julho e setembro de 2008, coaduno com o entendimento manifestado pelo autuante de que cabe ao contribuinte, querendo, agir conforme o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, que tem previsão para aquelas situações de recolhimento a mais ou indevido do imposto.

Relativamente às alegações defensivas sobre o enquadramento da infração, constato que este foi feito corretamente pelo autuante, portanto, não merecendo nenhum reparo a indicação dos art. 2º, § 3º, inciso VI, 50, inciso I, e 218, todos do Regulamento do ICMS.

Diante do exposto, a infração 03 é integralmente subsistente.

Quanto à dispensa ou redução da multa por descumprimento de obrigação principal, requerida pelo autuado, ressalto que não tem este órgão julgador de primeira instância competência para tal, cabendo a sua apreciação à Câmara Superior deste CONSEF, desde que o contribuinte, querendo, formalize pedido nesse sentido.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado o pagamento efetuado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **206878.0021/08-8**, lavrado contra **TB COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.481,40**, acrescido das multas de 60% sobre R\$12.340,61, e 70% sobre R\$ 4.140,79, previstas no art. 42, incisos II, “d” e “f”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo contribuinte.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR