

PROCESSO - A. I. Nº 269369.1202/08-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e J.C. ROCHA & CIA. LTDA. (CONSTRUTORA ZECARLOS)
RECORRIDOS - J.C. ROCHA & CIA. LTDA. (CONSTRUTORA ZECARLOS) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0189-05/09
ORIGEM - INFAZ T. DE FREITAS
INTERNET - 08/10/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0320-12/10

EMENTA: ICMS. 1. 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 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. Infração não elidida, porém, o débito foi diminuído, mediante aplicação do critério da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS APURADA POR FALTA DE REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADA. O inciso IV do §3º do art. 2º do RICMS-BA autoriza a presunção que, entretanto, acha-se absorvida pela presunção da Infração 01 em face da ocorrência ter se dado no mesmo período de apuração. Infração não caracterizada. 3. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS APURADA ATRAVÉS DE SALDO CREDOR DE CAIXA. Infração não elidida e expressamente reconhecida pelo contribuinte. Tendo o contribuinte efetuado o pagamento do débito remanescente do julgamento em Primeira Instância, fica caracterizada a perda superveniente do interesse recursal. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PREJUDICADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 5ª JJF que julgou parcialmente precedente o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário que inicialmente lhe foi imputado, a rigor do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 02/12/2008, exige ICMS no valor de R\$45.620,35, em decorrência das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$39.880,02, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito através de equipamento Emissor inferiores aos fornecidos por instituições financeiras e adminis

no período de fevereiro a dezembro de 2004, janeiro a novembro de 2005, março e maio de 2006 e junho, julho, setembro e outubro de 2007, conforme demonstrativos de fls. 637 a 640;

2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas;
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa.

A 5ª JJF, após análise das peças processuais, proferiu Decisão, abaixo transcrita, pela parcial procedência da autuação, para exigir do autuado o pagamento do imposto no valor de R\$18.168,96, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

“Os fatos que ensejaram a lavratura do Auto de Infração dizem respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, relativamente a vendas realizadas com cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas pelas Administradoras de Cartões de Créditos (Infração 01), omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas (Infração 02) e omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa (Infração 03), infração que o autuado expressamente reconhece como devida, portanto, não havendo lide quanto a esta, concretizada está a sua caracterização.

O débito da Infração 01 funda-se na presunção contida no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96, que transcrevo abaixo.

“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”.

Vejo que tal presunção encontra-se devidamente especificada nas “Planilhas Comparativas de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito” (fls. 637 a 640), nas quais, foram considerados em cada coluna, o período mensal, o total das vendas com cartão de crédito informadas pelas administradoras (débito e cartão de crédito), os valores mensais das vendas líquidas extraídas da Redução Z + as vendas apuradas através de notas fiscais; a diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto; o imposto devido calculado à alíquota de 17%; e, finalmente, o ICMS devido.

Em relação a esta infração, vejo que o autuante durante a ação fiscal intimou o autuado para prestar esclarecimentos sobre se na diferença levantada havia confusão entre valores recebidos por cartões de crédito lançados como se fora em dinheiro, tendo o contribuinte justificado incorreções, muitas dessas sendo acatadas pela fiscalização.

Ainda com relação à Infração 01, na Defesa o autuado alega que a diferença apurada do confronto entre os valores das vendas com pagamento em cartões informados pelas administradoras e os registrados como recebimento por essa via nas Reduções Z dos ECFs decorrem das vendas de mercadorias enquadradas na substituição tributária.

Ora, o próprio autuante informa que o ramo de atividade do contribuinte é o comércio varejista de material de construção e os documentos fiscais juntados pelo autuado por ocasião da defesa indicam, de fato, aquisição de mercadorias enquadradas na substituição tributária, razão pela qual entendo deva ser aplicado no caso o critério da proporcionalidade inserto na Instrução Normativa nº 56/07, com o que a presunção de omissão de saída deve restringir-se à proporção das mercadorias tributadas comercializadas no período da ação fiscal.

Tendo em vista que o autuante na Informação Fiscal indica a proporção das vendas de mercadorias tributáveis com base nas DMAs apresentadas ao fisco pelo próprio contribuinte, qual seja, 29,35% em 2004, 49,78% em 2005, 53,83% em 2006 e 54,92% em 2007, tais percentuais devem ser aplicados às diferenças apuradas na Infração 01, para inclusive afastar o argumento do bis in idem que a Defesa levanta.

Assim, embora a presunção seja relativa, ou seja, comportando prova em contrário, nos autos não há elementos capazes de elidir a acusação no valor que resta devido depois da aplicação do critério da proporcionalidade previsto na IN nº 56/07, vez que há, no caso, dados que possibilitam o cálculo das mercadorias tributáveis omitidas conforme índices já indicados.

Deste modo, estando caracterizada a infração, o valor da infração passa cujo demonstrativo de débito é o seguinte:

(...)

Quanto à Infração 02, verifico tratar-se da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de mercadorias não registradas prevista no inciso IV do §3º do art. 2º do RICMS-BA. Tendo em vista que esta também é uma presunção relativa que se verificou da falta de registro de notas fiscais referente a entradas de mercadorias cujo período de ocorrência (abril e outubro de 2004 e janeiro de 2005) acha-se abrangido no período da também presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis visto na Infração 01, sendo, inclusive, tal valor da omissão suficiente para suportar o pagamento das aquisições não registradas da Infração 02, entendo que a Infração 01 absorve a Infração 02, razão pela qual entendo esta esvaziada de subsistência.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, restando devida a Infração 01 na forma acima demonstrada e a Infração 03 que foi integralmente reconhecida pelo impugnante.”

Em face da Decisão da 5ª JF que julgou o auto procedente em parte, mantendo a exigência apenas das infrações 1 e 3, é acostado aos autos (fls.1307/1308) relatório de demonstrativo de débito, dando conta dos valores anteriores e posteriores ao julgamento de primeiro grau.

Devidamente intimado, o recorrente protocoliza tempestiva impugnação colacionada às fls. 1315/1319 e, em sua peça recursal, inconformado com o julgado de 1ª Instância, vem aos autos para, em síntese, alegar que a autoridade fiscalizadora deve obedecer ao princípio da legalidade objetiva, indicando com precisão os motivos da autuação, não se limitando a construir levantamentos fiscais com fundamento em presunções. Aduz ainda, que a busca da verdade material deve ser perseguida, logo, a presunção da verdade, exige uma explicitação expressa dos seus motivos, para permitir um adequado direito de defesa, sob pena de invalidação do lançamento tributário.

Assevera que o autuante, quando da lavratura do Auto de Infração em discussão, deixou de observar que as mercadorias adquiridas pelo autuado “*são superiores às vendas, conforme será demonstrado durante o PAF*”, o que, em tese, põe por terra a imputação de omissão de saída.

Por fim, pede seja conhecido o Recurso voluntário para declarar improcedente o auto de infração em tela.

A PGE/PROFIS (fls. 1326), em Parecer exarado pela Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, inicialmente informa que o Recurso Voluntário em discussão não traz qualquer argumento capaz de alterar a Decisão recorrida, e que os fatos trazidos pelo autuante foram fartamente comprovados, além de serem suficientes para a comprovação das presunções legais de omissão de saídas tributadas, previstas no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96.

Foram acostados aos autos extratos do SIGAT, fls. 1328/1330, discriminando o pagamento parcial do débito originalmente lançado, no valor de R\$18.168,96.

VOTO

Trata o presente de Recurso de Ofício e Voluntário, o primeiro interposto pelos julgadores da 5ª JF deste CONSEF tem por objeto reapreciar o Acórdão de nº **0189-05/09** que impõe sucumbência da fazenda pública estadual em relação às infrações 1 e 2, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA. O segundo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar o mesmo acórdão, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Com respeito ao Recurso de Ofício, inicialmente referente à infração 1, o fiscal fundamenta a autuação na presunção 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, suprimentes a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo com informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de

presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Não se discute que a presunção está planilhada em documento, sob o título de “*Planilhas Comparativas de Vendas por Meio de Cartão de Crédito/Débito*” (fls. 637 a 640), e lá, foram considerados todos os elementos necessários ao perfeito entendimento dos cálculos elaborados pelo autuante.

A JJF entende, com base na Informação Fiscal do autuante que as proporções apuradas a partir das vendas de mercadorias tributáveis com base nas DMAs apresentadas pelo próprio contribuinte, mensuradas em 29,35% no exercício de 2004; 49,78% no exercício de 2005; 53,83% no exercício de 2006; e 54,92% no exercício de 2007, devam ser aplicadas às diferenças apuradas, a rigor da Instrução Normativa nº 56/07, aplicado o critério da proporcionalidade, vez que, há dados que possibilitam o cálculo do imposto sobre as mercadorias tributáveis omitidas. Entendo, portanto, que não merece qualquer reparo a Decisão da 5ª JJF que elaborou demonstrativo com base nas proporções apuradas ano a ano.

Quanto à infração 2 que trata de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de mercadorias não registradas, apurada no mesmo período apontado na infração 1, sendo, também, uma presunção relativa verificada pela falta de registro de notas fiscais referente a entradas de mercadorias, entendo correto o entendimento da 1ª Instância de que esta infração está abrangida pela Infração 1, até porque, os valores da omissão de saídas são suficientes para suportar o pagamento das aquisições não registradas na Infração em comento.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão recorrida.

No que tange ao Recurso Voluntário, entendo estar PREJUDICADO em face do reconhecimento do débito indicado no presente Auto de Infração e seu respectivo pagamento, correspondente às infrações 1 e 3, tornando ineficaz o presente Recurso Voluntário, conforme previsto pelo Art. 122, inciso IV do RPAF/BA.

Em consequência do pagamento realizado, deve o PAF em comento ser remetido à repartição fiscal de origem para fim de homologação do valor recolhido aos cofres públicos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto, considerar **PREJUDICADO** o Recurso Voluntário apresentado e declarar **EXTINTO** o Processo Administrativo Fiscal referente ao Auto de Infração nº 269369.1202/08-6 lavrado contra **J.C. ROCHA & CIA. LTDA. (CONSTRUTORA ZECARLOS)**, devendo o recorrente ser cientificado da Decisão e os autos encaminhados à repartição fiscal de origem para fim de homologação do pagamento efetuado com os benefícios da Lei nº 11.908/10 e, após, o arquivamento do processo.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

ROSANA MACIEL BITENCOURT PASSOS – DEB. DA DEC./PROBIS