

A. I. Nº - 022211.0078/08-3
AUTUADO - CAETANO & CIA LTDA.
AUTUANTE - JOÃO LEITE DA SILVA
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 04/03/2010

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0022-03/10

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADES. a). INCERTEZA QUANTO AO FATO IMPUTADO E QUANTO À AUTORIA DA INFRAÇÃO. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MEDICAMENTOS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias (medicamentos) enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação. Contudo não foi comprovado, pelo Fisco, que as mercadorias objeto da imputação tenham sido objeto de operação comercial entre o fornecedor das mercadorias e o sujeito passivo deste processo. Imputação 01 nula nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. **b).** VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTOS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DE DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÃO E OS VALORES LANÇADOS NAS LEITURAS REDUÇÕES “Z” – ECF DO CONTRIBUINTE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. INADEQUAÇÃO DE ROTEIRO DE FISCALIZAÇÃO. 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. Contudo, o sujeito passivo atua no ramo de comércio a varejo de produtos farmacêuticos, atividade que se encontra enquadrada no regime de apuração de ICMS por substituição tributária, nos termos do Convênio ICMS 76/94. Imputação nula. **2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE REGISTRO. PRESUNÇÃO LEGAL DE REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS ANTERIORES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fato reconhecido pelo autuado. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 16/09/2008 para exigir ICMS no valor total de R\$3.330,63, em razão de três infrações.

Infração 01. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras Unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA. Exercício de 2005 – mês de janeiro. Demonstrativo do levantamento fiscal às fls. 08 a 19. Cópias de Notas Fiscais às fls. 20 a 31. ICMS no valor de R\$1.143,71, acrescido da multa de 60%.

Infração 02. Omissão de saídas tributáveis apurada por meio de falta de registro de entradas de mercadorias. Consta, na descrição dos fatos, que não foram registradas notas fiscais de mercadorias adquiridas em outro Estado, capturadas nos postos fiscais através do Sistema de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT. Exercício de 2004 – mês de março. Demonstrativo do levantamento fiscal à fl. 36. Vias de Notas Fiscais às fls. 37 e 38. Cópia do livro Registro de Entradas às fls. 39 a 48. ICMS no valor de R\$114,63, acrescido da multa de 70%.

Infração 03. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em montante inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Exercícios de 2006 e de 2007. Demonstrativo do levantamento fiscal às fls. 49 a 57. Relatório Diário de Operações de Transferência Eletrônica de Fundos – TEF às fls. 59 a 103. ICMS no valor de R\$2.072,29, acrescido da multa de 70%.

O autuado ingressa com impugnação ao lançamento de ofício às fls. 106 a 108, reconhecendo o cometimento da Infração 02 e refutando as demais. Em relação à Infração 01, aduz não ter adquirido mercadorias da empresa PROFARMA Distribuidora de Produtos Farmacêuticos S/A de inscrição estadual 186.786.893.1, localizada no Estado de Minas Gerais, na cidade de Contagem, no período de janeiro de 2005, conforme relação que anexa aos autos. Aduz que para a emissão de nota fiscal é suficiente que se tenha os dados de endereço, CNPJ e inscrição estadual, dados que podem ser conseguidos via internet, ou em um documento fiscal, e que não tem responsabilidade sobre impostos gerados de forma fraudulenta em seu nome. Sugere que esta SEFAZ acione a SEFAZ de Minas Gerais para solicitar da empresa PROFARMA emitente das notas fiscais que baseiam a imputação 02 no sentido de que essa forneça o comprovante de entrega das mercadorias relacionadas nas notas fiscais questionadas, para que seja verificado o seu não recebimento por si, autuado.

Em relação à Infração 03, descreve a acusação e questiona a presunção, aduzindo que esta admite prova em contrário. Afirma que comercializa com produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmulas, atividade que se encontra enquadrada no regime de apuração por substituição tributária, com imposto recolhido por antecipação, pelo que a presunção de saídas tributáveis omitidas estaria descaracterizada em razão de sua atividade econômica. Cita o Acórdão JJF nº 0293-02/07, que declara improcedente a autuação em razão da aplicação deste roteiro de auditoria a empresa de seu mesmo ramo de atividade, e solicita igual tratamento. Ressalta que no período objeto da autuação suas vendas não foram inferiores aos valores fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito.

Conclui pedindo pelo cancelamento da Infração 01, com a aplicação de sanções a quem de direito, e pela improcedência da infração 03. Anexa documentos.

O autuante presta informação fiscal às fls. 129 a 131 inicialmente relatando os termos da impugnação e em seguida informando, quanto às infrações:

Infração 01: o autuado alega não ter adquirido mercadorias da PROFARMA de Contagem MG, mas adquire com frequência mercadorias da PROFARMA Distribuidora, Salvador-BA, conforme cópias de algumas Notas Fiscais, (anexada no seu livro Registro de Entradas.

Infração 02: reconhecida pelo impugnante.

Infração 03: embora a atividade da empresa esteja enquadrada no regime de substituição tributária, o autuado adquire outras mercadorias não elencadas nos Anexos 88 e 89 do RICMS/BA. O autuante aduz que, para comprovar esta alegação, anexa cópias de notas fiscais e solicita que seja comprovado o recolhimento antecipado do imposto referente a estas notas fiscais, uma vez que o autuado, à fl. 107, “afirma que faz todo pagamento antecipado em virtude de sua atividade econômica.”

Prossegue expondo que, embora o sujeito passivo tenha efetuado vendas diversas com emissão da documentação fiscal exigida e devidamente escriturada, “para as operações de vendas, os valores dessas vendas não estavam indicados ou indicadas a menor no Cupom Fiscal que o meio de pagamento adotado na operação era Cartão de Crédito/Débito, conforme prevê o Art. 238 parágrafo 7º do RICMS BA, tornando assim os valores inferiores aos informados pelas administradoras, e o art 2º §3º Inc VI do RICMS, presume a ocorrência de operação sem o pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar valores inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, portanto sugiro que o contribuinte comprove cada venda por meio de cartão de débito/crédito com o número do respectivo documento fiscal emitido (cupom fiscal ou nota fiscal), acompanhado com cópias dos boletos TEF e respectivos documentos fiscais, para tanto foi entregue ao contribuinte, além dos demonstrativos, também o relatório detalhado fornecido pela administradora que deverá servir de subsidio para tal comprovação.”

Conclui mantendo o lançamento de ofício. Anexa cópias de notas fiscais às fls. 134 a 255.

O contribuinte recebeu cópia da informação fiscal conforme recibo de fl. 257, com a concessão de dez dias para pronunciar-se, e voltou a manifestar-se às fls. 261 e 262 aduzindo, quanto à Infração 01, que a informação fiscal apenas confirma o fato, alegado pelo defendente, de que para emitir notas fiscais é suficiente ter os dados da empresa, e que o fato de ter adquirido mercadorias do estabelecimento da empresa PROFARMA em Salvador não prova que tenha adquirido de outra filial em Minas Gerais.

Em relação à Infração 02, expõe que o fato de ter reconhecido a imputação não significa que tenha descumprido outras obrigações e que as mercadorias adquiridas com as notas fiscais objeto da Infração 02 referem-se a bens do seu ativo imobilizado.

Quanto à Infração 03, afirma ter anexado cópias de DAES que já foram entregues ao autuante quando da realização da ação fiscal e cópias de outros DAES, totalizando 25, o que provaria que comercializa com produtos sujeitos à substituição tributária. Que os DAES que anexa referem-se a todas as notas fiscais que o autuante incluiu no processo. Que suas operações estão desoneradas de tributação nas saídas. Repete os demais termos da impugnação inicial.

Conclui pedindo o cancelamento das Infrações 01 e 03.

O contribuinte anexa cópias de DAES de pagamento de ICMS devido por substituição tributária e listagens de documentos fiscais às fls. 263 a 287.

Às fls. 290 e 291, tendo em vista as alegações defensivas, a informação fiscal e também que não fora juntado aos autos o recibo do autuado comprovando que o mesmo recebera a cópia das fls. 09 a 103 do PAF, referentes aos demonstrativos dos levantamentos fiscais, notas fiscais, e aos Relatórios Diários por Operações TEF; considerando que a empresa atua no ramo de comércio com produtos farmacêuticos; considerando ainda o teor da Instrução Normativa nº 56/2007, esta 3ª JJF, na busca da verdade material, em pauta suplementar deliberou por converter o processo em Diligência à INFAZ de origem para que o autuante, em relação à Infração 01, solicitasse ao remetente das mercadorias, e anexasse aos autos, cópias dos pedidos indicados nas notas fiscais acostadas aos autos; canhoto das notas de identificação do recebedor das mercadorias; comprovantes de recebimento.

às vendas realizadas através das notas fiscais objeto do Auto de Infração em lide (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias, etc). Em seguida, que a INFAZ de origem intimasse o autuado e fornecesse-lhe cópia das fls. 09 a 103 do PAF; dos documentos acostados ao processo pelo autuante, em cumprimento às providências supramencionadas; e daquela Diligência, então reabrindo o prazo de impugnação ao lançamento fiscal. Esta 3ª JF determinava, ainda, que na intimação deveria constar a informação de que, caso o autuado quisesse apresentar nova impugnação ao lançamento fiscal, para comprovar as alegações defensivas porventura existentes, em relação à Infração 03, e tendo em vista inclusive a possibilidade de aplicação do critério da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007, o contribuinte deveria apresentar demonstrativo, por operação individualizada, das vendas nas quais comprovadamente houve a emissão de documento fiscal (nota fiscal ou cupom fiscal), realizadas por meio de cartões de crédito/débito, no período de 01/01/2006 a 31/12/2007 apresentando, junto à cópia de cada documento fiscal, cópia do respectivo boleto TEF (ou o número da autorização do pagamento por cartão, constante nos Relatórios TEF) que comprovasse que a venda fora realizada por aquele meio. Este demonstrativo e cópias deveriam ser anexadas aos autos; e apresentasse ao Fisco cópias dos documentos fiscais (notas fiscais/cupons fiscais) que comprovassem a venda, por operação, realizadas por meio de cartão de crédito/débito, no período de 01/01/2006 a 31/12/2007, das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, isentas e não tributadas, e das mercadorias tributadas. Em seguida, caso o autuado se manifestasse no prazo concedido, a INFAZ deveria encaminhar o processo para o autuante produzisse nova informação fiscal. e, em relação à Infração 03, a partir dos documentos apresentados pelo autuado, elaborasse demonstrativo correspondente às diferenças mensais nas quais a emissão de documento fiscal (notas fiscais ou cupons fiscais) não fosse comprovada pelo contribuinte. Também foi determinado que, caso o contribuinte apresentasse os documentos citados no item 2 daquela Diligência, o autuante elaborasse demonstrativo dos valores das aquisições, pelo autuado, de mercadorias tributáveis, não tributáveis e enquadradas no regime de substituição tributária, no período objeto da imputação, indicando os percentuais que correspondessem às mercadorias tributáveis, nos termos da Instrução Normativa nº 56/2007, e com base nestes percentuais elaborasse novo demonstrativo de débito da infração 03.

Às fls. 294 e 295 estão acostadas cópias de correspondência eletrônica (*e-mails*) enviados pelo autuante à contabilidade da empresa PROFARMA, solicitando cópia dos canhotos assinados pelo recebedor, e comprovante de recebimento de valores referentes às operações objeto da imputação 01.

À fl. 297, o autuante presta nova informação fiscal afirmando não ter sido possível conseguir os documentos solicitados na diligência determinada por esta 3ª JF.

Às fls. 299 e 300, a INFAZ de origem cumpriu a diligência quanto ao envio ao contribuinte cópias da documentação determinada por esta 3ª JF, e reabrindo o prazo para apresentação de nova impugnação pelo sujeito passivo, e o contribuinte manteve-se silente, conforme despacho de fl. 303.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado em razão das imputações descritas no Relatório que antecede este voto.

Preliminarmente, em relação à Infração 01, falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias (medicamentos) provenientes de outras Unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, verifico que inexistente prova, neste processo, de que as mercadorias tenham, de fato, sido adquiridas pelo sujeito passivo, o que, por d tanto quanto ao fato imputado, quando à legitimidade passiva do au da verdade material esta 3ª JF deliberou, em pauta suplementar, po

o Fisco anexasse provas da imputação, mas o autuante, embora tenha tentado cumprir a diligência, expôs à fl. 297, não ter sido possível conseguir os documentos solicitados na diligência determinada por esta 3ª JF. Assim, considero nula a imputação 01, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, o infrator.

Ainda em análise preliminar, quanto à Infração 03, trata a mesma de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em montante inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito nos exercícios de 2006 e de 2007, com demonstrativo do levantamento fiscal às fls. 49 a 57.

Observo que 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. Contudo, o sujeito passivo atua no ramo de comércio a varejo de produtos farmacêuticos, atividade que se encontra enquadrada no regime de apuração de ICMS por substituição tributária, nos termos do Convênio ICMS 76/94. Em sendo assim, o imposto a ser recolhido pelo contribuinte possui regras próprias para sua apuração, o que inclui o seu pagamento antecipado, e o conseqüente encerramento da fase de tributação. Por este motivo, um roteiro de auditoria que vise à verificação de imposto pago quando da saída de mercadorias, estando estas enquadradas em regime de substituição tributária por antecipação, é inadequado. Imputação 03 nula em razão de utilização de roteiro de auditoria inadequado.

No mérito, a imputação 02 está reconhecida pelo sujeito passivo, inexistindo lide, em relação à mesma, a ser apreciada por este Colegiado.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no montante de R\$114,63.

Represento à autoridade fazendária competente no sentido da instauração de novo procedimento fiscal a salvo de incorreções, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, para verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias relativas aos débitos atinentes às infrações 01 e 03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **022211.0078/08-3**, lavrado contra **CAETANO & CIA LTDA.**, no valor de **R\$114,63**, acrescido da multa de 70% prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Representa-se à autoridade fazendária competente no sentido da instauração de novo procedimento fiscal a salvo de incorreções, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, para verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias relativas aos débitos atinentes às infrações 01 e 03.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZE