

A. I. N ° - 281424.0009/10-1
AUTUADO - FAST SHOP COMERCIAL S/A
AUTUANTES - JORGE CALMON MONIZ DE BITTENCOURT e CARLITO N. DE LACERDA JÚNIOR
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 02.05.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0093-04/11

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DESTINADO AO ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Fatos reconhecidos pelo sujeito passivo. Infrações mantidas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS 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. Não ficou comprovado que tais diferenças são relativas a despesas financeiras, visto que não foram debitadas a qualquer instituição financeira, bem como não se comprovou as múltiplas alegações defensivas, cabendo a exigência do imposto resultante das aludidas diferenças. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2010, traz a exigência de ICMS, além de multa, no valor histórico total de R\$ 366.201,86, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo discriminadas.

INFRAÇÃO 01 – Falta de recolhimento do imposto, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e as interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento (janeiro a novembro de 2009). Anexo I, com cópia entregue ao autuado através de mídia em CD. Valor exigido de R\$ 5.774,39. Multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 02 – Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente à aquisição de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, adquirida com fim de comercialização e devidamente registrada na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente (fevereiro de 2009). Multa de R\$ 1.784,04, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

INFRAÇÃO 03 – Omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartão de crédito ou de débito, em valores inferiores aos fornecidos por instituição financeira ou administradora (janeiro a dezembro de 2009). Está registrado, no corpo da peça inicial, que o procedimento adotado pelo sujeito passivo, conforme denúncias de consumidores apensadas ao PAF (fls. 113 a 137), consiste em emitir a nota fiscal de venda somente com destaque do valor do produto, não oferecendo os encargos à tributação. O valor repassado pelas instituições financeiras, conforme Relatório TEF, é o total, não havendo, portanto, nesse caso, duas operações, uma mercantil e outra de financiamento, mas sim venda a prazo. O autuado não comprovou, mesmo após ter sido especificamente intimado para tanto, que a quantia inicialmente cobrada a título de encargos permanece ou é posteriormente repassada para a financeira. Também foram juntados aos autos julgamentos anteriores, relativos à mesma infração, alegadamente cometida pelo sujeito passivo da presente relação jurídica processual. Foi efetuado o cálculo da proporcionalidade, excluindo-se do tributo devido os valores referentes às operações sujeitas à antecipação ou substituição tributária, e àquelas sujeitas à redução de base de cálculo, no que concerne à parcela não tributada. Os demonstrativos, intimações, documentos e planilhas que consubstanciam a acusação encontram-se no Anexo III, cujas cópias foram entregues ao representante legal da sociedade empresária, mediante recibo juntado, por meio de mídia em CD (fls. 26/27). Valor exigido de R\$ 358.643,43. Multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressa com impugnação às fls. 161 a 180, através de advogado regularmente constituído, consoante substabelecimento de fl. 182, onde inicialmente reconhece os ilícitos concernentes às duas primeiras infrações.

Após sintetizar os fatos e aduzir a tempestividade da peça – em preliminar – suscita a nulidade do procedimento, pois o levantamento analítico apresentado pelo fisco não é claro e não permite compreender ao certo a base de cálculo, situação que atinge seu direito de defesa.

Nos seus dizeres, *“os valores indicados pela empresa não são os mesmos entre as duas planilhas em que consta o mesmo dado”*.

Ademais, no que se refere às diferenças encontradas, que variaram de 0,09% a 91,34%, o que demonstra não haver expediente padrão de sonegação, há outras situações que não foram consideradas, a exemplo de entregas futuras, vendas em um estabelecimento e entrega por outro, e *“notas de produtos que são canceladas”*, ou que ensejam trocas de mercadorias, quando não há estorno do quanto pago pelo consumidor (faturado no cartão), sendo emitida a fatura definitiva em data diversa daquela em que se deu o pagamento.

Outra discrepância é que a diferença entre o total anual do faturamento em cartão e o total anual do valor dos documentos fiscais emitidos é de R\$ 246.994,91, o que leva a uma base de cálculo para autuação menor do que zero (rodapé da fl. 166).

Qualifica de descabido o percentual de proporcionalidade encontrado (83,97%), pois o mesmo só se manterá igual na entrada e na saída se forem praticadas as mesmas margens de lucro em todos os produtos, e *“vendidos de modo parcelado a mesma proporção de produtos sob o regime normal que os demais”* (sic).

No seu entender e nas suas palavras, *“aproximações, presunções ou suposições são, ao máximo, indícios que deve seguir a fiscalização até atingir com precisão a grandeza correta que deveria tributar, a legalidade veta a tributação a esmo, “grosso modo”. As presunções são aplicáveis, exclusivamente, em caráter excepcional, e quando expressamente previstas em lei, notadamente quando a escrita contábil do contribuinte seja imprestável a ponto de levar ao arbitramento, por exemplo”*.

Não foram mencionados os dispositivos que fundamentaram o procedimento incomum que levou à autuação.

No mérito, assevera que, ainda que o consumidor efetivamente pague o valor integral da nota fiscal para as operadoras de cartão de crédito, o mesmo não é repassado para si, como equivocadamente concluiu a fiscalização. O serviço de intermediação financeira cobrado pelas prestadoras varia entre 2 e 2,7%, percentuais que são retidos quando do repasse para o lojista, que representa parte significativa do montante autuado.

Por outro lado, citando doutrina e jurisprudência, afirma que o preço da mercadoria praticado na sua saída, que se traduz no valor da operação de compra e venda que dá causa à circulação tributada dos produtos, não pode ser confundido com receitas financeiras, que são juros de financiamentos cobrados quando das vendas parceladas, tributados pelo IOF, de competência da União.

Em pedido subsidiário, caso se entenda pela procedência da infração 03, alega o caráter abusivo da multa de 70% - requerendo a sua redução - e pleiteia o desconto dos coeficientes de correção monetária dos valores tributados.

Finaliza requerendo o “cancelamento” ou a nulidade integral do Auto de Infração, a exclusão das taxas de administração e da correção monetária da base de cálculo, assim como a redução da multa cominada.

Fornece endereço para intimações e solicita provar o alegado através de todos os meios admitidos em direito.

Na informação fiscal, de fls. 215 a 226, os autuantes, quanto à alegação de divergência de valores nas planilhas apresentadas, aduzem que as informações prestadas pelo autuado em meio magnético após intimação (fl. 22) são rigorosamente iguais às da planilha constante do Anexo III, o que pode ser verificado no CD de fl. 28.

Os dados entregues pelo fiscalizado estão agrupados por notas fiscais, enquanto às fls. 96 a 105 as vendas estão discriminadas por dia, e por isso não há que se exigir exata correspondência entre as informações consolidadas.

Contestam as alegações defensivas relativas a entregas futuras, pois no arquivo preparado pelo setor financeiro do sujeito passivo – que serviu de base para a auditoria – somente constam as notas fiscais com CFOP 5922 (simples faturamento), não tendo sido incluídas as saídas posteriores, com CFOP 5117.

Das 8.034 notas fiscais constantes da planilha, apenas 608 foram emitidas com CFOP 5922, e nenhuma com CFOP 5117. Até mesmo quando o impugnante vende mercadoria para entrega futura e utiliza indevidamente o CFOP 5102 (venda de mercadoria adquirida de terceiro), o mesmo adota o seguinte procedimento: fatura a venda na data em que ocorre, emite a nota nesta data e, quando da saída efetiva, dias depois, o campo que informa o dia da saída é preenchido à mão por empregado, conforme se observa às fls. 116, 117, 125 e 130.

Quanto à questão aventada do cancelamento de notas fiscais, observam que a planilha de vendas foi apresentada pelo próprio defendente, e que a emissão da nota fiscal de cancelamento compensaria eventual distorção nos cálculos.

Com relação às supostas vendas em um estabelecimento, com as entregas por outro, sublinham que se trata de mera suposição, destituída de elementos de prova, principalmente porque o autuado só possui duas unidades, ambas com os mesmos problemas fiscais.

Ressaltam que é comum o fato de as administradoras não informarem todas as operações relativas a um determinado contribuinte. Como prova dessa afirmação – que registraram para rebater o argumento de que a diferença é de apenas R\$ 246.994,91 – citam o relatório de fl. 79, onde se percebe que a VISANET, que representa a maioria das vendas do autuado, não enviou qualquer informação para esta Secretaria.

A proporcionalidade foi calculada nos termos da Instrução Normativa que lhe dá fundamento (fl. 221), tendo sido tomadas as entradas para se alcançar o índice, já que as informações das saídas encontravam-se viciadas.

No mérito, informam que fundamentaram as suas atividades fiscais no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, do que resulta invertido o ônus da prova, já que o citado dispositivo trata de presunção legal. O contribuinte nada trouxe de prova material aos autos, apenas argumentos.

Quanto à pretensão de deduzir a taxa de administração da base de cálculo, manifestam opinião contrária, transcrevendo à fl. 223 o art. 56, I, RICMS/BA.

A situação que determina serem os juros de financiamento cobrados nas vendas a prazo fato gerador de ICMS é a reversão da receita para o próprio sujeito passivo. Aliás, foi o que restou definido no processo 12443520074, onde a Diretoria de Tributação desta Secretaria exarou parecer nesse sentido (fls. 228/229).

Não há previsão legal, na concepção dos autuantes, para redução de multa ou para exclusão de correção monetária da base de cálculo, mesmo porque o autuado embutiu a mesma no preço das vendas.

Encerram pedindo a procedência do Auto de Infração.

Às fls. 235/236 foram juntados comprovantes de pagamento parcial.

VOTO

Não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois os autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveram as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos, relatórios e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicaram o embasamento jurídico. Os elementos acostados ao PAF são claros e perfeitamente inteligíveis.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados nos aspectos abordados na peça inicial, na impugnação e na informação fiscal.

A presunção que ensejou a infração 03, ao contrário do que afirmou o impugnante, está devidamente consignada no campo “*Enquadramento*” de fl. 02, e tem como fundamento o art. 4º, § 4º, Lei 7.014/96, abaixo transcrito, com dispositivo correspondente no art. 2º, § 3º, VI, RICMS/BA.

Lei nº 7.014/96. Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

(...)

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;

(...).

De acordo com o art. 19 do RPAF/BA, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção de dispositivo da lei correspondente.

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo contribuinte.

As infrações 01 e 02 não foram impugnadas. Assim, com fundamento no art. 140, RPAF/99, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações 01 e 02 mantidas.

No mérito, o presente lançamento de ofício traz a exigência do ICMS em razão da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas por meio de levantamento de vendas com

pagamentos em cartões de crédito ou débito em valores inferiores aos fornecidos por instituição financeira ou administradora.

A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àsquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões, 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 mesmos, tendo em vista as informações fornecidas pelas administradoras.

Em se tratando de uma presunção legal, o ônus da prova resta invertido, cabendo ao acusado trazer à lide elementos materiais de prova que demonstrem irrefutavelmente o impedimento, a modificação ou a extinção do direito do fisco de lançar o tributo pertinente. A única forma de fazê-lo é juntar documentos fiscais, emitidos por si ou até mesmo por outro estabelecimento do grupo (na hipótese da alegada venda por um e entrega por outro), que guardem relação de data e valor com as operações apontadas no Relatório Diário de Operações TEF.

Entretanto, o sujeito passivo limitou-se à seara da argumentação, onde apontou supostas diferenças que não indicam expediente padrão de sonegação; entregas futuras; vendas em um estabelecimento e entregas por outro; cancelamento de notas fiscais (sem prova de ter observado as formalidades exigidas no art. 653, RICMS/BA); estornos; base de cálculo menor do que zero e trocas de mercadorias, nenhum documento comprovante foi colacionado, o que faz incidir a norma do art. 143, RPAF/99. Nada disso, da forma como se apresenta, tem o condão de elidir a presunção “*ex lege*”.

A invasão de competência argüida pelo autuado, através da qual o Estado estaria tributando operação financeira, não se verifica, pois não restou demonstrado, em nenhum momento, 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. Não há que se falar em nulidade ou em improcedência por tais razões.

Registre-se o que muito acertadamente informaram os autuantes, ou seja, que no processo 12443520074 a Diretoria de Tributação desta Secretaria da Fazenda exarou parecer nesse sentido (fls. 228/229).

A proporcionalidade foi acertadamente aplicada, tendo-se encontrado o percentual correto, com base nas informações de entradas, posto que as saídas encontravam-se distorcidas.

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 mesmos, tendo em vista as informações fornecidas pelas administradoras desses cartões no período fiscalizado. Não ficou comprovado se tratarem, tais diferenças, de despesas financeiras, visto que não foram debitadas a qualquer instituição financeira, bem como não se comprovou as múltiplas alegações defensivas, cabendo a exigência do imposto resultante das aludidas diferenças.

Por exemplo, o Relatório TEF de fl. 137, indica informação da administradora no total de R\$ 3.499,00 (VISANET), enquanto a NF correspondente (1.738) foi emitida com valor de R\$ 3.144,65, tendo, no boleto de fl. 135, sido discriminado o valor do produto (R\$3.144,65) e encargos (R\$354,35).

Não há previsão legal para se acolher o pedido efetuado pela sociedade empresária, de deduzir da base de cálculo a correção monetária e a taxa de administração, ou qualquer outra taxa.

Quanto à multa, está devidamente encartada no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e falece a este órgão administrativo competência para declarar inconstitucionalidade de dispositivo legal (art. 167, I, RPAF/99), bem como para reduzir ou cancelar penalidades por descumprimento de obrigações principais (arts. 158/159, RPAF/99).

Infração 03 caracterizada.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281424.0009/10-1**, lavrado contra **FAST SHOP COMERCIAL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 364.417,82**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 5.774,39 e de 70% sobre R\$ 358.643,43, previstas no art. 42, II, “f” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual de 60% no valor de **R\$ 1.784,04**, prevista no art. 42, II, “d” da mesma Lei, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de abril de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR