

A. I. Nº - 298618.0062/10-2
AUTUADO - F.M.P. OLIVEIRA
AUTUANTE - PLÍNIO SANTOS SEIXAS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 10.06.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0152-04/11

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. FALTA DE RECOLHIMENTO. Ilícito comprovado nos autos. Uma vez que, ao contrário do que foi capitulado no título da acusação, não ocorreu a devida escrituração nos livros, que sequer existiam, a multa deve ser re-enquadrada no art. 42, III, Lei 7.014/96. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÕES E OS LANÇADOS NAS LEITURAS REDUÇÕES Z DO CONTRIBUINTE. 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, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Ficou provado que os valores de vendas através de cartões, relacionadas nessa infração e informadas pela empresa, são menores do que os respectivos pagamentos, tendo em vista as informações fornecidas pelas administradoras. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/12/2010, exige ICMS no valor histórico total de R\$ 209.811,15, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo especificadas.

Infração 01 – Falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros próprios. Valor lançado de R\$ 181.636,54 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a” da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões, em valores inferiores aos fornecidos por administradoras ou instituições financeiras. Valor lançado de R\$ 28.174,61 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Está registrado que foi refeita a conta corrente, com base nas notas fiscais de entrada e nos resumos dos equipamentos emissores de cupons fiscais (ECF), já que o sujeito passivo não possui Livros Fiscais de Entradas, Saídas e de Apuração do ICMS.

Do montante dos créditos constam as quantias destacadas nos documentos, acrescidas das “antecipações parciais pagas”. Foram consideradas as vendas proporcionais, pois houve comercialização de produtos sujeitos à substituição tributária.

Na infração 02 também foi aplicada a proporcionalidade.

À fl. 264 consta comprovante de que o autuado recebeu cópias do Relatório Diário de Operações TEF.

Na defesa apresentada, de fls. 1.323 a 1.333, através de advogado regularmente constituído, nos termos do instrumento de mandato de fl. 1.334, o contribuinte suscita nulidade, indicando jurisprudência, por falta de indicação dos critérios de proporcionalidade adotados quando da apuração do imposto. Tal vício, a seu ver, inviabiliza a impugnação e constitui cerceamento de direito de defesa.

Com fulcro no princípio da não cumulatividade, citando doutrina de José Afonso da Silva e de Roque Antônio Carrazza, além de jurisprudência, insurge-se contra a limitação do aproveitamento de créditos nas aquisições de mercadorias de fornecedores beneficiados com incentivo fiscal na unidade federativa onde se localizam, afirmando que o preposto fiscal não indicou as alíquotas incidentes na origem.

Em seguida, indicando os critérios de apuração adotados no Regime SIMBAHIA, alega que a autuação desconsiderou os mesmos. Segundo afirma, a segunda infração não ocorreu, pois todas as vendas foram devidamente registradas e lançadas no cálculo do ICMS, de acordo com os critérios do SIMBAHIA, não tendo ocorrido dolo, fraude ou simulação que justificassem a exclusão do Regime.

Não há, na sua concepção, previsão legal de obrigatoriedade de declaração apartada na declaração de movimento econômico (DME) das saídas referentes a compras com cartões, não existindo motivos para a presunção sob exame.

Quanto à base de cálculo, colacionando decisão do STJ, suscita mais uma vez nulidade (fundamentado nos artigos 142 e 145, CTN), pois no cômputo da mesma, que qualifica de arbitramento, foram tomados encargos financeiros de vendas a prazo.

Impugna as multas aplicadas, em virtude do caráter confiscatório, e conclui reiterando o pleito de nulidade.

O autuante junta informação fiscal à fl. 1.347, onde assevera que o índice de proporcionalidade foi obtido de acordo com a Instrução Normativa 56/2007, sendo que as planilhas correlatas estão localizadas às fls. 43 a 54.

O princípio da não cumulatividade foi observado na auditoria de conta corrente, conforme documento de fl. 55 (coluna “DÉBITO MENOS CRÉDITO”).

Nada registra em relação às argumentações defensivas concernentes ao SIMBAHIA, posto que revogado desde 30/06/2007 e a fiscalização diz respeito ao período de 2009.

A base de tributação da segunda infração foi apurada de acordo com as diferenças entre os valores constatados nas informações das administradoras e os informados pelo defendente. No PAF, estão às fls. 372 a 528 os dados concedidos pelo auditado, enquanto às fls. 38 a 42 encontram-se as planilhas de vendas mensais. O Relatório Diário de Operações TEF foi juntado às fls. 56 a 370, com as colunas de diferenças diárias e mensais entre as saídas declaradas e as informadas pelas administradoras. À fl. 371 consta o resumo mensal do roteiro de fiscalização.

VOTO

Com relação à validade do procedimento, vejo que o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

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.

Nas planilhas de fls. 43 a 54, estão identificadas as operações sujeitas e as não sujeitas à tributação, nas colunas “TRIBUTÁVEIS” e “OUTRAS”, com os respectivos índices de proporcionalidade obtidos do cotejo entre ambas.

A questão das alíquotas das operações de aquisição não é de essencial importância para a compreensão da acusação ou para o exercício do contraditório e da ampla defesa. O autuante designou todas as notas fiscais de aquisição do exercício, destacando números, datas, valores e unidades federativas remetentes (fls. 43 a 54). À fl. 55 consignou os totais dos créditos e os diminuiu dos débitos, encontrando dessa forma o imposto lançado na infração 01.

A acusação da infração 01 é de falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros próprios. O auditor fiscal, o que pode parecer contraditório, afirmou que foi refeita a conta corrente, com base nas notas fiscais de entrada e nos resumos dos equipamentos emissores de cupons fiscais (ECF), já que o sujeito passivo não possui Livros Fiscais de Entradas, Saídas e de Apuração do ICMS. (fl. 16).

Entendo que isso constitui erro formal irrelevante, pois não possui nenhuma repercussão em relação à segurança e ao conteúdo do ato, muito menos às garantias à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, o que afirmo com espeque no art. 19 do RPAF/99.

Todavia, deve ser re-enquadrada a penalidade prevista no art. 42, I, “a” da Lei nº 7.014/96, que na redação vigente até 30/03/2010 estabelecia o percentual de 50% nos casos de falta de recolhimento nos prazos regulamentares, quando as respectivas operações estivessem escrituradas em livro (s) próprio (s).

Uma vez que não ocorreu a devida escrituração no (s) livro (s), que sequer existia (m), a multa deve ser deslocada (re-enquadrada) para o art. 42, III, cuja redação à época dos fatos era a seguinte: *“70% (setenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque”*.

Desse modo, fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo contribuinte e re-enquadrada a multa da infração 01 para o art. 42, III, Lei nº 7.014/96.

As multas aplicadas neste Auto de Infração encontram-se previstas nos incisos e alíneas do art. 42 da Lei 7.014/96 acima citados (as), e não cabe a esta instância apreciar pedido de cancelamento ou redução de penalidade por descumprimento de obrigações principais (arts. 158/159, RPAF/99), muito menos de inconstitucionalidade de dispositivos de lei estadual (art. 167, I, RPAF/99).

No mérito da primeira infração, conforme o que já foi exposto no julgamento da preliminar, verifico que não houve qualquer limitação a direito de crédito, pois todos eles estão contemplados nos valores lançados a este título às fls. 43 a 55.

A presunção da infração 02 encontra amparo no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, com dispositivo correspondente no art. 2º, § 3º, RICMS/97.

Não existe cabimento nas considerações defensivas relativas ao SIMBAHIA, inclusive no inexistente desenquadramento e nos supostos recolhimentos com base no mesmo, pois o Regime saiu do ordenamento jurídico tributário deste Estado no início do 2º semestre de 2007, e o Auto de Infração refere-se ao ano de 2009. As sociedades que se mantiveram na qualidade de microempresa e não migraram para o Simples Nacional apuram o ICMS de acordo com o regime normal de débito e crédito.

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, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Ficou provado que os valores de vendas através de cartões, relacionadas nessa infração e informadas pela empresa, são menores do que os respectivos pagamentos, 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, que guardem relação de data e valor com as operações apontadas no Relatório Diário de Operações TEF.

A ilegalidade argüida pelo autuado, através da qual o Estado teria tributado operação financeira, não se verifica, pois não ficou demonstrado, em nenhum momento, que os tais “encargos financeiros” referem-se efetivamente a uma operação de tal natureza, que não poderia representar a quantificação compreendida na operação mercantil, ou seja, não poderia integrar a base de cálculo do ICMS. Não cabe cogitar nulidade ou improcedência por tais razões.

Infrações caracterizadas.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298618.0062/10-2**, lavrado contra **F.M.P. OLIVEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 209.811,15**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de maio de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR