

A. I. N° - 269114.2001/11-5
AUTUADO - NOVA MIRON RELÓGIOS E INSTRUMENTOS MUSICAIS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS RAIMUNDO DA SILVA PEREIRA DE SOUZA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 23.11.2011

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0288-02/11

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Contribuinte não apresentou comprovantes do recolhimento. Infração caracterizada. 2. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA 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 comprovada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa por descumprimento de obrigação acessória, equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, "d", c/c o § 1º, da Lei n° 7.014/96. Não acolhida a argüição de nulidade. Negado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 30/06/2011, para constituir o crédito tributário ao ICMS no valor histórico de R\$67.524,62, em razão de:

Infração 01 – 02.01.01 – Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros Fiscais próprios, no valor de R\$ 27.232,40.

Infração 02 – 05.08.01 – Omissão de saída de mercadoria tributada 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, com ICMS devido no valor R\$ 27.986,52.

Infração 03 – 07.15.05 – Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída tributada normalmente. Valor autuado R\$ 3.062,68.

Infração 04 – 07.15.03 – Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída tributada normalmente. Valor autuado R\$9.243,02.

O autuado, às folhas 389 a 399, ao impugnar parcialmente o lançamento tributário, mediante advogado habilitado nos autos, argüiu nulidade das infrações 01, 03 e 04, por entender que o autuante ao proceder a exigência fiscal (infração 01), e ora exigir multa moratória por falta de recolhimento do ICMS que deveria ter sido pago por antecipação, com saída posterior tributada normalmente (infração 03 e 04), não traz aos autos do Processo Administrativo Fiscal a prova da materialidade das referidas infrações, contrariando o que dispõe o art. 41, inciso II c/c art. 18, inciso IV, “a” ambos do RPAF.

Argumenta que, das infrações acima mencionadas e dos fatos descritos pela nobre fiscal autuante no Termo de Encerramento e nos demonstrativos elaborados, pode-se perceber que o Fisco imputa ao contribuinte as infrações abaixo descritas, ignoradas pelo autuado, mas não prova sua materialidade, pois não colaciona aos autos documentos e livros fiscais necessários para constatação das infrações, quais sejam:

Infração	Documentos Necessários para Provar a Infração	Documentos Ausentes
Deixou de recolher, no (s) prazo (s) regulamentar (es), ICMS referente as operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios.	- Livro de Apuração do ICMS;	- Livro de Apuração do ICMS;
Multa percentual sobre a parcela do imposto (ICMS) que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída tributada normalmente.	- Notas Fiscais de Entradas provenientes de outra unidade da federação; ou - Livro de Entrada;	- Notas Fiscais de Entradas provenientes de outra unidade da federação;
Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída tributada normalmente.	- Notas Fiscais de Entradas provenientes de outra unidade da federação; ou - Livro de Entrada;	- Notas Fiscais de Entradas provenientes de outra unidade da federação; ou - Livro de Entrada;

Entende que as infrações destacadas são nulas em razão de não conter elementos suficientes para determinar a infração, assim reza o RPAF, no art. 18º, inciso IV, alínea “a”, o qual transcreveu.

Ressalta que no Direito Tributário é nulo o Auto de infração baseado em presunção fiscal sem a devida fundamentação, vez que se converte em FICÇÃO, ferindo o princípio do Ato regrado ou Vinculado à Lei (CTN, art. 97, I e II, 114, 116, I, 141, 142, 144; CF/88, arts. 5º II; 37 “caput”, 150, I). Com efeito, a referida imputação é desprovida de elementos comprobatórios, como exige o RPAF, Dec. N° 7.629/99, em seus artigos 2º, caput, 39, inciso III e IV, alínea “b” e 41, inciso II.

Aduz que compartilhando com esse entendimento o ACÓRDÃO JJF N° 0033-02/07 e cita doutrinadores.

Solicita que este Conselho da Fazenda Estadual julgue pela nulidade das infrações 01, 03 e 04, ou, pela procedência em parte, caso haja alguma operação relacionada pelo fiscal autuante nas infrações 03 e 04 sem respaldo em Notas Fiscais de Entrada ou sem Registro no Livro de Entrada, por falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

No mérito, em relação a infração 01, observa que houve um erro na conta-corrente fiscal do contribuinte ao elaborar seu livro Registro de Apuração do ICMS dos meses de janeiro de 2009 e abril de 2009. Isto porque não foram considerados como crédito do imposto os valores pagos a título de ICMS antecipação.

Já as questões de mérito da infração 02, destaca que a mesma padece de motivação ou deveras vezes é nula, pois o autuante elabora relatório sem considerar inúmeras notas fiscais do autuado, devidamente pagas mediante cartões de crédito e de débito. Em face do exposto, requer seja

julgado nula a ação fiscal, ou, se assim não entender este Egrégio Órgão Julgador, requer seja julgada improcedente, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor.

Aduz que o Código Tributário Nacional é claro na instituição e definição da obrigação principal e da obrigação acessória, conforme art. 113. Tece comentários relativos ao tema e cita doutrina sobre o objetivo da fiscalização e transcreve trecho de decisão do STJ, concluindo que a infração deve ser analisada a luz do princípio da verdade material, não confundindo o descumprimento de uma obrigação acessória (escrituração incorreta dos livros fiscais) com o descumprimento da obrigação principal (falta de recolhimento do ICMS constatada segundo os Livros Fiscais próprios), devendo, assim, ser julgada procedente em parte a infração 01, uma vez demonstrada que houve um erro na escrituração do livro Registro de Apuração do ICMS.

Infração 02, aduz ausência de motivo e incoerência da mesma, pois o autuante não considera as vendas pagas mediante parte em cartão de débito, parte cartão de crédito e parte em dinheiro, que comumente ocorre no comércio. Entendo que, nesse sentido, resta demonstrado que falta motivo para a imputação, pois o total de venda, com respaldo em notas fiscais, superam o valor de vendas fornecidas por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Destaca que todas as notas fiscais de saída foram devidamente registradas no livro Registros de Saída.

Requer que seja designado fiscal estranho ao feito para que sejam examinadas as notas fiscais de saída em comparação aos Relatórios TEF, a fim de que sejam comprovados os fatos alegados, que, em muitas vendas realizadas, parte da compra foi paga mediante cartão de crédito ou débito ou dinheiro e refeito o levantamento elaborado pelo fiscal autuante.

Aduz que, dessa forma, falta motivo para o autuante proceda à lavratura do Auto de Infração, baseando-se em suposta 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, citando doutrinadores sobre tal princípio.

Comenta sobre a vinculação do ato administrativo.

Reitera que não havia motivo para que o autuante imputasse a infração 02, pois o total de saída com notas fiscais supera os valores de venda fornecida pela instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Ao final, requer que este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual - CONSEF julgue procedente o pedido para fins de desconstituir o crédito tributário in foco, decretando a nulidade, acaso acolhida a preliminar, ou no mérito, a improcedência do lançamento tributário que resultou na lavratura do Auto de Infração em tela.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, ressalta que a defesa apresenta preliminares que não correspondem à realidade do processo ora em análise, pois uma leitura mais atenciosa evidencia, em contrário ao que afirma o autuado, os demonstrativos fiscais, cópias de livros fiscais e notas fiscais se encontram nos autos, fls. 10 a 382).

Quanto ao erro na conta corrente fiscal do contribuinte presente no seu livro Registro de Apuração do ICMS, dos meses de janeiro de 2009 a abril de 2009, não considerando como créditos do imposto os valores pagos a título de ICMS antecipação e apresentados como justificativa a infração 01, não se sustenta por várias razões: primeiro, o erro foi do próprio contribuinte e não pode usá-lo para opor pagamento de imposto que ele mesmo apurou e lançou no livro e na DMA; segundo, o erro poderia já ter sido corrigido com os meios que a legislação permite; terceiro, o contribuinte não paga espontaneamente o ICMS normal do mês desde 2009, segundo constam as relações de DAE's de 2009 a 2011 (págs. 17 a 20); quarto, mesmo computando-se o crédito ainda restaria imposto a ser pago.

Na discussão do mérito da infração 01, o autuado desafia uma grande quantidade de doutrina mas no final reconhece o óbvio: “ Concluísse, por tanto, que a suposta infração em comento deve ser

analisada à luz do princípio da verdade material, ..., devendo, assim, ser julgada procedente em parte a infração 01, uma vez demonstrada que houve um erro na escrituração do Livro de Apuração do ICMS" (pág. 396). Ou seja, reconhece o não pagamento do imposto devido há mais de dois anos, regularmente escriturado no livro de Apuração do ICMS. Os valores exigidos correspondem aos valores calculados e lançados pelo próprio contribuinte no livro pertinente na data da autuação. Se não concorda com os valores por conter erros que ele mesmo causou, deve procurar os meios adequados para ter seus direitos reconhecidos.

A respeito da infração 02, quanto a alegação de "inúmeras saídas devidamente respaldadas com notas fiscais", ressalta que a defesa não aponta uma só nota ou demonstrativo acompanhado de notas que possam comprovar suas afirmações. Mais, não aponta nos extensos relatórios apresentados pela fiscalização, os erros porventura existentes. Enfim, trata-se de uma afirmação sem fundamento.

No tocante as vendas pagas mediante parte no cartão de crédito, parte no cartão de débito e parte em dinheiro, ao contrário do que afirma a autuada, não é prática comum no comércio em geral, sendo praticada comumente nos restaurantes e bares nas divisões de conta. No entanto, mesmo raramente, podem acontecer nos outros ramos do comércio e são facilmente comprovadas com a apresentação dos livros: Caixa, Diário e Razão, todos devidamente escriturados. Mas o contribuinte não junta aos autos deste processo nenhuma prova do que afirma. Trata-se, mais uma vez, de uma afirmação sem fundamento.

Salienta que, continuando na infração 02, encontra-se, na pág. 397, a seguinte afirmação defensiva: *Nesse sentido, resta amplamente demonstrado que falta motivo para que o nobre autuante imputasse a infração 01, pois o total de venda, com respaldo em notas fiscais, superam valor de vendas fornecidas por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.* Esta afirmação carece de um estudo mais cuidadoso para saber se reflete a verdade dos fatos. Um simples exemplo pode demonstrar a sua falsidade: suponhamos que uma empresa tenha vendido em um mês R\$70.000,00 em cheques ou dinheiro e vendeu R\$50.000,00 em cartão de débito ou crédito, mas não emitiu notas fiscais em 50% das vendas (R\$25.000,00). Temos que o faturamento real da empresa seria de R\$120.000,00 (R\$50.000,00+R\$70.000,00). No entanto, devido à sonegação de 50% das vendas em cartão de crédito ou débito, teríamos o "total de venda, com respaldo em notas fiscais" no valor de R\$95.000,00 (R\$70.000,00+R\$25.000,00), valor muito superior ao de vendas fornecidas por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, que seria de R\$50.000,00.

Destaca que a quantificação desta quantia sonegada implica na comparação de cada boleto de venda do cartão de crédito com notas fiscais emitidas no dia da venda, exatamente como foi realizado o levantamento anexo, fls. 22 a 98.

No tocante as infrações 03 e 04, ressalta que o autuado não se refere em momento algum ao mérito das mesmas.

Ao final, opina pela manutenção da infração.

VOTO

Inicialmente, devo ressaltar que à folha 03 dos autos consta que houve recusa do contribuinte em dar ciência no Auto de Infração, obrigando a Administração Tributária a enviar o Auto de Infração e seus diversos documentos que embasaram as irregularidades mediante Intimação por AR- Aviso de Recebimento, fls. 386 e 387.

Entre outros documentos, o autuante acostou aos autos os seguintes Anexos abaixo indicados, todos entregue ao contribuinte mediante recibo, conforme acima já examinei:

Anexo II – Relativo a Infração 02:

-cópia do livro Registro de Apuração do ICMS do período de janeiro/2009 e abril de 2009, fls. 11 a 16;

-Relação de DAE's de 2009 e 2010, fls. 17 a 20.

Anexo III - Relativo a Infração 03:

- Demonstrativo de Apuração Mensal das Omissões de Saída de 2009, fl. 22;
- Demonstrativo de Batimento NF x TEF (Notas fiscais encontradas na TEF), fls. 23 a 44;
- Relatório de Informações TEF – Anual – 2009, fl. 45;
- Relatórios Diários Operações TEF – 2009, fls. 46 a 98;

Anexo IV – Infrações 03 e 04:

- Demonstrativo de Apuração Mensal da Antecipação Parcial – 2009 e 2010, fls. 100 a 102;
- cópia do livro de Registro de Entradas – 2009 e 2010, fls. 103 a 123;
- cópia das Notas Fiscais de Entrada – 2009 e 2010, fls. 124 a 382.

O sujeito passivo, apesar de ter recusado a assinar o Auto de Infração, recebeu, mediante AR acostado aos autos, todos os documentos e levantamento necessários ao exercício do direito de defesa, elementos que comprovam a materialidade das infrações.

Portanto, não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Quanto ao ACÓRDÃO JJF N° 0033-02/07 citado pela defesa, que decidiu pela Procedência Parcial daquele Auto de Infração, não tem qualquer relação com a argüição de nulidade na presente lide.

Logo, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhida a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

No mérito, na infração 01 é imputado ao sujeito passivo não ter recolhido, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

Em sua defesa o autuado alega que houve um erro na conta-corrente fiscal do contribuinte ao elaborar seu livro Registro de Apuração do ICMS dos meses de janeiro de 2009 e abril de 2009, pois não foram considerados como crédito do imposto os valores pagos a título de ICMS antecipação.

Ocorre que a defesa não apontou quais foram os valores que entende que teria direito. Também, não apresentou nenhuma prova dos supostos créditos não escriturados. Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Como bem salientou o autuante, os valores exigidos correspondem aos valores calculados e lançados pelo próprio contribuinte no livro pertinente na data da autuação.

Assim, entendo que a infração 01 restou caracterizada.

Na infração 02 é imputado ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS em razão de ter omitido 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.

Observo que o levantamento realizado pela autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte com vendas realizadas com cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis 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 do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/86, des caracterizado a alegação defensiva de falta de motivação.

Em sua defesa o sujeito passivo alega que o total de venda, com respaldo em notas fiscais, superam valor de vendas fornecidas por instituição financeira e administradora de cartão de crédito e que todas as notas fiscais de saídas foram escrituradas. Ocorre que essa alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, a exemplo do ACÓRDÃO Nº 0207-11/08, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões. Nas vendas declaradas na DME são informadas as vendas totais do estabelecimento, sem nenhuma identificação de qual foi o meio de pagamento.

Também não é capaz de elidir a imputação o argumento defensivo de o autuante não ter considerado as vendas pagas mediante parte em cartão de débito, parte cartão de crédito e parte em dinheiro, pois não retrata a verdade material dos elementos constantes dos autos do PAF em lide. Como se observa às folhas 22 a 98 dos autos o autuante confrontou e considerou cada boleto de venda do cartão de crédito com notas fiscais emitidas no dia da venda. Entretanto, não se pode considerar notas fiscais ou valores parciais onde não exista coincidência de valores e datas entre as notas fiscais e os boletos dos cartões, por essa razão que foi entregue ao sujeito passivo o Relatório de Operações TEF.

Logo, entendo que a infração 02 restou caracterizada.

Nas infrações 03 e 04 é aplicada multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com afins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal com saldo posterior tributada normalmente.

Em sua defesa o autuado não nega que não recolheu o ICMS relativo a antecipação parcial, apenas arquivou nulidade, que já foi examinada no início presente voto.

Nesta situação, uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Procedimento que foi observado pela fiscalização.

Logo, entendo que as infrações 03 e 04 restaram caracterizadas.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269114.2001/11-5, lavrado contra **NOVA MIRON RELÓGIOS E INSTRUMENTOS MUSICAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$55.218,92**, acrescido da multa de 50% sobre R\$27.232,40 e 70% sobre R\$27.986,52, prevista no art. 42, I, e III, “a”, da Lei nº 7.014/96 e dos

acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$12.305,70**, prevista no art. 42, II, “d” da mesma lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de novembro de 2011

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE
ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR
ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR