

A. I. N ° - 115236.0020/11-3
AUTUADO - YASMIN COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ DO CARMO DAS MERCÊS MARQUES
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 08.11.2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0251-04/13

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS POR FINANCEIRAS OU ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao 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. Aplicada a proporcionalidade indicada na IN 56/07. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/12/2011, exige ICMS de R\$75.206,33, acrescido das multas de 70% e 100%, previstas no art. 42, III da Lei 7.014/1996, sob a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões, em valores inferiores aos informados por instituições financeiras e / ou administradoras (janeiro a dezembro de 2010).

À fl. 16A consta assinado o recibo de alguns documentos, entre eles o Relatório Diário de Operações TEF.

Uma vez intimado do lançamento de ofício (fl. 16), o contribuinte impugna o mesmo às fls. 19 a 23, informando ter entregue ao auditor fiscal, notas fiscais de saída e reduções Z, referentes ao período objeto da autuação.

Cita o art. 5º, II da Constituição da República, para destacar que ninguém deve ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo a não ser em virtude de lei. Assim, no seu entendimento, o ato administrativo não merece prosperar, pois não fez menção a lei, mesmo porque não encontra amparo em nenhuma. Ou seja, não está previsto nos incisos I a XIII do art. 12 da Lei Complementar 87/1996.

Em seguida, transcrevendo o art. 2º, I da precitada Lei Complementar, alega que algumas vezes seus clientes fazem uso de mais de um cartão para completar os valores das compras. Pode ocorrer, conforme assinala, que em uma venda a prazo, cuja nota fiscal já foi emitida, o comprador efetue o pagamento em momento posterior, quando do recebimento das mercadorias.

Reclama o uso da proporcionalidade, pois atua no ramo de materiais de construção, em que boa parte dos itens comercializados está sujeito ao regime de substituição tributária, e conclui pedindo a “*impugnação do auto de infração*”.

Na informação fiscal, de fl. 27, o autuante especifica o ilícito tributário e o valor exigido, resultante de trabalhos desenvolvidos na “*OPERAÇÃO CARTÃO DE CRÉDITO*”, destacando que não houve apresentação de reduções Z para o fisco, mas tão somente talões de notas modelo D1.

Acredita que o intuito do sujeito passivo ao impugnar é meramente protelatório, em razão das divergências que registra, e finaliza pedindo a procedência da autuação.

Na assentada de julgamento de 19 de abril de 2012 (fl. 31), a 4ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) converteu o feito em diligência, com o objetivo de que a autoridade fiscal intimasse o autuado a apresentar elementos suficientes para o cálculo da proporcionalidade, com a juntada de novos demonstrativos.

Na segunda informação, de fls. 35/36, o autuante não faz qualquer referência ao que foi solicitado pela Junta, limitando-se a repetir o que havia dito anteriormente.

Devidamente intimado (fls. 41/42), o impugnante se manifesta às fls. 44 a 46, onde, após reiterar os argumentos já apresentados, tece considerações sobre o princípio da não cumulatividade, volta a afirmar que apresentou reduções Z juntamente com notas de saída e diz que o auditor “*flertou com a ilegalidade*” ao considerar as quantias consignadas nos documentos fiscais, quando somente deveria aceitar as originárias de vendas em cartões.

À fl. 51 o autuante registra que não tem nada a acrescentar.

Conforme Acórdão JJF Nº 0247-04/12 (fls. 56-58), tendo em vista a falta de clareza e precisão da informação fiscal, bem como não cumprimento da diligência fiscal solicitada, o auto de infração foi julgado nulo e em face de provimento de Recurso de Ofício, conforme Acórdão CJF Nº 0049-11/13 (fls. 72-74), a decisão da 4ª JJF foi anulada e o PAF foi retornado para novo julgamento na instância *a quo*, com recomendação de obrigatório cumprimento do solicitado na diligência fiscal, cujo não cumprimento fundamentou a decisão recorrida.

Conforme pedido de fl. 89, o PAF foi enviado à Infaz de origem para efeito da diligência de fl. 31 que trata da aplicação da proporcionalidade indicada na IN 56/07.

Conforme informação fiscal de fl. 92 e demonstrativos de fls. 93-94, cumprindo a diligência na forma pedida, o autuante ajustou a exigência fiscal de R\$75.206,33 para R\$49.863,21.

Instada a se manifestar sobre o resultado da diligência, ainda inconformada, a autuada se manifesta às fls. 122-125. História os fatos e, quanto ao Direito, diz que a irregularidade repousa no enquadramento legal capitulado no art. 218 do Dec. 6.284/97.

Salienta que, em que pese a atuação eficiente do autuante, a autuação não pode prosperar, uma vez que a apuração dos valores sobre a proporcionalidade concedida não corresponderia com os valores reais, pois os valores lançados no LRE relativo à base de cálculo do ICMS tributado difere do valor calculado pelo auditor.

Diz que o legislador ao criar a substituição tributária com encerramento da fase de tributação outorgou a responsabilidade pela retenção e recolhimento ao fabricante ou distribuidor, razão pela qual entende necessária a análise das NFs de entradas para verificar quais os produtos foram objeto de antecipação tributária e, neste caso, fala que o valor devido será zero, por tratar-se de comércio varejista de materiais de construção, cujo imposto, na maioria, é pago por ST.

Destaca que ao tentar emitir certidão negativa de débito teve a emissão impedida por preempção, mas a teor do art. 151 do CTN as reclamações e os recursos suspendem a exigibilidade do crédito tributário e, portanto, não há falar em preempção.

Concluindo, dizendo-se injustamente tributado, requer o recebimento do recurso e julgamento favorável à sua demanda no sentido da suspensão da exigibilidade do crédito tributário e “indeferimento” do auto de infração.

À fl. 129, o autuante informa ter deixado de conceder a proporcionalidade no curso da ação fiscal porque o contribuinte não lhe apresentou o LRE escriturado nem as NFs de entrada, mas para atender a diligência fiscal, intimado, o autuado apresentou a documentação solicitada e efetuou a proporcionalidade.

Diz não ser verdade a alegação defensiva de falta de consideração das mercadorias da ST, pois, conforme demonstrativo de fls. 93-94, ponderou todas as mercadorias em tributadas, isentas e outras.

VOTO

Trata-se de decisão de Primeira Instância de Julgamento anulada pela Segunda Instância, conforme Acórdão nº 0049-11/13, cuja cópia consta às fls. 72-74.

A motivação do citado acórdão anulatório foi o provimento do Recurso de Ofício decorrente da decisão pela nulidade do procedimento fiscal em face de informação fiscal prestada em desconformidade com o art. 127, §6º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF e falta de cumprimento da diligência pedida à fl. 31, para aplicação da proporcionalidade prevista na IN 56/07.

Nesse caso, exige-se ICMS por omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito (presunção legal contida no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96), processando-se auditoria mediante confronto entre os valores das autorizações das vendas pagas com cartão de crédito/débito informadas pelas administradoras de cartões à SEFAZ e correspondentes registros nos documentos fiscais emitidos (notas fiscais), conforme demonstrativos contidos nos arquivos do CD de fls. 13 e impressos de fl. 11 e 93-94, cuja cópia foi entregue ao contribuinte.

Nas diferenças apuradas, conforme demonstrativo de fl. 11 (cópia também entregue ao autuado), não foi aplicada a proporcionalidade prevista na IN 56/07. Esse foi o principal motivo da decisão pela nulidade do procedimento fiscal na Primeira Instância de Julgamento deste CONSEF. Entretanto, como já acima relatado, retornado o PAF para novo julgamento, o vício motivador da nulidade foi devidamente sanado, ajustando o valor originalmente exigido de R\$75.206,33 para R\$49.863,21, conforme demonstrativo ajustado de fls. 93-94.

Portanto, nesse procedimento administrativo fiscal-tributário, o cotejo se sustenta na confrontação entre os valores dos Cupons Fiscais cujos pagamentos se deram por cartões de crédito/débito e foram registrados nos equipamento emissores de Cupom Fiscal do contribuinte, conforme identificação em Redução Z e os valores das operações de vendas com pagamento feito via cartões de crédito e/ou débito informadas pelas administradoras como constam analiticamente indicados (operação por operação) no Relatório Diário das Operações TEF cuja cópia foi entregue à contribuinte.

Obviamente, como a presunção prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 é relativa, pode ser elidida mediante provas documentais em caso de irregularidades por indevidas identificações de meio de pagamento em documentos fiscais, cabendo a contribuinte autuada provar existência de possíveis equívocos ou que todos os valores relativos às autorizações informadas pelas administradoras à SEFAZ tiveram o correspondente documento fiscal emitido.

Aliás, é o que lhe indica o art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal quando assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação. Portanto, cabe ao contribuinte o ônus probatório para que a presunção não se confirme.

Instado a se manifestar sobre o novo valor ajustado, sem contrastar os dados do levantamento, o autuado apenas, subjetivamente, alegou: **a)** os valores contidos a título de mercadorias com base de cálculo do ICMS tributado diferem do calculado pelo autuante; **b)** a irregularidade repousa só e simplesmente no enquadramento legal (art. 218 do RICMS/BA).

Ocorre que os valores do levantamento representa mera reprodução dos registrados pelo próprio contribuinte no seu livro Registro de Entradas, cuja cópia consta às fls. 97-117 e o art. 218 do RICMS/BA trata da necessária emissão de documento fiscal sempre que o contribuinte der saída em mercadoria. Neste caso, apurou-se omissão de saída de mercadoria oportunamente não oferecida à tributação justamente por falta da emissão do documento fiscal, o que fere a normativa inserta no dispositivo legal questionado, não havendo, portanto, que falar em inadequação da capitulação legal suscitada.

Tendo em vista que o vício antes constante no PAF foi devida e corretamente sanado e considerando que, tendo oportunidade para elidir a presunção legal objetivamente apresentando os documentos fiscais, seja cupom ou NF, correspondentes às diferenças apontadas pela fiscalização e consubstanciadas nos demonstrativos retro indicados, a contribuinte autuada exerceu seu direito de ampla defesa sem carrear ao processo prova da não materialidade da infração, com substrato nos arts. 140, 142 e 143, abaixo transcritos, concluo que a presunção legal de saídas de mercadorias tributáveis omitidas resta confirmada e a infração subsistente no valor ajustado, de modo que acolho o demonstrativo de débito refeito à fl. 94.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Infração procedente em parte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **115236.0020/11-3**, lavrado contra **YASMIN COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.863,21**, acrescido das multas de 70%, sobre R\$368,10 e de 100% sobre R\$49.495,08, previstas no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO –JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA – JULGADOR