

A. I. N º - 269275.0007/13-4
AUTUADO - PEREIRA & FONSECA LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ RICARDO SANTOS CORREIA DA CUNHA
ORIGEM - INFAC PAULO AFONSO
INTERNET - 19. 12. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0316-01/13

EMENTA: ICMS. 1. 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 não elidida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. Rejeita a nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 21/05/2013, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de valor de R\$34.326,36, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Falta de recolhimento do ICMS, constatada pela omissão 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, nos meses de janeiro de 2008, janeiro a março de 2009, sendo exigido ICMS no valor de R\$18.548,42, acrescido da multa de 70%. Consta que o contribuinte intimado a justificar presunção de omissão de saídas que não se manifestou. Consta ainda que o contribuinte não apresentou saídas entre janeiro e março de 2009, saídas zeradas.

2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro a março de 2009, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$15.777,94, correspondente ao percentual de 10% do valor comercial das mercadorias.

O autuado apresentou defesa (fls. 110 a 112) afirmando, inicialmente, que o seu direito de defesa foi cerceado no momento em que o autuante não apresentou qualquer documento que prove a veracidade dos fatos, pois, não lhe foi apresentado, qualquer “Ficha de Procedimentos Fiscais”, que viesse a provar que o levantamento fora realizado com critério.

Salienta que tão significante é a matéria que não permite qualquer possibilidade de inversão de ônus da prova. Acrescenta que havendo algum valor referido, necessariamente ele tem de estar baseado em alguma prova documental, pois sem ela não existe o que lançar por falta de suporte, urna vez que, "o que não está nos autos não está no mundo", como diz o velho adágio latino.

Frisa que princípio básico de defesa é que a parte à qual se imputa algo tenha o direito de contrariar. Aduz que sem a presença da base de tal imputação retira-se o direito a essa contradição, cerceando-lhe a defesa, tratando-se de violação de norma constitucional, válida para qualquer tipo de procedimento.

Diz que peca o Auto de Infração quando exige ICMS sobre "excesso de receita", sem demonstrar que esse "excesso" deriva ou tem origem em circulação de mercadorias, sem o pagamento do ICMS.

Observa que receita não é fato gerador do ICMS, mas, sim, apenas quando o Fisco provar que ela tem como causa imediata uma venda não contabilizada. Afirma que, desse modo, a exigência é toda abusiva, porque violenta a previsão legal expressa do art. 142 e seu parágrafo único do CTN, além de ofender o princípio da legalidade a que se refere o art. 37, *caput* da CF/88.

Observa que a Fiscalização deve estar atenta para fornecer ao contribuinte um Auto de Infração bem elaborado e sem erros, porque as deficiências observadas no instrumento entregue ao contribuinte podem não ser possíveis de correção, não propriamente em nome do princípio da segurança jurídica, mas porque novo lançamento se torna impossível em razão de um contribuinte vir a ser amparado pela decadência.

Reporta-se sobre os fatos que culminaram no lançamento deste item da autuação, consignando que o autuante afirma que fez o cruzamento de venda com o cartão de crédito e débito e que as mesmas foram efetuadas sem a devida emissão do cupom fiscal.

Diz que, em primeiro lugar, o Fisco deveria ter realizado um levantamento específico onde indicasse se houve circulação de mercadorias sem a devida emissão da nota ou cupom fiscal, na conclusão desse levantamento deveria indicar qual foi à mercadoria vendida sem nota fiscal. Em segundo lugar, diz que através de um simples levantamento realizado, por amostragem, conseguiu identificar o valor correspondente da venda com cartão de crédito ou débito e seus correspondentes cupons fiscais emitidos no mesmo momento da venda nesse levantamento, conforme o anexo I.

Salienta, ainda, que foi autuado por dar entrada de mercadoria adquirida com nota fiscal, cuja escrituração não ocorreu na sua escrita fiscal.

Alega que tal falha operacional da empresa em nada lesa o Fisco, tendo em vista que ao não dar entrada na nota fiscal deixou de utilizar o crédito de ICMS na aquisição de mercadorias e ao dar saída dessa mercadoria lançou o débito integral pagando assim ICMS a mais.

Assinala que o Fisco através de notificação no dia 15/04/2013, anexo II, lhe concedeu um prazo de 30 dias para que regularizasse os livros e arquivos magnéticos, conforme foi realizado e entregue no dia 29/04/2013, anexo III. Acrescenta que, dessa forma, através da retificação realizada no dia 29/04/2013, com autorização do Fisco, sanou a irregularidade apontada na infração 02. Afirma que assim sendo, não poderia o Fisco lhe autuar no dia 29/05/2013, ou seja, 30 dias após a regularização.

Conclui requerendo a improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal (fls. 239), na qual contesta os argumentos defensivos, afirmando que todo o procedimento fiscal foi realizado de forma totalmente legal e amplamente transparente, dando ampla oportunidade de defesa ao contribuinte, sendo absurdo falar-se em cerceamento de defesa.

Registra que o contribuinte foi regularmente intimado (fl. 5) no dia 25/03/2013, e que este entregou a documentação na Inspetoria Fazendária de Paulo Afonso. Registra que procedeu ao exame de toda a documentação apresentada, tendo apurado algumas irregularidades, sendo o contribuinte intimado

para justificar tais irregularidades em 20 dias (fl. 06). Observa que nesta intimação para apresentação de justificativas contra tais irregularidades apontadas estão claramente especificadas minuciosamente tais irregularidades, que deram origem a este Auto de Infração, uma vez que tais justificativas não foram apresentadas ou não foram suficientes para descharacterizar a presunção de tais irregularidades. Ressalta que toda a documentação foi devolvida ao contribuinte.

No mérito, consigna que observou que entre os dias 1º e 10 de janeiro de 2008 o contribuinte não deu saída de nenhuma mercadoria, sendo que, as saídas no livro Registro de Saídas estão zeradas neste período, fl. 55, e também foi observado que entre os meses de janeiro e março de 2009 toda a escrituração fiscal do contribuinte está zerada, não apresentando entradas ou saídas, fls. 56 a 63. Aduz que, dessa forma, como houve vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito e débito no período, está exigindo o ICMS relativo a estas vendas (infração 01) e como não houve escrituração das entradas entre janeiro e março de 2009, exige o descumprimento da obrigação acessória (infração 02 - não escrituração das notas fiscais de entradas, fls. 64 a 107).

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, no que diz respeito à nulidade arguida pelo autuado por cerceamento do direito de ampla defesa, não acolho a pretensão defensiva, haja vista que todos os elementos indispensáveis para conhecimento da acusação fiscal estão acostados aos autos, bem como lhe foram entregues.

Em verdade, verifico que o contribuinte foi intimado para apresentação de documentos fiscais, conforme intimação de fl. 05, e atendeu a solicitação. O autuante de posse dos elementos entregues pelo contribuinte procedeu a devida fiscalização, tendo apurado irregularidades, cujo conhecimento foi dado ao sujeito passivo, conforme intimação de fl. 06. Na referida intimação o autuante detalhadamente descreveu as irregularidades apuradas, inclusive concedendo o prazo de 20 dias para o contribuinte analisasse e justificasse as irregularidades apuradas.

Em face de não ter justificado as irregularidades apuradas, o autuante lavrou o Auto de Infração em lide.

Dante disso, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa e, consequentemente, de nulidade do Auto de Infração, haja vista a inocorrência de quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal –RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício em exame.

Quanto à argumentação defensiva de que receita não é fato gerador do ICMS, mas, sim, apenas quando o Fisco provar que ela tem como causa imediata uma venda não contabilizada, razão pela qual a exigência é toda abusiva, porque violenta a previsão legal expressa do art. 142 e seu parágrafo único do CTN, além de ofender o princípio da legalidade a que se refere o art. 37, *caput* da CF/88, cabe consignar que tal argumentação não procede.

Isto porque, 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 como vendas realizadas como cartão de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas 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 contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em

valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Portanto, trata-se de uma exigência plenamente legal, inexistindo qualquer ofensa ao princípio da legalidade, consoante aduzido pelo impugnante.

Do exame dos elementos acostados aos autos, constato que a Fiscalização realizou o levantamento comparando as informações TEF prestadas pelas administradoras de cartão de crédito ou débito com os valores referentes às saídas de mercadorias declaradas pelo contribuinte nos seus registros fiscais.

Ocorre que, conforme aduzido pelo autuante e consta nos autos, o contribuinte entre os dias 1º e 10 de janeiro de 2008 não registrou a saída de qualquer mercadoria, assim como, não escriturou no seu livro Registro de Saídas que se encontra zerado neste período (fl. 55). Ademais, no período de janeiro a março de 2009 a sua escrituração fiscal está zerada, ou seja, não apresenta entradas ou saídas de mercadorias, fls. 56 a 63.

Conforme consignado acima, a exigência fiscal de que cuida este item da autuação está fundamentada no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, tratando-se de uma presunção relativa, cujo ônus da prova de sua improcedência cabe ao contribuinte.

Desse modo, caberia ao autuado comprovar que os valores informados ao Fisco pelas administradoras de cartão de crédito/débito não dizem respeito a operações com mercadorias, conforme alegado.

Registre-se que não há qualquer impedimento legal para que um contribuinte possa obter receitas diversas daquelas decorrentes do exercício da atividade mercantil sujeita ao ICMS, a exemplo de prestação de serviço de qualquer natureza tributada pela pelo ISS, imposto de competência municipal.

Entretanto, nessa situação deve o contribuinte comprovar a origem da receita, a fim de desautorizar a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, portanto, provar a improcedência da presunção.

É certo que a simples negativa do cometimento da infração sem apresentação de elementos hábeis de provas não pode elidir a autuação (art. 143 do RPAF/99).

No que tange a alegação defensiva de que o Fisco deveria ter realizado um levantamento específico onde indicasse se houve circulação de mercadorias sem a devida emissão da nota ou cupom fiscal, na conclusão desse levantamento deveria indicar qual foi à mercadoria vendida sem nota fiscal, vale observar que o levantamento realizado pelo autuante se trata de um levantamento específico, ou seja, realizado com base nas informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito ou débito que indicam as operações de vendas de mercadorias realizadas pelo contribuinte.

Quanto à alegação de que através de um simples levantamento realizado, por amostragem, conseguiu identificar o valor correspondente da venda com cartão de crédito ou débito e seus correspondentes cupons fiscais emitidos no momento da venda, cumpre observar que nos termos do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, decorre de *declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito*.

Ora, no presente caso, conforme visto acima, no período objeto da autuação o contribuinte não registrou qualquer operação de saída que tenha realizado nos livros fiscais próprios, portanto, nada declarou, incorrendo na ilicitude que lhe foi imputada neste item da autuação.

Diante disso, esta infração é subsistente.

Relativamente à infração 02, restou comprovado que, efetivamente, o autuado não efetuou o registro na escrita fiscal da entrada no seu estabelecimento das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais arroladas neste item da autuação, nos meses de janeiro, fevereiro e março de 2009, conforme o demonstrativo elaborado pelo autuante de fl. 08.

Certamente que a alegação defensiva de que não houve prejuízo para o Fisco não se sustenta, haja vista que, a falta de registro da entrada da mercadoria não permite o controle de suas saídas, inclusive do seu estoque, o que impossibilita a realização de roteiros de fiscalização, especialmente o roteiro de auditoria de estoques.

Desse modo, esta infração é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269275.0007/13-4**, lavrado contra **PEREIRA & FONSÉCA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$18.548,42**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$15.777,94**, prevista no art. 42, IX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de dezembro de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR