

A. I. Nº. - 279862.0003/10-0
AUTUADO - GUIMARÃES COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO RICARDO TERCEIRO E BARRETO
ORIGEM - INFRAZ SENHOR DO BONFIM
INTERNET - 26/02/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0039-03/14

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Exigência fiscal reconhecida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Refeitos os cálculos, mediante revisão fiscal realizada por fiscal estranho ao feito reduz que excluiu do levantamento fiscal as operações para as quais comprovadamente foram emitidos documentos fiscais. Reduzido o valor do débito originalmente lançado. Infração parcialmente subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. Fato demonstrado nos autos. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO EFETUADO A MENOS. Lançamentos não impugnados pelo contribuinte. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/04/2010, refere-se à exigência de R\$606.911,37 de ICMS, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de março, abril, julho, outubro e novembro de 2005. Exigido o valor de R\$855,12, acrescido da multa de 70%. Consta que “Mercadorias estas, não registradas na contabilidade, acobertadas por Notas Fiscais capturadas pelo sistema CFAMT.”

Infração 02 - 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro de 2006 a dezembro de 2009. Exigido o valor de R\$605.334,78, acrescido da multa de 70%. Consta que, “Foi dado conhecimento ao Contribuinte dos valores diários de vendas, informados pelas administradoras das transferências de fundos.”

Infração 03 - Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA/97, nos meses de novembro de 2005, maio e

setembro de 2006. Exigido o valor de R\$250,48, acrescido da multa de 60%. Consta que “Inclusive mercadorias sujeitas à Antecipação Total acobertadas por Notas Fiscais capturadas pelo sistema CFAMT.”

Infração 04 - Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação destinadas à comercialização, nos meses de abril, julho, agosto, novembro e dezembro de 2005, junho de 2006 e junho de 2007. Exigido o valor de R\$470,99, acrescido da multa de 60%. Consta que “Inclusive mercadorias sujeitas a Antecipação Parcial acobertadas por Notas Fiscais capturadas pelo sistema CFAMT.”

O autuado apresentou impugnação, fls. 4679 a 4683, informando que em relação à infração 01 procede a autuação e que o valor exigido será recolhido.

Quanto à infração 02 diz ser improcedente a acusação fiscal e esclarece que os terminais de caixa do estabelecimento autuado atendem a uma demanda diária de grande monta, formando filas de compradores não raro longas, circunstância que inviabiliza e até impede aos “caixas” perquirir de cada cliente, em instante anterior aos efetivos pagamentos, se tal se dará através de numerários em espécie, cheques ou meios eletrônicos, sob pena de gerar tumultos e transtornos de toda ordem, além de constranger o potencial cliente.

Assinala também que, apesar de todos seus terminais de caixa possuírem registradoras eletrônicas aptas a registrar todas as operações de venda e compra, nenhuma delas possui TEF - Transferência Eletrônica de Fundo, visto que a legislação à espécie aplicável não prevê tal exigência.

Registra que ocorre constantemente em seus terminais de “caixa”, lançamentos equivocados no tocante aos pagamentos realizados de forma eletrônica, mediante cartões de débito e de crédito. Esclarece que é muito comum constatar em seus caixas que o funcionário, sem prévia consulta ao cliente, aciona a tecla reservada ao pagamento tipo *cash*, entretanto, em momento imediatamente posterior, o consumidor anuncia o seu propósito de proceder ao pagamento pela via eletrônica, com cartão, nas suas funções de débito ou crédito. Acrescenta observando que nesses casos o funcionário do caixa procede à anulação da operação, o que demanda razoável lapso de tempo, além de implicar na anulação do cupom fiscal, contaminando de nulidade as operações anteriormente registradas ou, como é comum ocorrer, concluir a operação de maneira divorciada do efetivamente ocorrido.

Frisa também que um número considerável de clientes os quais, por gozarem da confiança da empresa, efetuam suas compras se dispondo a pagá-las mediante compromissos espelhados em Notas Promissórias, com datas de vencimentos para trinta dias após as compras, ocorrendo, com regular frequência, de esses clientes virem a honrar os compromissos através de pagamentos com cartões, de débito e de crédito, circunstância que, de igual modo, tem o condão de, em uma análise superficial, refletir situação diversa da efetivamente verificada.

Informa que para comprovar suas alegações junta, a título de amostragem, fls. 4725 a 4873, cópias de vários cupons fiscais emitidos nas vendas realizadas no período objeto da fiscalização, nos quais os funcionários do caixa tenham acionado a tecla “dinheiro”, os pagamentos respectivos foram operados eletronicamente, com cartões nas suas funções de débito ou de crédito. Prossegue destacando que há coincidências de datas e horários entre as operações mercantis, nas quais foram acionadas a tecla “dinheiro”, e os pagamentos respectivos realizados mediante a utilização de cartões de crédito e de débito, de sorte a não restar dúvidas no sentido de que não houve a alegada omissão de saída de mercadorias tributadas.

Informa que os documentos em cópias foram colacionados a guisa de “amostragem”, de modo que, se necessário, poderá proceder às juntadas das cópias das demais operações realizadas durante o período de fiscalização.

Revela ter demonstrado a insubsistência da segunda imputação, na medida em que não se verificou a apontada omissão de saída de mercadorias com pagamentos respectivos mediante cartões, nas funções de débito ou de crédito.

Sustenta que o levantamento fiscal não atentou que na apuração de omissão de operações de saídas de mercadorias é vedado considerar a totalidade das operações como saídas de mercadorias tributadas contidas conforme prevê o item “1” da Instrução Normativa SAT nº 56/2007. Assinala que o autuante deveria considerar que parte dos valores constantes dos cupons fiscais se refere operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido. Arremata requerendo que seja aplicado o preceito constante do aludida instrução normativa.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 4874, afirma que o impugnante ao justificar seu pedido de improcedência da infração 02 atribui ao fato de ter optado por não utilizar o equipamento conhecido como “Pin-pad” que possibilita a operação TEF, simultaneamente à emissão do cupom fiscal, e com isso teria evitado a inconsistência observada na comparação das informações fornecidas pelas administradoras de Cartões de Crédito e as registradas nos Relatórios “Z” produzidos pelos equipamentos emissores de cupons fiscais por utilizados.

Menciona que o fato dos funcionários do autuado se equivocarem ao registrar a forma de pagamento das operações que tiveram seus comprovantes, comercial e financeiro, copiados e anexados às fls. 4725 e 4867 não desqualifica os levantamentos apresentados às fls. 63, 69, 70, 71, 76, 77, 78, 83, 84, 85, 90 e 91, principalmente se for verificado a comparação do valor somado, dos documentos trazidos na defesa, com os totais dos respectivos meses no Demonstrativo de Débito desta infração, conforme planilha às fls. 4875 e 4876.

Destaca que quanto a possível juntada de cópia de documentos de outras possíveis operações que tiveram trocadas a declaração da forma de pagamento, é importante que se lhe for dada a oportunidade de apresentação extemporânea de tais documentos, estes tenham seus valores planilhados, para apresentação impressa e de forma magnética, da mesma forma que foi fornecido o Relatório Diário de Operação TEF, para o período fiscalizado, como se verifica às fls. 66, 74, 81 e 88.

Finaliza assinalando que o impugnante em sua defesa demonstra que não percebeu a indicação do Índice de Proporcionalidade no cabeçalho e na coluna “Diferença com o Abatimento da Proporcionalidade”, nas “Apurações Mensais”, fls. 63, 71, 78 e 85, reduzindo sensivelmente a base de cálculo do ICMS exigido.

À fl. 4883, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência à Infaz de origem para que o impugnante fosse intimado a apresentar a totalidade dos cupons fiscais correspondentes aos boletos informados pelas administradoras de cartões de crédito e financeiras listadas no TEF Diário por Operações, a fim de que fosse realizada a revisão e atestada a veracidade dos argumentos defensivos.

O impugnante, ao ser intimando para o atendimento da diligência solicitada, fl. 4885, manifesta-se às fls. 4887 a 4889, na qual, depois de expor as dificuldades para coligir os cupons fiscais requeridos na diligência, propõe que um preposto da INFAZ compareça ao seu depósito onde se encontram arquivados os cupons fiscais do período fiscalizado a fim de que sejam extraídos, “por amostragem” cópias de cupons fiscais referentes a qualquer um dos períodos abrangidos pelo levantamento fiscal. Requereu, também, caso o seu pedido não fosse acolhido, ante o imenso volume de documentação a ser localizado e para garantir seu direito a ampla defesa, que fosse ampliado o prazo em cento e vinte dias para que pudesse atender a diligência.

Consta à fl. 4890, “Parecer Intermediário - Opinativo” da lavra do autuante e visado pelo Inspetor Fazendário, cuja cópia foi entregue ao autuado, concedendo o prazo de cento e vinte dias requerido pela defesa para conclusão da diligência solicitada pela 5ª JJF.

O autuado volta a se manifestar, fl. 4892, informando que, não obstante a concessão do prazo de cento e vinte dias para realização da diligência, não foi possível compilar a totalidade dos cupons fiscais emitidos no período fiscalizado. Declara que entendeu por bem extrair novas cópias “por amostragem” que colaciona às fls. 4893 a 5048.

À fl. 5210, o autuante presta nova informação fiscal observando que ao examinar a documentação apresentada aferiu a fragilidade dos argumentos articulados pelo impugnante ao constatar que foram reapresentados diversos documentos já carreados na defesa, conforme planilha que colaciona às fls. 5211 a 5214.

Intimado da informação fiscal, fl. 5217, o defendente se manifestou às fls. 5220 e 5221, destaca que consoante se infere dos demonstrativos, cópias do livro Registro de Apuração do ICMS e mídia tipo CD-R, colacionadas às fls. 5225 a 5275, durante o período fiscalizado as vendas realizadas pelo estabelecimento autuado com pagamentos diversos daqueles efetuado com cartão, nas formas de débito e crédito foram absolutamente superiores.

Conclui reiterando as manifestações anteriores e pugna pela improcedência do Auto de Infração.

Em pauta suplementar, esta 3ª Junta deliberou pela conversão dos autos em diligência à INFAZ de origem, fl. 5280, para que auditor estranho ao feito intimasse o sujeito passivo a apresentar demonstrativo em planilha com arquivo em meio magnético contendo comparativo, totalizados mês a mês, entre os boletos informados pelas operadoras de cartões (Relatório TEF diário) e os documentos fiscais respectivos, de cada operação guardando correspondência de valores e datas, juntando a correspondente documentação fiscal. Determinou também que no caso de não atendimento da intimação, o diligente deverá efetuar a revisão tomando por base todos os documentos que já se encontram anexados aos autos, fls. 4725 a 4867 e 4893 a 5048, exclusivamente em relação àqueles que guardem correspondência de valor e data.

O revisor designado apresentou o resultado da diligência, fls. 5285 e 5286, informando inicialmente que o autuado intimado à apresentar a documentação necessária ao atendimento da diligência, fl. 5288, findo o prazo concedido, entregou justificativa alegando não ter condições de cumprir o pedido. Esclareceu que após realizar a apuração das operações comprovadas pelo autuado, novos demonstrativos de débitos foram elaborados através de correções e modificações nos papéis de trabalho do autuante (demonstrativos de Apuração Mensal, fls. 63, 71, 78 e 85), a saber: a) a coluna “ICMS 17,0%”, que faz o cálculo do ICMS devido, estava com erro na fórmula, pois nos meses de fevereiro a dezembro o cálculo recaía sobre a coluna “Diferença Base Cálculo.” ao invés de recair sobre a coluna “Diferença c/ Abat.Proporc.”; b) foi incluída a coluna “Apuradas em C.Fiscais (din)” nos demonstrativos dos exercícios de 2007, 2008 e 2009, para a exclusão das operações comprovadas pelo autuado no cálculo do imposto devido, conforme novos Demonstrativos de Débitos colacionados às fls. 5291 a 5298, nos quais constam os valores dos débitos: 2006 - R\$32.363,38, 2007 - R\$42.767,56, 2008 - R\$51.270,55 e 2009 - R\$79.072,83.

Intimado para tomar ciência do resultado da revisão fiscal, fl. 5302, o impugnante se manifesta às fls. 5305 e 5306, reiterando os argumentos aduzidos na manifestação anterior. Conclui asseverando que os documentos expostos à apreciação da INFAZ já são suficientes para lastrear o desfecho pelo órgão julgador.

Consta às fls. 5323 e 5324, extrato do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT, discriminando o pagamento integral das infrações 01, 03 e 04 do Auto de Infração.

Saliento que inicialmente este processo foi instruído por relator da 5ª JF, no entanto, em face da transferência de seu relator para outro Setor da SEFAZ, foi redistribuído pela Secretaria do CONSEF para o atual relator da 3ª JF.

VOTO

O presente lançamento exige ICMS em decorrência de quatro infrações à legislação do imposto consoante descrição no limiar do relatório. De início, o sujeito passivo, em sede de defesa,

reconhece o cometimento da infração 01 e não refuta a acusação fiscal atinente às infrações 03 e 04. Constatado, às fls. 5323 e 5324, que extrato do SIGAT acostado aos autos pela Secretaria desse CONSEF o autuado recolheu integralmente os valores exigidos nesses três itens da autuação. Assim, ficam mantidas as infrações 01, 03 e 04, ante a inexistência de lide em torno desses itens do Auto de Infração.

Remanesce, portanto, dirimir o litígio em torno da exigência relativa à infração 02 que trata da 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Observo que, sendo apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no §4º do art. 4º da Lei 7.014/96, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

O autuado refutou a acusação fiscal alegando que, por equívoco de seus operadores de caixas, várias vendas realizadas por meio de cartão de crédito foram registradas como se fossem a dinheiro e carrou aos autos cópias de diversos cupons fiscais para comprovar, por amostragem, sua alegação e asseverou que se fosse o necessário, poderia apresentar as cópias das demais operações realizadas durante o período fiscalizado. Alegou também que o levantamento fiscal não considerou a proporcionalidade prevista no item “1” da Instrução Normativa SAT nº 56/2007.

A 5ª JF, fl. 4883, deliberou a conversão dos autos em diligência para que o impugnante fosse intimado a apresentar os cupons fiscais atinentes às demais operações correspondentes aos boletos indicados no TEF Diário por operações, fornecido pelas administradoras de cartões de crédito e de débito, reabrindo-se o prazo de defesa.

No atendimento da diligência, o impugnante inicialmente requereu a ampliação do prazo para cumprir o quanto solicitado. Concedida a prorrogação apresentou mais alguns cupons fiscais, fls. 4887 a 4890, com os correspondentes boletos elencados no TEF, por amostragem, e alegou que, apesar da dilação do prazo não teria condições de compilar a totalidade dos cupons fiscais emitidos no período fiscalizado.

O autuante prestou informação fiscal observando que aferiu a fragilidade dos argumentos apresentados e assinalou que o defendente reapresentou diversos documentos já carreados na defesa e elaborou planilha para comprovar sua constatação, fls. 5211 a 5214.

Em pauta suplementar, essa 3ª Junta converteu novamente os autos em diligência, fl. 5280, para que auditor estranho ao feito intimasse o autuado apresentar toda a documentação relativa ao período fiscalizado, e caso não fosse apresentada, elaborasse novo demonstrativo de apuração e de débito, efetuasse uma revisão fiscal considerando as operações devidamente comprovadas apresentadas na manifestação anterior do impugnante.

O revisor informou, fls. 5288, que o contribuinte não apresentou a documentação solicitada e que realizou a revisão fiscal na forma determinada elaborando novos demonstrativos de débito colacionados às fls. 5291 a 5298, que resultou na redução do débito para R\$205.474,32, assim distribuído: 2006 - R\$32.363,38, 2007 - R\$42.767,56, 2008 - R\$51.270,55 e 2009 - R\$79.072,83.

O impugnante ao se manifestar acerca do resultado da revisão fiscal reiterou suas alegações, asseverou que suas receitas totais de vendas no período fiscalizado são muito superiores às receitas informadas pelas administradoras de cartões de crédito e financeiras e assinalou que os documentos já constantes dos autos são suficientes para a deliberação desse órgão julgador.

Do exame de todos os elementos que compuseram o contraditório instalado no decurso do processo, constato que foram envidados todos os esforços instrucionais na busca da verdade material e do pleno exercício da ampla defesa pelo impugnante, no entanto se logrou êxito.

Salienta que não procede a alegação da defesa de que o levantamento fiscal não considerou a determinação expressa do “1” da Instrução Normativa SAT nº 56/2007, haja vista que se afigura estampado o correspondente índice de proporcionalidade em todos os demonstrativos “Apuração Mensal, fls. 63, 71, 78 e 85, e que também foram adotados pelo auditor estranho ao feito designado na revisão fiscal.

Do mesmo modo, não deve prosperar a alegação articulada pelo autuado, com o fito de elidir a acusação fiscal, de que no período fiscalizado a receita total de vendas do estabelecimento foi muito superior às vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito e financeiras. A comparação pretendida pelo defendente não faz o menor sentido, haja vista que para elidir a presunção legal de omissão de saídas, objeto do presente Auto de Infração, deve restar comprovado nos autos, de forma inequívoca, que foram emitidos os correspondentes cupons fiscais para cada um dos boletos informados no TEF Diário por Operações pelas operadoras e financeiras e arrolados no levantamento fiscal. No presente caso o impugnante somente conseguiu elidir a acusação parcialmente, eis que somente apresentou alguns cupons fiscais com os correspondentes boletos. O roteiro de auditoria aplicado é específico e compara, exclusivamente, as vendas realizadas por meio de cartões de débito e de crédito com os respectivos cupons fiscais emitidos nas operações realizadas nessa modalidade de venda. Nesse sentido, a comparação indistinta das vendas totais com as informadas pelas operadoras de cartão de débito e de crédito é inservível para se apurar a ocorrência da presunção legal de omissão de saídas.

Depois de constatar que a revisão fiscal realizada pelo auditor fiscal estranho ao feito contemplou todos os ajustes cabíveis, com base nos documentos fiscais emitidos e apresentados pelo defendente, acolho os novos demonstrativos acostados às fl. 5291 a 5298, que resultou na redução do débito da infração 02 para R\$205.474,32.

Convém salientar que a teor do art. 142 do RPAF-BA/99, 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.

Assim, resta parcialmente caracterizada esse item do Auto de Infração.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279862.0003/10-0**, lavrado contra **GUIMARÃES COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$207.050,95**, acrescido das multas de 60% sobre R\$721,47 e de 70% sobre R\$206.329,48, previstas no art. 42, inciso III e inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de fevereiro de 2014.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR