

A. I. Nº - 028924.0015/13-9
AUTUADO - KIPLING SALVADOR COMÉRCIO DE BOLSAS LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO FERNANDO DA CUNHA VEIGA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09.04.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0041-02/14

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Item parcialmente subsistente, após acolhimento das razões de defesa; **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Item subsistente. 3. LIVROS FISCAIS. **a)** LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS; **b)** LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Itens subsistentes em parte, após consideração de recolhimento da antecipação parcial do ICMS. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 03/06/2013, para exigir o montante de R\$268.811,19, referente a cinco infrações, conforme a seguir:

INFRAÇÃO 1 – Omissão de saída de mercadoria tributada, com ICMS exigido de R\$ 2.276,78, 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, abril, maio, agosto e dezembro de 2009;

INFRAÇÃO 2 – Recolheu a menor ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 7.358,94, referente às aquisições de materiais provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de abril, julho, agosto, outubro e novembro de 2010;

INFRAÇÃO 3 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 5.463,41, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de junho e setembro de 2010;

INFRAÇÃO 4 – Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 182.305,39, em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos exercícios de 2009 e 2010;

INFRAÇÃO 5 – Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, no valor de R\$71.406,67, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de abril, setembro e novembro de 2009 e abril, setembro e novembro de 2010.

Em sua defesa, às fls. 108 a 118 dos autos, o sujeito passivo inicialmente arguiu a nulidade do Auto de Infração por existir erros materiais, a exemplo de, em relação à infração 4, não considerar os pagamentos do ICMS antecipados, ensejando nas diferenças a ser paga. Assim, entende que o lançamento de ofício deve ser imediatamente corrigido ou cancelado.

Também diz que outro motivo para anulação do Auto de Infração é a adequada menção dos dispositivos legais que deixaram de ser cumpridos pelo contribuinte, pois há menção de artigos

completamente desconectados ao fato mencionado, o que impede o exercício de ampla defesa e do contraditório.

No mérito, em relação à infração 1, o defendente alega que ocorreu erros graves que distorcem a análise e consequentemente a conclusão sobre os fatos, pois o valor considerado como vendas “apuradas na Redução Z” não corresponde ao valor efetivo que consta na impressão obtida no equipamento fiscal. Diz também que o autuante não considerou as vendas que foram objeto de emissão de nota fiscal. Assim, defende que o volume efetivo de vendas no mês, que deve ser usado na comparação com os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito é o valor que consta nos livros fiscais, que é a base de cálculo do ICMS pago e corresponde ao somatório das vendas registradas na redução Z e das vendas que foram objeto de emissão de nota fiscal. Por fim, apresenta demonstrativo e concluiu que inexistiu omissões de receitas.

No tocante à infração 2, relativa ao recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, o autuado alega que no levantamento fiscal foram incluídas várias notas fiscais que não se referem a compras realizadas para comercialização, não sujeitas ao recolhimento antecipado do imposto, como também incluiu notas fiscais que efetivamente referem-se a retorno de mercadoria enviada para conserto, assim como incluiu notas fiscais de compras de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, além de deixar de considerar a efetiva data da entrada da mercadoria (início do mês seguinte), deixando de compensar os pagamentos de antecipação tributária que, pelo critério do autuante, teria sido realizada a mais nos meses da efetiva entrada das mercadorias com os saldos devedores apurados, o que resulta na cobrança em duplicidade do mesmo imposto. Apresenta demonstrativo como prova da inexistência da infração.

Inerente à infração 4, alega o defendente que o autuante simplesmente apanhou o total de débitos gerados pelas notas fiscais de saídas e reduziu os créditos obtidos das notas fiscais de entradas, comparando o resultado com o ICMS recolhido sob regime normal, deixando de considerar todas as antecipações de pagamento do ICMS, ainda que destacadas na conta corrente obtida dos sistemas da SEFAZ que o próprio autuante incluiu como anexo ao Auto de Infração, portanto, valores que ele tinha conhecimento do recolhimento. Diz que também não foram inclusos nos cálculos outros valores de débitos e créditos de ICMS que constam no livro Registro de Apuração, tais como diferencial de alíquotas e créditos de pagamento a maior em meses anteriores. Apresenta demonstrativo e conclui não haver nenhuma das diferenças apuradas pelo autuante.

Quanto à infração 5, diz tratar-se do mesmo assunto do item anterior, ou seja, erro do autuante por não considerar as informações do livro Registro de Apuração do ICMS e as antecipações de pagamento do ICMS, porém, com um agravante, os impostos foram recolhidos com atraso, com acréscimos de mora previsto na legislação. Assim, alega dupla penalidade pelo mesmo motivo.

Requer a produção de todas as provas e, na mera hipótese de não cancelamento do Auto de Infração pela nulidade decorrente dos erros e omissões demonstrados, requer ainda a prova pericial para demonstrar o adequado recolhimento do imposto, como requer o correto enquadramento das infrações, que em tese podem ter sido cometidas, e a consequente devolução do prazo de defesa, do que anexa, às fls. 119 a 325 documentos como prova de suas alegações.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 328 e 329 dos autos, em relação à infração 1, aduz que o autuado pretende que considere todas as suas vendas como se fossem realizadas por cartão de crédito, esquecendo que normalmente a empresa de varejo vende 20% de seus produtos a vista. Assim, diz que teve o cuidado de na apuração da redução Z retirar as vendas à vista em espécie.

Quanto à infração 2, o autuante concorda com o defendente acerca de suas alegações de ter indevidamente considerado no cálculo da antecipação parcial: retorno de mercadorias para reparo; aquisição de material para uso e consumo; mercadorias sujeitas ao regime de substituição, como também de não ter considerada a efetiva data de entrada das mercadorias, do que retificou o levantamento, conforme planilhas às fls. 330 a 333 dos autos, apurando para os meses de abril a novembro de 2010, respectivamente, os seguintes valores: R\$1.148,67; R\$36,13; R\$2.628,13; R\$15,72; R\$513,24; R\$3.518,50; R\$570,27 e R\$19,93.

Em relação à infração 4, o autuante admite que deixou de lançar os créditos da antecipação parcial na planilha de apuração da conta corrente, o que, após retificação, resultou o débito de R\$ 2.145,44 para o exercício de 2009.

Por fim, concluiu que, conforme demonstrativo à fl. 335, o débito total é de R\$24.394,85 (R\$12.857,09), que somado a diferença de cartão de crédito no valor de R\$2.276,78, resulta R\$26.671,46.

Intimado para tomar ciência e querendo se manifestar acerca dos documentos e da informação fiscal, conforme documentos às fls. 338 e 339, o autuado não se manifesta e, às fls. 347 a 350 dos autos, apresenta Termo de Confissão de Dívida no valor total de R\$11.984,08, através do benefício fiscal da Lei nº 12.903/13, sendo: R\$11.435,88 referente ao principal reconhecido; R\$193,76 relativo aos acréscimos moratórios e R\$354,45, à multa, conforme extrato às fls. 361 e 362 dos autos, cujo montante principal decorre do reconhecimento do valor total da infração 1; dos meses de abril, maio, agosto, outubro e novembro da infração 2; da infração 3 e da infração 4, após a retificação do autuante, quando da informação fiscal.

VOTO

O lançamento de ofício, ora em análise, imputa ao sujeito passivo o cometimento de cinco infrações, com o débito exigido no montante de R\$268.811,19, sendo que a lide se restringe apenas às de nº 2 a 5, visto que a infração 1 foi reconhecida e paga em sua integralidade pelo sujeito passivo, conforme documento à fl. 362 dos autos.

Assim, considero prejudicadas todas as alegações defensivas e respectivas réplicas, relativas à infração 1, assim como extinto o crédito tributário correspondente, declarando-a procedente.

No tocante às alegações preliminares de nulidade do Auto de Infração, arguidas inicialmente pelo defendente, entendo que as mesmas foram também prejudicadas em razão do reconhecimento expresso do autuado das infrações recolhidas e renúncia de sua defesa, haja vista que tais arguições foram ultrapassadas com seu ato voluntário de confissão de dívida, mesmo que parcial, em relação a algumas infrações.

Contudo, merece registro que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte. A pretensão de nulidade do Auto de Infração sob a alegação de existir erros materiais não deve ser acolhida, visto que tal constatação diz respeito ao mérito e não enseja a nulidade da exação, até porque, no caso presente, os supostos erros foram reconhecidos pelo preposto fiscal, que procedeu aos ajustes necessários, de cujo resultado o sujeito passivo acatou e recolheu o valor remanescente através do benefício fiscal da Lei nº 12.903/13.

Igualmente, rejeito o pedido de nulidade do Auto de Infração sob a alegação de que não foram devidamente citados os dispositivos legais que deixaram de ser cumprido pelo contribuinte, o que, segundo o apelante, o impediu do exercício de ampla defesa e do contraditório. Em razão das alegações apresentadas quando da impugnação do lançamento de ofício, dos ajustes procedidos pelo autuante e do reconhecimento e recolhimento dos valores remanescentes, conforme já dito anteriormente, tal pretensão de nulidade, sob o fundamento de cerceamento do exercício de direito de defesa, restou prejudicada.

Ademais, em momento algum, se caracterizou o alegado cerceamento do direito de defesa, visto que o autuado demonstrou pleno entendimento de todas as acusações fiscais contra si, inclusive apresentando argumentos específicos sobre as acusações, os quais elidiram parte das imputações fiscais. Assim, mesmo que se configurasse tal alegação, nos termos do art. 19 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

No mérito, no que diz respeito à infração 2, relativa ao recolhimento a menor da antecipação parcial, após a devida análise e acolhimento das razões de defesa pelo autuante, remanesceu o valor de R\$2.267,83 para a referida infração, sendo:

- a) R\$1.148,67 relativo ao mês de abril de 2010, conforme demonstrativo à fl. 330 dos autos;
- b) R\$15,72 , ao mês de julho de 2010, conforme demonstrativo à fl. 331 dos autos;
- c) R\$513,24, ao mês de agosto de 2010, conforme demonstrativo à fl. 332 dos autos;
- d) R\$570,27, ao mês de outubro de 2010, conforme demonstrativo à fl. 333 dos autos e
- e) R\$19,93, ao mês de novembro de 2010, conforme demonstrativo à fl. 333 dos autos.

Há de se salientar que o valor de R\$36,13, relativo ao mês de maio de 2010 da infração 2, conforme demonstrado à fl. 330, apesar de reconhecido e recolhido pelo contribuinte, consoante extrato à fl. 362, não deve compor do total do débito remanescente por não fazer parte originalmente do lançamento de ofício.

Quanto a infração 3, relativa à falta de recolhimento da antecipação parcial, o autuante revisou seu levantamento e apurou o valor de R\$6.146,63, sendo R\$2.628,13 para o mês de junho de 2010, conforme demonstrado à fl. 331 dos autos, e R\$ 3.518,50 para o mês de setembro de 2010, conforme demonstrado à fl. 332 dos autos, de cujo resultado o autuado não se manifestou, tendo recolhido os valores principais de R\$2.628,13 e R\$2.097,29, conforme extrato à fl. 362 dos autos.

Concluo pela *subsistência da infração 3, no valor original de R\$ 5.463,41*, sendo R\$2.628,13 para o mês de junho de 2010 (fl. 331) e R\$2.835,28 para o mês de setembro de 2010, valor este decorrente da diferença entre o total da infração 3 no lançamento de ofício (R\$ 5.463,41) e da parcela ajustada de junho de 2010 (R\$2.628,13), haja vista que o valor da revisão de R\$6.146,63 agravaria a infração 3, o que não é possível .

Assim, diante de tais considerações, subsiste a infração 3, no valor de R\$5.463,41, sendo: R\$2.628,13, com data de ocorrência de 30/06/2010, e R\$ 2.835,28, com data de ocorrência de 30/09/2010.

No tocante às infrações 4 e 5, as quais referem-se a recolhimento a menos ou falta de recolhimento do imposto inerente a operações escrituradas nos livros fiscais, também após o acolhimento da alegação de defesa de que no levantamento fiscal não foram considerados os recolhimentos de antecipação parcial do ICMS, fato este reconhecido expressamente pelo preposto fiscal, do que, após o devido ajuste, à fl. 334 dos autos, apurou:

- a) Para a infração 4, o valor remanescente de R\$795,81, inerente ao mês de outubro de 2009, conforme demonstrado à fl. 334;
- b) Para a infração 5, o valor remanescente de R\$1.349,63, sendo: R\$875,00 para o mês de abril de 2009 e R\$ 474,63 para o mês de setembro de 2009.

Assim, subsistem em parte as infrações 4 e 5 nos respectivos valores de R\$795,81 e R\$1.349,63.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$12.153,46, sendo: R\$2.276,78 para a infração 1; R\$2.267,83 para a infração 2; R\$5.463,41 para a infração 3; R\$795,81 para a infração 4 e R\$1.349,63 para a infração 5, devendo-se homologar os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **028924.0015/13-9**, lavrado contra **KIPLING SALVADOR COMÉRCIO DE BOLSAS LTDA.**, devendo ser intimado a autuada para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$12.153,46**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.349,63; 60% sobre R\$ 8.527,05 e 70% sobre R\$2.276,78, previstas no art. 42, I, “a”; II, incisos “b” e “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR