

PROCESSO - A. I. Nº 087034.0060/14-1
RECORRENTE - BENEDITO LUIZ PAIVA DO NASCIMENTO (DIAMANTINA ELETROMÓVEIS) - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0066-03/16
ORIGEM - INFAZ IRECÊ
PUBLICAÇÃO - INTERNET 13/12/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0206-12/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração caracterizada. 2. CARTÃO DE CRÉDITO. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. Diligência realizada pelo autuante reduz o valor originalmente lançado. Infração parcialmente caracterizada. 3. RECOLHIMENTO A MENOS. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Autuado não traz ao processo qualquer prova capaz de elidir as infrações que lhe foram imputadas. Infração caracterizada. Afastada preliminar de nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 3ª JJF em 06/04/2016 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 06/08/2014, com o objetivo de exigir do contribuinte crédito tributário, no valor histórico de R\$ 74.328,04, acrescido de multas, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

1. 07.22.03. Deixou de recolher ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante pelo regime do Simples Nacional, referente a mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, nos meses de junho a setembro e dezembro de 2010, março, maio a outubro de 2011, março a maio e agosto de 2012, no valor de R\$4.442,59;
2. 09.04.05. Omitiu saídas de mercadorias tributáveis em face das divergências entre o acumulado do emissor de cupom fiscal - ECF e o lançado no livro Registro de Saídas, nos meses de agosto de 2011 a dezembro de 2012, no valor de R\$8.694,22;
3. 03.02.04. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Apuração do imposto com base em notas fiscais para consumidores do estado da Bahia com alíquota irregular, nos meses de outubro a dezembro de 2010, janeiro, maio, junho, agosto, outubro a dezembro de 2011, janeiro, fevereiro, maio, julho, outubro a dezembro de 2012, no valor de R\$61.191,23.

O Autuado apresentou defesa administrativa em face do Auto de Infração em epígrafe (fls. 483/487), impugnando o lançamento fiscal em sua totalidade.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 492/493), opinando pela manutenção do lançamento.

Em 29/05/2015 o PAF foi convertido em diligências a INFAZ de origem para intimar o Contribuinte a apresentar as comprovações de suas alegações defensivas.

A 3ª JJF julgou, em Decisão unânime, Procedente em Parte o Auto de Infração nos seguintes termos:

“VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito tributário referente a falta de recolhimento do ICMS

antecipação parcial, infração 01, omissão de saídas de mercadorias tributáveis face a divergência entre o acumulado do emissor de cupom fiscal - ECF e o lançado no livro Registro de Saídas, infração 02 e recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, infração 03.

Analizando os elementos que compõem o PAF, vejo que o presente lançamento está fundamentado em expressa disposição legal, sendo que as infrações estão estritamente baseadas no RICMS/97 e 2012, bem como, na lei 7.014/96.

Constato que o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, a sua lavratura, obedecendo ao disposto no art.39 do RPAF/99. Os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos, demonstrativos e documentos fiscais constantes nos autos, necessárias à demonstração dos fatos argüidos, todos entregues cópias ao autuado, que exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório, inocorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o lançamento de ofício.

Nas razões defensivas, o autuado alegou que nas infrações 01 e 03, especialmente na infração 03, o Auditor Fiscal lança o ICMS sob alíquota de 17% incidente nas vendas a consumidor, sem considerar o crédito do imposto já recolhido nas etapas anteriores, configurando-se desrespeito ao princípio da não cumulatividade.

Sobre esta alegação, analisando os demonstrativos que dão suporte às infrações 01, fl.23 e infração 03, fls. 78/81 e 88/145, vejo que os impostos pagos anteriormente, tais como ICMS Regime Normal e Antecipação Parcial foram efetivamente considerados na apuração do ICMS devido, portanto a referida alegação não procede.

A utilização do crédito fiscal efetuada nos livros fiscais próprios deve observar o período em que se verificar a entrada da mercadoria ou o direito ao uso do crédito, de acordo com o valor efetivamente recolhido, inexistindo previsão regulamentar para antecipação de crédito fiscal. A não cumulatividade diz respeito a escrituração fiscal do crédito no momento das entradas de mercadorias, portanto foi devidamente considerada quando da apuração mensal do imposto no livro Registro de Apuração do ICMS.

O defendente afirmou que no levantamento fiscal existem diversas notas de saídas que foram canceladas e também notas de simples remessa entre a filial (autuada) e demais lojas do grupo, não implicando vendas a consumidor como dito no auto.

Em sede de informação fiscal, o autuante esclareceu que não existem notas fiscais de simples remessa emitidas pela empresa autuada para a matriz ou outra filial, apenas notas fiscais de transferências internas e de venda a consumidor, estas, com tributação irregular de 0%, 7% e 12%, quando a alíquota correta seria 17%. Acrescenta que quanto a notas fiscais canceladas pode-se verificar que não foram consideradas no levantamento fiscal.

Observo que embora faça esta alegação, o autuado não trouxe qualquer prova necessária a desconstituição, ainda que parcial, de qualquer das infrações. Sendo o contribuinte possuidor dos possíveis elementos probatórios das alegações defensivas, não os trazendo aos autos, o entendo incurso nas disposições do art. 142 do RPAF/99, que abaixo reproduzo.

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.

Neste caso, entendo que a infrações 01 e 03 são procedentes.

No que tange à infração 02, a acusação fiscal é de omissão de saídas de mercadorias tributáveis face a divergência entre o acumulado do emissor de cupom fiscal - ECF e o valor lançado no livro Registro de Saídas.

Em fase instrutória, verifiquei que, embora a descrição da infração 02 não registre, a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio 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, este foi o roteiro utilizado pelo autuante.

Saliento que este fato, em nada cerceou o direito de defesa do autuado, visto que o demonstrativo que sustenta este item da autuação é elucidativo quanto a esta questão. Ademais, em sua impugnação, o contribuinte defendeu-se objetivamente rebatendo a acusação, argumentando detalhadamente a maneira como se processam as vendas na empresa com pagamento nesta modalidade, o que comprova que o mesmo entendeu claramente a infração que lhe foi imputada, não havendo qualquer cerceamento ao seu direito de defesa, nem lesão ao devido processo legal.

Na sua impugnação, o autuado disse que o levantamento fiscal foi feito com base num comparativo entre as vendas feitas no cartão de crédito e o livro Registro de Saídas e que teria o Auditor Fiscal desconsiderado as vendas parceladas e os encargos financeiros, tomando o valor global recebido através do equipamento como vendas realizadas no mês, apurando diferenças entre o saldo total recebido e o valor das notas de saídas lançadas no respectivo livro.

Explicou ser de praxe, efetuar diversas vendas ao consumidor, parceladas no cartão em dez ou até doze vezes.

De maneira que o valor recebido através do cartão do crédito num mês não necessariamente reflete as vendas daquele mês.

Observo que a infração 02 se constitui na presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96, in verbis:

Art. 4º. (. . .)

§ 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, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Em processo desta natureza, para elidir a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, basta que o contribuinte demonstre e comprove que os valores constantes dos TEF's foram submetidos à tributação do imposto, seja através do ECF ou das notas fiscais emitidas, seja por qualquer outro instrumento que comprove ter oferecido tais valores à tributação.

Quanto a alegação de que realiza vendas através de pagamento por cartão de crédito de forma parcelada, saliento que tais parcelamentos não interferem na obrigação do contribuinte em emitir o documento fiscal correspondente pelo valor total da venda realizada. O desdobramento financeiro desta operação poderá influenciar na execução fiscal de um roteiro de Caixa, no entanto a nota fiscal é emitida pelo valor da operação.

No curso da instrução processual, verifiquei que não constava do PAF o Relatório Diário TEF com as informações das administradoras de cartões, nem prova da respectiva entrega do citado documento ao autuado.

Esta 3ª JJF, em pauta suplementar, decidiu que o PAF deveria ser convertido em diligência fl.495, para que estes vícios fossem saneados, concedendo-se ao autuado um prazo de 60 (sessenta) dias, (Reabertura do Prazo de Defesa), para que comprovasse a emissão de documentos (Cupons ou notas Fiscais) relativamente a cada operação listada no Relatório Diário de Operação TEF.

O autuante se manifestou em informação fiscal a respeito da solicitação de diligência fls.499/537, apensando ao PAF cópia do relatório Diário TEF. Informou ter elaborado novos demonstrativos com base no citado Relatório o que reduziu os valores lançados referentes à infração 02, reduzindo o débito para R\$7.330,47.

Conforme termos constantes à fl.538, todos os documentos referentes a diligência foram entregues ao autuado com reabertura do prazo de defesa através de AR fl. 540 e o mesmo não se manifestou.

Depois de compulsar os novos demonstrativos acostados pelo autuante e verificar que o novo levantamento contemplou todos os documentos apresentados pelo sujeito passivo, acato o resultado da diligência com base na planilha elaborada pelo autuante a respeito da infração 02, conforme fls.506/537 e esta infração é parcialmente subsistente.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.”

Inconformado com a decisão de piso, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário onde preliminarmente discorre sobre o auto de infração e aduz que, mesmo considerando o duto entendimento da DD. JJF, o Recorrente não pode se conformar com o teor da decisão, tendo em vista que suas alegações defensivas refletem a verdade material, devendo o auto de infração ser revisto ou julgado improcedente.

Destaca que o Acórdão recorrido deixou de acatar as teses defensivas sob a justificativa de que as provas das suas alegações não foram apresentadas, mas que essas provas – notas fiscais, demonstrativos fornecidos pela administradora do cartão de crédito e os livros registro de saídas, já estão nos autos, daí entendeu ser desnecessária a juntada. E que, para não a prejudicar sua defesa, anexa as notas fiscais de saída do período fiscalizado para comprovar as suas alegações.

Aduz que embora o Autuante afirme tê-las examinadas para considerar os créditos, as vendas canceladas, as vendas a prazo, as devolvidas e as transferências de mercadorias, com a manutenção integral das infrações, principalmente a infração 3, parece que várias notas passaram despercebidas.

Relaciona as Notas Fiscais n^{os} 351, 344, 343, 342, 337, 312, 311, 304, 296, 285, 240 entre outras que estão anexas, todas de transferência de mercadorias entre matriz e filial, emitidas com CFOP 5152 e 1202, com o destaque do ICMS sob a alíquota de 17%, que não foram consideradas no levantamento fiscal.

Repele a acusação de que as vendas ao consumidor foram feitas irregularmente com alíquotas de 0%, 7% e 12%, aduzindo, por exemplo, as Notas Fiscais n^{os} 127 a 145, emitidas em outubro de 2012, onde pode se constatar o destaque de 17% do ICMS.

Com relação à infração 2 alega que a despeito de ter alegado que os demonstrativos do cartão além dos valores recebidos no mês incluem os decorrentes de vendas parceladas efetuadas anteriormente e a JIF não aceitou essa alegação, sob o fundamento de que esses recebimentos são presumidos como vendas.

Aduz que essa presunção é relativa, posto que não há documentos que demonstrem a ocorrência de fato gerador do ICMS. Além disso o lançamento não considerou que estão embutidos nos valores encargos de financiamento. E, conforme manifestação do STJ, através a Súmula n^o 237 que *“Nas operações com cartão de crédito, os encargos relativos ao financiamento não são considerados no cálculo do ICMS.”*.

Salienta que não poderia ser diferente, devido a incidência de juros e outros encargos contratuais que não integram a base de cálculo do ICMS, mas fato gerador do IOF.

Assim, considera que a infração 2 merece ser revista para excluir da base de cálculo do ICMS todos os valores recebidos a título de encargos de financiamentos e devendo ser considerado os recebimentos das vendas com parcelamentos.

Com relação à infração 1, destaca que o autuante embora afirme ter concedido crédito fiscal, não o fez, pois aplica no levantamento alíquota cheia, a despeito do destaque do imposto nas notas fiscais de entrada. E que esse lançamento deve ser julgado improcedente por ofender o princípio da não cumulatividade previsto no artigo 155 da CF, ou ao menos ser revisto considerando as notas fiscais anexadas.

Salienta que outro ponto a ser revisto é a questão da multa e dos juros aplicados sobre o valor histórico do tributo, fato não apreciado pela decisão de piso e que foram calculados de forma automáticas pelo sistema da SEFAZ e, adiante conclui que a questão dos juros aplicados em percentuais distintos da taxa SELIC, por si só, impõe a revisão do lançamento tributário, sob pena de nulidade, haja vista não estar conforme a Lei.

Requer no final que seja o presente Recurso admitido e provido para reformar a r. decisão para julgar Improcedente o Auto de Infração.

Em Parecer, a PGE/PROFIS (fls. 581/584) opinou pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário, alegando que:

- i. Observa que o recorrente cinge-se a repetição dos argumentos já devidamente apreciados na decisão a quo.
- ii. Que as alegações defensivas devem ter lastro probatório, sob pena de violar princípio basilar do ônus da prova;
- iii. Posto que cabe ao autuado colecionar provas em desfavor de lançamento, ademais quando os supostos elementos probantes estariam na escrita fiscal do recorrente;
- iv. Aduz que tanto a imputação fiscal está absolutamente clara, devidamente tipificadas e alicerçada na legislação tributária estadual e atendendo todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF/99;
- v. E que o recorrente teve acesso aos demonstrativos fiscais, tendo todo o manancial de informações para uma impugnação amiúde e específica, não o fazendo;

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Recurso.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 3ª JJF que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$ 74.328,04 em decorrência do cometimento de 03 infrações.

Verifico que as infrações 1 e 3 foram julgadas procedentes, tendo em vista que o autuado não trouxe qualquer prova necessária a desconstituição, ainda que parcial, de quaisquer das infrações.

E que a Decisão recorrida, acatando parcialmente as razões defensivas quanto à Infração 2, colocou o PAF em diligência, tendo o autuante efetuado a revisão do lançamento e elaborado novos demonstrativos com base no relatório diário TEF, cuja cópia apensou, reduzindo os valores da exigência fiscal.

Registro também que o julgador, ao analisar o resultado da diligência, verificou que o novo levantamento apresentado pelo diligente contemplou todos os documentos apresentados pelo Contribuinte.

Analisando as razões recursais verifico que o Recorrente tão somente repete as razões apresentadas na sua impugnação, as quais foram devidamente analisadas pela JJF, sem, no entanto, trazer as provas de suas alegações recursais.

Assim devo salientar que, com relação as infração 1 e 3 considero-as procedentes, tendo em vista que, diferentemente do que alega o recorrente, as notas fiscais indicadas são de transferências internas e de venda ao consumidor com tributação irregular de 0%, 7% e 12%, quando a alíquota aplicável seria de 17%.

E quanto à infração 2, verifico que as suas alegações defensivas foram parcialmente acatadas e a devida revisão já foi realizada pelo agente fiscal e acolhida pela JJF. E como o recorrente não apresentou no presente recurso a comprovação do que indica permanecer incorreto na decisão *a quo*, concluo que o Julgamento de piso está correto e não merece reparo.

Face ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087034.0060/14-1**, lavrado contra **BENEDITO LUIZ PAIVA DO NASCIMENTO (DIAMANTINA ELETROMÓVEIS) - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$72.964,29**, acrescido das multas de 60% sobre R\$65.600,00 e 100% sobre R\$7.330,47, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de novembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUINDO LUIZ ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS