

A. I. N° - 087034.0060/14 -1
AUTUADO - BENEDITO LUIZ PAIVA DO NASCIMENTO
AUTUANTES - OSMAR SOUZA OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ IRECÊ
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 12/04/2016

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0066-03/16

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. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 06/08/2014, traz a exigência de ICMS no valor histórico de R\$74.328,04, acrescido das multas de 60% e 100%, tendo em vista a constatação das irregularidades abaixo citadas:

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 face a divergência 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 faz impugnação ao lançamento às fls.483/487. Registra a tempestividade da defesa. Transcreve as infrações que lhe foram imputadas. Afirma ser empresa que comercializa móveis e utensílios domésticos, optante do Simples Nacional desde janeiro de 2013. Diz que em que pese o levantamento fiscal, demonstrará que o lançamento não procede, devendo ser revisto, ou caso contrário, ser declarado nulo.

Assevera que apesar do ICMS ser imposto de incidência não cumulativa, tal como dispõe a Constituição Federal no art. 155, II, § 2º, a bitributação é visível nas infrações 01 e 03, especialmente na Infração 03, em que 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.

Afirma que o levantamento da Infração 03 foi feito com base no livro Registro de Saídas, o qual foi escriturado corretamente, compensando-se todo o imposto já incidente nas operações anteriores às vendas do contribuinte.

Menciona que outro fato desconsiderado no levantamento fiscal é que existem diversas notas de saídas que foram canceladas e também notas de simples remessa entre a filial (autuada) e demais lojas do grupo, o que não implica vendas a consumidor como dito no auto. Diante de tais fatos, diz restar evidente que a infração 03 improcede, devendo ao menos ser revista e feito o confronto das notas fiscais de entradas com as notas de saídas, para assim encontrar-se o valor correto eventualmente devido.

No que toca à infração 02, argui outra inconsistência. Nota que o levantamento fiscal foi feito com base num comparativo entre as vendas feitas no cartão de crédito e o livro Registro de Saídas. Todavia, ao efetuar o lançamento do crédito tributário, o Auditor Fiscal desconsiderou as vendas parceladas e os encargos financeiros, tomando o valor global recebido através do equipamento como vendas realizadas no mês, apurando, conseqüentemente, diferenças entre o saldo total recebido e o valor das notas de saídas lançadas no respectivo livro.

Explica que é 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. Salienta a necessidade de se rever todo o lançamento fiscal, atentando-se principalmente para o princípio da não cumulatividade, vez que os créditos do imposto destacados das etapas anteriores não foram considerados no auto de infração.

Diz que o auto de infração improcede, dadas as inconsistências apontadas. Aduz que em caso de regular processamento e julgamento, o lançamento fiscal deve ser revisto e realizada diligência fiscal a fim de contemplar as razões expostas. Requer seja o auto de infração julgado improcedente.

O autuante prestou a informação fiscal fls. 492/493. Sintetiza os fatos que resultaram na autuação e os argumentos defensivos. Diz que são questionadas as infrações 01, 02 e 03, informando supostas irregularidades, entretanto, sem apresentar as provas através de documentos.

Sobre a infração 01 transcreve o enquadramento legal do ICMS Antecipação Parcial, concluindo que a exigência do imposto está conforme o disposto em Lei.

A respeito da infração 02, observa que a defesa informa que a empresa efetua vendas com cartão de crédito, parceladas em até 12 vezes, e que desta forma, o valor recebido não corresponde às vendas do mês, entretanto, é sabido que estas vendas são à vista e que os parcelamentos ocorrem entre o cliente e a administradora do cartão. Assevera não ter razão o contribuinte, tendo em vista a falta de emissão da documentação fiscal correspondente.

No que tange a Infração 03, esclarece que os impostos pagos anteriormente, tais como ICMS Regime Normal e Antecipação Parcial foram considerados na apuração do ICMS mensal, fls. 78/81 e 88/145. Afirma que não existem notas fiscais de simples remessa emitidas da empresa autuada para a matriz ou outra filial, apenas notas fiscais de transferência e de venda a consumidor, estas com tributação irregular de 0%, 7% e 12%. Diz que notas fiscais canceladas não foram consideradas no levantamento fiscal.

Finaliza afirmando que diante das inconsistências dos argumentos apresentados na defesa, e considerando que o Auto de Infração foi lavrado conforme o que é determinado em lei, seja julgado procedente em sua totalidade.

Considerando que o levantamento fiscal que sustenta a infração 02 refere-se a omissão de vendas de mercadorias tributáveis com pagamento através de cartão de crédito e débito e que não constava do PAF o Relatório Diário TEF com as informações das administradoras, considerando

ainda, que não constava dos autos que o contribuinte tenha recebido tal Relatório, submetido à 3ª JF, em pauta suplementar, ficou decidido que o PAF deveria ser convertido em diligência fl.495, para que se saneasse estes vícios, concedendo-se ao autuado um prazo de 60 (sessenta) dias, (Reabertura do Prazo de Defesa), para que ele comprovasse a emissão de documentos (nota fiscal) relativamente a cada operação listada no Relatório Diário de Operação TEF.

O autuante produz informação fiscal a respeito da solicitação de diligência fls.499/537 apensando ao PAF cópia do relatório Diário TEF e novos demonstrativos 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 permaneceu silente.

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, incorrendo 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.

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 **087034.0060/14-1**, lavrado contra **BENEDITO LUIZ PAIVA DO NASCIMENTO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$72.964,29**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$65.600,00 e 100% sobre R\$ 7.330,47, prevista no art. 42, inciso II, alíneas "d" e "a" e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2016.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR