

A. I. Nº - 232185.0002/15-2
AUTUADA - ELETROZEMA S/A.
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - INFRAZ GUANAMBI
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 11.10.2016

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0099-06/16

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração 1 reconhecida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. CANCELAMENTO IRREGULAR. 3. Não se está a presumir a saída de mercadorias, porque saída houve; a questão posta, é que documentalmente, nos termos da legislação em vigor, não se comprovou o cancelamento; portanto, considera-se para todos os efeitos fiscais, a venda tributada das mercadorias, que por sua vez foram omitidas quando cálculo do pagamento. Infração 2 procedente. 3. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Fato demonstrado nos autos. Não acatada a arguição de nulidade do procedimento, pois os pontos destacados pela defesa constituem matéria de mérito, e como tal foram considerados. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente processo administrativo consta de lançamento tributário no Auto de Infração em epígrafe, decorrente de 3 infrações à legislação do ICMS, que totalizam R\$173.979,47 acrescido de multas, nos termos abaixo especificados, individualizados por infração:

1 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, conforme anexo 01, no total de R\$1.0891,66, acrescido de multa de 60%.

2 - Omitiu saída de mercadorias tributáveis por cancelamento de cupom fiscal em desacordo com as normas em vigor, conforme anexos 2 e 3 com índice de proporcionalidade das saídas tributadas em função das não tributadas/antecipadas no anexo 4, sendo lançado o imposto no valor total de R\$117.218,57, acrescido da multa de 100%.

3 - Omissão de saída de mercadoria tributada 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, conforme anexos 5, 6, 7 e 8 sendo lançado o valor total de R\$55.680,24, acrescido de multa de 100%.

A defesa foi apresentada às fls. 196/202, quando reconhece a procedência da “Infração 01”, pelo que se requer o desmembramento do Auto de Infração impugnado, para pagamento do valor imputado sob tal item, e para impugnação dos demais temas, deduzidos sob os itens “Infração 02” e “Infração 03”, como adiante se exporá.

Que o Auto de Infração é eivado de nulidades e de insubsistências, primeiramente, no que se refere ao item “Infração 02”, por vários motivos, conforme se passa a demonstrar. Certamente, a legislação tributária baiana contém norma expressa no sentido de que o Auto de Infração, para ser válido, deve conter a descrição do fato tido como irregular, de forma clara e inteligível, para que o contribuinte possa exercer o seu direito de defesa. Com tal requisito não conta o presente feito, no que pertine à “Infração 02”.

Que, com efeito, a infração está descrita como “*omitiu saídas de mercadorias tributáveis por cancelamento de cupom fiscal em desacordo com as normas em vigor.*” Diz que apela-se para uma inteligência superior para procurar a compreensão do que pretende o nobre fiscal autuante. Será que quer ele dizer que pelo fato da defendant ter desobedecido as normas que regem as obrigações acessórias pertinentes ao cancelamento de cupons fiscais ela omitiu saídas de mercadorias tributáveis? Alega que o senso comum e a razoabilidade orientam que uma coisa não tem nada a ver com a outra.

Que se a defendant descumpriu obrigações acessórias referentes ao cancelamentos de cupons fiscais, tal fato não chega nem perto de legitimar a conclusão de que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis. A outra conclusão não se pode chegar senão a de que a descrição da infração não se coaduna com a penalidade aplicada. Nulo, pois, o Auto de Infração, no que diz respeito à “Infração 02”.

Confessa que a defendant realmente não cumpriu com tal obrigação acessória, qual seja, o armazenamento dos documentos originais junto à Redução Z emitida para as respectivas operações. Que a constatação de simples descumprimento de obrigação acessória (“falta de registro de documentos fiscais em livros fiscais próprios” = não armazenamento dos documentos originais junto à Redução Z) permitiu ao nobre agente fiscalizador presumir a “prática de atos fraudulentos, tais como suprimentos de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis”.

Aduz que a capitulação é flagrantemente equivocada e absurda, pois, o que conduz à nulidade do Auto de Infração, no que pertine a tal ponto, cuja decretação fica, desde já, requerida. Com efeito, basta uma superficial análise da planilha que vem apostila no Auto Infração indigitado quanto à “Infração 02”, que o nobre fiscal autuante aplicou a multa em 100% (cem por cento), quando o dispositivo por ele indicado (equivocadamente, conforme já se demonstrou), aponta o valor de 70% (setenta por cento). Com efeito, repita-se o seu teor:

“Art. 72. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

III - 70% (setenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque” (grifamos).

Também por tal razão, pois, o Auto de Infração é nulo, cuja decretação se requer. Que conforme demonstra a documentação anexa (conj. nº 01), alguns casos de devolução se referem a registros de nomes equivocados de clientes, outros em desistências de compra, pelo cliente, apos já

emitidos os cupons, e os demais, por qualificações equivocadas dos produtos objeto da venda, com cancelamentos dos primeiros (equivocados) e emissões subseqüentes dos segundos (corretos).

Que a documentação anexa (conj. nº 02), mostra todos os cancelamentos justificados, e não há um centavo sequer de subtração de imposto aos cofres públicos. Não há, pois, que se falar em supressão de pagamento de imposto devido, muito menos em aplicação da multa indicada no Auto de Infração combatido, o que conduz à sua insubsistência, também por tal fundamento.

Quanto à “Infração 03”, cuja imputação reside em que a defendant haveria praticado “omissão de saída de mercadoria tributada 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”. A documentação e a planilha anexas (conj. nº 03 e doc. nº 01), demonstram a total insubsistência e improcedência da imputação transcrita sob o item “Infração 03”.

Em face do exposto, requerer recebimento da presente defesa, determinando a sua juntada nos autos do Processo Tributário Administrativo, referente ao Auto de Infração nº 2321850002152, e, afinal, decidir pela nulidade, improcedência ou insubsistência da autuação, no que pertine aos pontos combatidos, com determinação de seu cancelamento e arquivamento. Requer, outrossim, o desmembramento do Auto de Infração, para que sejam pagos, com as reduções legalmente previstas, os valores incontrovertíveis, consistentes no declinado sob o item “Infração 01”.

A informação fiscal foi prestada às fls. 953/56, e diz que o impugnante reconhece que a defendant não cumpriu com a obrigação acessória de armazenar os cupons originais junto com as reduções Z prevista no RICMS em seus Arts. 43 e 113. No entanto, aduz que quanto à Infração 02 não apresentou a via cliente dos cupons fiscais cancelados, as quais deveriam juntadas às reduções Z de leitura diária, evidenciando que não reteve a via do cliente, portanto, o Autuado não provou que não houve a circulação comercial das mercadorias que é o fato gerador do imposto exigido, conforme determina o art. 43 § único do RICMS em vigor. Tudo em consonância com a jurisprudência: Acórdão CJF N° 0287-12/09, atinente a Auto de Infração deste mesmo Autuante, e o Acórdão JJF N° 0064-02/15.

Quanto à multa que o impugnante contesta, diz tratar-se do Artigo 42 inciso II da Lei nº 7.014/96 e não o art. 72, conforme visto à folha 02 deste PAF. O artigo 42 inciso III da Lei nº 7.014/96 foi alterado pela Lei nº 11.899/2010, com efeito, a partir de 31/03/2010 que alterou a multa aplicada de 70% para 100%. Juntou diversas cópias de cupons cancelados que apenas provam o que já se sabia: que os cupons foram cancelados. Contudo não apresentou a via cliente do cupom cancelado para garantir que não houve circulação da mercadoria.

Quanto à infração 03 o Autuado juntou planilha em CD apenso à folha 951 que traz um demonstrativo com compras por meio de cupom. Contudo, os arquivos Conjunto 01.pdf e Conjunto 03.pdf também juntados no CD trazem apenas parte das operações por cupons do Autuado, inclusive, de período onde não houve exigência. Assim, tais arquivos são insuficientes para elidir a ação fiscal que está lastreada nos valores constantes das reduções Z diárias confrontadas com os pagamentos por meio de cartão de crédito/débito, informado pelas administradoras de cartões.

Diante do exposto, infere-se que as alegações defensivas carecem de fundamento. Persiste A exigência dos lançamentos. Solicito que o presente Auto de Infração seja julgado PROCEDENTE.

VOTO

O impugnante reconhece a procedência da primeira infração e contesta as demais, fazendo parte desta lide apenas os itens 2 e 3.

Pede inicialmente pela nulidade da infração 2, admitindo que teria apenas descumprido obrigação acessória, sem prejuízos ao erário. Não acolho a nulidade preliminar, tendo em vista

que a descrição quanto à omissão de saídas das mercadorias tributáveis por cancelamento em desacordo com as normas, apresenta texto claro quanto às razões do lançamento: a falta de pagamento do imposto por venda de mercadorias, cuja devolução é alegada, mas não provada mediante os termos da legislação.

Assim, não houve mero descumprimento de obrigação acessória, que em regra não implica em falta de pagamento do imposto. No entanto, uma vez que foi emitido o documento fiscal, fica caracterizada a venda e a circulação da mercadoria, surgindo a obrigação principal. Uma vez que esta operação seja cancelada, o fisco dita regras para a necessária segurança jurídica do cancelamento da operação, sob pena de se perder totalmente o controle daquilo que foi efetivamente cancelado. Vejamos o que diz a legislação:

Art. 113. Os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações.

§ 1º *O cancelamento de Cupom Fiscal poderá ser feito no próprio ECF antes da emissão de um novo cupom, caso em que os documentos originais deverão ser armazenados junto à Redução Z emitida para as respectivas operações.*

Art. 43. Quando o documento fiscal for cancelado, conservar-se-ão no talonário ou formulário contínuo todas as suas vias, com declaração do motivo que houver determinado o cancelamento, e referência, se for o caso, ao novo documento emitido.

Parágrafo único. No caso de cancelamento de Cupom Fiscal ou Comprovante Não Fiscal no próprio equipamento que o emitiu, conservar-se-ão todas as vias dos documentos fiscais, inclusive o emitido para cancelamento.

As provas apresentadas fls. 204/775 são cupons fiscais cancelados, no entanto, sem as vias de circulação, o que não comprova o cancelamento. Assim, ao contrário do que afirma o impugnante, quando diz na defesa que a “constatação de simples descumprimento de obrigação acessória permitiu ao nobre agente fiscalizador presumir a “prática de atos fraudulentos, tais como suprimentos de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis”, não se está a presumir a saída de mercadorias, porque saída houve; a questão posta, é que documentalmente, nos termos da legislação em vigor, não se comprovou o cancelamento; portanto, considera-se para todos os efeitos fiscais, a venda tributada das mercadorias, que por sua vez foram omitidas quando cálculo do pagamento. Infração 2 procedente.

Na infração 3, o impugnante diz que a *documentação e a planilha anexas (conj. nº 03 e doc. nº 01), demonstram a total insubsistência e improcedência da imputação transcrita*. Analisando-se o CD anexo, observa-se a emissão de cupons fiscais, em princípio sem qualquer correlação com os valores e datas do Relatório TEF entregue ao autuado, sem que fosse comprovada a coincidência de datas e valores das operações. A simples comprovação de que foram efetuadas diversas saídas de mercadorias não tem o condão de elidir a infração, visto que não se está acusando na infração, que o contribuinte teria omitido todas as vendas, mas apenas parcela que consta nas informações das administradoras.

A declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores aos das informações prestadas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Fato demonstrado nos autos. Infração 3 procedente.

Quanto às multas das infrações 2 e 3, estão tipificadas no art. 42, inciso III: *100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, apurando-se a ocorrência de:*

f) *valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:*

1 - *instituições financeiras;*

(...)

- 2 - *administradoras de cartões de crédito ou débito;*
j) *quando se constatar qualquer ação ou omissão fraudulenta diversa das especificadas expressamente nesta Lei;*

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232185.0002/15-2, lavrado contra **ELETROZEMA S/A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$173.979,47**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.080,66 e 100% sobre R\$172.898,81, previstas no artigo 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

EDNA MAURA PRATA DE ARAÚJO – JULGADORA