

A. I. N° - 232185.0001/15-6
AUTUADO - JOSÉ FERNANDES COSTA PEREIRA & CIA. LTDA.
AUTUANTE - MARCOS GOMES LOPES
ORIGEM - INFRAZ GUANAMBI
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 09.09.2016

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0156-04/16

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. CANCELAMENTO IRREGULAR. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O autuado não juntou às reduções "Z" do equipamento emissor de cupom fiscal as vias correspondentes aos cupons considerados como cancelados. Acusação subsistente. 2. VENDAS EFETUADAS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. ESCRITURAÇÃO EM VALOR INFERIOR AOS INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO. Exigência respalda por presunção legal. Autuado não comprovou equívocos no levantamento fiscal. Acusação mantida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS PARA COMERCIALIZAÇÃO. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Excluída da autuação apenas um item relacionado a aquisições de mercadorias incluídas na cesta básica. Infração subsistente em parte. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Acusação subsistente. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuida o presente lançamento da exigência de crédito tributário na ordem de R\$43.145,97, em decorrência da apuração de 04 (quatro) infrações à legislação tributária do ICMS, de acordo com as seguintes acusações:

01 - "*Omitiu saídas de mercadorias tributáveis por cancelamento de Cupom Fiscal em desacordo com as normas em vigor. Não juntou à redução Z as vias dos cupons cancelados. Base de cálculo calculada por meio de índice de proporcionalidade sobre as saídas tributadas e não tributadas. Tudo conforme demonstrado nos anexos 01, 02, 03, 04, 13, 14, 15 e 16.*" Valor lançado R\$14.967,56, mais multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

02 - "*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. Conforme demonstrado em anexos. A base de cálculo foi apurada mediante a aplicação do índice de proporcionalidade entre as saídas tributadas e não tributadas. Tudo conforme os anexos 05,06, 07, 08, 09, 10, 11, 12, 13, 14 15 e 16.*" Valor lançado R\$7.231,97, mais multa de 100% prevista pelo Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

03 - "*Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização.*

Conforme demonstrado nos anexos 17 e 18". Valor lançado R\$6.270,63, mais multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.

04 - *"Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior. Conforme demonstrado nos anexos 19 e 20".* Valor lançado R\$14.675,81, mais multa de 60% prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea "d" da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressou com impugnação ao lançamento, fls. 829 a 838, onde após destacar a tempestividade da peça defensiva e pontuar as infrações que lhe foram imputadas, trouxe aos autos os argumentos defensivos a seguir sintetizados.

Em relação a infração 01, diz que o autuante não agiu da forma costumeira ao se precipitar na coleta e análise dos dados. Isto porque, quando se faz cancelamento do cupom fiscal automaticamente a informação já é vinculada a redução Z, com isso, considera que é dispensável a juntada do cancelamento no referido documento.

Acrescenta que o modelo da impressora fiscal é totalmente moderno, com isso, é acoplado ao equipamento a memória fiscal que durante todo o período fiscalizado ficou a disposição do agente fiscalizador, porém, o mesmo não a recolheu e nem a solicitou. Desta forma, considera a infração nula *"por não ter nada a ver com o que foi alegado"*.

Diz ser do conhecimento do autuante que o papel de modelo térmico não tem duração pois, com pouco tempo, as informações ali contidas são removidas de forma automática, sendo, desta maneira, totalmente improcedente a alegação do autuante, que não coletou as informações eletrônicas do equipamento, se prendendo a irregularidades que nunca existiram. Menciona que segue acostada relação expedida pelo equipamento para prova do feito, afirmando que aqui não se aplica a inversão do ônus da prova, cabendo *"ao fisco provar por meio de documentação idônea o fato ocorrido e não se prender a meras suposições"*.

A este respeito cita lição da lavra de eminente Mestre do Direito, para afirmar ser imprescindível para a lavratura do auto a juntada de documentos que respaldem a pretensão do Autuante, e que, nesta lide, a documentação encartada não dá suporte para a pretensão almejada.

Após tecer outras considerações acerca desta questão, conclui a defesa em relação a esta infração pontuando que é cediço que o tributo só pode incidir sobre fatos reais, quando estes se consideram relevantes juridicamente. Assim, mister se faz ressaltar que para a tributação necessário se torna a existência de prova do fato gerador, a qual deve ter o condão de demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis, pois é o que a doutrina denomina de *princípio da verdade material*.

Adentrando a infração 02, diz que por desinformação dos caixas no momento de preencher os documentos fiscais, deixaram de marcar os campos alusivos aos cartões de crédito ou de débito, por essa razão, surgiu a apontada diferença que jamais existiu, e que, se configurada, estar-se-á obrigando ao pagamento do imposto em duplicidade, conduta vedada em nosso ordenamento jurídico tributário.

Quanto as infrações 03 e 04, afirma que *"tudo indica que o autuante não auditou com presteza as informações disponíveis para o fim, pois, o mesmo alega que são valores recolhidos a menor, mas não informou nenhum valor recolhido, com isso, fica provado que os pagamentos realizados não foram verificados, ou pior, ignorados e isso é muito preocupante"*.

Menciona que na relação de notas fiscais, o autuante alega falta de pagamento da nota fiscal de número 114406, entretanto a mercadoria nela contida é arroz, produto da cesta básica e sua alíquota interna é de 7%, com isso, não se fala em diferença de alíquota.

Diz que outro erro crasso reside no fato do autuante alegar no auto determinadas competências e junta uma planilha totalmente divergente do que foi demonstrado, razão pela qual essa infração, bem como as demais deverão ser anuladas antes mesmo de analisar o mérito, afirmando em seguida que para efeito de prova *"do que acima foi exposto, seguem cópias dos DAEs, pois neles estão expostos os números das notas fiscais alegadas, segue também a relação de pagamento*

dos respectivos. Essa informação serve para dar comprovação das inexistências das infrações 03 e 04".

Passa a discorrer acerca da presunção nas operações sujeitas ao ICMS, para concluir, em relação a este tópico que "*o simples indício de infração não autoriza a fiscalização a lavrar um auto de infração arrimado apenas na suposição (presunção não contemplada em lei) de que houve o ilícito, sob pena de se estar tentando cobrar um imposto que não se sabe se realmente é devido, pois com exceção da presunção legal, hialinamente tipificada, até a prova material concreta do fato infringente, a qual ratificaria o ilícito praticado e, qualquer fato ocorrido que se fulcra apenas em mera suposição (presunção), que, se não estiver tipificada em lei, não tem valor probante para arrimar qualquer exigência concernente a repercussão tributária relativa à obrigação principal, porquanto como já foi dito, é condição sine qua non para a presunção ser legal, que a mesma esteja disciplinada em lei, sob pena de ser considerada apenas uma suposição".*

Adentra, em seguida, a questões de Doutrina, discorrendo a respeito dos princípios da razoabilidade e da verdade real, concluindo que a Fazenda Pública Estadual não poderá lhe condenar sem que antes se faça extrair de sua escrita fiscal, a verdade real dos fatos ocorridos nos períodos fiscalizados.

Em conclusão requer que a Improcedência do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal, fls. 1.035 a 1.040, onde, após indicar as infrações abrangidas pela autuação e processar uma síntese dos argumentos defensivos, assim se posicionou:

No que diz respeito a Infração 01 observa que a autuada não apresentou a via cliente dos cupons fiscais cancelados, as quais deveriam ser juntadas às reduções Z de leitura diária, evidenciando que não reeve a via do cliente, portanto, não houve prova de que não ocorreu a circulação comercial das mercadorias que é o fato gerador do imposto exigido, conforme determina o art. 43, parágrafo único do RICMS em vigor. Destaca que seu procedimento está em consonância com a jurisprudência prevalente no CONSEF, citando, como paradigma, os Acórdãos nº CJF nº 0287-12/09, atinente a auto de infração da sua própria lavratura, e o Acórdão JJF nº 0064-02/15, cujas ementas transcreveu.

Quanto a Infração 02 menciona que a Lei nº 8.542/02, com vigência a partir de 01/01/2003 obriga o contribuinte a informar no cupom fiscal o meio de pagamento. A mera alegação que os caixas, por desinformação, deixaram de marcar como pagamento por cartão de crédito ou débito não pode prosperar, conforme entendimento contido no Acórdão CJF nº 0332-12/08, cuja ementa e excerto do voto transcreveu.

No que se relaciona a Infração 03 aponta que os valores recolhidos pelo autuado, constantes da relação juntada às fls. 840 à 846, foram todos considerados e lançados nos papéis de trabalho, conforme abaixo discriminado:

Infração 03 - Antecipação Parcial (Receita código 2175)

Mês/ano	ICMS pago *	Papel de trabalho (folha do PAF)*	ICMS pago (totalizado)**	Defesa do Autuado (folha do PAF)**
Jan/2013	0,00	724	0,00	Sem pagamento
Fev/2013	1.869,81	728	1.869,81	840
Abr/2013	0,00	732	0,00	Sem pagamento
Jun/2013	2.038,50	737	2.038,50	841
Set/2013	642,09	742	642,09	842
Fev/2014	983,58	746	983,58	843
Jun/2014	2.723,48	750	2.723,48	844
Ago/2014	2.677,71	752	2.677,71	844
Set/2014	2.365,49	755	2.365,49	844
Nov/2014	1.628,61	758	1.628,61	845
Dez/2014	3.128,37	761	3.128,37	845

Da mesma forma, se posiciona em relação a Infração 04 - Antecipação Aquisição Interestadual (Receita código 1145 e 1187):

Mês/ano	ICMS pago *	Papel de trabalho (folha do PAF)*	ICMS pago (totalizado)**	Defesa do Autuado (folha do PAF)**
Jan/2013	201,03	763	20,03	840
Fev/2013	69,48	766	69,48	840
Abr/2013	7,40	767	7,40	840
Maio/2013	21,74	769	21,74	840/841
Jun/2013	442,29	773	442,29	841
Jul/2013	226,41	777	226,41	841
Ago/2013	2.793,31	781	2.793,31	841
Set/2013	437,78	786	437,78	841/842
Out/2013	248,75	789	248,75	841
Nov/2013	1.084,27	793	1.084,27	842
Dez/2013	2.307,62	794	2.307,62	842
Fev/2014	2.457,76	796	2.457,76	842/843
Mar/2014	2.408,94	798	2.408,94	842/843
Abr/2014	744,77	799	744,77	843
Maio/2014	1.935,98	801	1.935,98	843
Jun/2014	2.253,81	804	2.253,81	843
Jul/2014	2.277,07	806	2.277,07	843/844
Ago/2014	4.784,76	809	4.784,76	844
Set/2014	6.341,28	812	6.341,28	844
Out/2014	3.377,24	814	3.377,24	844
Nov/2014	5.105,03	814	5.105,03	844
Dez/2014	3.305,95	820	3.03,95	844/845

Por outro lado, acolhe o argumento defensivo quanto à nota fiscal nº 114.406 entrada no mês de fevereiro do exercício 2014 (fl. 744) por entender que a antecipação parcial foi indevidamente cobrada no valor de R\$5,00 o qual deve ser reduzido do valor exigido neste mês, onde foi lançado ICMS de R\$669,86 devendo ser exigido apenas o valor de R\$ 664,86, ficando a Infração 03 assim alterada:

Data ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	Alíq %	Multa (%)	Valor Histórico
28/02/2014	09/03/2014	3.910,94	17,00	60,00	664,86

Em conclusão, posiciona-se no sentido de que as alegações defensivas carecem de fundamento e requer que o presente Auto de Infração seja julgado Procedente em Parte com a retificação aqui proposta.

VOTO

Inicialmente o autuado requer a nulidade da Infração 01 sob a alegação de que quando faz o cancelamento do cupom fiscal automaticamente esse informação fica vinculada a redução Z, sendo por isso dispensável a juntada do documento cancelado, acrescentando que em face do modelo da impressora fiscal ser moderno, é acoplado ao equipamento a memória fiscal que, durante todo o período em que encontrava sob ação fiscal esteve a disposição do autuante, que não a solicitou.

Ora, a rigor isto, se reveste em um argumento mais apropriado ao mérito da autuação, o qual analisarei adiante. Ademais, a infração encontra-se devidamente indicada, apontando individualmente cada item da redução Z que foi cancelado e o valor do respectivo cupom considerado como cancelado. Não acolho pois, este argumento defensivo.

Ao se reportar às infrações 03 e 04, o autuado volta a arguir nulidade sob o pretexto de que o autuante alega no auto de infração determinadas competências e junta uma planilha totalmente

divergente do que foi demonstrado, por este motivo requer a "anulação destas infrações bem como das demais".

Trata-se de um pedido genérico, sem apontar de forma objetiva qualquer erro de natureza formal que possa inquinar o lançamento em nulidade. Aliás, o Auto de Infração preenche todos os requisitos constantes no Art. 39 do RPAF/BA, razão pela qual afasto todos os pedidos de nulidade suscitados pela defesa.

Adentrando ao exame do mérito da autuação, vejo que em relação a infração 01, a autuada sustenta que o autuante não coletou as informações eletrônicas do equipamento, se prendendo apenas a supostas irregularidades que não existiram, pontuando, ainda, que neste caso não se aplica a inversão do ônus da prova, cabendo ao Fisco provar o fato ocorrido e não se prender a meras suposições.

Não encontra guarida na norma regulamentar e legal o argumento do autuado. O cancelamento de um cupom fiscal carece da comprovação por parte do emitente de forma que não reste qualquer dúvida quanto ao efetivo cancelamento. A este respeito, o RICMS/BA em vigor, em seu Art. 43, estabelece:

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.(grifo não original)

À luz na norma regulamentar acima, deveria o autuado promover os meios de que ficasse documentado, de forma inequívoca, que ocorreu o cancelamento da operação, cabendo ao Fisco examinar essa documentação e acolhê-la ou não. Aqui não se trata de inversão do ônus da prova, já que cabe ao contribuinte comprovar, de forma segura o cancelamento, fato este não ocorrido, incorrendo o autuado em flagrante descumprimento da norma regulamentar, pois não anexou às fitas detalhe o cupom referente a operação original, via do cliente, inexistindo portanto a prova inequívoca do cancelamento. O fato alegado de que o equipamento vincula em sua memória o dito cancelamento não é elemento suficiente para comprovar tal ocorrência, sobretudo ante a presença de enorme quantitativo de cancelamento de cupons fiscais, conforme se depreende através dos demonstrativos de fls. 12 a 85.

Mantenho a infração 01, julgando-a totalmente procedente no valor de R\$14.967,56.

Quanto a infração 02, a rigor, com a devida vênia, o argumento defensivo soa como uma confissão da infração, pois o autuado se limitou a dizer que por desinformação dos caixas, estes deixaram de indicar os campos relativos as operações alusivas a cartões de crédito e/ou débito. A infração está posta de forma clara, com apresentação e entrega ao autuado dos relatório TEF diários, tendo proporcionado ao autuado os mais amplos meios de defesa. Infração 02 mantida no valor de R\$7.231,97.

As infrações 03 e 04, foram defendidas em conjunto, onde o autuado limitou-se a dizer que "tudo indica que o autuante não auditou com presteza as informações disponíveis para o fim", e que, apesar do autuante ter apurado recolhimento a menos, não considerou os valores que foram pagos, daí as diferenças apuradas.

Não é isto que se verifica nos autos. Ao analisar os demonstrativos nº 2 - Antecipação Parcial, fls. 720 e seguintes, e demonstrativo nº 1, fls. 783 e seguintes, elaborados pelo autuante, se constata, sem qualquer dúvida, que os pagamentos realizados pelo autuado foram considerados, fatos estes também esclarecidos pelo autuante, detalhadamente, em sua informação fiscal. Afasto portanto este argumento defensivo para ambas as infrações.

Assiste razão, contudo, ao argumento relacionado a nota fiscal nº 114.406, que, por se tratar do produto arroz, incluído na cesta básica, a alíquota interna corresponde a 7%, não havendo, destarte, incidência da antecipação parcial. Com isso, deve ser excluída da autuação, o valor de

R\$5,00 a ela correspondente, remanescendo o débito para a ocorrência do mês de fevereiro/14 no valor de R\$664,86.

Desta maneira, diante da alteração supra, a infração 03 resta parcialmente subsistente no valor de R\$6.265,63 enquanto a infração 04 se mantém subsistente no valor de R\$14.675,81.

Quanto aos demais argumentos defensivos relacionados a: presunção nas operações sujeitas ao ICMS, a única exigência levada a efeito com base em presunção relaciona-se a infração 02 a qual se encontra respaldada pelo Art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, portanto possui amparo legal; já em relação aos outros argumentos pertinentes ao descumprimento do princípio da razoabilidade e da verdade real, tais fatos não se configuram no presente lançamento.

Em conclusão, voto pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração no valor de R\$43.140,97.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232185.0001/15-6** lavrado contra **JOSÉ FERNANDES COSTA PEREIRA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43.140,97**, acrescido das multas de 100% sobre R\$22.199,53 e de 60% sobre R\$20.941,44 previstas pelo Art. 42, incisos III e II "d" da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 01 de Setembro de 2016.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR - JULGADOR