

A. I. N° - 300200.0020/19-5
AUTUADO - MERCADINHO IRMÃOS TORRES EIRELI
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS ALMEIDA DE ABREU
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/03/2021

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0015-03/21-VD

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. VALORES DAS OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES DECLARADOS PELO CONTRIBUINTE INFERIORES AOS INFORMADOS POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO OU DÉBITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O sujeito passivo não logra êxito em elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. Não acatada alegação de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 18/12/2019, exige ICMS no valor de R\$424.751,46, acrescido da multa de 100%, em decorrência do cometimento da Infração 01 - **05.08.01**- omissão de saída de mercadoria tributada, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro de 2015 a julho de 2019. Demonstrativos às fls. 17 a 41 e CD à 54. Consta como complemento, “Conforme planilhas Relatório Diário de Operações TEF, NFe Entradas, Relação de DAE, Relatório Resumo de Arquivo EFD e Intimações Fiscais. Como a empresa não apresentou EFD nem os documentos fiscais de saídas que pudesse embasar o cálculo da proporcionalidade dos produtos tributados, optamos por efetuar o cálculo da proporcionalidade de produtos tributados pelas entradas, por ser os únicos dados disponíveis e ser mais benéfico ao contribuinte, ao invés de tributar o total das operações TEF”.

O Autuado ingressa com defesa, tempestivamente, fls. 71 a 81, na qual, depois de requerer a atribuição do efeito suspensivo previsto no art. 151, do CTN, alinha os argumentos a seguir sintetizados.

Assinala que em consequência da transação de venda da sociedade tendo como adquirente o atual proprietário, que hoje promove a impugnação administrativa, vem trazer aos autos termo de assunção de dívidas e outras avenças, referente as responsabilidades tributárias, administrativas referente ao CNPJ em tela. Assim, requer a exclusão e retirada das citações em nome de Josenaldo Souza dos Santos, brasileiro, casado, sob regime parcial de bens, empresário, portador do RG n° 5748841-06 inscrito no CPF n° 950.784.605 00, residente e domiciliado na Rua Santo Antônio da Purificação, n° 12, Pau da Lima, CEP 41.235-415 e Rosangela de Jesus, brasileira, solteira, empresária, portadora do RG 09424993-87, inscrito no CPF/MF 817.789.295-91, residente e domiciliada ao Conjunto Mussurunga, Rua J, Setor H, n° 57B - 41.490-180, Mussurunga, Salvador - BA.

Depois de reproduzir AREsp 263313 Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN Data da Publicação 18/12/2012 Decisão AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N° 263.313 - MG (2012/0251431-0), requer a não condenação dos antigos sócios, a ilegitimidade do executado é consequência lógica da assunção de dívida por terceira pessoa, devendo a cobrança ser direcionada àquela que assumiu o encargo, caso a tese não seja superada, conforme se fará no mérito, assim requer a ilegitimidade dos antigos sócios Josenaldo Souza dos Santos e Rosangela de Jesus.

Ao cuidar do mérito, afirma ser o Auto de Infração ser descabido, em seguida informa que e não efetuou a entrega do SPED Fiscal referente 01/2015, que o contador não efetuou o procedimento, mas entretanto, não conduz direito ao Fisco considerar o valor cheio das vendas de cartão de crédito para valor o auto de infração, sem que considere os produtos sob isenção nas saídas, bem como, os já tributados na entrada e para tanto vem requerer a modificação do montante do auto de infração, conforme as notas fiscais que se seguem.

Diz que em análise minuciosa da planilha do Auto de Infração, confeccionada pelo Autuante, verifica-se que o valor astronômico que este AI chegou se iniciou por conta de não levar em consideração as saídas e as NFs conforme os XML que diz juntar aos para que não ocorra uma tributação indevida em referência aos produtos que não poderiam ser tributados na sua saída.

Menciona que a presente Impugnação deve prosperar, uma vez que parte do crédito tributário, apurados nos meses de 01/2015 a 06/2015 foi fulminado, pela decadência e nos termos do art. 156, V c/c art. 174 “caput” do CTN.

Frisa que a decadência é a perda do prazo fixado pela lei para constituir o crédito tributário. Após esse prazo legal, o ente público não pode mais exigir os tributos. Observa que as relações jurídicas não podem durar para sempre; então, a decadência resolve esse problema, pois após o prazo legal, não há mais nenhum direito de a Fazenda constituir o crédito tributário. Diz ser o fenômeno que acarreta a perda do direito subjetivo do Fisco constituir o crédito tributário pelo ato jurídico chamado lançamento, em decorrência da inércia, ultrapassando o prazo legal para tanto.

Depois de reproduzir o teor do art. 171 do CTN e da Súmula 555, do STJ, salienta, que o prazo decadencial começa a fluir a partir da data da constituição definitiva do lançamento por homologação nos casos do ICMS, entretanto neste caso em que o imposto não foi pago, e é declarado resta o lançamento de ofício pelo Fisco estadual, o que está sendo alvo deste Auto de Infração, consoante definição dos termos do inciso I, do art. 173, do CTN. O referido procedimento administrativo tende a efetuar a verificação da ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Informa que não tem como efetuar os ajustes das omissões do SPED e com fulcro nos XM comprova que existe ICMS a pagar, mas não este trazido pelo Auto de Infração gerado por uma forma errônea de cotejo do ilustre auditor, pois não levou em consideração as isenções. Assim, não existindo crédito tributário, merece o AI ser indeferido em todos os termos.

Afirma que se contrapõe aos débitos indicados na infração do Auto de Infração, uma vez demonstrado equívoco do Autuante, quando desconsiderou o as NFs de saída que isentavam alguns produtos, que o imposto será recolhido de maneira devida. Requer pela aplicação da decadência dos períodos 01/15 à 06/15 em que o débito não havia sido ainda constituído com a ciência do contribuinte, conforme legislação vigente. Nesta linha, diz entender que houve pleno abuso na lavratura do presente auto de infração.

Assim pede que o julgador- se digne em indeferir o Auto de Infração, em razão do todo exposto nessa defesa.

Conclui pugnando que seja reconhecida a ilegitimidade dos antigos sócios, com fulcro no termo de assunção de dívida, bem como, no pleito vigente e requer que seja julgado improcedente o Auto de Infração

O Autuante presta a informação fiscal, fls. 91 a 95, depois de resumir as alegações da Defesa, expõe as seguintes ponderações.

Esclarece inicialmente que o presente Auto de Infração foi lavrado com observância de todos os

princípios legais e constitucionais, especialmente o direito de ampla defesa e do contraditório.

Explica que, como a empresa não mais funciona no endereço cadastrado na SEFAZ-BA e não foi localizada, foi então intimada através do DTe, através dos Correios com AR e até por Edital publicado no Diário oficial do Estado da Bahia para apresentar a Escrituração Fiscal Digital - EFD e demais documentos fiscais necessários à fiscalização.

Registra que uma vez não terem a escrituração e demais documentos sido apresentados, trabalhou com a documentação disponível, ou seja, notas fiscais de entradas, vendas com pagamento através de cartão de crédito/débito informadas pelas administradoras e eventuais recolhimentos efetuados. Destaca que após a execução da fiscalização foram enviados ao Autuado e aos sócios cópia do Auto de Infração, planilhas resumo e um CD com todas as planilhas geradas durante a ação fiscal, isso através dos Correios e com AR.

Menciona que a acusação fiscal trata da omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento através de cartões de crédito/débito em valor inferior ao valor fornecido por administradora de cartão de crédito, referente ao período de janeiro/2015 a julho/2019, uma vez que o Autuado não efetuou a entrega dos arquivos da EFD do período.

Pondera que, diferentemente do que alega a autuada, os valores do imposto reclamado foram criteriosamente apurados a partir das vendas através de cartões de crédito/débito fornecidos pelas Administradoras de cartões, conforme planilhas às folhas 17 a 41 e Relatório de Informações TEF, folhas 43 a 47.

Assinala que, como o Autuado não apresentou a EFD e os documentos fiscais de saídas para cálculo da proporcionalidade das operações tributadas e não tributadas, optou por fazer a proporcionalidade a partir das notas fiscais de entradas de mercadorias, pois, das poucas informações disponíveis essa era a mais benéfica para o contribuinte, conforme fls. 22 a 26.

Sustenta não haver que se falar em tributação indevida ou excessiva, pois o imposto foi calculado com base nas operações de vendas de mercadorias efetivamente tributadas, excluindo-se, portanto, as operações isentas, não tributadas e que já foram objeto de ST.

Explica que a EFD - Escrituração Fiscal Digital nada mais é que a escrituração dos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas, Apuração do ICMS e demais informações relacionadas a esses eventos, cabendo lembrar que o arquivo da EFD deve ser transmitido até o dia 25 do mês subsequente ao do período de apuração, que é mensal, conforme previsto no art. 250, do RICMS-BA/12, cujo teor reproduz.

No tocante ao argumento de decadência, esclarece que o presente lançamento tributário reclama imposto relativo ao período de janeiro/2015 a julho/2019, enquanto que o Auto de Infração foi lavrado em 18/12/2019, com ciência através do sócio em 13/08/2020, cabendo destacar que nesse caso é aplicada a regra contida no inciso I, do art. 173, do CTN, de forma que o prazo decadencial deve ser contado a partir do primeiro dia do exercício subsequente ao da ocorrência do fato gerador, não atingindo assim o período objeto do crédito reclamado, que foi de janeiro/2015 a julho/2019.

Frisa que o Autuado, sequer apresentou os arquivos da Escrituração Fiscal Digital - EFD do período, não efetuou a apuração e nem recolheu imposto no período, constando apenas recolhimentos esporádicos da antecipação parcial, ainda assim, a partir de setembro/2015, logo, não há que se falar em decadência.

Diz estranhar o pleito final da defesa ao requerer que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente em parte, mas como alegou que o valor do débito estava incorreto em virtude de período que entende decaído, certamente está pleiteando que o auto de infração seja julgado parcialmente improcedente, o que nos remete à confissão da infração.

Registra que os argumentos apresentados pelo Autuado sem qualquer comprovação, não contém

elementos suficientes para combater a infração a ela imputada, ao omitir as saídas de mercadorias tributadas, encontrando-se a infração devidamente comprovada, com multa prevista no art. 42, inciso III, da lei 7.014/96.

Conclui pugnando pela procedência do presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, consigno que, depois de examinar as peças compõem o presente PAF, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. Observo que, com exceção das Infrações 04 e 05, o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, que pudesse inquinar de nulidade as demais infrações do presente lançamento.

No que diz respeito à alegação de decadência suscitada, para as operações cujos fato geradores ocorreram no período de janeiro a junho de 2015, observo que não há dúvida, que o ICMS é um imposto sujeito ao lançamento por homologação, contudo, a contagem do prazo decadencial relativamente aos fatos geradores constantes neste Auto de Infração, não pode ser feita com base no critério previsto no §4º, do art. 150 do CTN, pois os valores que estão sendo cobrados neste lançamento de ofício não foram pagos e nem lançados em documento próprio, pelo impugnante, para este tipo de operação, conforme dispõe o §1º e §2º, do art. 400 do RICMS/12. O critério previsto no §4º, do art. 150 do CTN, só se aplicaria se os citados valores tivessem sido apurados e pagos, ainda que parcialmente, conforme o entendimento firmado neste CONSEF e também através do Incidente de Uniformização PGE nº 2016.194710-0, exarado pela Procuradoria Estadual.

Diante das circunstâncias acima relatadas, o termo inicial da contagem do prazo decadencial é o previsto no inciso I, do art. 173 do CTN, “o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”. Dessa forma, para os fatos geradores ocorridos durante o exercício de 2015, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/20 para constituir o crédito tributário e, tendo em vista que o Autuado tomou ciência da autuação através da Intimação recebida em 07 de agosto de 2020, fl. 67, afasto a preliminar de decadência arguida pelo recorrente.

Quanto ao pedido do impugnante, para que sejam excluídos da sujeição passiva os sócios do estabelecimento autuado Josenaldo Souza dos Santos e Rosângela de Jesus e mantida a exigência em nome do sócio remanescente, Ivan dos Santos Torres, com base na “*Alteração Contratual por Transformação de Sociedade Empresária Ltda, em Empresa Individual de Responsabilidade Limitada Eireli*”, cópia às fls. 84 a 86, e no “*Termo de Responsabilidade, Assunção e Reconhecimento de Passivo Tributário e Outras Avenças*” cuja cópia acosta às fls. 88 e 89, informo que não é possível a transferência de responsabilidade tributária, tendo em vista que, pactos e contratos celebrados entre particulares não podem se opor aos interesses da Fazenda Pública, expressamente estabelece o art. xxx do CTN. Ademais, a alteração do Contrato Social e o Termo de Responsabilidade ocorreram em agosto de 2019, e os créditos tributários, ora exigidos são relativos ao período de janeiro de 2015 a julho de 2019, portanto, em plena vigência do quadro societário anterior, do qual constam os três citados sócio, conforme Dados Cadastrais do estabelecimento autuado, acostado à fl. 08v.

No mérito, o Auto de Infração imputa ao sujeito passivo o cometimento de omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro 2015 a julho de 2019.

Conforme se verifica nos demonstrativos acostados às fls. 12 a 50, cujas cópias, juntamente com os arquivos do Relatório TEF diário por operações, foram devidamente entregues ao autuado, foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito/débito, e o valor informado pelas administradoras e financeiras, e tal fato, constitui

presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no §4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[....]

§ 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.”

Pelo supra expendido, a infração sob análise decorre de uma presunção legal relativa, cabendo ao impugnante o ônus da prova, devendo trazer aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos. Logo, ao sujeito passivo caberia demonstrar a indicação das vendas diárias realizadas com cartão de crédito/débito no período fiscalizado, indicando os documentos fiscais comprobatórios emitidos com data e valor coincidentes para acobertar as operações de vendas com essas modalidades de pagamento.

Em suma, 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 TEFs, 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.

Em suas razões de defesa, o Impugnante reconheceu que o Contador não efetuou a entrega do SPED, aduzindo que, nem por isso, dá direito ao Fisco considerar o valor cheio das vendas com cartão de crédito para o Auto de Infração, sem levar em conta os produtos isentos na saída e os já tributados na entrada. Pugnou pela alteração no montante apurado no Auto de Infração, conforme as notas fiscais que diz acostar aos autos.

O Autuante, em sede de informação explicou que, diferentemente do que alegou o Autuado, os valores do imposto reclamado foram criteriosamente apurados a partir das vendas através de cartões de crédito/débito fornecidos pelas Administradoras de cartões, conforme planilhas às folhas 17 a 41 e Relatório de Informações TEF, folhas 43 a 47.

Assinalou que, como o Autuado não apresentou a EFD e os documentos fiscais de saídas para cálculo da proporcionalidade das operações tributadas e não tributadas, optou por fazer a proporcionalidade a partir das notas fiscais de entradas de mercadorias, pois, das poucas informações disponíveis essa era a mais benéfica para o contribuinte, conforme consta às fls. 22 a 26. Asseverou que o imposto foi calculado com base nas operações de vendas de mercadorias efetivamente tributadas, excluindo-se, portanto, as operações isentas, não tributadas e que já foram objeto de ST.

Ao compulsar as peças que compõem os presentes autos, constato que, de fato no período autuado o Defendente somente recolheu o imposto em valores ínfimos relativos à antecipação parcial [2015 - R\$508,80; 2016 - R\$2.259,49; 2017 - R\$722,27; 2018 - R\$369,90 e 2019 - R\$0,00], como se verifica nas Relações de DAEs dos exercícios de 2015 a 2019, fls. 48 a 53. Mesmo tendo vendido somente por meio de cartão e de débito, respectivamente, no período fiscalizado os valores de R\$1.211.651,80 - 2015; R\$1.727.119,36 - 2016; R\$1.274.888,31 - 2017; R\$606.208,58 - 2018 e R\$522.658,01 - 2019, como se verifica nos Relatórios de Informações TEF, fls. 43 a 47.

Constato também que, mesmo alegando ter carreado aos autos notas fiscais não acostou qualquer documento fiscal por ocasião da apresentação de sua Defesa.

Depois de examinar os demonstrativos elaborados pelo Autuante e acostados às fls. 17 a 31, cujas cópias foram entregues ao Impugnante, verifico que, ante a ausência das notas fiscais e de cupons fiscais, acertadamente foi efetuado o cálculo da proporcionalidade das operações tributadas e aplicado na apuração do débito, portanto, não assiste razão ao Defendente ao alegar que não foram consideradas na apuração as operações isentas e com o imposto antecipado.

Assim, pelo exposto, fica patente que as alegações, carreadas ao PAF pelo Defendente, afiguram-se desprovidas de qualquer fundamento fático, eis que não comprovam de forma inequívoca a correspondente emissão do documento fiscal para cada uma das operações de vendas pagas com cartão de crédito e de débito informada pelas operadoras de cartão de débito e de crédito.

Ademais, mesmo dispondo da cópia do Relatório TEF diário por operações, fornecido pelas operadoras, não logrou êxito em comprovar e inexistência da omissão de saídas apuradas.

Logo, como o Impugnante não carrou aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos, entendo que a acusação fiscal se encontra caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **300200.0020/19-5**, lavrado contra **MERCADINHO IRMÃOS TORRES EIRELI**, devendo ser intimado o Autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$424.751,46**, acrescido da multa de 100%, prevista no inciso III, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2021.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE/RELATOR

ARIVALDO DE LEMOS SANTANA - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA