

A. I. Nº. - 206878.0042/20-4
AUTUADO - LEAL & ANDRADE LTDA
AUTUANTE - ANALCIR EUGÊNIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - DAT METRO-INFAZ/VAREJO

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0179-06/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. INFRAÇÃO 01. 2. IMPOSTO NÃO ESCRITURADO NOS LIVROS PRÓPRIOS. FALTA DE PAGAMENTO. INFRAÇÃO 03. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES REGISTRADAS NA ESCRITA. SAÍDAS POSTERIORES NORMALMENTE TRIBUTADAS. MULTA. INFRAÇÃO 05. Irregularidades admitidas pelo autuado. Mantidas as infrações 01, 03 e 05. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALORES REFERENTES AO PAGAMENTO DA ANTECIPAÇÃO PARCIAL DE MÊS DIFERENTE DO MÊS EM QUE O CRÉDITO FOI UTILIZADO. INFRAÇÃO 02. Assiste razão à autoridade fiscalizadora ao discordar da justificativa apresentada na defesa, de que alguns valores recolhidos a título de antecipação parcial em setembro de 2019 poderiam ser utilizados a crédito em outubro do mesmo ano, pois, segundo o inciso II do art. 309 do RICMS/12, tal uso somente pode ser efetuado no mesmo mês em que ocorreu o pagamento, e não em mês posterior. Infração 02 caracterizada. 5. OPERAÇÕES DE VENDA COM PAGAMENTOS EM CARTÕES DE DÉBITO E CRÉDITO. DECLARAÇÃO EM NOTAS FISCAIS EM QUANTIAS MENORES DO QUE AQUELAS INFORMADAS POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. INFRAÇÃO 04. Trata-se de presunção legal relativa, que pode ser afastada pelo defendente na hipótese de apresentação de notas fiscais com coincidências de valores e datas em relação àqueles (as) designados (as) no Relatório Diário de Operações TEF, o que não ocorreu. Infração 04 caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração (AI) epigrafado foi lavrado em 30/12/2020 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico total de R\$142.079,52, sob a acusação do cometimento das 05 (cinco) seguintes irregularidades.

Infração 01 – 01.02.05 - Utilização indevida de crédito, referente a aquisições sujeitas ao regime da substituição tributária (01 a 12/2019). R\$3.870,24 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 02 – 01.02.74 - *“Utilizou a maior crédito fiscal de ICMS referente a antecipação parcial de mercadorias adquiridas de outra unidade da Federação ou do exterior. Utilização indevida de crédito fiscal apurada pela escrituração da antecipação parcial do ICMS no DEMONSTRATIVO DO VALOR TOTAL DOS AJUSTES A CRÉDITO, parte integrante dos REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO*

ICMS – OPERAÇÕES PRÓPRIAS, e os valores efetivamente pagos dentro do período de apuração do imposto” (04 e 10/2019). R\$34.470,10 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 03 – 02.01.02 - Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do imposto não escriturado nos livros fiscais próprios. Em razão do não lançamento de operações tributadas no livro Registro de Saídas (01/2019). R\$12.997,81 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/1996.

Infração 04 – 05.08.01 - Omissão de saídas, apurada por meio de levantamento de vendas com cartões de débito e crédito (01 a 12/2019). R\$66.761,40 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/1996.

Infração 05 – 07.01.03 - Multa percentual sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade própria, relativo a operações sujeitas ao regime da substituição, devidamente registradas na escrita, com saídas posteriores normalmente tributadas (01 a 12/2019). Multa de R\$23.979,97, prevista no art. 42, II, “d” e § 1º da Lei nº 7.014/1996.

O sujeito passivo ingressa com defesa às fls. 427 a 430.

Reconhece o cometimento das infrações 01, 03 e 05 na totalidade e parcial da infração 02 (referente à ocorrência de 04/2019).

No tocante à ocorrência de 10/2019 da infração 02, discorda em parte do lançamento, haja vista que os valores indicados na planilha de fl. 428, “lançados a crédito em outubro de 2019”, foram recolhidos em setembro do mesmo ano, conforme as colunas “Data-pag” e “Referência” do mencionado demonstrativo (de fl. 428).

Quanto à infração 04, não concorda com a apuração do valor devido, pois o autuante não teria discriminado os valores das operações supostamente inferiores aos informados pelas prestadoras ou administradoras de cartão. Também não concorda com o índice de proporcionalidade, anualmente aplicado, uma vez que a apuração do imposto é mensal, e não anual.

As planilhas comparativas de vendas por meio de cartões, elaboradas pelo Fisco, trazem as discriminações dos valores apurados por meio de notas fiscais eletrônicas e de notas fiscais de consumidor eletrônicas, o que não coincide com o preceito da presunção legal, que se refere a operações ou prestações declaradas pelo contribuinte.

Estar-se-ia diante da situação prevista na Súmula nº 01 do Conseq, segundo a qual é nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensível, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado na apuração.

A metodologia utilizada não se coaduna com a presunção legal arguida. A demonstração da base de cálculo é incerta e o montante do débito não é passível de apuração.

Os valores das operações ou prestações declaradas pelo sujeito passivo, nos termos previstos na legislação, na verdade, são aqueles contidos em DMAs.

Pede deferimento.

Na Informação Fiscal, de fls. 436 a 439, o Auditor – em referência à Infração 02 -, discorda da justificativa apresentada na defesa, de que alguns valores recolhidos a título de antecipação parcial em setembro de 2019 poderiam ser utilizados a crédito em outubro do mesmo ano, pois, segundo o inciso II do art. 309 do RICMS/12, tal uso somente pode ser efetuado no mesmo mês em que ocorreu o pagamento, e não em mês posterior.

Refuta os argumentos defensivos atinentes à Infração 04, pois nela se exige o imposto decorrente da omissão do registro de saídas tributáveis, apurada por intermédio das divergências entre as vendas realizadas via cartões de crédito e/ou débito (cujas informações são oferecidas por administradoras e prestadoras de serviços financeiros) e aquelas registradas em notas fiscais de

consumidor eletrônicas ou notas fiscais eletrônicas (ambas série 01), o que se fez com fundamento no art. 4º, §4º, VI da Lei 7.014/1996.

O Sujeito Passivo, apesar de ter recebido o Relatório Diário de Operações TEF, de fls. 60 a 97, juntamente com os levantamentos, extratos (Relatório Anual de Informações TEF) e documentos fiscais, de fls. 22 a 59, não apresentou fatos capazes de afastarem a imputação.

Salienta, também, que na auditoria foram observadas as normas da Instrução Normativa nº 56/2007, no que tange à aplicação da proporcionalidade entre operações tributadas e não tributadas, realizada com base nos lançamentos mensais de Notas Fiscais Eletrônicas no Livro Registro de Entradas (método de apuração da proporcionalidade juntado à fl. 24 e do livro Registro de Entradas às fls. 222 a 406).

Pugna pela Procedência da autuação.

VOTO

Relativamente a todas as imputações, o auditor expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu as respectivas irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º; RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação e no próprio reconhecimento da procedência das infrações 01, 03 e 05 na totalidade e parcial da infração 02 (referente à ocorrência de 04/2019).

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários para julgar estão contidos nos autos. Decido que não é o caso de convertê-los em diligência, fundamentado no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

Como já disse, foi reconhecida pelo impugnante a procedência das infrações 01, 03 e 05 na totalidade e parcial da Infração 02 (referente à ocorrência de 04/2019).

Assim, com fulcro no art. 140 do RPAF/99, as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas”.

Mantidas as Infrações 01, 03 e 05.

Com referência à parcela controvertida da segunda imputação, cuja ocorrência se deu em 10/2019, o contribuinte entende que os valores indicados na planilha de fl. 428, que elaborou, “*lançados a crédito em outubro de 2019*”, foram recolhidos em setembro do mesmo ano, conforme as colunas “*Data-pag*” e “*Referência*” do mencionado demonstrativo (de fl. 428).

Entretanto, tal procedimento encontra óbice no art. 309, II do RICMS/12, segundo o qual:

“Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(...)

II - o valor do imposto antecipado parcialmente pelos contribuintes cujo imposto seja apurado pelo regime de conta-corrente fiscal, cabendo a sua escrituração no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos” do Registro de Apuração do ICMS, no período em que ocorrer o recolhimento;

(...).”

Assiste razão à autoridade fiscalizadora ao discordar da justificativa apresentada na defesa, de que alguns valores recolhidos a título de antecipação parcial em setembro de 2019 poderiam ser utilizados a crédito em outubro do mesmo ano, pois, segundo o inciso II do art. 309 do RICMS/12, tal uso somente pode ser efetuado no mesmo mês em que ocorreu o pagamento, e não em mês posterior.

Infração 02 caracterizada.

A quarta infração nada tem a ver com DMAs. Diz respeito à presunção legal, contida no art. 4º, §4º, VI da Lei 7.014/1996, de que o contribuinte, ao registrar em documentos fiscais, sejam eles Notas de Consumidor Eletrônicas ou Notas Eletrônicas, valores inferiores aos informados à SEFAZ por instituições financeiras, efetuou operações de saídas tributáveis sem os documentos exigidos na legislação e sem o devido recolhimento.

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

(...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

(...)

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) revogada;

c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;

(...)”.

Como bem disse o auditor, trata-se de presunção legal relativa, que pode ser afastada pelo defendente na hipótese de apresentação de notas fiscais com coincidências de valores e datas em relação àqueles (as) designados (as) no Relatório Diário de Operações TEF, o que não ocorreu.

Observadas as normas da Instrução Normativa nº 56/2007, no que tange à aplicação da proporcionalidade entre operações tributadas e não tributadas, realizada com base nos lançamentos mensais de notas fiscais eletrônicas no livro Registro de Entradas (método de apuração da proporcionalidade juntado à fl. 24 e do livro Registro de Entradas às fls. 222 a 406).

O SUPERINTENDENTE DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA, no uso de suas atribuições e considerando as decisões reiteradas do Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, editou a referida Instrução Normativa no sentido de excluir da base de cálculo do ICMS lançado de ofício, com base no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, os valores relativos às operações isentas, não tributadas e/ ou sujeitas à antecipação ou substituição tributária, desde que provados pelo contribuinte, por meio de dados e informações das operações mercantis, que costumeiramente as realiza.

Apurada omissão de operações de saídas de mercadorias, nas hipóteses previstas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o preposto fiscal poderá considerar, e considerou, que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e/ ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido.

Infração 04 caracterizada.

Em face do 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 **206878.0042/20-4**, lavrado contra **LEAL & ANDRADE LTDA.**, devendo ser intimado o Autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor

de **R\$118.099,51**, acrescido das multas de 60% sobre R\$38.340,34 e de 100% sobre R\$79.759,21, previstas no art. 42, III e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, somados da multa de **R\$23.979,96**, prevista no art. 42, II, “d” e § 1º da citada Lei, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2022.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO - JULGADOR