

A.I. Nº - 110019.0010/06-3
AUTUADO - JOANA LUÍZA SCHNITMAN SILVA
AUTUANTE - DEMOSTHENES SOARES DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 05/02/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0016-05/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. DECLARAÇÃO DE VENDAS PELO CONTRIBUINTE EM VALORES INFERIORES ÀS INFORMAÇÕES FORNECIDAS POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E ADMINISTRADORAS DE CARTÕES DE CRÉDITO. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Infração não elidida. Rejeitadas as argüições de nulidade ao lançamento fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração, lavrado em 31/3/2006, exige ICMS no valor de R\$33.566,31, acrescido da multa de 70%, em decorrência da omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio do levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao que foi fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito - julho a dezembro de 2004.

O autuado impugnou o lançamento fiscal (fls. 13/16) insurgindo-se contra a presunção legal, por entender não ser fato gerador do ICMS.

Em seguida, informou que a auditoria foi realizada através de um comparativo das informações prestadas sobre suas vendas por ECF, presentes nos arquivos magnéticos enviados à Secretaria da Fazenda, com aquelas apresentadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. No entanto, não foram levadas em consideração as notas fiscais de vendas emitidas, conforme comando do art. 218, III, "b", do RICMS/97, vendas estas que podem ser "a vista", "prazo" ou através de cartão de crédito ou débito. Disse que vende móveis, mercadorias com entrega posterior. Além do mais, 90% da sua comercialização são de produtos complementos dos mesmos e que seguem a mesma sistemática de entrega. Em sendo assim, é obrigado a emitir notas fiscais para acompanhar as mercadorias.

Informou que "tentou" apresentar suas vendas através de notas fiscais e que constam na DME entregue. E, enquanto o preposto fiscal encontrou uma diferença de base de cálculo no valor de R\$372.959,00, na realidade suas vendas importaram em R\$641.767,21, ou seja, 72% a mais do que a diferença apurada pela fiscalização. Com estas informações, entendeu que não ter havido qualquer omissão de saídas de mercadorias sem estar acobertada de documento fiscal.

Analisando os artigos do Regulamento citados pelo autuante (art. 50 e 124), afirmou que os mesmos não se aplicam à autuação, já que não ficou caracterizada a ocorrência do fato gerador

do imposto. E, pelo mesmo motivo, também era inválida a citação do art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Observou que, conforme comando do art. 5º, LVII, da Constituição Federal e do art. 212, V, art. 219 e art. 230 do Novo Código Civil não poderia ser autuado por presunção.

Dizendo ser contribuinte que cumpri regularmente com suas obrigações tributárias e como provou que o valor de suas vendas haviam sido maior do que apurado pelo fisco restava descaracterizada a infração à empresa imputada. Requeru a anulação do Auto de Infração.

O autuante contra argumentou as razões de defesa (fl. 26) dizendo ser ela de cunho procrastinatório, pois:

1. o levantamento fiscal foi realizado a partir das leituras "z" do equipamento da empresa, que não apresentou qualquer nota fiscal, série B ou de venda á consumidor;
2. no momento de sua defesa continuou a não apresentar qualquer documento que desconstituísse a autuação.

Entendendo que no caso não deveria ser deferida diligência fiscal, pugnou pela manutenção da autuação.

Os autos foram baixados em diligência para que fosse entregue ao contribuinte cópias dos TEF diários. Houve a reabertura do prazo de defesa (fl. 29). A Repartição Fiscal além de cumprir o que foi solicitado, ainda intimou o contribuinte para apresentar cópias das notas fiscais emitidas no período e que, comprovadamente, foram vendas pagas através de cartões de crédito e/ou débito (fl. 32).

O autuado (fl. 34) apensou aos autos cópias de notas fiscais, modelo 1 (fls. 35/904), informando que como a entrega das mercadorias se dão até quarenta dias após as vendas, entregava cópias de notas fiscais referentes aos meses de julho de 2004 a janeiro de 2005.

Voltando a indicar as diversas formas de pagamento, bem como, a emissão de várias notas fiscais para uma só compra, a depender do prazo de entrega das mercadorias, afirmou não poder "casá-las" com os boletos de pagamentos.

Pugnou pela improcedência da autuação diante do valor do seu faturamento anual e o valor anual informado pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.

O autuante, em manifestação (fls. 907/908), ratificou o procedimento fiscal diante da afirmativa do impugnante de que não poderia correlacionar as notas fiscais com os comprovantes de pagamentos. Disse, porém, que considerava pertinentes os argumentos da empresa diante das particularidades inerentes ao seu segmento econômico, assim como, pela constatação de que o seu faturamento foi maior do que as vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Deixou a critério deste Colegiado a decisão sobre a matéria.

VOTO

A acusação do presente Auto de Infração trata da presunção de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, decorrente de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que ele prove a improcedência da presunção, conforme autoriza o art. 4, § 4º, da Lei nº 7.014/96, no exercício de 2003.

Inicialmente observei de que o autuado não recebeu cópias dos TEF diários (arquivos contendo as informações enviadas à Secretaria de Fazenda pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito) onde constam as operações comerciais individualizadas e que compuseram os valores informados no Relatório de Informações TEF – Anual, emitido pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito. Solicitada esta providência, ela foi cumprida e reaberto prazo de defesa (fl.

32). Neste sentido, mesmo não levantado pela defesa, foi sanado o erro de encaminhamento processual.

O impugnante entendeu que os artigos regulamentares ditos infringidos, bem como aquele da lei aplicado em relação à multa, não se coadunavam com a autuação, pois não existiu fato gerador do imposto. Portanto, o auto era nulo. Este é argumento apenas válido se a presunção legal não for provada, não se configurando nulidade e sim improcedência da autuação.

Disse, ainda, que conforme comando do art. 5º, LVII, da Constituição Federal e do art. 212, V, art. 219 e art. 230 do Novo Código Civil não poderia ser autuado por presunção. No presente caso, não existe inobservância do contido no 5º, LVII, da Constituição Federal, pois quando da ação fiscal ainda não existia contencioso para haver sentença transitada em julgado. E, quanto aos artigos do Novo Código do processo Civil citados, eles, aqui, também não cabem diante das próprias determinações legais. Observo, apenas, que a presunção legal que autoriza a omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto foi incluída na legislação tributária do Estado através da Lei nº 8.542, de 27/12/2002, publicado no DOE de 28 e 29/12/2002, que alterou o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. E no Regulamento esta disposição legal foi acrescentada pela Alteração nº 38 – Decreto nº 8.413, de 30/12/2002, publicado no DOE de 31/12/2002.

No mérito, para a apuração do imposto o autuante confrontou os valores fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito e instituições financeiras com aqueles apresentados pela Redução Z do ECF do contribuinte, conforme planilha comparativa elaborada e apensada aos autos (fl. 7). Em seguida, calculou o imposto aplicando a alíquota de 17%, dando um crédito presumido de 8% sobre a diferença do imposto apurado já que a empresa encontra-se enquadrada no SimBahia na condição de empresa de pequeno porte (Lei nº 7.357/98 – art. 19 § 1º).

Por ser a acusação uma presunção legal *jurus tantum*, o autuado apresentou como razões de defesa:

1. os pagamentos de suas vendas podem ser feitos em espécie, por cheques, parte em espécie, parte em cartão, havendo diversas combinações. Também são realizadas vendas “a vista” ou “a prazo”. Observo que a autuação diz respeito, exclusivamente, às vendas realizadas com pagamento por cartão de débito e/ou crédito. No caso, vendas com pagamento em espécie ou em cheques nela não estão contidas. Se houve vendas parte em espécie e/ou cheque e parte em cartão, cabe ao autuado a prova. E, se “a prazo” ou a “vista”, esta situação não afeta a autuação, pois a informação que as administradoras enviam ao fisco é o valor total da venda realizada.

2. como sua vendas, no exercício de 2004, foram na ordem de R\$641.767,21, conforme apresentadas na DME entregue e como o autuante encontrou uma base de cálculo no valor de R\$372.959,00, não poderia ser acusado de qualquer omissão de saídas de mercadorias sem nota fiscal. Este é raciocínio equivocado. O valor de R\$372.959,00 diz respeito, apenas, às vendas realizadas através de cartão de crédito e/ou débito, não estando incluídas as vendas efetuadas com outras modalidades de pagamento. Aqui não se está a falar do valor do faturamento anual da empresa. A diferença que se cobra decorre, exclusivamente, desta modalidade de pagamento. Assim não tem valia o argumento de que o faturamento anual informado ao fisco foi 72% maior do que o indicado na ação fiscal.

3. comercializa com muitos produtos para entrega futura (móveis e utensílios a eles correlatos). Em sendo assim, o autuante não observou a emissão de notas fiscais, modelos 1 ou 1-A, conforme determina o art. 218, III, “b”, do RICMS/97. Como este é argumento pertinente diante da peculiaridade de sua atividade comercial, quando da solicitação de diligência por este Colegiado, a Repartição Fiscal intimou o contribuinte para apresentá-las, as correlacionando com os comprovantes de pagamento através de cartões de crédito e/ou débito. O autuado apensou aos

autos cópias de inúmeras notas fiscais e disse que, diante desta peculiaridade, não podia correlacionar os comprovantes de pagamento com cartões e as respectivas vendas. Além do mais é obrigado a emitir notas fiscais para acompanhar as mercadorias, que foram vendidas em uma única operação.

Observo, em primeiro lugar, o que determina a legislação tributária a respeito da matéria e que o autuado estava obrigado a seguir. O art. 824-E determinava (de 1/1/2003 (Decreto nº 8413, de 30/12/2002, DOE de 31/12/2002) a 19/1/2006, quando foi revogado pela alteração nº 73 (Decreto nº 9760, de 18/1/2006, DOE de 19/1/2006), *que a impressão de Comprovante de Crédito ou Débito referente ao pagamento efetuado por meio de cartão de crédito ou de débito realizado por meio de transferência eletrônica de fundos deverá ocorrer no ECF, vedada a utilização, no estabelecimento do contribuinte, de equipamento do tipo Point Of Sale (POS), ou qualquer outro, que possua recursos que possibilitem ao contribuinte a não emissão do comprovante*. Inclusive no seu § 3º determinava que o *contribuinte que receber como meio de pagamento cartão de crédito ou de débito deverá informar no anverso do respectivo comprovante, nos casos em que o comprovante não seja impresso no ECF, o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação ou prestação, seguido, se for o caso, do número sequencial do equipamento no estabelecimento, devendo o tipo do documento fiscal emitido ser indicado por: I - CF, para Cupom Fiscal; II - BP, para Bilhete de Passagem; III – NF para Nota Fiscal; IV - NC, para Nota Fiscal de Venda a Consumidor - efeitos a partir de 1/1/2003 – Decreto nº 8435/03 e V - NS, para Nota Fiscal de Prestação de Serviço*.

Diante da norma acima posta, nos comprovantes de pagamento por cartão de crédito e/ou débito deve constar o número da nota fiscal emitida (ou notas fiscais, observando o argumento de defesa de que emite mais de uma para a entrega de mercadorias realizadas em uma única operação de venda). Mas, mesmo não seguindo estas determinações, tem este Colegiado, e o fisco, acolhida a prova apresentada pelo contribuinte quando se correlaciona o documento fiscal e o comprovante de pagamento. E foi esta a posição que tomou a Repartição Fiscal.

O autuado não apresentou qualquer comprovante dos pagamentos realizados a crédito e/ou débito. Além do mais, as cópias das notas fiscais apensadas aos autos possuem fortes indícios de rasuras, em todos os seus campos, que devem ser esclarecidos pelo autuado.

Por tudo exposto, mesmo entendendo que pode ter havido vendas realizadas através de notas fiscais e pagas com cartão de crédito e/ou débito, a presunção legal deve ser desconstituída pelo autuado. Não sendo trazidas provas materiais para a desconstituição do tributo ora em discussão, neste momento voto pela procedência da autuação para exigir o ICMS no valor de R\$33.566,31.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110019.0010/06-3, lavrado contra **JOANA LUÍZA SCHNITMAN SILVA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.566,31**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2007.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE/RELATORA

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÉA – JULGADOR