

A. I. Nº - 003424.0501/05-0
AUTUADO - JOSÉ LÍDIO FÉLIX DE OLIVIERA
AUTUANTE - CLAYTON FARIA DE LIMA
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 26.04.07

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0106-02/07

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. A 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. Através de diligência fiscal foram refeitos os cálculos incluindo-se a dedução do crédito fiscal presumido de 8% reduzindo o valor do lançamento. Em relação ao exercício de 2004, este tipo de auditoria não deve ser aplicada, vez que comprovado em diligência ser a quase totalidade das mercadorias comercializadas, mais de 93%, são isentas e tributadas antecipadamente. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 25/02/2005, exige ICMS no montante de R\$ 129.926,50, em razão da falta de recolhimento nos prazos regulamentares do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros Fiscais próprios, no período de novembro de 2002 a novembro de 2004.

O autuado, através de seu representante legal, ingressa com defesa às fls. 248 a 255, impugnando o lançamento argüindo inicialmente preliminar de nulidade a falta de clareza na acusação fiscal invocando o art. 18 do RPAF-BA/99.

Afirma que mesmo depois de analisar os demonstrativos elaborados pelo autuante não conseguira compreender as conclusões a que chegara a fiscalização em relação aos valores apontados como omitidos de sua escrita fiscal, já que o faturamento declarado em suas DME's é muito superior ao informado pelas administradoras de cartões de crédito e de débito.

Diz que por não saber exatamente do que está sendo acusado teve impedido o exercício do seu direito de defesa.

Transcreve o autuado em seu arrazoado diversas ementas de julgamentos nulos do CONSEF para corroborar com sua tese de falta de clareza e segurança na acusação fiscal.

Apresenta planilha comparativa entre os valores de suas vendas totais e os fornecidos pelas administradoras de cartões para demonstrar que no período fiscalizado, suas vendas totais atingiram valores bem superiores, ou seja, muito mais que o dobro das vendas por meio de cartão de crédito e de débito.

Prossegue aduzindo que a fiscalização aplicou incorretamente a alíquota de 17% sobre o valor da base de cálculo tendo em vista o seu enquadramento no regime especial do SimBahia como

empresa de pequeno porte – EPP, cujas alíquotas aplicáveis são as previstas no art. 384-A do RICMS-BA/97.

Redargúi manifestando sua estranheza em relação ao teor da acusação fiscal que aponta a “falta de recolhimento do ICMS referente a operações não escrituradas nos Livros Fiscais próprios”, tendo em vista que, conforme determinação expressa contida no art. 408-C, está dispensado da escrituração dos livros Registro de Entradas e de Saídas, enquadrado que se encontrava no período fiscalizado como EPP do SimBahia.

Conclui, por fim, requerendo a nulidade do Auto de Infração.

O autuante ao proceder à informação fiscal, fl. 57, observa que, apesar de no campo da infração no Auto de Infração constar a descrição padrão editada pelo sistema informatizado desta SEFAZ, alegada pela defesa como não sendo clara o suficiente para a sua compreensão, no campo “Descrição dos Fatos” consta a descrição pormenorizada dos fatos indicando claramente tratar-se de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através do confronto entre as vendas por meio de cartão de crédito e de débito declaradas pelo autuado e as fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e de débito.

Assegura o autuante que tanto a fiscalização quanto a autuação foram realizadas de maneira direta e objetiva e respaldada no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Ressalta ainda que, conforme orientara e esclarecera ao próprio autuado por ocasião da fiscalização, somente a apresentação de cada boleto de venda efetuada por meio de cartão de crédito ou de débito acompanhada da respectiva nota fiscal ou cupom fiscal é que poderia elidir a acusação fiscal.

Conclui mantendo a ação fiscal.

Ao ser analisado o presente Auto de Infração pela 3ª JJF, em pauta suplementar, fls. 260 a 261, seus componentes decidiram baixar os autos em diligência para que fosse providenciado pelo fiscal autuante o seguinte:

1. fornecer ao contribuinte, mediante recibo, cópia do Relatório TEF diário por operação fornecido pelas administradoras;
2. anexar ao PAF cópia do relatório acima referido;
3. informar qual o percentual das vendas de mercadorias isentas ou tributadas antecipadamente no faturamento global da empresa em cada exercício fiscalizado.

Determinando, também, que, após o término da diligência e intimado o autuado para conhecimento de seu resultado, fosse reaberto o prazo de defesa de trinta dias.

O autuante no atendimento da diligência informa que entregou ao contribuinte e anexou aos autos as cópias do relatório TEF diário por operação, no entanto, afirma não ter condições de atender ao item 3 da solicitação da diligência, ou seja, informar o percentual das vendas isentas e tributadas antecipadamente, alegando que o trabalho envolve tarefa com mais detalhes e profundidade e, para tanto, careceria uma nova e específica ordem de serviço, fl. 263 a ou 264.

O autuado ao tomar ciência do resultado da diligência, reitera, inicialmente, todas suas alegações apresentadas na defesa em que aduz a preliminar de nulidade em face da falta de clareza da acusação fiscal.

Prosegue citando os dispositivos legais contidos nos regimentos internos, tanto do CONSEF, quanto da Superintendência de Administração Tributária - SAT, que regem as regras e determinações para realização de diligências, perícias e revisões fiscais pelos auditores fiscais, para enfatizar que o diligente não cumpriu a determinação da 3ª JJF e que, por isso, não restou esclarecido os aspectos nebulosos do lançamento.

Aborda mais uma vez suas argumentações aduzidas na defesa e requer a nulidade do Auto de Infração. Ou, alternativamente, que seja julgado improcedente, tendo em vista a aplicação da

alíquota do regime normal de apuração, mesmo seu estabelecimento estando enquadrado como EPP do SimBahia. Acrescentando ainda que, caso seja mantida a alíquota normal que sejam excluídas do lançamento as mercadorias isentas e substituídas.

Em face da aposentadoria do autuante, a auditora fiscal designada para proceder nova informação fiscal, ante a manifestação do autuado acerca do resultado da diligência, fls. 1.093 a 1.094, observa ter constatado que não fora entregue ao autuado as cópias do relatório TEF diário por operações, por isso, assegura que providenciou a entrega, fls. 1.101 a 1.105.

Diz também ter apensado aos autos os demonstrativos mês a mês o percentual solicitado das vendas tributadas e isentas ou tributadas antecipadamente, fls. 1.095 a 1.100, onde constam que os percentuais das vendas de mercadorias tributáveis nos exercícios de 2002, 2003 e 2004 foram, respectivamente, 20,55%, 10,94% e 7,02%, com seus complementos da totalidade como sendo de vendas de mercadorias isentas ou tributadas antecipadamente.

Conclui a informante assegurando que fora intimado o autuado para fornecimento das cópias dos demonstrativos e reaberto novo prazo de defesa de trinta dias, para que pudesse se manifestar, na forma regimentalmente prevista.

O autuado ao se manifestar a respeito do resultado suplementar da diligência, fls. 1109 a 1120, além de reiterar suas alegações aduzidas em seus arrazoados anteriores, reafirma que o resultado da primeira diligência fora inócuo, eis que, não contribuiria para o esclarecimento dos pontos obscuros do Auto de Infração. Já em relação ao resultado suplementar da diligência apresentado pela auditora diligente, afirma que o fornecimento das cópias do relatório TEF diário por operação pouco colaboraram para a elucidação do lançamento fiscal.

Acrescenta que as duas diligências não conseguiram aclarar os pontos obscuros do Auto de Infração, pois somente resultaram na inversão da prova determinando que o contribuinte supra as deficiências probantes do autuante, sob pena de ser julgado procedente a insustentável acusação fiscal que contraria a própria jurisprudência do CONSEF, transcrevendo, para tanto, trecho de voto de julgamento da 2ª CJF e de diversos outros proferidos pelas Juntas de Julgamento Fiscal, com o objetivo de consubstanciar seus argumentos tendente pela nulidade do Auto de Infração.

A auditora informante se manifesta acerca das ponderações apresentadas pelo autuado, fl. 1.122, reafirmando que fora cumprida todas as determinações da diligência fiscal solicitada pela 3ª JJF e que o autuado tivera a oportunidade de comprovar, com base no relatório TEF diário por operação a ele fornecido, quais os documentos fiscais emitidos nas vendas por meio de cartão de crédito e de débito e que foram indevidamente incluídas no lançamento, e não o fez.

Acrescenta ainda a auditora informante que constatara que apesar da condição do autuado de enquadrado como EPP do SimBahia, na apuração do débito objeto do Auto de Infração não fora concedido o crédito presumido de 8%. Sendo assim, informa que elaborou novas planilhas de apuração e de débito contemplando o referido débito, fls. 1.123 a 1.124. Com isso o débito originalmente lançado de R\$ 129.926,50, foi reduzido par R\$ 64.638,87, fl. 1.023.

Intimado para tomar ciência, fl. 1126, o autuado não se manifestou.

VOTO

Inicialmente deixo de acatar a preliminar de nulidade suscitada pela defesa, sob a alegação de falta de elementos suficientes para determinar com segurança a infração prejudicando o exercício de seu direito de ampla defesa, tendo em vista que especificamente no que diz respeito a falta de clareza da descrição da infração propriamente dita, entendo não assistir razão ao autuado, vez que no campo do Auto de Infração “Descrição dos Fatos”, fl. 01, verifica-se de forma transparente e inteligível a completa descrição dos fatos e de todas as etapas percorrida pela fiscalização na apuração da infração, ora em lide. No tocante à falta de elementos informativos em relação à origem dos valores apurados pela fiscalização, constato que este óbice fora também superado com o fornecimento ao autuado do relatório TEF diário por operação onde constam

individualizadamente todas as operações realizadas por meio de cartão de crédito e de débito, fl. 1.103, portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa, vez que o autuado tivera condições de elidir a acusação fiscal apresentando a documentação fiscal – nota fiscal ou cupom fiscal – cujas operações foram realizadas por meio de cartão de crédito ou de débito e que não foram consideradas na autuação.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS em razão de 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, apuradas de novembro de 2002 a novembro de 2004.

A defesa ressalta também o autuado em seu arrazoado que, por está enquadrado como optante do SimBahia como Empresa de Pequeno Porte – EPP, não está sujeito à alíquota tida como infringida pelo autuante, observando ainda que, acorde evidenciado em suas DME's, os valores relativos às vendas por meio de cartões de crédito e de débito informados pelas administradoras são bem inferiores aos declarados nas DME's.

Constam dos autos que o débito apurado na única infração, ora em lide, fora efetuado com base no confronto entre as informações fornecidas pelas administradoras de crédito e de débito e os valores das operações de vendas informadas nas reduções "Z", do ECF do autuado, fls. 12 a 246, que, por não constarem informação alguma acerca das operações com cartões de crédito e de débito, foram consideradas nulas, ou seja, prevaleceu como débito exigido, a integralidade dos valores informados pelas administradoras de cartões, fls. 11, 34 e 161.

Diligência solicitada e atendida pelo autuante carreou aos autos e forneceu cópias ao autuado dos TEF's diários por operação, além de colacionar aos autos, demonstrativo da composição das operações de saídas em relação à natureza tributária, fls. 1095 a 1100 e 1093, onde restou evidenciado que nos exercícios de 2002, 2003 e 2004, respectivamente, os percentuais 79,45%, 89,06% e 93,38% das saídas do autuado são constituídas de mercadorias isentas e não tributáveis. O diligente também efetuou um novo demonstrativo de débito incluindo a concessão do crédito presumido de 8%, por estás o autuado enquadrado no SimBahia como EPP, e originalmente não ter sido considerado pelo autuante.

Depois de examinar detidamente todos os elementos que compõem os presentes autos, precípuamente analisando os demonstrativos, verifico que se encontram devidamente demonstrados em cada coluna os valores mensais das vendas com cartão de crédito/débito constantes da Redução Z, e as vendas com cartão de crédito informadas pelas administradoras (débito mais cartão de crédito), valores esses, extraídos dos dados das Reduções Z da ECF, e através do Relatório de Informações TEF – Anual constantes no INC – Informações do Contribuinte. Inclusive, conforme se verifica às fls. 1123 a 1125, a fiscal diligente incluiu ao refazer os demonstrativos uma coluna correspondente ao crédito presumido de 8% que foi deduzido do imposto decorrente da diferença apurada entre as vendas Redução Z para as vendas informadas pela administradora de cartão de crédito, dada a condição de empresa de pequeno porte do estabelecimento enquadrada no SIMBAHIA.

De acordo com § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, *in verbis*: “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”.

Portanto, 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. Por isso entendo que devem ser excluídos do montante apurado os meses de novembro e dezembro de 2002.

Contudo, considerando conforme se depreende do levantamento elaborado pelo diligente, fl. 1.100, onde se afigura demonstrado que o autuado no exercício de 2004 do total das saídas de mercadorias apenas o percentual de 7,4 5% é constituído de mercadorias tributáveis, ou seja, a quase totalidade das saídas de mercadorias são isentas ou não tributadas antecipadamente.

Assim, consoante com o posicionamento que este Conselho de Fazenda vem adotando para situações similares, entendo que este roteiro de fiscalização não deve ser aplicado para a atividade da empresa, pois, como a quase totalidade de suas saídas são de mercadorias cuja fase de tributação encontrava-se encerrada, o roteiro de auditoria aplicado não é adequado para a apuração de eventuais irregularidades.

Assim, nos termos do artigo 21 do RPAF-BA/99, fica representada a autoridade fazendária da jurisdição do contribuinte, para que seja examinada a necessidade de uma nova ação fiscal, em relação aos exercícios de 2002 e de 2004.

Mesmo de posse do relatório TEF diário por operação o autuado não comprovou através da apresentação documentos fiscais por ele emitidos em operações de vendas por meio de cartão de crédito e que não foram considerados pela fiscalização. Por isso mantendo a autuação apurada no exercício de 2003 considerando a dedução do crédito presumido de 8%, previsto no § 1º, do art. 408-S do RICMS-BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Em suma, mantendo parcialmente a infração remanescendo, portanto, na forma supra enunciada somente o débito apurado no exercício de 2003 a seguir demonstrado.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

DATA OCOR.	DATA VENC.	DIFERENÇA APURADA	ALIQ.	ICMS	CRED. PRESUMIDO 8 %	BASE DE CÁLCULO	MULTA
31/01/03	09/02/03	29.373,11	17,0%	4.993,43	2.349,85	2.643,58	60,0%
28/02/03	09/03/03	24.307,47	17,0%	4.132,27	1.944,60	2.187,67	60,0%
31/03/03	09/04/03	23.232,47	17,0%	3.949,52	1.858,60	2.090,92	60,0%
30/04/03	09/05/03	21.033,64	17,0%	3.575,72	1.682,69	1.893,03	60,0%
31/05/03	09/06/03	24.564,88	17,0%	4.176,03	1.965,19	2.210,84	60,0%
30/06/03	09/07/03	25.837,76	17,0%	4.392,42	2.067,02	2.325,40	60,0%
31/07/03	09/08/03	26.440,35	17,0%	4.494,86	2.115,23	2.379,63	60,0%
31/08/03	09/09/03	26.383,82	17,0%	4.485,25	2.110,71	2.374,54	60,0%
30/09/03	09/10/03	29.992,35	17,0%	5.098,70	2.399,39	2.699,31	60,0%
31/10/03	09/11/03	30.671,23	17,0%	5.214,11	2.453,70	2.760,41	60,0%
30/11/03	09/12/03	29.724,82	17,0%	5.053,22	2.377,99	2.675,23	60,0%
31/12/03	09/01/04	31.857,11	17,0%	5.415,71	2.548,57	2.867,14	60,0%
T O T A L						29.107,71	

Ante o exposto, concluso dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou efetivamente comprovado o cometimento parcial, por parte do autuado, da infração que lhe fora imputada.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 003424.0501/05-0, lavrado contra **JOSÉ LÍDIO FELIX DE OLIVEIRA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor de R\$ 29.107,71, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de abril de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR