

A. I. Nº - 206935.0017/06-7
AUTUADO - SENA E ANDRADE LTDA.
AUTUANTE - UBALDO REIS RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 23. 08. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0257-01/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Não foram apresentados elementos probatórios que elidissem a infração. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 13/09/2006, exige ICMS no valor de R\$ 2.578,86, em razão da omissão de saída de mercadoria tributada, apurada mediante levantamento de venda com pagamento através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, relativo aos meses de janeiro a julho de 2006.

O autuado ingressa com defesa às fls. 20 a 27 dos autos, alegando que lança os valores pagos em cartão de débito em vendas à vista juntamente com os pagamentos em dinheiro, e que o autuante não considerou estas vendas como cartão, assim como não considerou algumas vendas em cartão de crédito.

Alega nulidade do Auto de Infração, em função dos seguintes fatos:

- a) o Termo de Início de Fiscalização, acostado aos autos à fl. 06, conter indicação de data de início de fiscalização em 12/09/2006, incorretamente;
- b) o mesmo termo indica como data da lavratura 23/04/2003, absurdamente, além das datas fictícias dos anexos;
- c) consta no corpo do auto data da lavratura de 13/09/2006, conflitante com a data acima indicada;
- d) o Autuante não forneceu ao autuado o relatório TEF diário, configurando a inexistência de elementos suficientes para se determinar, com segurança a infração e o infrator;
- e) a falta de identificação correta, clara, da data de lavratura compromete a comprovação da regular tramitação do Processo, haja vista que, há indícios claros de inobservância do período máximo de 05 (cinco) dias, entre a desconhecida data de lavratura e, a data de apresentação para ciência do auto. O autuante neste caso, segundo ele, teria extrapolado os limites de sua competência, ao infringir disposição normativa que rege a matéria.

Argumenta que é arbitrária a autuação, tendo em vista que é desprovida dos requisitos fáticos indicativos de eventual prática infracional.

Assevera que não há elementos suficientes para determinar-se, como segurança, a base de cálculo e a alíquota aplicável à receita ajustada, indispensável no caso de Empresas do SIMBAHIA, não havendo no auto qualquer elemento que fundamente o valor reclamado.

Requerendo a nulidade do Auto de Infração.

Insurge-se contra a presunção, trazendo a lição do mestre José Eduardo Soares de Melo, in: ICMS Teoria e Prática, São Paulo: Ed. Dialética, 1998, pp. 121 e 122. Procura demonstrar que em regra a presunção é como resultado do processo lógico, e mediante o qual do fato conhecido, cuja existência é certa, infere-se o fato desconhecido ou duvidoso, cuja existência é provável.

Complementa afirmando que o autuante extravasou suas competências ao criar uma situação inverídica, e determina-la arbitrariamente, como tendente a embasar exigência de tributo.

Ressalta que em nenhum momento foi disponibilizada ao autuado o relatório TEF, o que torna inequívoco o cerceamento da defesa.

Entende que a base de cálculo foi estipulada arbitrariamente, que há absoluta discrepância entre os fatos descritos, o enquadramento da suposta infração, os demonstrativos e os totais praticados pela autuada.

Apresenta demonstrativo de operações, segundo ele, não consideradas pelo autuante, constantes do Anexo I da defesa, e no Anexo II encontra-se o demonstrativo de vendas pagas com cartões de débito e Redeshop, também, não consideradas pelo autuante e computadas em seus demonstrativos mensais.

Alega que não conhece na legislação do ICMS, nenhum impedimento para seu procedimento de computar nas vendas à vista juntamente com dinheiro a venda com cartão de débito.

Já no ANEXO II, diz apresentar todas as operações de vendas, incluindo, também, as operações não consideradas pelo autuante, o que resultou em uma divergência da ordem de R\$ 2.335,39, como o ICMS devido no valor de R\$ 210,19.

Esclarece que no demonstrativo ora exibido, em contraposição aos resultados arbitrados pelo autuante, considerou como vendas com cartões, informadas pelas Administradoras – Coluna VI, os valores mensais constantes do Processo e informado pelo Autuante, mas não comprovados documentalmente.

Requer, por fim, a exclusão das exigências contidas na suposta infração descrita no Auto, o cancelamento das multas aplicadas e, por fim, o reconhecimento da total improcedência do auto em lide.

O autuante às fls. 40 a 41 dos autos, alega que ocorreu erro na indicação da data do Termo de Início de Fiscalização, consignada em 23/04/2006, pois em nada prejudicou a ação fiscal, uma vez que a intimação, constante a fl. 05 dos autos foi lavrada no dia 14/08/2006, prevalecendo, portanto esta data.

Alega, em relação à letra “d” das preliminares da defesa, que lançou as informações fornecidas pelas Administradoras de Cartão de Crédito/Débito, mensalmente. Se o autuado deseja outras informações deve solicitar as referidas Administradoras, pois o que lhe foi fornecido foi o que o autuante teve acesso para lavrar o Auto de Infração.

Quanta a letra “e” das preliminares, afirma que em nada tem haver a data da lavratura do Auto de Infração com a data de ciência do Autuado. Ademais, é absolutamente irrelevante. Descabe totalmente esta alegação.

Complementa afirmando que seguiu todos os procedimentos legais para lavratura do Auto de Infração, que a base legal para a presunção está no art. 2º, §3º, VI, Art. 238, §7º, incisos III, “a”, “b”, IV, V, VI, VII, reproduzindo o teor destes dispositivos.

Por fim, pede a procedência do Auto de Infração.

Cabe registrar que consta à fl. 44, pedido de diligência solicitado por este relator quando atuava na 5ª JF, encaminhado a Inspeção de origem para que o autuante fornecesse ao autuado o relatório TEF (Transferências de Fundos) diário, com as operações individualizadas, realizadas pelo contribuinte com as Administradoras de Cartão de Crédito em questão, com a reabertura do prazo de 30 dias para o autuado se manifestar, se assim desejar.

A diligência foi parcialmente atendida, conforme termo de intimação à fl. 46 e 47 dos autos. Pois, apesar de devidamente intimado em 16/01/2006 para ter ciência dos documentos a ele disponibilizados, não compareceu, não se entregou, portanto, o relatório TEF ao autuado, conforme solicitado. Foi lavrado o termo de revelia à fl. 50.

Retornado o PAF para o CONSEF, foi identificado a não entrega do relatório TEF ao autuado, razão pela qual fez retornar o processo para que o autuante juntasse ao PAF o Relatório Diário Operações TEF, entregasse ao autuado mediante recibo, reabrisse o prazo de defesa de 30 dias, para, se quiser, o autuado pudesse fazer o confronto dos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito com os lançamentos no ECF, e para que o autuante produza nova informação fiscal.

Conforme consta às fls. 54 a 86 dos autos, foi atendida a diligência, destacando que consta à fl. 86 documento, devidamente assinado pelo autuado, atestando o recebimento do aludido relatório TEF diário, juntamente com a reabertura do prazo de defesa em 30 dias. O autuado não mais se manifestou.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento através de cartão de crédito ou débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

A infração refere-se aos meses de janeiro a julho de 2006, conforme discriminado na planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, constante a fl. 09.

Cabe inicialmente apreciar as preliminares de nulidades argüidas pela defesa: em relação à data de início e lavratura do termo de início da fiscalização, efetivamente estão incorretas, entretanto não comprometem a ação fiscal, tendo em vista que consta à fl. 05, termo de intimação para apresentação de livros e documentos, com data de recebimento pelo autuado de 14/08/2006, demarcando, portanto, o início da fiscalização.

Quanto à argüição de que não lhe foi entregue o relatório TEF diário, e que não sabe a origem da base de cálculo, consta documento como prova do recebimento, pelo impugnante, do relatório TEF à fl. 86 dos autos, sem que houvesse manifestação posterior do autuado, apesar da reabertura do prazo de 30 dias para, querendo, o impugnante se manifestar. Foi acostado aos autos o referido relatório TEF às fls. 55 a 85.

Observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo obscuridades. O contribuinte tomou conhecimento da autuação, recebeu todas as informações e esclarecimentos necessários e pôde exercer a ampla defesa e o contraditório, afastando assim qualquer argüição de nulidade do Auto de Infração.

No que se refere ao mérito o autuado alega que o autuante não considerou algumas operações efetuadas com cartão de crédito e débito e não considerou nenhuma das vendas em cartão de débito, haja vista que ele lançou estas vendas à vista, juntamente com as vendas em dinheiro, apresentando, para ratificar suas argumentações três demonstrativos acostados aos autos às fls. 28 a 31, que, em seu entendimento, reduzem o valor do imposto a ser reclamado.

O presente lançamento de ofício está lastreado no que dispõe o § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “*o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de 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”. (grifo nosso).

Apesar de o impugnante alegar que o autuante não considerou várias operações com cartão de crédito devido a possíveis equívocos no exame das leituras “Z” e que faltou considerar as operações com cartão de débito, não trouxe aos autos elementos que comprovem as suas afirmações, uma vez que teve a sua disposição o Relatório TEF, contendo diariamente todas as operações efetuadas com cartão de crédito e débito informadas pelas Administradoras.

Os anexos com os demonstrativos apresentados pelo autuado, carecem de elementos probatórios das informações que são ali consignadas, uma vez que não foram apresentadas as leituras Z que comprovem as afirmações do autuado, e não foi demonstrada a relação entre os cupons fiscais ou notas fiscais relativos às vendas com cartão de débito e as operações constantes do Relatório TEF, informadas ao autuado.

Sendo assim, de acordo com o exposto, e, considerando que, a teor do art. 143 do RPAF/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação, entendo que a infração é subsistente.

“Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Ademais o art. 142, do RPAF/99, dispõe que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

“Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.”

No que diz respeito à reclamação quanto ao tratamento adotado pelo autuante no cálculo do imposto, observo que não assiste razão à defesa, pois apesar de estar enquadrado no SIMBAHIA, ante a constatação da omissão de saídas de mercadorias relativas à infração apontada, o imposto deve ser calculado pelos mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICM/97, com a aplicação da alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, com a concessão do crédito fiscal calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º, do mesmo artigo, alterado pelo Decreto nº 8.413/02, conforme fez o autuante e determinam as normas subsumidas no RICMS/97:

“Art. 408-S”. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.”

“Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas “a” e “c” do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário

“Art. 915”. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

III - 70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;”)

Desta forma, a infração imputada ao autuado é subsistente, portanto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206935.0017/06-7**, lavrado contra **SENA E ANDRADE LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 2.578,86**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR