

A. I. N ° - 298951.1210/06-0
AUTUADO - S REIS COMÉRCIO DE MÓVEIS ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - EDIJALMA FERREIRA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 06. 11. 2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0336-01/07

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 15/12/2006, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis 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, nos meses de janeiro a agosto de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 4.104,70, acrescido da multa de 70%.

O autuado, por não ter dado ciência no Auto de Infração foi intimado através de aviso de recebimento – “AR”, em data de 20/12/2006 (fl. 10), tendo protocolizado a defesa no dia 22/01/2007, conforme registro SIPRO n° 012535/2007-3 (fl. 11). Na defesa apresentada às fls. 12 a 14, o sujeito passivo rechaça a acusação fiscal sob o entendimento de que o legislador quando fala da presunção relativa à cartão de crédito/débito, que dizer que os valores registrados na escrituração fiscal e/ou contábil do contribuinte após a separação das vendas a dinheiro e a prazo, a sobre deve ser comparada com as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, encontrando assim, alguma diferença entre as efetivas saídas e as informações prestadas pelas administradoras. Sustenta que a simples comparação da redução “Z” quando esta não especifica a modalidade da venda, não autoriza nem prova, por si só, a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias. Acrescenta que, com a revogação do artigo 824-E do RICMS/97, que dispunha sobre a obrigatoriedade da vinculação do cupom fiscal com o comprovante de crédito ou débito, relativo ao pagamento efetuado através de cartão de crédito/débito o Auto de Infração é insubsistente. Aduz que, através dos livros fiscais de saídas pode ser verificado os registros das vendas através de ECF, bem como por notas fiscais e que seus registros contábeis indicam que não houve a diferença apontada na autuação, conforme documentos que anexa aos autos e planilha que apresenta na própria peça de defesa.

Conclui requerendo a absoluta nulidade do Auto de Infração.

Consta à fl. 80-A, declaração de intempestividade da defesa, por ter o autuado dado ciência em 20/12/2006 e protocolizado a defesa em 22/01/2007, quando o prazo de 30 dias se encerrou em 19/01/2007.

Intimado o autuado sobre a intempestividade da defesa (fl. 81), este às fls. 83/84 se manifesta invocando a doutrina e princípios constitucionais, para sustentar que a simples protocolização da defesa fora do prazo não pode impedir que o autuado faça sua prova nos autos, por prevalecer o princípio da verdade material nos processos administrativos. Pede que seja reconsiderada a intempestividade e acolhida a defesa apresentada.

Remetido o processo ao CONSEF, a Secretaria encaminhou-o à PGE/Procuradoria Fiscal, para análise e pronunciamento sobre a intempestividade da defesa (fl. 87).

Às fls. 88/89, a ilustre Procuradora Mara Lina Silva do Carmo, emitiu parecer manifestando-se pelo não conhecimento da impugnação e pelo arquivamento da defesa intempestiva, haja vista a atual redação do artigo 125, "caput", do RPAF/99.

Retornando o PAF ao CONSEF, este foi distribuído pela Secretaria para o ilustre Conselheiro Tolstói Seara Nolasco que, às fls. 90 a 92, manifestou o entendimento de que, apesar de o contribuinte ter descumprido as normas processuais ao apresentar a defesa fora do prazo, a existência de vícios no processo de maior gravidade, apresentam a necessidade de saneamento e reabertura do prazo de defesa. Refere-se à falta de entrega do relatório TEF por operação para que o contribuinte pudesse fazer o cotejamento entre os valores acumulados no ECF e as operações pagas através de cartão de crédito/débito, o que impossibilitou o exercício pleno do direito de defesa, o contraditório e a realização do princípio da verdade material. Ressalta que, chamou-lhe a atenção o fato de todas as reduções "Z" não apresentarem qualquer valor (valor = 0), o que pode revelar a possibilidade do contribuinte ter lançado no ECF recebimentos em cartão de crédito/débito como se fossem ingressos de numerário em espécie. Afirma que, em face disso todos os atos posteriores ao Auto de Infração são nulos, devendo o processo retornar à INFAZ de origem, para que seja re-intimado o sujeito passivo com a concomitante entrega dos relatórios TEF por operação.

Concluiu opinando pelo provimento à impugnação do arquivamento da defesa, por existência de vício processual quanto ao exercício do contraditório, da ampla defesa e da busca da verdade material, submetendo o seu opinativo ao crivo da senhora Presidente do CONSEF.

Consta na mesma fl. 92, despacho da senhora Presidente de CONSEF, acatando o opinativo e deferindo o pedido do contribuinte, inclusive, com a reabertura do prazo de defesa administrativa e entrega dos relatórios TEF por operação.

À fl. 100, consta recibo do contribuinte referente às cópias dos relatórios TEF operações, bem como ciência da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Às fls. 102 a 105, o autuado apresentou defesa, na qual reitera os argumentos da defesa inicial e acrescenta que, por motivos de ordem técnica todas as vendas do período de janeiro a maio de 2006 foram realizadas com a respectiva emissão de notas fiscais, e, logicamente, parte destas foram liquidadas com cartão de crédito/débito, tendo o autuante observado apenas as saídas parciais realizadas através de ECF. Aduz que o fato gerador da presunção previsto no artigo 4º, § 4º, da Lei 7.014/96, é o valor inferior obtido entre as vendas declaradas pelo contribuinte e as informações no TEF prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito. Afirma que a prova da improcedência encontra-se no quadro que apresenta que representa o resumo das saídas registradas no livro Registro de Saídas do período (fls. 106 a 114) e o relatório TEF informado ao autuante acostado aos autos e mais a planilha detalhada com comparativo diário que também anexa.

Pede que se dúvida existir que seja o processo convertido em diligência para que fiscal estranho ao feito comprove a veracidade dos fatos.

Finaliza requerendo a nulidade do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 129, afirmando que o sujeito passivo, tanto na defesa inicial quanto na posterior, anexou cópia do livro Razão Geral do Registro de Saídas, além de planilha comparativa, que apenas atestam que as operações totais de saída amparadas com documentação fiscal - que podem ter sido quitadas com outras formas de pagamento – são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, sendo insuficiente para concluir que todas as operações com cartão de crédito/débito foram devidamente realizadas com emissão de documento fiscal próprio, quando deveria anexar aos autos cópias dos boletos emitidos pelas máquinas fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, identificando-os com os respectivos documentos fiscais emitidos, para elidir a autuação.

Acrescenta que, mesmo tendo adotado os procedimentos corretos na autuação, resta saber se a evidência contábil contida na impugnação encontra amparo no CONSEF.

VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento através de cartão de crédito/débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

O levantamento realizado pelo autuante, comparou os valores fornecidos pela instituição financeira ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão contida no artigo 4º, §4º da Lei 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”.

Inicialmente, quanto à intempestividade da defesa, esta foi definitivamente afastada com a decisão da senhora Presidente de CONSEF, em acatar o opinativo do ilustre Conselheiro Tolstoi Seara Nolasco, que se manifestou pela reabertura do prazo de defesa administrativa e entrega dos relatórios TEF por operação, em decorrência de existência de vícios no processo, como a falta de entrega do relatório TEF por operação para que o contribuinte pudesse fazer o cotejamento entre os valores acumulados no ECF e as operações pagas através de cartão de crédito/débito, impossibilitando-o do exercício do direito de defesa, o contraditório e a realização do princípio da verdade material.

No mérito, analisando as peças processuais, verifico que a autuação aponta na “PLANILHA COMPARATIVA DE VENDAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO” à fl. 06 dos autos, na coluna “Diferença encontrada (base de cálculo)” o valor total de R\$ 45.607,83, apurando ICMS total de R\$ 7.753,33, que deduzido do crédito presumido de 8% (por se tratar o autuado de contribuinte SimBahia) no valor de R\$ 3.648,63, resulta no ICMS exigido de R\$ 4.104,70.

Vejo que o sujeito passivo, tanto na defesa inicial quanto na defesa posterior à reabertura do prazo de defesa, apresenta os mesmos argumentos, ou seja, que o fato gerador da presunção previsto no

artigo 4º, § 4º, da Lei 7.014/96, é o valor inferior obtido entre as vendas totais declaradas pelo contribuinte e as informações no TEF prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito e que a prova da improcedência encontra-se no quadro que representa o resumo das saídas registradas no livro Registro de Saídas do período (fls. 106 a 114) e o relatório TEF informado ao autuante acostado aos autos e mais a planilha detalhada com comparativo diário que também anexa.

Verifico que, como novidade, apresenta na segunda defesa a alegação de que, por motivos de ordem técnica todas as vendas do período de janeiro a maio de 2006 foram realizadas com a respectiva emissão de notas fiscais, e, logicamente, parte destas foram liquidadas com cartão de crédito/débito, tendo o autuante observado apenas as saídas parciais realizadas através de ECF.

Conforme dito acima, a presunção de que cuida o presente Auto de Infração diz respeito à declaração de vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, em confronto com as vendas realizadas pelo contribuinte através de cartão de crédito/débito. Vale dizer que, é irrelevante que o total das vendas declaradas pelo contribuinte seja superior às vendas informadas pelas administradoras. É provável que os valores totais das vendas sejam sempre superiores aos valores das vendas realizadas através de cartão de crédito/débito, haja vista a existência de outras formas de pagamento, a exemplo de dinheiro, cheque, etc.

No presente caso, a planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, aponta na coluna “VENDA COM CARTÃO CONSTANTE DA REDUÇÃO Z”, nos meses exigidos na autuação – janeiro a agosto de 2006 – valor = 0 (zero), enquanto na coluna “VENDA COM CARTÃO INFORMADO PELAS ADMINISTRADORAS” consta os valores informados pelas administradoras que são os mesmos apontados na coluna “DIFERENÇA ENCONTRADA (BASE DE CÁLCULO)” no total de R\$ 45.607,83.

Conforme ressaltou o ilustre Conselheiro Tolstói Seara Nolasco, “*chama a atenção o fato de todas as reduções “Z” não apresentarem qualquer valor, o que pode revelar a possibilidade do contribuinte ter lançado no ECF recebimentos em cartão de crédito/débito como se fossem ingressos de numerário em espécie.*”

Ocorre que, nos meses de janeiro a maio de 2006, o contribuinte alega na segunda peça de defesa que, por motivos de ordem técnica todas as vendas foram realizadas com a respectiva emissão de notas fiscais, sendo parte destas liquidadas com cartão de crédito/débito, significando dizer que, não foi utilizado o ECF, o que afasta a possibilidade aventada pelo referido Conselheiro.

O artigo 238, do RICMS/97, abaixo transcrito, prevê a possibilidade de emissão de nota fiscal quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas:

“Art. 238. O contribuinte obrigado a utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) emitirá o Cupom Fiscal, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor ou o Bilhete de Passagem por meio deste equipamento, nas operações ou prestações destinadas a não contribuinte do ICMS, observada a natureza da operação ou prestação, podendo também ser emitido, em relação a mesma operação e/ou prestação:

I - a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, se a Legislação Federal dispuser desta forma;

II - a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, quando houver solicitação do adquirente dos bens.

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos I e II, a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF, deverá ser anexado à via fixa do documento fiscal emitido, no qual serão consignados o número sequencial atribuído ao ECF no estabelecimento e o número do documento fiscal emitido no ECF.

§ 2º Quando não for possível a emissão de documento fiscal por meio do ECF, em decorrência de sinistro ou razões técnicas, serão emitidos de forma manual, datilográfica ou

eletrônica, a Nota Fiscal de Venda a Consumidor, modelo 2, ou a Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, ou o Bilhete de Passagem, observada a natureza da operação ou prestação.”

Portanto, o contribuinte deve emitir nota fiscal quando o equipamento emissor de cupom fiscal não possibilitar a emissão do cupom por razões técnicas.

Contudo, não consta nos autos qualquer comprovação de intervenção técnica realizada no ECF, que confirme a alegação defensiva. Também, não consta nos autos a comprovação de que as notas fiscais emitidas se referem às operações pagas através de cartão de crédito/débito, o que poderia ser feito pelo autuado, com a identificação da total correspondência entre datas e valores dos referidos documentos fiscais com as informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito nos relatórios TEF operação, inclusive, com a juntada dos boletos, se fosse o caso.

No que concerne aos meses de junho a agosto, poderia o autuado ter efetuado o cotejamento entre os valores acumulados no ECF e as operações pagas mediante cartão de crédito/débito, identificando as operações com a correspondência entre datas e valores discriminados nos documentos fiscais e as informações constantes nos relatórios TEF operações individualizadas ou boletos, trazendo aos autos o resultado, já que teve a oportunidade de exercer o seu direito à ampla defesa e o contraditório com a reabertura do prazo de defesa e a entrega dos relatórios TEF operações.

A propósito da colocação feita pelo autuante de que *mesmo tendo adotado os procedimentos corretos na autuação, resta saber se a evidência contábil contida na impugnação encontra amparo no CONSEF*, penso que, em respeito à verdade material, sempre que comprovado pelo contribuinte a total correspondência entre os valores e datas das operações informadas no relatório TEF operações e os documentos fiscais emitidos, a presunção será elidida. Há que se analisar a possibilidade de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, se for o caso.

Porém, conforme dito pelo próprio autuante, o sujeito passivo trouxe aos autos cópia do livro Razão Geral do Registro de Saídas, além de planilha comparativa, *“que apenas atestam que as operações totais de saída amparadas com documentação fiscal, que podem ter sido quitadas com outras formas de pagamento são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, sendo insuficiente para concluir que todas as operações com cartão de crédito/débito foram devidamente realizadas com emissão de documento fiscal próprio.”*

Não há qualquer comprovação de que se refiram às mesmas operações.

O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, estabelece a obrigatoriedade de comprovação das alegações apresentadas pelas partes, consoante os artigos 142 e 143, transcritos abaixo:

“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.

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

Por se tratar o autuado de contribuinte SimBahia, inscrito na condição de empresa de pequeno porte, o imposto apurado em razão de omissão de saídas de mercadorias, deve tomar como base os critérios e as alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, conforme a Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o artigo 19 da Lei nº 7.357/98. Por outro lado, os créditos fiscais devem ser apurados utilizando-se o percentual de 8% *sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais*, a não ser que o contribuinte comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado (§§ 1º e 2º do art. 19 da citada Lei nº. 7.357/98).

Verifico que no cálculo do imposto, o autuante concedeu o crédito de 8% sobre o valor das saídas omitidas computadas na apuração, bem como tomou como base os critérios e a alíquota aplicável às operações. Assim, a autuação é totalmente subsistente.

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 **298951.1210/06-0**, lavrado contra **S REIS COMÉRCIO DE MÓVEIS ELETRODOMÉSTICOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 4.104,70**, acrescido da multa de 70% prevista no artigo 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de outubro de 2007.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR