

PROCESSO - A. I. Nº 178891.5003/06-0
RECORRENTE - LE COMÉRCIO VAREJISTA DE CARNES E PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
(LE COMÉRCIO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0404-02/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 08/04/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0087-11/08

EMENTA: ICMS. VENDAS COM PAGAMENTO ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Diferença apurada mediante levantamento de venda com pagamento por meio de cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Apesar da alegação defensiva da não inclusão no levantamento elaborado pela fiscalização das notas fiscais série única, restou evidenciado nos autos que os valores de nenhuma delas coincidem com os boletos constantes dos TEFs diários por operação, portanto não poderiam ser consideradas, pois não foram pagas com cartão de crédito ou de débito. Infração subsistente. Afastadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 2ª JJF, através do Acórdão JJF nº 0404-02/06, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo omissão de saída de mercadoria tributável apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, infração apurada por meio do confronto entre as saídas do ECF e os valores informados pelas empresas administradoras de Cartão de Crédito, no período de janeiro a junho de 2006.

Em Primeira Instância, o julgamento pela Procedência da autuação trouxe as seguintes fundamentações como embasamento ao seu “*decisum*”, inicialmente consignando que de forma difusa o autuado apresenta preliminar de nulidade pelo desatendimento aos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, mas que esta não tem a menor possibilidade de prosperar, ante a clareza da acusação fiscal consoante a infringência do inciso VI do § 3º do art. 2º do RICMS-BA/97, com base no § 4º do art. 4º da Lei de 7.014/96:.

- I. que no roteiro de auditoria aplicado para a constatação das diferenças entre o total das vendas informadas pelas administradoras de cartão e de débito e as vendas constantes da redução “Z” do ECF do autuado, somente poderão ser acrescidas ao total da redução “Z” as notas fiscais que resultem demonstradas que seus valores exatos e inequivocamente foram pagos através de cartão de crédito e de débito, demonstração essa realizada somente através do confronto de cada nota fiscal com seu respectivo boleto, informado pela administradora, utilizando-se para tanto o Relatório Diário TEF, por operação.

- II. que, assim, afigura-se incompreensível a pretensão do autuado para que seja, sem qualquer comprovação inequívoca de pagamento através de cartão de crédito ou de débito, das notas fiscais de Série Única, vez que teve acesso às informações fornecidas pelas operadoras e não procedera ao cotejo para comprovar sua assertiva.
- III. que após proceder ao cotejo entre as notas fiscais elencadas pelo autuado e colacionadas aos autos, fls. 46 a 359, verificou que nenhuma delas tem seu valor, na respectiva data, coincidindo com os valores constantes com os fornecidos por cada uma das operadoras de cartões de crédito e de débito, o que significa dizer que não foram pagas através desse meio de pagamento, portanto, não devendo ser incluídas na apuração.
- IV. elabora demonstrativo onde apresenta, a título de exemplo, uma lista de notas fiscais confrontadas com as informações do Relatório diário por operações TEF, provando a alegação de que não há a coincidência acima citada;
- V. que constatou já estarem incluídas no levantamento realizado pelo autuante as notas fiscais da Série D-1, que, efetivamente, restaram comprovadas o pagamento através de cartão de débito e de crédito.

Irresignado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário, através de advogado regularmente constituído, onde repete a alegação defensiva de que o enquadramento legal indicado pelo autuante não corresponde à realidade dos fatos, e que, por isso, não há possibilidade de subsistência material do presente Auto de Infração. Enfatiza que através de consulta por ele realizada no *site* da SEFAZ, em 16/08/2006, verificou que não consta no arquivo da legislação disponível o inciso VI do § 3º do art. 2º do RICMS-BA/97.

Aduz que em face dos princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, inerentes e essenciais ao ramo do direito tributário, a administração pública somente pode impor ao contribuinte o ônus da exação quando houver estrita adequação entre o fato concreto e a hipótese legal de incidência do tributo, assegurando que esse pressuposto não se verificou no presente caso. Entende, assim, porque fundamentada em dispositivo legal inexistente como porque em decorrência de presunção não lastreada em qualquer disposição de lei, o Auto não pode subsistir.

Requer, ainda, a decretação da nulidade do Auto de Infração, por entender que não houve a especificação do teor da norma legal autorizadora da obtenção dos dados do recorrente perante as instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito.

No mérito, requer a reforma da Decisão recorrida, ao argumento de que a JJF extrapolou os limites legais ao prescrever de forma intrínseca que ao contribuinte é vedado receber o pagamento da venda de seus produtos por diversas formas simultâneas, seja dinheiro, cheque, cartão de débito e cartão de crédito, moeda estrangeira ou qualquer outra forma de pagamento. Aduz que apesar do Relator ter procedido ao cotejo das notas fiscais que apresentou na defesa e os valores informados pelas administradoras, não significa que as operações comerciais a que se referem não foram quitadas também através desse meio de pagamento.

Assevera que a verdade real é que os valores apontados como “Diferenças na Base de Cálculo” do demonstrativo de apuração elaborado pelo autuante, totalizando o valor de R\$ 261.997,66, é muito próximo da soma das notas fiscais Série Única emitidas pelo estabelecimento, no período fiscalizado, conforme demonstrativo que elabora, e que considerando apenas as notas fiscais emitidas e não consideradas no trabalho de auditoria é ainda superior em exatos R\$7.100,75 àquele apurado pela fiscalização.

Reitera que não há razão legal ou fática para que não sejam consideradas as notas fiscais Série única, e que a Decisão opinou pela omissão de receitas tão somente em razão de em parte da movimentação não haver identidade entre os valores fornecidos pelos agentes financeiros e as notas

fiscais emitidas pelo contribuinte, mas que interpretação desta natureza fere o princípio da legalidade.

Alega ainda, que não consta dos autos nenhum elemento fático, documental, específico e inequívoco das informações supostamente fornecidas pelos agentes financeiros, senão uma simples planilha, sem identificação, em que o autuante supostamente compilou referidas informações, cerceando seu direito de auferir os dados ali consignados para aviar sua defesa e seu Recurso.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo de fls. 659 e 660 – pronuncia-se pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que as presunções legais têm lastro nas estatísticas de situações de fato reiteradamente ocorridas, que permitem ao legislador construir uma relação de causa-efeito, e que apenas a apresentação de cada boleto de venda efetuado através de cartões, acompanhado da respectiva nota fiscal, mesmo de venda a consumidor ou do respectivo cupom fiscal, de maneira individual, eliminaria todos os efeitos legais da autuação, mas os documentos apresentados pelo recorrente não se mostraram suficientes para elidir a presunção legal. Acrescenta que no Recurso Voluntário o contribuinte apenas repetiu as alegações da Impugnação não acrescenta nenhum documento novo ou produz novas provas que possam elidir a infração.

VOTO

Inicialmente, quanto às alegações de nulidade da ação fiscal, de logo devemos consignar que não se encontram presentes nenhuma das hipóteses previstas no art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA - que possa macular ou inquinar de nulidade o lançamento de ofício ora sob apreciação em sede recursal.

Ressalte-se que se equivoca o sujeito passivo ao alegar que inexistente o inciso VI do dispositivo que de fato lastra a exigência fiscal – art. 2º, §3º do RICMS/BA – conforme se vê da sua transcrição abaixo:

Art. 2º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados.

VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;

Nota: O inciso VI foi acrescentado ao § 3º do art. 2º pela Alteração nº 38 (Decreto nº 8413, de 30/12/02. DOE de 31/12/02). Grifos nossos.

Por outro lado, registre-se que o referido dispositivo regulamentar encontra lastro no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, quando as vendas registradas pelo contribuinte são inferiores as informações de vendas através de cartão de crédito provenientes das administradoras:

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

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimimentos 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. Grifos nossos.

Assim, a infração está determinada, prevista no art. 2º, §3º, inciso VI do RICMS/BA – que trata da presunção de omissão de saídas - a multa cominada prevista no dispositivo citado pelo autuante, o infrator também determinado, além do que não houve nenhum cerceio ao direito de defesa do sujeito passivo que demonstrou pleno conhecimento da infração que lhe é imputada, inclusive apresentando demonstrativos e documentos relativos a tal infração.

Quanto à alegação de que não houve a especificação do teor da norma legal autorizadora da obtenção dos dados do recorrente perante as instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, transcrevemos a regra que trata da exigência – disposta no art. 35-A da Lei nº 7.014/96, acrescentada pela Lei nº 9.834/2005, com efeitos a partir de 1/01/2006 - ressaltando que sua não menção nos autos não traz nenhuma mácula ao Auto de Infração, já que a ninguém cabe desconhecer a lei.

Art. 35-A. As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Por último, ainda em preliminar, não merece acolhida a alegação do recorrente que não teve acesso às informações das administradoras, e que serviram de lastro para a autuação – já que lhe foi disponibilizado o Relatório Diário TEF, por operação e por administradora, conforme recibo às fls. 20 da cópia do arquivo magnético em disquete, constando individualizadamente todas as operações do período fiscalizado.

No mérito, melhor sorte não assiste ao recorrente, posto que o sujeito passivo não apresentou qualquer novo elemento ou novos documentos que embasassem reforma na Decisão recorrida.

E de fato, da análise dos documentos acostados aos autos e da legislação aplicável à matéria objeto da autuação a que se reporta este lançamento de ofício, entendemos não merecer modificação a Decisão ora recorrida, já que a imputação cometida ao sujeito passivo está devidamente comprovada.

Tratando a imputação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, as diferenças apuradas pela fiscalização decorreram do confronto entre as vendas realizadas pelo sujeito passivo e as informadas pelas administradoras de cartão de crédito e de débito, com os totais das vendas nessas modalidades de pagamento constantes na Redução “Z” e acrescidas das vendas realizadas com notas fiscais da série D-1, por não se encontrarem registradas na redução “Z” e terem seus valores confirmados no Relatório Diário TEF, por operação e por administradora, conforme se verifica na Planilha de Apuração Mensal das diferenças, fl. 8, e das Planilhas dos Lançamentos das Fitas de Redução “Z”, fls. 9 a 18.

Muito embora o sujeito passivo tenha apresentado a alegação de que tais diferenças inexistiriam se fossem consideradas as notas fiscais série única de sua emissão e que acostou aos autos, não apresentou qualquer prova no sentido de que estas se atrelavam a pagamentos com cartão de crédito e/ou débito, e nem agora em sede recursal apresenta esta correlação. Como determina o dispositivo que embasou a autuação, trata-se de uma presunção relativa, cabendo ao contribuinte a prova da sua improcedência, e não ao Fisco.

Ressalte-se que não obstante este fato, o relator da JJF procedeu ao cotejo entre as notas fiscais elencadas pelo sujeito passivo e as colacionadas aos autos - fls. 46 a 359 – e constatou que “...nenhuma delas tem seu valor, na respectiva data, coincidindo com os valores constantes com os fornecidos por cada uma das operadoras de cartões de crédito e de débito”, inclusive apre-

sentando, a título de exemplo, uma lista de notas fiscais confrontadas com as informações do Relatório diário por operações TEF, e nenhuma destas apresentou correlação.

Do exposto, como o contribuinte não consegue elidir a legitimidade da presunção em tela, somos pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 178891.5003/06-0, lavrado contra **LE COMÉRCIO VAREJISTA DE CARNES E PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. (LE COMÉRCIO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$23.579,80**, 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, 18 de março de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. PGE/PROFIS