

A. I. Nº - 232948.0915/06-5
AUTUADO - WJ COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - AVELINO PEREIRA DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 24.04.09

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0087-04/09

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E/OU DE DÉBITOS. SAÍDA EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELAS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM A EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. 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. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 15/09/2006, atribui ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS em decorrência da presunção de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartões de crédito ou débito em valor inferior às informações fornecidas por instituições administradoras de cartões. Total da infração: R\$ 59.771,33, com aplicação da multa de 70%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 23 a 37, aduz que falta embasamento legal para a infração, diz que tem como linha mestra a correta interpretação da legislação tributária e, nos termos do art. 4º § 4º Lei nº 7.014/96, haverá presunção de omissão de saídas tributáveis, se e somente se, os valores fornecidos pelas administradoras dos cartões forem superiores aos valores de vendas declaradas pela autuada. Os valores de vendas declarados são aqueles prestados regularmente com base nos artigos 333 e 335 do RICMS/BA.

Informa ainda que nos períodos de junho/2005 a junho/2006, prestou informações por meio da Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME), em virtude de sua condição de Empresa de Pequeno Porte. Aduz que segundo o § 2º art. 335, RICMS/BA, na DME são informados os valores das receitas, dos pagamentos, ou aquisições, bem como os dados relativos aos estoques inicial e final do período considerado, devendo constituir-se em resumo e reflexo exato dos valores constantes nos documentos fiscais relativos às operações desse período.

Assevera: “daí advém a informação relativa a vendas declaradas de que trata o art. § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/97”. Apresenta registros e campos da DME, além de gráficos, objetivando aclarar seus argumentos, transcreve à fl. 29, a doutrina de Hugo de Brito Machado na interpretação do art. 112, CTN, e afirma que entendimento fiscal em contrário poderia ensejar crime previsto no art. 316, § 1º, Código Penal.

Diz não entender o fato de a Secretaria da Fazenda adotar internamente o confronto da DME / DMA com as informações das administradoras, conforme o sistema SECF, e não adotar o mesmo procedimento nas ações fiscais. Como não lhe foi disponibilizado tal sistema, “exige, como meio de prova, juntada do relatório extraído do sistema ECF”.

Insiste que a norma não diz “valores de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e

administradoras de cartões crédito” e que interpretação diversa fere o art. 25 do RPAF/BA, que confere às portarias do Secretario da Fazenda e pareceres da Procuradoria da Fazenda Estadual, além de instruções normativas, a interpretação normativa da legislação tributária estadual. Não podendo, portanto, tal interpretação ser feita pelo fiscal autuante nem por julgadores ou conselheiro do CONSEF. Se o legislador não quis dizer o que disse que altere a legislação ou que se dê a interpretação na forma estabelecida no art. 25, RPAF, obedecendo aos princípios constitucionais do art. 37, CF/88.

Argumenta que não pode ser punido pela interpretação dado a norma, que interpretação válida é a da autuada. Apresenta quadro comparativo das vendas declaradas x valores informados pelas administradoras de cartões e diz que tais valores foram extraídos dos documentos de arrecadação estadual, concluindo pela presunção alegada apenas nos meses de julho de 2005 e janeiro de 2006. Garante que erra o autuante ao considerar apenas a parcela recebimento em cartão indicada nas reduções Z; deveriam ser somados os valores das parcelas dos demais meios de pagamentos. Observa que no levantamento o fiscal considerou no total das saídas, aquelas com emissão da nota fiscal de venda ao consumidor e não procedeu de forma igual quando o documento foi o cupom fiscal. Completa que nos meses de junho 2005/maio 2006, somente o meio de pagamento dinheiro estava cadastrado no ECF e que por erro dos funcionários algumas operações feitas com cartão foram registradas como dinheiro.

Discorre ainda que se a SEFAZ possui as informações das transações com cartões é porque o autuado autorizou às administradoras que as repassassem. Disponibilizada para o fisco pede que tal informação seja também disponibilizada para os membros do CONSEF, o contrário pode ser interpretado como cerceamento do direito de defesa. Diz que o Protocolo ECF 04/01 dispõe sobre o fornecimento dessas informações e que esse protocolo aprovou o manual de orientação que descreve o registro tipo 65, sendo incorporado ao ordenamento jurídico do Estado da Bahia por meio da Portaria 695, de 19.11.01. Transcreve o registro às fls. 33/35, diz ter demonstrado que a SEFAZ possui as provas da impugnação do presente Auto, manejando a seu favor o art. 144, RPAF/BA e reitera cabível apenas a exigência para os meses de junho/05 e janeiro/06, com imposto devido de R\$ 84,14 e R\$ 2.479,48, respectivamente.

Finaliza pedindo juntada do relatório de divergências entre valores declarados pela autuada e os valores informados pelas administradoras de cartões, a partir do sistema ECF; observação do § 1º art. 18 do RPAF/BA e julgamento pela procedência parcial do presente auto de infração.

Consta ainda nos autos PAF 165244/2006-5, solicitando do autuado cópias das peças do auto de infração em referência e o consequente recibo, fl. 20.

O autuante se pronuncia, através da Informação Fiscal, fls. 67/69, e diz que a autuada tenta fugir do foco da infração e criar novo fato; o que ora se discute não é se as Declarações do Movimento Econômico – DMEs estão com valores superiores ou inferiores aos informados pelas administradoras de cartões ou se o fiscal interpretou erroneamente a lei, “a questão é que os valores das vendas informadas através da leitura “z” e notas fiscais D-1 por opção de recebimento estão nitidamente inferiores aos informados pelas administradoras, caracterizando presunção de omissão de saídas de mercadorias (art. 4º, § 3º, VI do RICMS vigente)”.

Diz que a autuada ora afirma que a opção de pagamento “cartão de crédito” não estava cadastrada na memória do ECF (fl. 32), ora afirma que erros cometidos pelos funcionários ensejaram as divergências, para em seguida afirmar que cabe ao autuante provar os tipos de pagamentos feitos pelos clientes para os respectivos cupons fiscais.

Afirma que a infração decorre das vendas em cartão não registradas nas leituras Z; que a alegação de falha do funcionário ou a falta de cadastramento da opção no equipamento não é argumento válido, uma vez que a opção cartão consta no equipamento, conforme provam as cópias anexas de operações de vendas referente ao ECF-IF 0004. Os relatórios TEF por operações diárias foram entregues.

Pede a procedência do auto de infração.

O relatório TEF por operações diárias, anexo aos autos nas fls. 167/233, foi entregue ao sujeito passivo, conforme atesta recibo de fl. 236, reabrindo-se, na oportunidade, o prazo para defesa. Este volta a manifestar-se, fl. 240, ressaltando que para o mês de julho/05 encontrou diferença de R\$ 934,83 alegando não ter recebido relatório similar relativo ao exercício de 2006.

A efetiva entrega do relatório período de janeiro / junho 2006 deu-se através recibo fl. 247, apensado aos autos às fls. 248/489. Em nova manifestação o autuado, fls. 493/494, através Protocolo 15253/2008-0, de 30.01.08, alega não admitir como válidos tais documentos; que a presunção legal se exaure do confronto dos valores declarados e informados pelas administradoras de cartões; que entregar a relação das operações para apresentar cupons fiscais é sair da presunção e entrar em auditoria de documentos fiscais.

Insiste que a presunção alegada baseia-se em valores de vendas declaradas confrontadas com os valores informados pelas administradoras. Nada tem a ver com “confronto das operações informadas e respectivos documentos emitidos”, arremata que são auditorias de natureza diversa. Modificada a natureza do levantamento fiscal acarretará nulidade do auto de infração, pois estará modificando o fundamento legal.

Conclui, asseverando deixar no estabelecimento, à disposição do fisco, as fitas detalhes para realização da auditoria de documentos fiscais.

Em nova manifestação, fls. 497/499, através Protocolo 15255/2008-3, ainda no dia 30.01.08, alega desta vez que ficou estarrecido com o jogo de palavras do autuante para iludir o julgador, reiterando sua interpretação acerca da aludida presunção; que a escrituração de suas saídas é registrada no livro de Saída a na DME, não sendo exigido que se escriture no livro os meios de pagamentos no citado livro; questiona a transcrição de suas palavras feitas pelo Auditor Fiscal na informação fiscal, acerca das explicações para a falta de registro na redução Z do meio de pagamento, através cartões, reafirmando que “somente para o mês de junho de 2006 o meio de pagamento cartão aparece indicado na redução Z”. Complementa, a partir do mês junho/06 e em relação ao ECF 004.

Requer procedência parcial do auto de infração.

O autuante novamente se manifesta, fls. 504/506, reiterando os termos da Informação Fiscal, sem qualquer acréscimo substancial. Conclui solicitando a procedência do auto de infração.

VOTO

Inicialmente, constato que o sujeito passivo recebeu o Relatório TEF diário, relativos aos dois períodos envolvidos na ação fiscal, conforme atestam os recibos de fls. 236 e 247, reabrindo-se, na oportunidade, o prazo para defesa, podendo o contribuinte livre e amplamente manifestar-se acerca dos fatos de forma a serem conhecidas as suas razões. Não existe nos autos qualquer elemento que possa comprometer a regular lavratura do auto de infração, diante da ausência de entrega do relatório TEF, a pronta correção foi autorizada pela autoridade competente, fl. 234, com a consequente abertura de novo prazo para conhecimento e manifestações do autuado em sintonia com o devido processo legal.

Portanto, não há falar em qualquer nulidade, conforme sugerido pelo autuado.

O Auto de Infração em lide acusa a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório das vendas realizadas por meio de cartões de crédito e de débito e o valor informado pelas operadoras de cartões de crédito e de débito, além de multa pela emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento emissor de cupom fiscal nas situações em que está obrigado.

Defende o autuado que não há embasamento legal para a exigência, que o confronto deve ser feito entre os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de

crédito ou débito e os valores da “declaração de vendas pelo contribuinte”, aqui considerada a Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte – DME, de que trata o artigo 335, RICMS/BA, onde deve ser registrada a totalidade das operações de vendas, além dos serviços prestados pelas empresas obrigadas, e não somente as operações de vendas mercantis feitas efetivamente através de cartões. Insiste que existe um erro de interpretação no confronto dos valores que fundamentam a presunção legal, cuja competência para esclarecimentos, cabe apenas ao Secretário da Fazenda através de Portaria, Instruções Normativas ou Parecer exarado da Procuradoria do Estado.

Consoante o disposto no § 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”.

Da análise dos elementos contidos nos autos e na legislação vertente, verifico que a ação fiscal obedeceu ao que determina o dispositivo legal, antes anunciado, além de roteiro de fiscalização próprio para essa espécie de omissão, ao confrontar as vendas efetuadas pelo contribuinte em que o pagamento tenha sido efetuado por meio de cartão de crédito e /ou débito, com os valores informados pelas administradoras de cartões, resultando na constatação de divergências nos períodos indicados no auto de infração. Não resta, no presente, qualquer dúvida acerca da aplicação da norma, motivo pelo qual descabe a aplicação do artigo 112, CTN, que prevê interpretação mais favorável ao contribuinte, na existência de dúvida.

Assim, igualmente, não há falar em crime de excesso de exação (art. 316, § 1º, Código Penal), uma vez que este configura a exigência de “tributo ou contribuição social que o funcionário sabe ou deveria saber indevido, ou ainda quando emprega na cobrança, meio vexatório ou gravoso que a lei não autoriza”. No caso, o agente fiscal cuidou dos requisitos formais na constituição do crédito tributário, pautando-se também pelas exigências formais do art. 142, CTN, permitindo ao mesmo tempo o nascimento da obrigação tributária pelo lançamento de ofício e espaço para a impugnação desse mesmo lançamento, iniciando o processo fiscal.

Trata a exigência de presunção legal relativa (*jurus tantum*), evidenciada diante de indícios de omissão de receitas, tendo em vista que as administradoras de cartões indicam valor superior de vendas ao que foi informado pelo contribuinte. Claro, que tal comparação só faz sentido, quando confrontadas as operações realizadas pelo contribuinte igualmente através de cartões de crédito ou débito. Conseqüência da presunção, a inversão do ônus da prova, cometerá ao sujeito passivo provar que a omissão não ocorreu da maneira proposta pelo fisco.

O questionamento do autuado de que as informações vindas das administradoras devem ser confrontadas com os valores declarados na DME não pode ser acatado, uma vez que, de acordo com o art. 335, § 2º, RICMS/BA, nesse documento, será informado o movimento geral econômico e anual da empresa enquadrada no SIMBAHIA, “incluindo os valores das receitas, pagamentos, das aquisições; dados relativos aos estoques inicial e final do período considerado, constituindo-se em resumo e exato reflexo dos valores constantes nos documentos fiscais relativos a operações e prestações no período em referência”. De sorte que, a comparação tem que ser feita considerando receitas da mesma natureza. Assim, as vendas com cartões de crédito ou de débito, informadas pelas administradoras de cartões devem ser confrontadas com as vendas declaradas pelo contribuinte, cujo modo de pagamento tenha sido também através dos cartões de crédito e débito. Havendo outras provas a seu favor, caberia ao contribuinte elaborar demonstrativos, juntar comprovantes da emissão de documentos fiscais relativo às vendas efetuadas por meio de cartões de débito ou de crédito, juntamente com os respectivos boletos dos cartões.

Incabível a alegação da falta de fundamento legal para a exigência em questão. Com efeito, a hipótese de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões autorizarem a presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento de imposto foi incluída na legislação tributária do Estado através da Lei nº 8.542, de 27.12.02, publicada no DOE de 28 e 29.12.02, alterando o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, com efeitos a partir de 28.12.02. No RICMS/BA, esta disposição legal foi acrescentada pelo Decreto 8.413, de 30.12.02, publicado no DOE de 31.12.2002.

Com relação ao repetido questionamento do autuado no sentido de não entender o confronto das informações enviadas pelas administradoras com as vendas efetivas através cartões de crédito e débito, lembro que a indicação necessária de meio de pagamento em cupom fiscal foi dada através do § 7º, artigo 238, RICMS, acrescentado pelo através do Decreto 8.882/04 (alteração 51), que entrou em vigor em 21.01.04. Mesmo antes desse período, vigia tal obrigação face à vigência do Convênio ICMS 85/2001 que teve seus termos recepcionados pelo art. 824-T, RICMS/BA bem como os parágrafos 3º e 4º do art. 824-E RICMS que disciplinam a matéria desde a vigência da Alteração nº 38 através do Dec. 8.413 de 30/12/02 antes mencionado. Não há, portanto, que se falar em ausência de base legal para a presente exigência.

O sujeito passivo não apresentou qualquer contestação aos cálculos apresentados nos demonstrativos elaborados pelo autuante, às fls. 10/15, limitando-se a apresentar os quadros I e II, fl. 30, defendendo que apenas nos meses de julho/05 e janeiro/06 o valor de venda declarado é menor que o valor informado pelas administradoras dos cartões, inexistindo a presunção para os meses restantes.

Observo que a infração apurada, já cabalmente fundamentada, está disciplinada no inciso III do art. 915 do RICMS/BA, uma vez que se trata de infração decorrente de realização de roteiro de Auditoria em relação às vendas realizadas através de Cartão de Crédito/Débito. Entendo que foi correta a adoção da metodologia para apuração do imposto devido, inclusive, foi observado o percentual de 8% previsto em lei, a título de crédito fiscal, na determinação do valor do imposto a recolher (Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98), por ser o contribuinte inscrito no regime simplificado de apuração do imposto, SIMBAHIA, conforme art. 408-S do RICMS. Concluo, pois, pela procedência da infração, tendo a fiscalização apurado diferença entre o valor das vendas informadas pela empresa administradora de cartões de crédito / débito e o valor das vendas registradas na redução Z do equipamento ECF do contribuinte, caracterizando a presunção da omissão, que poderia ser elidida pelo contribuinte, comprovando a improcedência do fato, o que efetivamente não ocorreu.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232948.0915/06-5, lavrado contra **WJ COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 59.771,33**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR