

A. I. N° - 115969.0072/07-6

AUTUADO - ALIMASSAS ALIMENTOS LTDA
AUTUANTE - MARIA MADALENA BARRETO DA SILVA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 14/07/2009

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0195-03/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. O lançamento de crédito tributário é ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação. Além das regras de Direito, estabelecidas nas leis e regulamentos, existem rotinas administrativas a serem observadas, visando à correção da atividade fiscalizadora. Ademais não está demonstrado de forma clara, nos autos, o critério adotado para determinação da base de cálculo, situação que acarreta a nulidade do procedimento fiscal por cerceamento do direito de defesa, nos termos da Súmula n° 01 deste CONSEF. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensível, a demonstração da base de cálculo, bem como o método aplicado para a apuração do tributo. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 07/05/2007 e exige ICMS no valor de R\$23.286,34, acrescido da multa de 70%, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em montante inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Período de janeiro a dezembro de 2006. Demonstrativos do levantamento fiscal às fls. 08 e 09.

O autuado, por intermédio de mandatário com Procuração por Instrumento Público à fl. 14, peticiona à fl. 15 solicitando a emissão de Documento de Arrecadação Estadual – DAE para pagamento de ICMS lançado de ofício no valor de R\$8.174,91, conforme documento que anexa à fl. 16, intitulado “Demonstrativo de Reconhecimento de Valores Devidos”, e valor de multa com as reduções pertinentes. Anexa cópia de DAE à fl. 23, com pagamento do valor principal de R\$8.174,91.

Ingressa também com impugnação parcial ao lançamento de ofício às fls. 26 a 28, alegando que o fato de a forma de pagamento não estar explícita nos cupons/Reduções “Z” seria descumprimento de obrigação acessória, e não implicaria, automaticamente, em falta de emissão de documento fiscal correspondente. Que seu sistema de emissão de cupom fiscal tinha, até 2006, plataforma DOS e registrava em seu banco de dados as formas de pagamento, mas isto não era registrado nos cupons fiscais e Reduções “Z”, sistema este que teve vários problemas que causaram inconsistências, inclusive esta. Que a partir de 2007 passou a utilizar outro sistema, que é homologado por esta SEFAZ. Que para apurar a verdade dos fatos, ou seja, que emitira documento fiscal nas vendas que realiza, contratou profissionais que cotejaram seus cupons e notas fiscais com as informações TEF fornecidas, expondo que o valor de operações informado

pelas administradoras de cartões (R\$1.049.270,35) é menor do que o valor que ele, contribuinte, encontrou ao analisar seus documentos, boletos TEF e banco de dados (R\$1.051.755,29), o que lhe seria desfavorável, mas que indica por ser este o valor maior o correto das operações realizadas a cartão, que verificou, tendo chegado aos resultados constantes no documento “Anexo I – Resumo de Demonstrativo de Conciliação de Cartões (TEF) com Cupons e Notas Fiscais”, à fl. 29.

O sujeito passivo afirma que em tal documento apura-se que o valor informado de Transferência Eletrônica de Fundos - TEF é superior àquele informado no Auto de Infração. Que, verificando os dados encontrados em seu sistema de processamento de dados, ele, contribuinte, concluiu que os problemas neste eram maiores do que imaginara antes, o que ratificara o acerto em trocá-lo. Que também verificou que havia problemas administrativos em sua empresa em relação aos funcionários responsáveis pelas vendas e emissão de documentos fiscais, tendo por isto adotado medidas para corrigir a situação. Que, neste sentido, a autuação lhe trouxe benefício. Que assume o ônus referente aos valores não conciliados de R\$90.835,50, conforme documento intitulado “Anexo II – Demonstrativo de Reconhecimento de Valores Devidos”, à fl. 30, e providenciou o recolhimento do valor devido, conforme cópia de DAE à fl. 31, no montante de ICMS de R\$8.174,91. Que o documento intitulado “Anexo IV – Conciliação Final”, às fls. 32 a 294, demonstra a conciliação entre os dados das administradoras de cartões de débito/ crédito e seus documentos de vendas, por si realizada. Conclui colocando-se à disposição para os esclarecimentos que se façam necessários.

A autuante presta informação fiscal à fl. 302, aduzindo que o contribuinte apresentara defesa às fls. 14 a 299, anexando relação contendo todos os meios de pagamentos realizados, inclusive por meio de cartão de crédito e de débito, mas que os valores de TEF constantes desta relação divergem daqueles informados pelas administradoras de cartões, à fl. 09. Que foi feita nova intimação e o autuado apresentou os comprovantes de vendas através de cartões de todas as operadoras. Que, após realizar associação, por amostragem, desses comprovantes de pagamento por cartões, com a relação apresentada pela empresa às fls. 07 a 32, ela, autuante, constatou que no total geral havia ainda divergência de R\$90.832,50 entre os valores de TEF constantes do sistema SEFAZ e o que foi apurado pelo contribuinte, fato reconhecido por este, tendo sido realizado o pagamento da diferença com o DAE de fl. 31. Conclui opinando pela procedência parcial da autuação.

Submetido a pauta suplementar, à fl. 66 esta 3^a Junta de Julgamento Fiscal – JJF, considerando o teor da informação fiscal, determinou que o processo fosse convertido em diligência para que a autuante elaborasse o demonstrativo do débito remanescente.

A autuante apresentou tabela à fl. 309-A, dirigida à empresa, expondo existir diferença no montante de R\$88.347,55 entre os valores de TEF constantes no sistema de dados da SEFAZ e os valores de TEF informados pela empresa. Pede que o autuado elabore planilha demonstrando quais os documentos de vendas através de cartão de crédito/débito que fazem parte do TEF – Diário, constante de meio magnético à fl. 10, e quais os documentos que não constam da relação apresentada pela defesa, fls. 7/32 a 269/294 do PAF. Anexou, as fls. 309-B a 687, Relatório TEF.

O contribuinte assina recibo à fl. 688 afirmado ter recebido cópia da informação de fl. 307 e do Relatório de fls. 309 até 686, deste PAF, tendo-lhe sido concedido o prazo de dez dias para manifestar-se.

O contribuinte volta a manifestar-se às fls. 690, alegando que fez a conciliação dos valores apurados pelo Isco com os que ele, contribuinte, verificou que conciliou dados de vendas conforme os valores que cita em seu demonstrativo à fl. 693. Aduz que conciliou os valores pelos dados dos documentos fiscais, e detectou que houve a conciliação de cupons com data de um mês sendo conciliados com dados de cartões do mês seguinte, pelo que refez a rotina interna da empresa, conforma afirmara em sua primeira manifestação nos autos. Que refez inclusive os cálculos referentes a janeiro/2007, tendo apurado diferença a recolher que já providenciara regularizar. Conclui expondo que espera ter atendido às solicitações deste CONSEF.

A autuante apresenta nova informação fiscal à fl. 734, expondo que do Relatório TEF expedido pela SEFAZ consta o valor de vendas a cartão de R\$1.049.270,35, tendo sido excluído o montante de R\$88.347,56, que diz ser oriundo de “relação do TEF diário, às fls. 386/6 a 418/38, anexada pela autuada, onde constam os valores e as respectivas autorizações das vendas efetuadas através de cartão de débito/crédito informada pelas administradoras e que a autuada reconheceu não possuir os respectivos Cupons Fiscais. Após este ajuste ficou o TEF, aceito pela autuante no valor de R\$960.942,79.” Afirma que o contribuinte dissera ter recolhido o valor referente a esta diferença total, mas que só recolhera R\$6.174,57, conforme extrato SIGAT/SEFAZ de fl. 385. Que os DAEs de fls. 23 e 419 trazem o valor principal de R\$8.174,91, mas que o valor correto de ICMS recolhido seria de R\$6.174,57, conforme extrato SIGAT/SEFAZ.

A auditora prossegue afirmando que o ICMS a recolher é de R\$15.058,71. Que, tendo o autuado recolhido R\$6.174,57 de valor de imposto, conforme informação do SIGAT/SEFAZ (fl. 304), restaria a recolher o ICMS no montante de R\$8.884,16, referente à presente ação fiscal. Anexa nova planilha de levantamento fiscal à fl. 736, com débitos mensais totalizando o ICMS apurado na ação fiscal de R\$15.336,87.

A empresa volta a pronunciar-se às fls. 742 a 744 alegando não ter compreendido o raciocínio do Fisco, nem a forma como este encontrou a diferença imputada. Que as afirmativas e dados expostos por ele, autuado, contradizem o raciocínio do Fisco. Reitera os termos da sua primeira manifestação.

Aduz não entender a razão pela qual o Fisco não acatou as conciliações que ele, contribuinte, apresentou, e que considera intrigante o Fisco ter reduzido, nas planilhas que apresentou na informação fiscal, os dados de venda a cartão informados pelas administradoras de cartões que juntara ao Auto de Infração inclusive porque ele, autuado, encontrara valor ainda superior ao informado pelas administradoras e originalmente informado pelo Fisco. Assevera creditar tais procedimentos do Fisco a equívocos que podem suceder a qualquer pessoa.

Elabora nova tabela de débito à fl.745. Aduz que o valor devido de imposto seria de R\$8.174,91, do qual emitiu o DAE com este valor principal, e que está acostado à fl. 31, e que o montante principal de R\$6.174,57, que consta no extrato SIGAT, não é dado a ser considerado, porque o extrato SIGAT não seria um documento oficial, inclusive tendo dados divergentes em relação aos acréscimos moratórios e multa que constam no DAE.

A autuante informa, à fl. 751, que a empresa não apresentou fatos novos que ensejassem modificação do valor de ICMS ainda a recolher constante da fl. 429 do PAF, de R\$8.884,14, pelo que espera que o Auto de Infração seja julgado procedente no valor de R\$8.884,14.

Considerando os elementos do processo, esta 3^a JJF, à fl. 754 e 755, na busca da verdade material, em pauta suplementar decidiu converter o PAF em diligência à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito intimasse o contribuinte a apresentar demonstrativos, por operação individualizada, das vendas nas quais comprovadamente houvera a respectiva emissão de documento fiscal (nota fiscal ou cupom fiscal), realizadas por meio de cartão de crédito/débito, no período autuado, cotejando cada documento fiscal com a respectiva operação informada pelas administradoras de cartão de crédito/débito, e cópias dos documentos fiscais (notas fiscais/cupons fiscais) que comprovassem a venda, por operação, realizadas por meio de cartão de crédito/débito, no período objeto da autuação, apresentando, junto a cada documento fiscal, cópia do respectivo boleto TEF que comprovasse que a venda fora realizada por aquele meio. Que então, a partir dos documentos apresentados pelo autuado, o fiscal diligente elaborasse demonstrativo correspondente às diferenças mensais referentemente às quais o contribuinte não comprovasse ter emitido documento fiscal.

Em atendimento, foi elaborado o Parecer ASTEC/CONSEF nº 232/2008, às fls. 756 a 758, concluindo que, após ter intimado o contribuinte (fls. 759 e 774), constatou que não haveria como verificar a autenticidade dos dados apresentados pelo autuado nas planilhas de fls. 32 a 294, por existirem

cupons fiscais que registram vendas a dinheiro e que foram consideradas como vendas a cartão, e vice-versa. Que, assim, seria necessário que o autuado elaborasse demonstrativo relacionando, mensalmente, apenas os cupons fiscais que registraram vendas a dinheiro, e apresentasse cópias e originais dos boletos de cartões cujas datas, valores e horários comprovassem que as vendas dos cupons fiscais relacionados, foram realizadas por meio de cartão, porque todas as vendas registradas como realizadas por meio de cartão, no ECF, já teriam sido computadas pela autuante em seu levantamento fiscal.

O contribuinte volta a pronunciar-se à fl. 786 expondo que já demonstrara que para cada venda em cartão apresentada (TEF) teria havido o correspondente cupom/nota fiscal, tendo para isto contratado profissionais para procederem à coleta e separação em seus bancos de dados dos referidos cupons/notas fiscais com registro da forma de pagamento em cartão de crédito/débito, e conciliá-los fazendo o respectivo batimento com as informações fornecidas oriundas da TEF. Que, por não dispor dos cartões de crédito, usara os valores fornecidos pela TEF. Que os registros da sua Redução “Z” estavam incorretos e que as divergências que ele, autuado, encontrara, não utilizara a seu favor, porque em uma conta haveria diversas formas de pagamento, inclusive já tendo relatado que a conciliação feita não tinha como casar formas variadas de pagamentos por meio de cartões, a exemplo de divisão de conta paga com vários cartões, o que seria muito frequente. Afirma ser humanamente impossível fazer a conciliação desejada. Aduz ter a convicção de recolher os impostos devidos após o reconhecimento parcial do débito. Assevera que discriminar a forma de pagamento é uma obrigação acessória, e que o fato que é mais importante é ter recolhido os impostos devidos. Que o gesto de ter reconhecido parte da autuação já demonstraria a sua disposição para com a verdade, e não com a postergação. Que a partir de 2007, quando colocara novo sistema emissor de cupom fiscal, que fazia de forma segura a identificação da forma de pagamento, pode ser verificado que as emissões de cupons seguem uma coerência com 2006, ano no qual a empresa não tinha a segurança de identificação correta da forma de pagamento. Que foi realizada uma fiscalização rigorosa naquele ano, quando foi verificado que fazia as emissões corretamente. Conclui asseverando que, pelo trabalho minucioso de conciliação e verificação realizado, e pela exposição que fizera, comparando este Auto de Infração com a fiscalização realizada do movimento de venda de 2007, o bom senso e a razoabilidade indicam a consistência da ação fiscal posterior.

A autuante pronuncia-se afirmando que o contribuinte não apresentou documentos ou fatos novos, à Diligente de ASTEC/CONSEF, que justificassem a elaboração de novo demonstrativo fiscal do débito apurado, pelo que ratifica o teor da informação fiscal de fl. 751, e os Anexos de fls. 734 a 738.

Consta, à fl. 304, extrato SIGAT/SEFAZ com pagamento do valor principal de R\$6.174,57.

VOTO

Preliminarmente, considero alguns itens formais do presente processo administrativo fiscal:

1. O Auto de Infração exige ICMS relativo à omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito/débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito.

Este roteiro de auditoria compara de forma matemática e direta, conforme explicitado acima, os valores de vendas com pagamentos por meio de cartões de crédito e de débito, que as administradoras de cartões informam mensalmente a esta SEFAZ, com os dados de vendas a cartão que o contribuinte registra e apresenta ao Fisco, quando intimado para tanto. Se os valores de vendas realizadas com pagamento por meio de cartões informados pelo contribuinte são inferiores aos informados pelas administradoras, aplica-se a presunção prevista no §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96. A diferença numérica entre os dados informados pelas administradoras e os dados informados pelo contribuinte representa a base de cálculo da autuação, conforme se vê no cabeçalho das colunas que compõem a planilha utilizada pelo Fisco às fls. 09 e 736.

Os valores de pagamentos por meio de cartões de débito/crédito informados pelas administradoras estão discriminados com dados divergentes pelo Fisco, nas planilhas de fls. 09 e 736. Por exemplo, na planilha de fl. 09 o Fisco discrimina o valor informado pelas administradoras de R\$122.198,67 para o mês de dezembro/2006, e na planilha de fl. 736 a autuante apõe o valor de R\$93.776,09, como vendas realizadas a cartão informadas pelas administradoras, no mesmo mês de dezembro/2006. As divergências dos dados informados pelo Fisco, referentes às vendas relacionadas pelas administradoras de cartões, sucedem-se em todos os meses do exercício fiscalizado.

O contribuinte expõe que o valor total anual de operações informado pelas administradoras de cartões (R\$1.049.270,35) é menor do que o valor que ele, contribuinte, encontrou ao analisar seus documentos e banco de dados (R\$1.051.755,29), o que lhe seria desfavorável, mas que indica por ser o valor correto das operações realizadas que verificou.

A autuante mantém, após as manifestações do contribuinte, e as duas diligências realizadas, os valores novos para vendas informadas pelas administradoras, que não se encontram listados nos dados do sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, e que não coincidem, tampouco, com os valores encontrados pelo contribuinte, valores estes inclusive superiores aos informados pelas administradoras.

O parâmetro básico desta auditoria, para que seja determinada a base de cálculo do imposto a ser reclamado, é exatamente o valor de vendas enviado pelas administradoras de cartões. Uma vez que o contribuinte é informado, pelos levantamentos consecutivos realizados pelo Fisco, de dados divergentes sobre as mesmas operações objeto da ação fiscal, deixa de existir certeza em que possa se basear, para que exerça com segurança o seu direito de defesa.

Por outro lado, diante da incerteza quanto à base de cálculo, é impossível determinar, com segurança, o valor de débito a ser lançado de ofício.

2. Originalmente, o Fisco lança o valor total de débito de ICMS de R\$23.286,34, no Auto de Infração. O contribuinte contesta parte da imputação, reconhecendo o débito no valor de R\$8.174,91 à fl. 15 e anexando cópia de DAE à fl. 31, anexando demonstrativos às fls. 32 a 294, nos quais compara, de forma individualizada, as suas vendas por diversos meios de pagamento com os valores diários de vendas informados pelas administradoras de cartões de crédito. A autuante, à fl. 302, concorda com este valor de débito reconhecido pelo contribuinte, mas não anexa demonstrativo da verificação que realizara, nem demonstrativo do novo valor de débito a ser lançado de ofício, que então passaria a ser, conforme a informação fiscal, de R\$8.174,91.

Porém, diante da diligência determinada por esta 3^a JJF, para que a auditora fiscal saneasse a irregularidade acostando aos autos o novo demonstrativo de débito, de acordo com a nova verificação que realizara, a representante do Fisco intimou o contribuinte (fl. 309-A) para que este apresentasse o detalhamento da verificação realizada pelo sujeito passivo, e foi atendida às fls. 690 a 693. Contudo, após cumprida a intimação, a auditora fiscal apresentou manifestação com novas planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de débito/crédito, à fl. 736, expondo novo valor de operações realizadas por meio de cartões de crédito (R\$960.942,79), diferente do valor que consta no banco de dados desta SEFAZ, e que a autuante lançara à fl. 09 (R\$1.049.270,35), e também diferente do valor apontado pelo contribuinte (R\$1.051.755,29). A autuante então apurou novo valor de débito de imposto, R\$15.336,87, que não coincide com o originalmente imputado (R\$23.286,34, às fls. 01 e 09 deste PAF), nem com o valor que aduzira ser o devido após a primeira impugnação ao lançamento (R\$8.174,91, à fl. 302), quando concordara com o valor de diferença apontado pelo contribuinte.

A autuante também informou, à fl. 751, que tendo a empresa recolhido parte do débito lançado, pedia que o Auto de Infração fosse julgado procedente no valor de R\$8.884,14, que não coincide com os outros três valores anteriores, embora seja possível depreender-se, examinando as demais manifestações do Fisco nos autos, que se refira à diferença entre o valor de R\$15.336,87 e o valor

de R\$6.174,57, que consta como valor principal no extrato SIGAT/SEFAZ de fl. 304, citado pela autuante à fl.734.

Diante da controvérsia quanto ao valor correto a ser lançado de ofício, esta 3^a JJF enviou o processo em nova diligência, desta vez à ASTEC/CONSEF, para que fosse elaborado novo demonstrativo de débito, mas a determinação não pôde ser cumprida, segundo a auditoria fiscal diligente, em razão de discrepâncias entre os dados do contribuinte em seus documentos fiscais e os dados do levantamento que ele, contribuinte, anexara ao processo.

Assim, resta incerteza não só quanto à exatidão da verificação fiscal na determinação da base de cálculo, como também quanto ao valor de imposto a ser lançado de ofício, após a realização de duas diligências, e diante das manifestações divergentes do Fisco, no processo.

Pelo exposto, persistindo a insegurança quanto exatidão da auditoria, e quanto ao débito a ser lançado de ofício, e portanto estando o procedimento fiscal em desacordo com o previsto no Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB em seu artigo 129, §2º, além de não ter sido saneada a incorreção, conforme previsto nos §§ 3º e 4º do mesmo artigo 129; não tendo sido cumprido, ainda, o quanto determinado no inciso II do artigo 130, também do COTEB, é nulo o Auto de Infração, nos termos do artigo 18, incisos II, III, IV alínea “a”, estes do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99; bem como consoante termos da Súmula nº 01 deste Conselho de Fazenda Estadual – CONSEF, em razão de que os fatos elencados neste voto, provados ao longo do processo em lide constituem, também, cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

*COTEB:
art. 129.*

§ 2º. Serão juntados ao auto de infração os demonstrativos e levantamentos realizados pelos fiscais autuantes que sejam indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto.

§ 3º. Poderão ser juntados demonstrativos e levantamentos indispensáveis quando da informação fiscal, devendo-se, neste caso, reabrir-se o prazo de defesa.

§ 4º. As eventuais incorreções ou omissões do auto de infração não acarretam nulidade, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e supridas pela autoridade competente, reabrindo-se o prazo de defesa.

art. 130. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, e das provas necessárias à demonstração do fato argüido.

RPAF/99.

art. 18. São nulos:

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

III - as decisões não fundamentadas;

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

SÚMULA CONSEF N° 01

ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA.

FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo.

Por tudo quanto exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

Contudo, diante dos fatos levantados no processo, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, represento à autoridade administrativa competente no sentido da realização de novo procedimento fiscal, a salvo de incorreções, para verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias pelo sujeito passivo, em relação aos fatos indicados no presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **115969.0072/07-6**, lavrado contra **ALIMASSAS ALIMENTOS LTDA.**, Representa-se à autoridade administrativa competente, nos termos do artigo 156 do RPAF/99, no sentido da realização de novo procedimento fiscal, a salvo de incorreções, para verificação da regularidade do cumprimento das obrigações tributárias principal e acessórias pelo sujeito passivo, em relação aos fatos indicados no presente Auto de Infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de julho de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR