

A. I. N° - 298950.0060/07-0
AUTUADO - E. DOS S. MASCARENHAS
AUTUANTE - DENNIS ALVIM ALVES SANTOS
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 16/07/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0197-03/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2007, refere-se à exigência de R\$13.807,35 de ICMS, acrescido da multa de 70%, por omissão de saída de mercadoria tributada 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, no período de janeiro a julho de 2006.

O autuado apresentou impugnação às fls. 27 a 56, alegando que constatou vícios que implicam na nulidade do presente PAF, nos termos do art. 18 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Comenta sobre o Princípio da legalidade objetiva e afirma que é condição “*sine qua non*” para que o Auto de Infração seja objeto de revisão se as incorreções ou omissões nele existentes sejam eventuais e que a não observância de certas exigências digam respeito àquelas de natureza meramente formais e se assim não for, não cabe qualquer tipo de revisão fiscal. Entende que as incorreções verificadas são de natureza grave, não são meramente formais, aproximando-se de exigências de natureza substancial, e na remota hipótese de esta Junta de Julgamento Fiscal não acolher o pedido de nulidade é que devem ser apreciados e deferidos os pedidos de diligência fiscal. O defendente afirma que o autuante, ao encerrar os trabalhos de fiscalização, forneceu além do Auto de Infração, uma cópia do demonstrativo de débito e com base nesses elementos não é possível elaborar uma defesa. Diz que o autuante não forneceu ao autuado cópia do Relatório de Informações TEF em formato de papel onde constam todas as operações informadas pelas Administradoras de cartão e a relação de quais foram as operações que constam neste Relatório e que não foi constatada notas fiscais, que serviram de base para a exigência fiscal, não podendo o impugnante verificar a veracidade da acusação fiscal. O defendente argumentou que houve cerceamento do direito de ampla defesa e que ficou prejudicado neste momento, por não lhe ter sido permitido de forma clara e suficiente, o perfeito entendimento do teor da autuação fiscal. Diz que sob o aspecto de cerceamento de defesa, existem inúmeras decisões, inclusive a nível federal que amparam a pretensão de nulidade da autuação, transcrevendo trechos das citadas decisões. Afirma que está evidente a nulidade suscitada, tendo apoio jurisprudencial, inclusive deste CONSEF através de suas Juntas e Câmaras, conforme Resoluções que citou, transcrevendo as respectivas ementas às fls. 32 a 34 do PAF. Diz que o Auto de Infração, para ser aceito, precisa obedecer a requisitos previstos na legislação, e dentre eles destaca o previsto no art. 39, III do RPAF/99. Salienta que um dos requisitos essenciais do Auto de Infração é a descrição

do que a autoridade fiscal apurou como fato gerador do tributo. Reproduz a descrição dos fatos constante do Auto de Infração e diz que o autuante não forneceu à empresa o documento que ele apurou o valor das transações comerciais realizadas por meio de cartão de crédito ou de débito; não apresentou nenhum documento de emissão das Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão de Crédito, para que o defendente pudesse analisar e demonstrar que o autuante está equivocado. Portanto, o autuado entende que a infração não está caracterizada e não existe elemento que possa determiná-la com segurança. Transcreve o art. 18, inciso IV do RPAF/99, assegurando que não há dúvida de que existe razão suficiente para se decretar a nulidade do Auto de Infração. Assevera que o próprio CONSEF, nas suas decisões, tem deixado claro que não é aceitável que uma acusação constante de um Auto de Infração seja obscura e não retrate com clareza qual o seu verdadeiro teor. O autuado informa que durante o período objeto da autuação era inscrito como microempresa, opera no ramo de fabricação artesanal de pão de consumo popular, cuja matéria prima é a farinha de trigo, que já sofreu cobrança antecipada do ICMS, e também, a atividade de comércio varejista de gêneros alimentícios, cuja grande parte é isenta de ICMS e outra parte sofre tributação pelo regime de substituição ou antecipação tributária. Quanto a essa questão, cita decisões do CONSEF, transcrevendo as ementas.

No mérito, o autuado alega que os julgadores se atentem para o disposto no art. 155, parágrafo único do RPAF/99, que determina o julgamento de improcedência do Auto de Infração, mesmo que o lançamento mereça ser objeto de nulidade. Em relação à atividade do estabelecimento autuado, o defendente informa que está localizado em um bairro da periferia da cidade de Lauro de Freitas, com a atividade de fabricação de pão de consumo popular e comércio varejista de gêneros alimentícios. Diz que comercializa com produtos sujeitos à substituição ou antecipação tributária, produtos da cesta básica, produtos com saídas com base de cálculo reduzida, a exemplo de óleo de soja e açúcar, salientando que a SEFAZ vem alterando a legislação, incluindo cada dia mais produtos na substituição ou antecipação tributária, e mais recentemente, instituiu a antecipação parcial. O autuante entende que é inadequado o roteiro de fiscalização aplicado pelo autuante para apuração dos fatos, e diz que o CONSEF tem julgado nulos e improcedentes diversos Autos de Infração cujo roteiro de fiscalização utilizado para exame de vendas por meio de cartão de crédito é aplicado em empresas que comercializam, em sua maioria, com produtos isentos, produtos que tiveram a sua fase de tributação encerrada, conforme decisões que citou, transcrevendo as ementas às fls. 41 a 47. Assegura que a pretensão do autuante é nula, inexistente prova material da infração; a empresa não possui Emissor de Cupom Fiscal, tendo emitido apenas notas fiscais série D-1; o autuante partiu da premissa de que toda diferença entre a informação das instituições Financeiras e Administradora de cartão de crédito e os valores constantes das notas fiscais seriam saídas efetuadas sem emissão de documento fiscal, o que é uma inverdade. Diz que não existe na legislação obrigatoriedade de o contribuinte conservar ou guardar os comprovantes de débito ou de crédito assinados pelos seus clientes, quando efetuaram suas compras, para apresentar à Secretaria da Fazenda, inexistindo na legislação tributária estadual ou federal a obrigatoriedade de a empresa demonstrar na sua escrita fiscal ou contábil quanto vendeu em cartão de crédito ou de débito e a mera divergência entre os dados constantes nas notas fiscais e as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito ou crédito não é suficiente para se proceder à autuação, cabendo à fiscalização proceder outros roteiros de Auditoria para verificar se existem irregularidades. Assegura que o resultado apurado pelo Fisco não retrata a realidade dos fatos e não é capaz de sustentar o lançamento do crédito tributário. Cita decisões do CONSEF pela nulidade de outros Autos de Infração e afirma que o CONSEF vem aceitando recentemente a aplicação do princípio da proporcionalidade, conforme decisões que transcreveu. Assim, não sendo acatado pela JJF o pedido de nulidade, o defendente requer seja solicitado ao autuante para efetuar demonstrativo analítico das saídas efetuadas pela empresa através de notas fiscais D-1, constando o valor das saídas de mercadorias isentas, sujeitas à substituição e/ou antecipação tributária, e que seja aplicado o princípio da proporcionalidade. Diz que realizou um levantamento referente ao mês de janeiro de 2006, tendo apurado o débito de R\$564,09. Usando os mesmos parâmetros, apurou o ICMS devido em relação aos demais meses

objeto do levantamento fiscal, conforme planilha à fl. 58 dos autos. Finaliza, reiterando o pedido de nulidade do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 153/154 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que foi constatado na ação fiscal omissão de saídas de mercadorias tributáveis; que os arquivos disponibilizados à SEFAZ pelas Administradoras de cartões foram entregues ao contribuinte em meio magnético, e o mesmo alega que o mencionado arquivo não representa a fidelidade das informações fiscais, solicitando que fosse entregue em “formato de papel” como se essa forma fosse alterar o conteúdo da ação fiscal e seu resultado através do Auto de Infração. Quanto à descrição dos fatos, diz que não procede a alegação defensiva de que há falta de descrição clara e precisa da acusação, tendo em vista que no corpo do próprio Auto consta a tipificação, e em relação aos documentos, foi acostada ao presente Auto de Infração uma planilha correspondente a toda movimentação das saídas realizadas através das Notas Fiscais D-1 e as informações TEF – Transferência Eletrônica de Fundos disponibilizados pelas Administradoras à SEFAZ. Diz que a atividade comercial do autuado independe do cumprimento das obrigações principal e acessória, e quanto ao argumento defensivo de que é inadequado o roteiro de fiscalização aplicado, o autuante afirma que esse roteiro está de acordo com os procedimentos fiscais geralmente utilizados e sua aplicação foi efetuada em obediência à Ordem de Serviço de nº 507697/07. Quanto aos julgamentos do CONSEF, citados pelo defendente, considerando a aplicação da proporcionalidade, tendo elaborado planilha apurando novos valores do Auto de Infração, diz que foram aplicados pelo autuado percentuais distintos mês a mês, sem nenhuma presunção legal. O autuante finaliza, dizendo que não há consistência nos argumentos defensivos, nem embasamento legal; não convencem nem justificam qualquer tentativa de impugnação total ou parcial deste Auto de Infração, amparado na legislação. Pede a procedência da autuação fiscal.

À fl. 157 esta 3ª JJF converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem, para fornecer ao defendente, cópias de todos os demonstrativos utilizados para a lavratura do presente Auto de Infração, (fls. 06 a 22), mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal; solicitar ao autuado a apresentação de demonstrativo da proporcionalidade das entradas e saídas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Sendo apresentado o mencionado demonstrativo, o autuante fazer o confronto com os documentos fiscais originais e a necessária exclusão do valor exigido, conforme determinado pela Instrução Normativa 56/2007.

Após as providências acima, a repartição fiscal intimar o autuado e lhe fornecer os novos demonstrativos, concedendo o prazo de trinta dias para o mesmo se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa.

Em atendimento, o autuante intimou o defendente à fl. 163 e prestou informação fiscal às fls. 164/165, dizendo que é justa a aplicação da proporcionalidade apresentada pelo autuado à fl. 58 dos autos. Assim, após a revisão efetuada, diz que foi alterado o débito no período fiscalizado para o total de R\$4.860,29. Pede a procedência parcial do presente Auto de Infração, de acordo com os novos demonstrativos às fls. 166/167 do PAF.

Considerando a informação constante na intimação à fl. 170 e nos Avisos de Recebimento de fls. 173 e 176 do PAF, o autuado foi intimado por edital (fl. 177) para tomar conhecimento da informação fiscal e dos novos documentos acostados aos autos pelo autuante e da reabertura do prazo de defesa, de trinta dias. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram

indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal.

O autuado apresenta comentários sobre o Princípio da legalidade objetiva e afirma que é condição “*sine qua non*” para que o Auto de Infração seja objeto de revisão se as incorreções ou omissões nele existentes sejam eventuais. Diz que o autuante não forneceu ao autuado cópia do Relatório de Informações TEF em formato de papel onde constam todas as operações informadas pelas Administradoras de cartão e a relação de quais foram as operações que constam neste Relatório e que não foram constatadas notas fiscais, que serviram de base para a exigência fiscal, não podendo o impugnante verificar a veracidade da acusação fiscal.

Observo que a irregularidade foi apurada, conforme demonstrativo correspondente aos valores exigidos na autuação fiscal; foram acostados ao presente processo o Relatório de Informações TEF, e um CD contendo o Relatório Diário Operações TEF, sendo fornecido ao defendente o mencionado arquivo eletrônico, conforme recibo à fl. 23, assinado por preposto do autuado. Portanto, não é necessário o fornecimento do mencionado arquivo em formato de papel, como alegou o defendente.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, por 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, no período de janeiro a julho de 2006, conforme demonstrativos às fls. 06 e 22 do PAF.

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96:

“Art. 4º

§ 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”.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que poderia ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

Saliento que foi fornecido ao sujeito passivo um CD contendo os Relatórios Diários por Operação TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito, e o defendente deveria ter anexado à sua impugnação, além das fotocópias dos documentos fiscais por ele emitidos, a cópias dos correspondentes comprovantes de débito dos cartões com indicação das respectivas formas de pagamento, o que possibilitaria a análise quanto à exclusão do valor efetivamente comprovado.

Considerando que a Instrução Normativa nº 56/2007 prevê a possibilidade de o autuante considerar que parte dos valores da omissão de saídas se refere às operações isentas, não tributadas e /ou sujeitas à substituição tributária, excluindo os respectivos montantes do cálculo do imposto devido, caso existam elementos que permitam esta conclusão. Acatando as alegações e o demonstrativo da proporcionalidade apresentado pelo autuado, o autuante, em nova informação fiscal à fl. 163, esclarece que examinou as planilhas acostadas aos autos pelo defendente, e refez o levantamento fiscal, aplicando a mencionada proporcionalidade. Após a revisão efetuada, foi alterado o débito no período fiscalizado para o total de R\$4.860,29, de acordo com os novos demonstrativos às fls. 166/167 do PAF.

Vale salientar, que o autuado foi intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, conforme edital à fl. 177 dos autos. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou. Portanto, inexistem divergências após a revisão nos cálculos efetuada pelo autuante.

Observe que, estando o autuado enquadrado no SIMBAHIA, na condição de microempresa, e sendo apurada operação realizada sem documentação fiscal, a legislação prevê a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração, ficando o contribuinte obrigado a recolher pelo regime normal em decorrência da prática da infração definida na legislação como de natureza grave. Neste caso, tendo sido apurado que houve omissão de saídas, mediante levantamento fiscal, a exigibilidade do imposto foi efetuada aplicando a alíquota normal, de 17%, e considerado o crédito de 8% sobre o valor das saídas apuradas, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme previsto no § 1º do art. 19, da Lei 7.753/98, e os cálculos efetuados pela autuante, não foram contestados pelo defendente, estão de acordo com a legislação em vigor.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo à fl. 166.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº - **298950.0060/07-0**, lavrado contra **E. DOS S. MASCARENHAS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.860,31**, 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, 08 de julho de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA