

A. I. N ° - 277830.0063/07-7
AUTUADO - FEIRA DE CONFECÇÕES LABOR LTDA.
AUTUANTE - GERALDO SAPHIRA ANDRADE
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 23.11.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0388-04/09

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE 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 comprovada. Rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/03/2007, reclama ICMS no valor histórico de R\$829,87, decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributadas 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.

O autuado, fls. 63/74, impugna o lançamento tributário mediante advogado, inicialmente, argüindo nulidade por cerceamento do direito de defesa, pois não foram entregues ao autuado o CD com as informações das operadoras de cartão, violando normas constitucionais.

Menciona que o autuado exerce a atividade de comércio varejista de artigo de confecções e congêneres, sendo optante do SimBahia, enquadrada como Empresa de Pequeno Porte – EPP, condição que se manteve no período de janeiro de 2004 até julho de 2005, recolhendo o ICMS na faixa de 2,5% sobre a receita bruta mensal apurada, entretanto, a fiscalização aplicou alíquota de 17%, sem sequer fundamentar essa alíquota aplicada.

Assevera que o autuante somente considerou os cupons fiscais, não considerando as notas fiscais série D1, resultando na diferença apurada pela fiscalização, apresentando relações, por exercício, das notas fiscais D1 não consideradas, fls. 70 e 71, totalizando 88 documentos.

Argumenta que outro fator que influenciou na divergência apontada pelo auditor, refere-se à forma de manejo equivocado do equipamento de controle fiscal ECF por parte dos funcionários do autuado, registrando vendas pagas por meio de cartão de débito como se fossem em espécie (dinheiro).

Diz que a aplicação da multa de 70% foi incorreta, pois deveria ter sido aplicada a multa de 50% prevista no artigo 42, I, “b”, item 3, da Lei nº 7.014/97, por ser específica para contribuinte enquadrado no SimBahia.

Ao final, requer a nulidade ou improcedência da autuação.

O autuante, fl. 127, informa que entregou cópia do Relatório Diário de Operações – TEF, relativo ao período de 1º de janeiro de 2004 a 28 de fevereiro de 2005, reabrindo o prazo de defesa, fl. 167.

À folha 169, o autuante informar que decorridos mais de 120 (vento e vinte) dias da reabertura do prazo de defesa o autuado não apresentou nova defesa.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª JJF decidido por sua conversão em diligência à INFAZ DE ORIGEM, para que fosse reaberto o prazo de defesa e informado ao contribuinte que o objetivo da entrega dos Relatórios Diários de Operações TEF é permitir que diante das vendas diárias apontadas nos mesmos, em que consta cada operação efetuada dia a dia, o contribuinte pudesse fazer o cotejo entre os boletos do ECF e as notas fiscais de venda a consumidor.

O contribuinte em cumprimento a diligência solicitada, inicialmente, reproduz os termos da infração, aduzindo que no início da ação fiscal apresentou diversos documentos que comprovariam a improcedência total do Auto de Infração. Contudo, ignorando as razões ventiladas pelo autuado no momento da fiscalização, o auditor lavrou o Auto de Infração.

Reitera os motivos e fundamentos de sua defesa inicial, argüindo a nulidade da autuação, pois a acusação e a imposição de multa não condizem com a realidade do autuado.

Argumenta que na própria planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, confeccionada e apresentada pelo autuante mostra que não houve prejuízo ao erário público, conforme exemplo que cita:

Planilha referente a 2004

- 1)Vendas informadas pelos Cartões: R\$ 60.577,50
- 2)Apuradas na Redução Z: R\$ 42.544,60
- 3)Apuradas em Notas Fiscais D1: R\$ 27.468,40 2) + 3) = R\$ 70.013,00

Planilha referente à 2005

- 1)Vendas informadas pelos Cartões: R\$ 107.731,96
- 2)Apuradas na Redução Z: R\$ 118.864,00
- 3)Apuradas em Notas Fiscais D1: R\$ 27.786,84 2) + 3) = R\$ 146.650,84

Diz que no demonstrativo elaborado pela fiscalização, comprova que não existe prejuízo ao erário público, não existe débito em favor da Sefaz Estadual e sim valores de tributos pagos a maior, em alguns períodos, pois os valores constantes na Redução Z foram superiores aos valores informados pelas instituições administradoras de cartão de crédito/débito. Logo, devia o auditor promover o abatimento ou compensação de tais quantias do montante da divergência por ele apurado. Tais importâncias omitidas, na pior das hipóteses, devem ser abatidas da base de cálculo a que se valeu o auditor.

Mais uma vez, reitera que a suposta divergência entre as informações constantes na Redução Z e as fornecidas pelas instituições financiadoras de cartão de crédito/débito, é em favor da empresa ora autuada, só que não de débito e sim de crédito. Aduz que, fica evidenciado que houve na verdade pagamento de tributo feito a maior, e não a menor.

Ao final, requer a improcedência da autuação.

À folha 188, o autuante reitera os termos da autuação afirmando que foram entregues os Relatórios TEF Diários, foi reaberto o prazo de defesa e ressalta que a apuração do ICMS é mensal.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS decorrente da 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.

Em relação a argüição de inconstitucionalidade, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, sob a alegação de que não lhe foi entregue o CD com as informações das operadoras de cartão, tendo em vista que foi entregue ao autuado cópia dos Relatórios Diários de Operações TEF, fl. 167, sendo reaberto o prazo de defesa

em 30 (trinta) dias, fato que possibilitou ao autuado o pleno direito de defesa. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

No mérito, constatei que o levantamento realizado pelo autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte com vendas realizadas com cartão de crédito e/ou 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 do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, *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, suprimidos 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 uma presunção “*juris tantum*”, ou seja, admite prova contrária, portanto, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção, indicando quais operações foram pagas com cartão de crédito e/ou débito, sendo os cupons fiscais emitidos como se os pagamentos fossem em dinheiro, por erro de funcionários, ou quais as notas fiscais série D-1 teriam sido pagas com cartão ou qualquer outro fato capaz de elidir a presunção. Entretanto, o contribuinte, apesar de receber o Relatório Diário Operações TEF, tendo o prazo de defesa reaberto em 30 (trinta) dias, não indicou quais seriam essas operações.

Alega, ainda o autuado, que os valores constantes do levantamento fiscal comprovam que o total de suas vendas são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de créditos e/ou débito, não existindo imposto a ser exigido e que teria recolhimento ICMS a mais, entendendo não ser possível aplicar a presunção acima.

Ocorre que essa alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, a exemplo do ACÓRDÃO Nº 0207-11/08, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões. De igual modo não podem ser comparados os valores informados pelas administradoras com as vendas totais da Redução “Z” e somar as vendas com notas fiscais, sem que o contribuinte comprove quais dessas operações foram pagas com cartão de crédito/débito.

Não pode ser acolhido o argumento defensivo no qual o impugnante questiona a aplicação da alíquota de 17%, prevista para o ICMS apurado pelo regime normal, sob o fundamento de se encontrar enquadrado no SimBahia, já que a imputação em comento foi incluída na legislação referente ao SimBahia como de natureza grave (art. 408-L, do RICMS/97) a partir de 01/11/00, e nessas circunstâncias, de acordo com o art. 408-P, do mesmo regulamento o contribuinte fica sujeito ao pagamento do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais.

Observe, ainda, que foi concedido o crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, como determina o § 1º do art. 408-S do RICMS/BA.

Quanto ao pedido de redução da multa de 70% para 50%, também não acato por falta de previsão legal, pois o art. 158, do RPAF/99, trata somente das multas por descumprimento de obrigação acessória, que poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo, condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte. Assim entendo que não foram atendidas as exigências acima, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado. Por outro lado, entendo que a multa foi corretamente aplicada, uma vez que o contribuinte ao praticar infração de natureza grave, sendo apurada mediante levantamento fiscal, resultando em ICMS devido, deve ser aplicada a multa de 70% prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Também não pode ser acolhido o argumento defensivo de que em alguns meses do período fiscalizado, os valores constantes na Redução Z foram superiores aos valores informados pelas instituições administradoras de cartão de crédito/débito, uma vez que o ICMS é imposto que tem seu período de apuração mensal. Portanto, não podendo falar em compensação, a título de exemplo, de um ICMS devido no mês março com um suposto crédito relativo ao mês de abril.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **277830.0063/07-7**, lavrado contra **FEIRA DE CONFECÇÕES LABOR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$829,87**, 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, 10 de novembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR