

A. I. Nº - 1101230024/07-6
AUTUADO - ALENCAR COMÉRCIO DE MIUDEZAS LTDA.
AUTUANTE - LUIZ HENRIQUE DA SILVA TEIXEIRA e JOSÉ RÔMULO FRAGA BARRETO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 25.02.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0010-02/10

EMENTA: ICMS. 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 tributáveis sem pagamento do imposto devido. Rejeitadas as arguições de nulidade, acolhida parte da arguição de defesa relativa ao mérito, reduzindo o valor exigido. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em questão, lavrado em 12/07/2007, em razão de o sujeito passivo omitir a saída de mercadoria tributada 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. ICMS no valor de R\$30.488,45, multa de 70%.

O autuado, às fls. 28 a 38, apresenta a impugnação ao lançamento argüindo nulidade de pleno direito, por estar, o auto de infração, eivado de irregularidades, posto que a apuração do imposto fora calculada em cima do valor total informado na Redução "Z", com o Relatório de informações TEF Diário enviado pelas Operadoras de Cartões, sem a devida análise comparativa da bobina, saídas por saída, visto que poderiam ocorrer equívocos por parte do Funcionário que opera o caixa da empresa autuada, registrando no ECF venda realizadas com Cartão de Crédito, como se fossem à vista. Conclui que, desta forma, a ocultação de tais relatórios torna o Auto de Infração nulo já que não teve o correto procedimento de apuração.

Afirma que o autuante acostaram ao Auto de Infração apenas o demonstrativo de débito, com os valores correspondentes às supostas parcelas devidas do ICMS no mês de Janeiro a Dezembro de 2006, sem, contudo, fornecer a cópia do relatório entregue pela Administradora de Cartão, em "papel". Entende que, por tal motivo, a veracidade dos cálculos apresentados, bem como da própria acusação está demasiadamente comprometida, vez que a obscuridade paira na lavratura do Auto de Infração, pois a listagem demonstrando quais foram as operações que constam no Relatório de Informações TEF por Operações, e as quais não constam nas bobinas de Máquinas - ECFs, que serviram de base à lavratura do Auto de Infração.

Reafirma a existência do cerceamento de defesa e cita o jurista Marco Aurélio Greco para amparar seus argumentos.

Aponta o ACORDÃO JJF nº 0159-04/05, decisões relativas ao Auto de Infração 2690940111041.

No mérito entende que o autuante não demonstraram de forma clara e inequívoca a informação de qual documento fora apurado o valor das transações comerciais realizadas por meio de Cartão de Crédito ou Débito, ferindo frontalmente o RPAF em seu art. 39.

Considera dado muito relevante, trata-se da existência de uma filial da empresa autuada, tal seja inscrita no CNPJ n. 05.649.689/0002-84 e Inscrição Estadual n. 65.290.740PP, fato este que pode comprometer sensivelmente o Auto de Infração, tendo em vista que o Relatório TEF enviado pelas Operadoras de Cartão pode conter operações tanto da matriz quanto da filial em um mesmo Relatório, desta forma, o valor total da Autuação pode estar repleto de erros.

Ressalta que a atual defesa está completamente comprometida já que não tem dados para contrapor os valores encontrados pelos Fiscais, pois o autuante sequer forneceram o Relatório entregue pelas Operadoras de Cartão, ficando delicada qualquer alegação a esse ponto.

Esclarece que a Autuada é um armário, empresa inscrita no SIMBAHIA, e por ser um estabelecimento de pequeno porte comercializa produtos de baixo custo, realizando grande parte de suas vendas à vista, e nessas operações, utiliza uma Máquina Operadora de Cartão de Crédito, por ser mais rápida que o Equipamento Emissor de Cupom Fiscal, e devido a peculiaridade de estabelecimento, em que são realizadas diariamente pequenas vendas, podendo ocorrer algumas distorções nos registros do Equipamento Emissor de Cupom Fiscal.

Argumenta que deve ser observada a Proporcionalidade, dos produtos isentos, substituídos e antecipados conforme anexo 88 do RICMS, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final, com total minúcia e atenção, já que o princípio da legalidade objetiva exige do Fisco uma atuação oficial e imparcial, para obtenção da verdade dos fatos, a chamada verdade material.

Considera que o valor apresentado no Auto de Infração, representa um claro afrontamento ao princípio da proibição de tributos com efeitos de confisco, concretizado no art. 150, IV, da Carta Magna, sendo inaceitável a cobrança de um valor tão alto, de R\$30.488,45 (trinta mil quatrocentos e oitenta e oito reais e quarenta e cinco centavos), por um simples equívoco formal na emissão do documento fiscal, haja vista que ficou comprovado a inexistência da "omissão de saída de mercadoria tributada" mendazmente alegada pelo autuante. Além do exposto, o faturamento mensal da empresa autuada não ultrapassa a importância média de R\$45.699,00 (quarenta e cinco mil e seiscentos noventa e nove reais), de tal modo que, o valor apurado no Auto, significaria um prejuízo irreparável a autuada. Restando impugnado o valor atribuído no Demonstrativo de Débito por ser totalmente indevido.

Assegura que negocia com grande quantidade de "mercadorias que já sofreu tributação quando da sua entrada em virtude de seus produtos originarem-se de outros Estados de forma que sofrem antecipação ou Substituição Tributária dos produtos relatados no Anexo 88 do RICMS.

Aduz que a pretensão do autuante é nula, não tem procedência, nem a mínima condição de prosperar.

Sustenta que, conforme pode ser visto no demonstrativo que ora anexados à defesa, os valores, referente às vendas através do ECF-MR são diferentes dos informados pelas Instituições Financeiras e Administradoras de Cartão de Crédito porque estão incluídos nas vendas gerais da autuada.

Afirma anexar à defesa, por amostragem, alguns comprovantes dos boletos emitidos pelas maquinetas Eletrônicas das Administradoras de Cartão de Crédito e Instituições Financeiras aonde se comprova que na mesma data, há a emissão de cupom fiscal no mesmo valor da operação.

Afirma que só processava as operações em utilizando a tecla "dinheiro" neste ramo de atividade tem pouca escolaridade, e não é instruída

todos os seus recursos. Por isso, eventualmente, algum funcionário usou a tecla "cartão" talvez até por engano durante poucos dias no período fiscalizado.

Considera que existiu também por parte dos Auditores Fiscais o uso inadequado de roteiro de fiscalização aplicado na presente ação fiscal em virtude da empresa operar com mais 90% dos seus atos negociais com vendas de mercadorias que já sofreu anteriormente tributação pelo sistema de antecipação tributária ou substituição, constantes do anexo 88 do RICMS e também por motivo do ECF não discriminado o meio de pagamento. (Vide Resoluções JJF 0095-02/05; JJF 0029-02/05;)

Sustenta que não houve falta de emissão de documento fiscal no valor apurado pelo autuante. O que houve foi à falta de apuração do meio de pagamento no equipamento Emissor de Cupom Fiscal no período de 31.01.2006 a 31.12.2006, conforme determina o Parágrafo 7º do artigo 219 do RICMS, estando a empresa sujeita a sofrer a aplicação da multa de penalidade fixa, conforme prevê o artigo 915, XXII e Parágrafo 8º, Inciso II, letra b do mesmo artigo, por se tratar de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista em Lei.

Conclui afirmando que, diante de tudo o quanto se expôs na presente defesa, não resta qualquer dúvida de que a autuação fora efetivada de forma equivocada, resultando na lavratura do Auto de Infração n. 110123.0024/07-6 totalmente insubstancial, senão também eivado de vícios formais irremediáveis, que o levam à completa ineficácia e absoluta improcedência da autuação, diante da sua nulidade, caracterizando o Auto de forma imprecisa e genérica apresentando somente o Demonstrativo de Débito com valores mensais e não diário, devidamente discriminado contendo o valor e operação correlata, ou seja a apuração do imposto fora calculada em cima do valor total informado na Redução "Z", com o Relatório Diário enviado pelas Operadoras de Cartões, sem a devida análise comparativa com a bobina. Desta forma, não tem o condão de caracterizar o suposta "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", assim, não havendo infração dos dispositivos mencionados no Auto, ou seja, o art. 2º e 3º, inciso VI; art. 50, inciso I; art.124 inciso I e art. 218 todos do Decreto n. 6.284/97, e consequentemente, que justifique a aplicação da multa do artigo 42, 111 da Lei 7.014/96.

Afirma que o autuante se equivocou ao demonstrar as operações levantadas de vendas efetuadas através de cartão de crédito, pois tais valores decorrem de diferenças consideráveis nos meses de fevereiro, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2006, também pede que seja considerado o ICMS apurado por meio da antecipação tributária e que seja efetuada uma planilha para determinação da base de cálculo através do princípio da proporcionalidade.

Pede que, na remota hipótese de não acolhimento do pleito de nulidade do Auto de infração, que depois de deduzido sobre a base de cálculo apurada pelo autuante, o valor total constante das reduções "Z", seja consideradas as notas fiscais de compras que já foram tributadas pela substituição ou antecipação tributária consoante decisão deste Conselho conforme Acórdão CJF n. 0291-12/06.

Finalmente, protesta e requer a juntada da documentação anexa, produção de todas as provas em direito admitida, especialmente documental e posterior juntada de outros documentos em contraprova.

O autuante, às fls. 240, apresenta informação fiscal afirmando que ratifica o procedimento fiscal. Afirma que a autuada durante o período fiscalizado já tinha implantado o meio de pagamento no Equipamento Emissor de Cupom Fiscal.

Assegura que a alegação de que vendas efetuadas a dinheiro podem ter sido registradas como vendas a cartão não foi acompanhada de documentação comprobatória, como cópia do cupom fiscal e o comprovante do cartão de crédito correspondente.

Anexa ao presente processo o Relatório Diário Operações TEF acompanhado de cópia do mesmo, para ser entregue à autuada, referente ao período de 01/01/2006 a 31/12/2006, no total de 439(quatrocentos e trinta e nove) páginas para que a mesma possa efetuar a conferencia das operações e fica autorizado a reabertura do prazo de defesa por 30(trinta) dias.

O autuado volta a se manifestar, às fls. 685 a 692, reitera todos os termos da defesa, salientando ainda que foram apresentadas as cópias das notas fiscais de entradas por amostragem para aplicação do princípio da proporcionalidade, os relatórios das saídas, especificando se dinheiro ou cartão e as respectivas copias das Reduções "Z" com diferenças apuradas na determinação do auto, bem como as cópias dos cupons fiscais com pagamento em dinheiro e recibo da operadora de cartão comprovando autenticidade da declaração do autuado, todas como meio de prova, reservando o direito de posterior juntada de demais documentações que forem necessárias como meio de prova e contra prova do quanto alegado na presente defesa.

Esclarece que o procedimento adotado pelo autuante prejudicou demasiadamente o Contribuinte, uma vez que hodiernamente o procedimento adotado pelos fiscais se baseia em analisar bobina por bobina, desenrolando uma a uma a fim de comparar e apurar da maneira mais correta e clara possível a realidade fática da movimentação de mercadoria da Empresa. Data vénia, tal procedimento não foi o utilizado pelo autuante, haja vista que, o total da suposta infração foi muito além do valor que realmente deveria ter sido apurado, conforme demonstrado na Planilha de Demonstrativo da Proporcionalidade, já anexada aos autos.

Afirma que a empresa também está anexando à defesa, por amostragem, alguns comprovantes dos boletos emitidos pelas maquinetas Eletrônicos das Administradoras de Cartão de Crédito e Instituições Financeiras aonde se comprova que na mesma data, há a emissão de cupom fiscal no mesmo valor da operação.

Reproduz argumentações já alinhadas na primeira defesa, ressaltando a necessidade do cálculo da proporcionalidade.

OS autuanteS, à fl. 695, se manifestam sustentando que retificam o valor do ICMS cobrado nos meses de junho, julho e agosto de 2006 em virtude da autuada ter apresentado alguns comprovantes de que operações registradas como se fossem o meio de pagamento em dinheiro e na verdade terem sido operações realizadas através de cartão de débito e/ou crédito.

Acatam, assim, a documentação apresentada pela autuada, conforme documentos às fls. 224 a 235, reduzido o valor do ICMS cobrado como discriminado adiante:

Junho de 2006 - Valor da base de cálculo constante no Auto de Infração - R\$ 12.557,81

Valor dos documentos apresentados pela autuada - R\$ 29,50.

Diferença após a dedução do valor dos documentos apresentados pela autuada R\$ 12.528,31

ICMS 17% R\$ 2.129,81

Crédito de 8% = R\$ 1.002,26

ICMS devido = R\$ 1.127,55 (um mil, cento e vinte e sete reais e cinqüenta e cinco centavos).

Julho de 2006 - Valor da base de cálculo constante no Auto de Infração - R\$ 13.592,50

Valor dos documentos apresentados pela autuada - R\$ 56,60.

Diferença após a dedução do valor dos documentos apresentados pela autuada R\$ 13.536,00.

ICMS 17% = R\$ 2.301,12

Crédito de 8% = R\$ 1.082,88

ICMS devido = R\$ 1.218,24 (um mil, duzentos e dezoito reais e vinte e quatro centavos).

Agosto de 2006 - Valor da base de cálculo constante no Auto de Infração - R\$ 27.965,93

Valor dos documentos apresentados pela autuada - R\$34,40.

Diferença após a dedução do valor dos documentos apresentados pela autuada R\$27.931,53.

ICMS 17% = R\$ 4.748,36

Crédito de 8% = R\$ 2.234,52

ICMS devido = R\$ 2.513,84 (dois mil, quinhentos e treze reais e oitenta e quatro centavos).

Quanto aos meses de Janeiro a Maio e de Setembro a Dezembro ratificam os valores constantes do Auto de Infração.

Diante do exposto, concluem pela Procedência em Parte do Auto de Infração.

A 2ª JJF, à fl. 711, encaminha os autos para diligência à infaz de origem, para que seja calculada a proporcionalidade nos termos da Instrução Normativa nº 56/2007, tendo em vista os argumentos do autuado de que 90% de suas vendas ocorrem com fase de tributação encerrada.

O autuante, ora diligentes, respondem, às fls. 716 e 717, que não foi apurado que o autuado opera com mercadorias com fase de tributação encerrada, como se pode verificar através das notas fiscais constantes, às fls. 40 a 58 e cópias das reduções "Z", às fls. 62 a 87, 89 a 112, 114 a 138, 140 a 165, 167 a 193, 200 a 221 e 224 a 235.

Informam, ainda, que o autuado não foi localizada em seu endereço, após a ação fiscal conforme documento a fl. 699, outro contribuinte se instalou em seu endereço. Afirma que os sócios não foram encontrados, conforme documentos as fls. 697 a 708.

Concluem pela redução da exigência fiscal, conforme a última informação fiscal, totalizando o valor a ser reclamado em R\$ 30.477,62, de acordo com o novo demonstrativo de débito do auto de infração elaborado à fl. 717 dos autos.

VOTO

O presente Auto de Infração, traz a exigência tributária em razão de o sujeito passivo ter omitido a 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.

Ficam, de forma preliminar, rejeitadas as nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, inclusive o Relatório TEF por operações individualizadas, bem como solicitada diligência para apuração da alegada proporcionalidade, não necessitando outros esclarecimentos; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

O Auto de Infração está amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96. *in verbis "o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de c/ manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistente.*

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” (grifo nosso).

Trata-se de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária, ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. Portanto, estamos, na infração sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos. Assim, não cabe ao autuante e sim ao autuado, indicar os cupons fiscais, que trazem a forma de pagamento em dinheiro, contudo decorreram de vedas através de cartões de créditos/débitos, através da relação entre valores e datas. Verifico que o autuado consegue, apenas parcialmente, demonstrar tais coincidência entre os valores e datas constantes dos cartões e os cupons fiscais.

As arguições do autuado de que a empresa possuía receita superior às omissões, apuradas pela autuante, não prosperam, na medida em que a exigência se ampara na presunção, acima alinhada, tendo em vista as informações prestadas pelas administradoras de cartões de créditos, não registradas pela empresa em seus documentos fiscais.

Não há comprovação de que no Relatório TEF enviado pelas Operadoras de Cartão consta operações tanto da Matriz quanto da Filial em um mesmo Relatório, conforme aduz o autuado.

Foi determinada diligencia para apurar a alegada proporcionalidade entre mercadorias tributadas e com etapa de tributação encerrada. O autuante, ora diligentes, informam que o autuado não foi localizada em seu endereço após a ação fiscal, conforme documento à fl. 699, outro contribuinte se instalou em seu endereço. Afirma que os sócios não foram encontrados, conforme documentos as fls. 697 a 708.

Acertadamente, os autuante respondem, às fls. 716 e 717, que não foi demonstrado que o autuado opera com mercadorias com fase de tributação encerrada, como se pode verificar através das notas fiscais constantes, às fls. 40 a 58 e cópias das reduções “Z”, às fls. 62 a 87, 89 a 112, 114 a 138, 140 a 165, 167 a 193, 200 a 221 e 224 a 235.

O autuado consegue demonstrar alguns pagamentos com cartões de créditos registrados como meio de pagamento em dinheiro. Foram efetuados os ajustes pelo autuante, conforme segue:

“Junho de 2006 - Valor da base de cálculo constante no Auto de Infração - R\$ 12.557,81

Valor dos documentos apresentados pela autuada - R\$ 29,50.

Diferença após a dedução do valor dos documentos apresentados pela autuada R\$ 12.528,31

ICMS 17% R\$ 2.129,81

Crédito de 8% = R\$ 1.002,26

ICMS devido = R\$ 1.127,55 (um mil, cento e vinte e sete reais e cinqüenta e cinco centavos).

“Julho de 2006 - Valor da base de cálculo constante no Auto de Infração - R\$ 13.592,50

Valor dos documentos apresentados pela autuada - R\$ 56,60.

Diferença após a dedução do valor dos documentos apresentados pela autuada R\$ 13.536,00.

ICMS 17% = R\$ 2.301,12

Crédito de 8% = R\$ 1.082,88

ICMS devido = R\$ 1.218,24 (um mil, duzentos e dezoito reais e vinte

Agosto de 2006 - Valor da base de cálculo constante no Auto de Infração - R\$ 27.965,93

Valor dos documentos apresentados pela autuada - R\$34,40.

Diferença após a dedução do valor dos documentos apresentados pela autuada R\$27.931,53.

ICMS 17% = R\$ 4.748,36

Crédito de 8% = R\$ 2.234,52

ICMS devido = R\$ 2.513,84 (dois mil, quinhentos e treze reais e oitenta e quatro centavos). ”

Verifico que, quanto aos meses de Janeiro a Maio e de Setembro a Dezembro ficam mantidos os valores originalmente reclamados.

Assim, após os ajustes efetuados, concluo pela redução da exigência fiscal, totalizando o valor a ser reclamado em R\$30.477,62, conforme o novo demonstrativo de débito do Auto de Infração à fl. 717 dos autos, modificado nessa planilha apenas o mês de outubro/2006, que originalmente é R\$8.820,24.

A requerida multa por descumprimento de obrigação acessória não é cabível, pois se trata de descumprimento de uma obrigação principal, cabendo a exigência, não satisfeita, do crédito tributário devido aos Cofres do Estado.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 1101230024/07-6, lavrado contra **ALENCAR COMÉRCIO DE MIUDEZAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.477,62**, acrescido da multa de 70% prevista no inciso III, art. 42 da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de fevereiro de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR