

A. I. Nº - 281105.0024/07-5
AUTUADO - G & Z MERCADINHO LTDA.
AUTUANTE - JALON SANTOS OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET- - 18. 03. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0042-01/10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO E OS VALORES LANÇADOS NAS NOTAS FISCAIS. 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. Afastada preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 13/12/2007 para exigir o ICMS, no valor de R\$47.169.13, acrescido da multa de 70% em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e/ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito e débito, relativo ao período janeiro a dezembro/2006.

O autuado na defesa apresentada (fls. 21 a 27), premilinarmente argüi a falta de embasamento legal para a infração por entender que somente haverá presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto se, e somente se, os valores fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito foram superiores aos valores de vendas declaradas pela autuada.

Aduz que as suas vendas totais informadas na Declaração de Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME) foram superiores às vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito, portanto, não há imposto devido para ser objeto de Auto de Infração.

Segundo o autuado, são três as situações que podem ocorrer na comparação entre a declaração de vendas pelo contribuinte com as informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito:

a) igualdade entre os valores e nesta situação não se aplica a presunção prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96; b) valores declarados pelo contribuinte maiores que os informados pelas administradoras, situação que também não se aplica a presunção, e; c) valores declarados pelo contribuinte inferiores aos informados pelas administradoras, nesta se aplicando a presunção do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Diz que a interpretação do autuante já enseja a ocorrência do crime de excesso de exação e não entende como a SEFAZ adota em seus sistemas internos o confronto entre as vendas em DME/DMA com os valores informados pelas administradoras e na ação de autuação as vendas em cartão registradas em Redução Z. Acresce que o caso de

que lhe é mais favorável conforme art. 112 do CTN e que a interpretação da autuação fere o art. 25 do RPAF, artigos que transcreve.

Sustenta que a interpretação do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 tem que ser literal, não valendo, no caso, o pensamento do autuante ou dos julgadores do CONSEF e que outra interpretação teria que ser informada aos contribuintes por publicação para atender o art. 37 da Constituição Federal.

Assim, como entende, elabora quadro demonstrativo em que apura ser devido ICMS apenas no valor de R\$3.853,03, por decorrência de diferença em que sua receita mensal foi inferior a valores mensais informados pelas administradoras de cartões.

Informa que lhe foi apresentado “Relatório Diário de Operações TEF”, assim como um CD-Room que supostamente continha a relação completa das operações, mas no CD nada há gravado. Entende que a presunção exauriu-se com o confronto dos valores declarados e os informados pelas administradoras de cartões e que entregar-lhe relação das operações para apresentar os respectivos Cupons Fiscais é sair da presunção legal para auditoria de documentos fiscais e se o autuante modificar a forma do levantamento das omissões, ou seja, comparar operação por operação não mais poderá alegar a presunção de omissão de saída, por ser outra auditoria com outro fundamento legal, o que acarretará a nulidade do Auto de Infração.

A seguir, declara não admitir os documentos e arquivos apresentados como válidos para informar as operações realizadas com cartão de crédito ou de débito não os aceitando para os efeitos legais.

Considerando que o confronto dos cupons fiscais com a relação apresentada pela SEFAZ é matéria de auditoria de documento fiscal que deve ser realização pela fiscalização, informa deixar em seu estabelecimento as fitas-detalhes à disposição do autuante.

Por fim, requer: a) a interpretação do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, como entende; b) a observação do §1º do art. 18 do RPAF-BA, na hipótese de novos elementos serem trazidos ao processo e; c) julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante às fls. 32 a 35 presta a Informação Fiscal inicialmente transcrevendo em resumo as alegações defensivas, aduzindo que a infração foi apurada com base no §3º do art. 2º do RICMS/97, que define como presunção de ocorrência de operações ou prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a diferença encontrada nas operações com cartão de crédito/débito e os valores por operação fornecidos pelas administradoras de cartões.

Aduz que o contribuinte se equivoca quando declara que suas vendas nunca foram inferiores aos valores apresentados pelas administradoras, pois o procedimento fiscal e o roteiro desenvolvido não buscam comparar o total de receita do contribuinte com o total das operações fornecidas pelas administradoras e sim confrontar os valores das vendas em cartão constantes da Redução Z com os valores fornecidos pelas administradoras e que caberia ao contribuinte demonstrar suas afirmativas com apresentação de informações materiais.

Registra que intimou o contribuinte a lhe apresentar demonstrativos das aquisições de mercadorias nos exercícios de 2006 e 2007 objetivando aplicar o critério da proporcionalidade prevista na IN nº 56/07 e ao analisar o processo nº 058656/2008-0 equivocadamente protocolado em nome de A S Supermercado Ltda, mas pertencente ao autuado por conter o número deste auto, verificou a impossibilidade de aplicar a proporcionalidade em face de não identificar as mercadorias adquiridas nos diversos tipos de tributação, mas terem sido as aquisições informadas em relação genérica, conforme relação que junta ao processo.

Diz que a peça defensiva pauta considerações em que o roteiro de auditoria deveria ser o comparativo do total das vendas com os valores informados pelas administradoras e lembra ao autuado que a legislação prever e obriga o contribuinte identificar a fatura e a emissão do cupom fiscal. Assim, o documento fiscal (Redução Z) emi

forma de pagamento (dinheiro, cheque, cartão, ticket, etc, etc.). Dessa forma a ação fiscal teve como base a identificação das vendas em cartão e os valores informados pelas suas administradoras.

Entende que o contribuinte interpreta equivocadamente o §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que é função do CONSEF julgar e interpretar a norma legal e que o caso ora discutido nada tem haver com excesso de exação, mas a infração acusada vincula o contribuinte ao crime de sonegação fiscal previsto no inciso II do art. 1º da Lei nº 8.137/90 cuja pena e prisão de 2 a 5 anos e multa.

Acrescenta que a planilha elaborada pelo autuado sob sua interpretação não possui fundamento legal a ser discutido.

Escreve que o contribuinte se utiliza de procedimento inadequado ao declarar que recebeu um CD-Room em branco, pois quando da entrega o arquivo magnético foi aberto e visualizado por seu preposto. Diz que esse inadequado procedimento fica claro quando declara na Defesa que “entregar ao autuado relação das operações para apresentar os respectivos cupons fiscais é sair da presunção legal para auditoria de documentos fiscais”, além de dizer que não admite os documentos e os arquivos apresentados como válidos para informar as operações realizadas com cartão de crédito ou de débito, demonstrando que utilizou os arquivos contidos no CD-Room.

Declara que apenas entregou o arquivo magnético para conhecimento e uso do contribuinte naquilo que achasse pertinente, não lhe pedindo que fizesse o confronto entre as informações das administradoras e os cupons fiscais que emitiu, entretanto, se o mesmo tivesse interesse em apresentar provas de possíveis vendas em cartão e não consideradas pelo fisco teria que apresentar demonstrativo na forma prevista na intimação datada de 09/04/2008, quando faria as análises pertinentes nos novos dados apresentados.

Por fim, mantém a ação fiscal e pede a procedência do Auto de Infração.

Embora o recibo com autenticação de conteúdo de fl. 16 indique que o contribuinte recebeu os arquivos magnéticos nele informados (cujo recebimento nega), para precaver-se da possibilidade de contestação de nulidade por cerceamento do direito de defesa, na assentada de julgamento, a 5ª JF decidiu converter o processo em diligência ao autuante para que fossem adotadas as seguintes providências:

- a) Fornecer ao contribuinte mediante recibo em que ateste ter aberto e visualizado cópia dos arquivos magnéticos que contesta, reabrindo-lhe o prazo para defesa (trinta dias);
- b) Caso o contribuinte venha a se pronunciar, produzir nova Informação Fiscal;

Após as providências os autos devem ser retornados para julgamento.

Cumprida a diligência na forma solicitada, à fl 49 o autuante informa que conforme documento de fl. 48 entregou ao autuado nova cópia dos arquivos magnéticos do procedimento fiscal ao tempo que o intimou para apresentar demonstrativo mensal de aquisição de mercadorias contendo informação de tributáveis, isentas e substituídas reabrindo ao contribuinte novo prazo para defesa o qual ultrapassou sem que o contribuinte se manifestasse.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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/débito.

Verifico que o imposto devido decorreu de diferença apurada da confrontação entre os valores das autorizações das vendas pagas com cartão de crédito/débito e correspondentes Notas Fiscais que o autuante confrontou, conforme demonstrativo do cotejamento entre os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito e as notas fiscais emitidas (24), excluindo-se nessa confrontação os valores coincidentes entre as Notas Fiscais.

Alegou o autuado, preliminarmente, a falta de embasamento legal para a infração por entender que somente há presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto se, e somente se, os valores fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito foram superiores aos valores de vendas declaradas pela autuada. Neste aspecto, produziu demonstrativo para indicar que as suas vendas totais foram superiores às vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito, exceto em três meses (jan, fev e março de 2006), com o que só deveria ICMS de R\$3.853,03.

Informou que lhe foi apresentado “Relatório Diário de Operações TEF”, assim como um CD-Room que supostamente continha a relação completa das operações, mas no CD nada há gravado.

O entendimento do autuado é que a presunção exauriu-se com o confronto dos valores declarados e os informados pelas administradoras de cartões e que entregar-lhe relação das operações para apresentar os respectivos Cupons Fiscais é sair da presunção legal para auditoria de documentos fiscais e se o autuante modificar a forma do levantamento das omissões, ou seja, comparar operação por operação não mais poderá alegar a presunção de omissão de saída, por ser outra auditoria com outro fundamento legal, o que acarretará a nulidade do Auto de Infração.

O autuado também declarou não admitir os documentos e arquivos apresentados como válidos para informar as operações realizadas com cartão de crédito ou de débito não os aceitando para os efeitos legais. Por fim, disse que considerando que o confronto dos cupons fiscais com a relação apresentada pela SEFAZ é matéria de auditoria de documento fiscal que deve ser realizada pela fiscalização, informou deixar em seu estabelecimento as fitas-detalhes à disposição do autuante.

O autuante informou que a infração foi apurada com base no §3º do art. 2º do RICMS/97, que define como presunção de ocorrência de operações ou prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a diferença encontrada nas operações com cartão de crédito/débito e os valores por operação fornecidos pelas administradoras de cartões, equivocando-se o contribuinte quando declara que suas vendas nunca foram inferiores aos valores apresentados pelas administradoras, pois o procedimento fiscal e o roteiro desenvolvido não buscaram comparar o total de receita do contribuinte com o total das operações fornecidas pelas administradoras e sim confrontar os valores das vendas em cartão constantes da Redução Z com os valores fornecidos pelas administradoras. Também registrou que tentou aplicar na ação fiscal a proporcionalidade prevista na IN nº 56/07, mas embora intimado para tanto, o contribuinte não forneceu a informação necessária.

Pois bem, neste contraditório tributário a primeira questão a ser superada é a que se refere ao recebimento dos arquivos magnéticos do procedimento fiscal por parte do contribuinte, elementos essenciais para que possa exercer o seu direito de ampla defesa.

Embora o recibo com autenticação de conteúdo de fl. 16 indique que o contribuinte recebeu os arquivos magnéticos nele informados (cujo recebimento nega), para não deixar qualquer dúvida nesta preliminar e precaver-se da possibilidade de contestação de nulidade por cerceamento do direito de defesa, na assentada de julgamento, o PAF foi convertido em diligência ao autuante para que fossem adotadas as seguintes providências:

- a) *Fornecer ao contribuinte mediante recibo em que ateste ter aberto e visualizado cópia dos arquivos magnéticos que contesta, reabrindo-lhe o prazo para defesa (trinta dias);*
- b) *Caso o contribuinte venha a se pronunciar, produzir nova Informação Fiscal;*

Após as providências os autos devem ser retornados para julgamento.

Cumprida a diligência na forma solicitada, à fl 49 o autuante informou que conforme documento de fl. 48 entregou ao autuado nova cópia dos arquivos magnéticos do procedimento fiscal ao tempo que o intimou para apresentar demonstrativo mensal de aquisição de mercadorias contendo informação de tributáveis, isentas e substituídas reabrindo ao contribuinte no ultrapassou sem que o contribuinte se manifestasse. Assim, considera-se que não há mais falar em cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito da lide, examinando os autos, percebo que o demonstrativo de fl. 26 elaborado pelo autuado informa os mesmos dados das vendas informadas pelas administradoras de cartões constantes do demonstrativo da apuração do ICMS devido pelo autuante (fl. 8) os quais foram importados do Relatório Diário Operações TEF, o que indica tácita concordância de veracidade das suas vendas cujos pagamentos se deram através de cartões de crédito/débito no período fiscalizado.

Observo que o cotejamento feito pelo autuante se sustenta na confrontação entre os valores dos Cupons Fiscais cujos pagamentos se deram por cartões de crédito/débito e foram registrados no equipamento Emissor de Cupom Fiscal do contribuinte, conforme identificação em Redução Z e o Relatório Diário das Operações TEF e é, por isso, consistente.

De fato, a confrontação de valores para se apurar a omissão prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 se dá entre valores de uma mesma grandeza, ou seja, vendas cujo meio de pagamento foi cartão de crédito: valores autorizados ao contribuinte e informados pelas administradoras como prevê o art. 824-W do RICMS/97 x valores das vendas cujo meio de pagamento foi cartão de crédito/débito apurados da memória dos equipamentos emissores de cupom fiscal via registros na Redução Z em face da obrigatoria identificação prevista no §7º do art. 238 do RICMS/97. Portanto, tanto o fornecimento das informações ao fisco pelas administradoras que é autorizado pelo contribuinte quanto à obrigação de identificação do meio de pagamento está previsto na legislação. Ora, registros corretamente efetuados, não há presunção de omissão porque não haveria diferença entre as grandezas.

Assim, não há espaço para a interpretação exposta pelo contribuinte neste caso, a não ser que todas vendas tivessem como meio de pagamento cartões de crédito/débito.

Obviamente, como a presunção prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 é relativa podendo ser elidida mediante provas documentais, em caso de irregularidades por indevidas identificações de meio de pagamento em documentos fiscais cabe ao contribuinte provar os possíveis equívocos.

O art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação. No caso em tela, observo que o contribuinte exerceu seu direito de ampla defesa sem carrear ao processo prova da não materialidade da infração. Seu argumento defensivo se prende a dois aspectos: a) equivocada interpretação do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, por parte do autuante e; b) que o CD-Rom que lhe fora entregue não continha registros.

O primeiro aspecto já analisei e não assiste razão ao contribuinte vez que a confrontação para apuração da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis se dá entre valores de uma mesma grandeza, ou seja, informações de diferentes fontes sobre vendas de mercadorias cujo meio de pagamento foi cartões de crédito/débito. Quanto ao segundo, vejo que o recibo de fl. 16 é uma autenticação magnética do conteúdo do CD-Rom impossível de ser feita em CD-Rom sem conteúdo. Ademais, o CD-Rom entregue ao autuado é cópia do CD-Rom que se encontra no processo à fl. 14, o qual verifico conter os arquivos informados no envelope e embora seja essa uma relação jurídica compulsória, não dependente da vontade do autuado, também entendo contraditório seu argumento de não aceitar os valores informados pelas administradoras de cartões e tomar esses valores no demonstrativo do ICMS que entende devido. Entretanto, agora esta é uma questão por demais superada, pois tendo em vista a diligência acima descrita, saneado está o processo nesse aspecto.

Quanto à consideração da proporcionalidade orientada na Instrução Normativa nº 56/07, constato que embora intimado para tal o contribuinte não forneceu informações para que o critério fosse adotado na ação fiscal ficando caracterizada a situação prevista no art. 142 do RPAF: *A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento proba disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte cor.*

Assim, diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **nº 281105.0024/07-5**, lavrado contra **G & Z MERCADINHO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$47.169,13**, 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, 03 de março de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR