

A. I. Nº - 003424.0535/05-1
AUTUADO - LESSA & CIA. LTDA.
AUTUANTE - CLAYTON FARIA DE LIMA
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 07.04.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0078-04/10

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. Refeitos os cálculos. Infração comprovada parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/12/2005, exige ICMS no valor de R\$ 29.888,97, em decorrência de:

“Infração 01 – 02.01.88

LEI 7.014/96 artº, item 4º.”

O autuado apresentou defesa, fls. 444 e 445, esclarecendo que se trata de vendas efetuadas com cartão e registradas como vendas em dinheiro, conforme demonstrados nos documentos anexos de folhas 03 a 604 da defesa, folhas 446 a 1054 dos autos.

Ao finalizar, requer a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, fl. 1057, o autuante informa que, à vista das cópias dos documentos anexados à defesa, constatou, por exemplo, que da diferença encontrada na ação fiscal em Setembro de 2004, no montante de R\$27.121,72, o autuado conseguiu comprovar R\$ 1.280,05, o que reduziria a diferença para R\$ 25.841,67 e sobre o quantum recairia o ICMS devido, com direito aos 8% de crédito por ser SimBahia. Que da diferença de R\$ 27.723,36 detectada em Outubro de 2004, o autuado “conseguiu comprovar” apenas R\$ 2.015,58. Que da diferença de R\$ 37.733,75 detectada em Novembro de 2004, o autuado “conseguiu comprovar ínfimos” R\$ 6.217,61.

Salienta que, reexaminando com mais atenção o material apresentado pela defesa, constatou vários documentos de dezembro de 2004 inseridos em janeiro de 2005, bem como alguns cupons incompatíveis com os boletos supostamente respectivos e um total desordenamento seqüencial de datas dos cupons/boletos. Em dezembro de 2004, o autuado apresentou, anexados à defesa, folha 594, cupom e boleto no valor de R\$ 419,76, repetindo o fato às folhas 154 da defesa, folha 601 do PAF, “numa absurda, abusiva e desrespeitosa afronta” à sua capacidade funcional.

Ao finalizar, opina pela manutenção integral da autuação.

O PAF foi julgado pela 4ª JJF - Acórdão 4ª JJF nº 0276-04/06, conforme Ementa abaixo:

“EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A autuação contém vícios jurídicos que afetam a sua eficácia, uma vez que o autuante não descreveu nenhuma infração no campo próprio do Auto de Infração. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.”

A 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL, ao apreciar o recurso de o 2006, anulou a decisão da junta mediante ACÓRDÃO CJF Nº 0530-12/06

“VOTO

Trata o presente Recurso de Ofício de Decisão proferida pela 4ª JF que julgou Nulo o Auto de Infração em razão de erro no preenchimento dos campos “Infração 01 – 02.01.88” e “Enquadramento”. Em decorrência da decretação da nulidade, não houve apreciação do mérito da lide na primeira instância.

Os autos comprovam que efetivamente houve um erro no preenchimento dos campos “Infração 01 – 02.01.88” e “Enquadramento”. Todavia, observa-se que, no campo “Descrição dos Fatos”, o autuante descreveu a acusação de forma satisfatória, deixando evidente a infração apurada e o enquadramento legal. Além da satisfatória descrição dos fatos, os demonstrativos que integravam o Auto de Infração permitiram que o recorrente entendesse a acusação que lhe foi feita, bem como exercesse o seu direito de defesa. Tanto o autuado entendeu a acusação que lhe foi feita, que ele apresentou impugnação abordando os diversos aspectos da autuação.

A meu ver, a incorreção no preenchimento dos campos “Infração 01 – 02.01.88” e “Enquadramento” constitui um mero erro material que não impede a determinação da natureza da infração, do autuado e nem do montante do débito. Tal incorreção não nulifica de forma absoluta o Auto de Infração e, nos termos do § 1º do art. 18 do RPAF/99, pode ser suprimida mediante diligência saneadora.

Também observo que o autuante acostou ao processo demonstrativos TEFs diários, segundo as “bandeiras” dos cartões (Visa, Hipercard, Mastercard, etc). Esses demonstrativos TEFs não discriminam, dia a dia, cada uma das operações pagas com cartão, condição que o CONSEF tem entendido como necessária ao roteiro de auditoria em questão. Essa falha processual cerceou o direito de defesa do recorrente, porém também pode ser saneada mediante diligência e reabertura do prazo de defesa.

Essas duas falhas existentes nos autos não podem ser corrigidas nesta fase processual, pois se procedesse esta Câmara de Julgamento Fiscal estaria incorrendo em clara supressão de instância.

Voto, portanto, pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para declarar NULA a Decisão recorrida, devendo o processo retornar à primeira instância para saneamento, reabertura do prazo de defesa e nova Decisão.”

O PAF foi convertido em diligência, fl. 1.084, para que fosse entregue ao autuado os Relatórios TEF's diários, contendo operação por operação, e reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias, o que foi atendido à folha 1.256 dos autos, em 04/05/07.

Em nova manifestação defensiva, fls. 1.260 a 1.262, o autuado frisa que a empresa está registrada na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia com atividade econômica 4711-3/02 – Comércio Varejista de Produtos Alimentícios–Supermercados, enquadrado no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA.

Reconhece que tinha como hábito não vincular corretamente as vendas às respectivas formas de pagamento, fato que levou o auditor a aplicar a presunção prevista no artigo 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, uma vez que os valores de venda com cartão de crédito, na leitura “Z”, estavam sempre em valores inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito.

Assevera que, em 04/05/2007, recebeu as informações das vendas através de cartão de crédito e débito em CD, contendo as informações diárias, por transação e por operadora. Informa que, de posse desta documentação, está vinculando as transações aos respectivos cupons fiscais, para que possa ser considerado improcedente o Auto de Infração, com fundamento no artigo 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Argumenta que suas vendas são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões, não podendo ser aplicada a presunção prevista no artigo 2º, § 3º, inciso VI, do RICMS/97, o qual transcreveu.

Aduz que houve bi-tributação, pois o autuante penalizou o autuado com aplicação da alíquota de 17%, embora estivesse enquadrado no SIMBAHIA, o qual previa alíquota de 2,5% a 6%.

Assevera que, em cinco dias úteis, apresentará a vinculação das transações de cartão de crédito/débito com seus respectivos documentos fiscais, para que não haja dúvida da idoneidade da empresa e da tributação de todas as vendas realizadas no período autuado.

Ao finalizar, requer pela improcedência da autuação.

Nova informação fiscal, fls. 4.760 a 4.763, informa que com base no demonstrativo elaborado pelo contribuinte ampliou o seu conteúdo, criando uma coluna de “GLOSA” a qual é entregue ao contribuinte para conhecimento e manifestação, gerando duas outras planilhas dos valores devidos no período de 2004 e no período de 2006. Dessa forma, opina pela redução do imposto inicialmente autuado de R\$ 29.888,97 para R\$ 24.063,15, tudo conforme demonstrativos acostados às folhas 4.764 a 4.956.

Nova manifestação defensiva, fls. 4.961 a 4.962, o autuado alega que:

- 1- Que o autuante não levou em consideração o ramo de atividade da empresa, pois, trabalha com vários tipos de mercadorias (substituídas, isentas e tributadas);
- 2- Mais uma vez utiliza o argumento de que sua venda total é superior aos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito e que os valores foram ofertados ao fisco através das DME's e DAE's, documentos que comprovam que as vendas totais superam os valores apontados no AI, estando aí incluídas todas as modalidades de pagamentos;
- 3- Que em relação à glosa efetuada pelo autuante aos valores apresentados em demonstrativo anexado na defesa, informa que existem compras (se entenda venda) que são feitas com diversas formas de pagamento, tais como: em dinheiro, em cartão, em cheque, em dinheiro e cartão, entre outras combinações. Não concorda com a glosa efetuada pelo fato dos valores dos cupons fiscais não serem iguais aos informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito, pois, diversos clientes podem comprar pagando parte em cartão e parte em dinheiro, ou até, assinarem promissórias ao longo do mês e efetuarem o pagamento destas através de transação com cartão de crédito e débito, o que, comprova a dificuldade da empresa conseguir vincular as transações de vendas com cartão de crédito e débito com os cupons fiscais emitidos. Que continuou a vincular as transações aos seus respectivos cupons fiscais e que nesta manifestação apresenta planilha atualizada com suas respectivas cópias dos cupons fiscais emitidos.
- 4- Conclui pedindo a improcedência do AI pelo motivo citado no item 2; caso não seja considerada procedente sua solicitação, que o CONSEF solicite a revisão dos valores apresentados no demonstrativo de vendas com cartão de crédito e débito com seus respectivos cupons fiscais, pelo autuante, atentando às explicações citadas no item 3; e calculando eventual diferença de imposto, conforme razões apresentadas no item 1.

Em nova informação fiscal, fls. 5.986 a 5.988, o auditor designado frisa que mantém em sua totalidade o teor da contestação anexada ao processo às folhas 4.760 a 4.763, bem como, as planilhas que fazem parte da contestação, fls. 4.764 a 4.956.

Em relação ao novo argumento trazido pelo contribuinte, de que o autuante não levou em consideração o ramo de atividade da empresa, pois, trabalha com vários tipos de mercadorias (substituídas, isentas e tributadas) diz não prosperar, pois, em nenhum momento fez parte das manifestações anteriores, bem como, não apresenta nenhum demonstrativo e documentos fiscais aptos a serem analisados pela fiscalização.

No tocante a persistência do contribuinte no argumento de que a totalidade das suas vendas declaradas nas DME's e DAE's são superiores aos valores informados pelas administradoras e que neste caso não há o que se falar em presunção de saídas tributáveis, salienta que já se manifestou, reiterando que o autuante aplicou os procedimentos legais e inerentes na busca da existência ou não existência de omissões de vendas efetuadas através de cartão de crédito / débito e as informações das administradoras de cartão de crédito / débito. Se o procedimento é vincular as operações diárias das administradoras com os respectivos cupons fiscais, não há o que se falar em um procedimento sintético e sim um procedimento analítico, ou seja, operação por operação.

Destaca que, em sua manifestação anterior, fls. 4.760 a 4.956, tem como base o demonstrativo elaborado pelo contribuinte que vincula a cada cupom fiscal uma operação com cartão de crédito / débito, tendo o auditor efetuado os confrontos necessários que geraram a glosa de informações equivocadas, ou seja, valores sem vinculação com os cupons fiscais. O contribuinte apresenta algumas simulações possíveis de existir em uma relação de venda e declara sua dificuldade de vincular essas possíveis transações, ora, a legislação fiscal obriga o contribuinte identificar no cupom fiscal a "FORMA DE FATURAMENTO" e o sistema permite a aplicação dessas simulações, pergunta: por que o contribuinte não cumpriu a legislação?

Relativamente ao argumento inicial da defesa, de que em alguns cupons fiscais teria declarado como forma de faturamento vendas em dinheiro e que, na verdade a forma de faturamento teria sido em cartão, entende ser possível e para sanar a questão intimou o contribuinte a lhe apresentar demonstrativo vinculando aos cupons fiscais as informações das administradoras de cartão de crédito/débito. O demonstrativo foi apresentado e os valores que efetivamente tinham vinculação com as vendas em cartão de crédito/débito foram considerados. Dessa forma, não tem como considerar os novos argumentos, pois, se existem dificuldades para o próprio contribuinte vincular as diversas formas de simulações, para o fisco não existe nenhuma possibilidade de considerar os argumentos, por falta de prova material. Diz não entender as razões que levaram o contribuinte a apresentar arquivo magnético – CD Room com informações já utilizadas na contestação anterior e na sua grande maioria glosada pela não vinculação com as informações apresentadas pelas administradoras (vide algumas verificações em negrito no CD Room em anexo) e cópias de cupons fiscais que já se encontram no processo, ou seja, duplicidade de documentos fiscais.

Destaca que não há o que se falar em revisão com base no item 3 da defesa do contribuinte, pois, todos os dados possíveis já foram apresentados pelo contribuinte, fls. 4.766 a 4.956, e, os novos argumentos carecem de prova material.

Ao final, opina pela manutenção de todos os argumentos apresentados em sua manifestação anterior, fls. 4.760 a 4.956, inclusive a redução do valor do crédito tributário de R\$29.888,97 para o valor de R\$24.063,15, julgando pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

O PAF foi convertido em diligência à ASTEC para ajustar a base de cálculo em conformidade com a Instrução Normativa nº 56/2007, concedendo o crédito presumido previsto para os contribuintes enquadrados no SimBahia e elaborasse novo demonstrativo de débito, se necessário.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 137/2009 à fl. 5.995 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator, informa que, por não ter localizado o contribuinte, a Intimação Fiscal foi enviada via e-mail para o contador, cujos dados constam no INC – Informação do Contribuinte, fls. 5.998/6000, tendo o mesmo informado que a empresa encontra-se inativa, e que esta não possui mais qualquer contrato de assessoria com a contabilidade, e que tinha tentado entrar em contado com o sócio responsável, porém não havia conseguido, fls. 5.996/5.997, fato que impossibilitou a realização da diligência.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que Infração em tela, imputando ao autuado a omissão de saídas de m

por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administrativa de cartão de crédito.

Observo que o levantamento realizado pela autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas com cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis 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, 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.”

Em sua defesa o autuado alega que os valores das vendas totais são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de créditos e/ou débito, argumentando não ser possível aplicar a presunção prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Ocorre que essa alegação defensiva não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, 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. Nas vendas declaradas na DME são informadas as vendas totais do estabelecimento, sem nenhuma identificação de qual foi o meio de pagamento.

Em relação ao argumento apresentado pelo contribuinte em sua última manifestação defensiva, fls. 4.961 a 4.962, de que a fiscalização não levou em consideração na apuração da base de cálculo do ICMS reclamado que a empresa está cadastrada na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia com atividade econômica 4711-3/02 – Comércio Varejista de Produtos Alimentícios – Supermercados, observo que o PAF foi convertido em diligência a ASTEC para ajustar a base de cálculo em conformidade com a Instrução Normativa nº 56/2007. Entretanto, o diligente informou que tentou localizar o contribuinte, sem obter sucesso. Tentou junto ao contador cadastrado na SEFAZ, tendo o mesmo informado que a empresa encontra-se inativa, e que esta não possui mais qualquer contrato de assessoria com a contabilidade. Acrescenta o diligente que tentou entrar em contato com o sócio responsável, porém não havia conseguido, fls. 5.996/5.997, fato que impossibilitou a realização da diligência.

Ressalto que o artigo 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Ademais, além de não ter apresentado em sua peça defensiva os documentos necessários para aplicação da Instrução Normativa nº 56/2007, o contribuinte não foi localizado pela ASTEC, fato que impossibilitou a aplicação da proporcionalidade, por culpa, exclusiva, do sujeito passivo.

O argumento defensivo de que o autuante não considerou a condição de inatividade no SimBahia, não reflete a realidade dos autos, em especial os

folhas 4765 e 4855, nos quais encontram-se especificados os valores dos créditos presumidos de 8% previsto pela legislação do SimBahia. A Lei Nº 7.357/98, em vigor na data de ocorrência dos fatos geradores, estabelecia em seu artigo 15 que perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente, sendo o que, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, devendo ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, condição que foi considerada pela fiscalização, conforme planilha à folha 07.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$24.063,15, conforme abaixo:

DATA OCORR	ICMS DEVIDO
30/9/2004	1.586,63
1/10/2004	1.962,29
1/11/2004	3.086,98
1/12/2004	5.714,62
1/1/2005	4.381,33
1/2/2005	3.464,76
1/3/2005	3.866,54
TOTAL	24.063,15

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **003424.0535/05-1**, lavrado contra **LESSA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.063,15**, 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, 30 de março de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA