

A. I. N.º - 281105.0056/08-2
AUTUADO - JONEU COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - JALON SANTOS OLIVEIRA
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 02.09.2010

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0226-02/10

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. Infração não elidida, rejeitadas as argüições de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado, em 17/06/2008, para exigir 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. ICMS no valor de R\$ 56.250,36, multa de 70%.

O autuado, à fl. 57 a 66 dos autos, apresenta a impugnação, reconhecendo as exigências dos meses de julho e novembro de 2006, entendendo que se aplica o benefício da redução de 80%, tendo em vista que tomou ciência do auto de infração em 25 de julho de 2008.

Apresenta a impugnação quanto ao restante dos meses, às fls. 57 a 67 dos autos, argumento não ter havido o cálculo da proporcionalidade na forma da IN 56/2007, alegando que esse benefício não é dependente dos 8% de crédito como alega o autuante.

Entende que, para a presunção prosperar, conforme estabelece o §4º do art. 4º da Lei 7014/96, é necessário que as informações prestadas pelas administradoras sejam maiores do que o total das vedas efetuadas por ele, não admite outra interpretação, valendo-se do disposto no art. 112 do CTN, com citações de Hugo de Brito Machado e do art. 25 do RPAF/BA, para dizer que cabe a SEFAZ apresentar tal interpretação e não fez, não cabendo ao autuado. Solicita que sejam comparadas as suas vendas constantes das DME/DMA com os valores fornecidos com as administradoras de cartões.

Apresenta quadro comparativo entre vendas declaradas pela autuada e valores informados pelas Administradoras de Cartões, restando em 2006, diferenças em julho e novembro, bem como nenhuma diferença foi encontrada em 2007.

Afirma, mais uma vez, a necessidade da aplicação da proporcionalidade, bem como aduz que não é de sua responsabilidade apresentar planilhas, sendo este trabalho do autuante, tendo para isso os elementos necessários, pois foram entregues notas fiscais de saídas e redução Z, tendo o autuante todos os elementos para apurar a proporcionalidade.

Afirma nunca ter se preocupado com a indicação do meio de pagamento nos cupons fiscais emitidos, reconhecendo ter sido esse talvez o seu erro, concluindo que a fala de indicação do meio de pagamento não autoriza a infração imputada, talvez outra infração.

Consigna que recebeu um CD-Rum com 02 planilhas com suposta operações realizadas e com recebimentos em cartão de crédito ou débito, ressaltando que não admite e não aceita tais arquivos digitais como válidos.

Sustenta que só houve omissão de saída nos meses de julho e novembro de 2006, conforme planilha que apresenta, considerando inclusive os percentuais de proporcionalidade das tributadas de 42 e 42,09 %, respectivamente de julho e novembro, com base nos valores de saídas registradas nas Reduções Z.

Pede nulidade do Auto de Infração pelos motivos exposto, ou seja, a falta de apuração da proporcionalidade, falta de embasamento legal, pois a interpretação do autuante é inadequada, visto que a comparação deveria ser com as vendas totais por ele realizadas, solicita que seja apresentado relatório do Sistema ECF que indica valores de TEF apresentados pelas Administradoras de cartões de crédito ou de débitos e os confronta com os valores de vendas declaradas pelo contribuinte, e que seja aplicada a norma contida no art. 142 do RPAF-BA, na hipótese de recusa.

Requer a observação do §1º do art. 18 do RPAF-BA, na hipótese de novos elementos ou informações a serem trazidos ao processo em lide.

Requer, por fim, a nulidade, caso não acatada requer a procedência parcial, com base no reconhecimento dos meses de julho e novembro de 2006, nos valores indicados em sua planilha.

O autuante, à fl. 78 dos autos, apresenta a informação fiscal afirmando que não considera consistente ou adequado ao pedido as considerações acadêmicas jurídicos do autuado. Sustenta que o autuado não apresentou novos documentos ou argumentos que justifiquem a modificação dos valores exigidos.

Considera que deve ser mantida a autuação.

A 2ª JJF, à fls. 83, solicita diligencia para que seja efetuado o cálculo da proporcionalidade, com base no que dispõe a IN 56/2007.

A ASTEC apresenta seu parecer de número 69/2010, às fls. 86 e 87, afirmando que não foi possível localizar o recorrente no endereço. Afirma que, através dos diversos contatos telefônicos, constantes do INC foi intimado no dia 21/01/2010, através do e-mail joneucomercial@hotmail.com, constante dos dados do INC, para apresentação dos documentos necessários. Relata que no mesmo dia o contribuinte solicitou prorrogação do prazo de 10 dias, para atender a intimação, conforme e-mail a fl. 89 dos autos, prorrogação concedida no mesmo dia, conforme e-mail às fls. 89.

Consigna que o solicitado não foi apresentado, apesar de nos dias 01/03 e 02/03/2010, fls. 88 dos autos, além de ter sido solicitado que fossem apresentados os documentos, foi observado que a falta dos mesmos implicaria na devolução do PAF sem a devida diligencia fiscal, conformem intimação à fl. 88 dos autos.

Conclui o diligente que a diligência não foi atendida por falta de documentos que comprovem os percentuais de vendas de mercadorias tributadas, isentas e com fase de tributação encerrada.

Consta, à fl. 101, que o autuado tomou ciência do parecer, acima alinhado, de número 069/2010, em 15/07/2010.

VOTO

O lançamento de ofício, ora impugnado, traz a imputação de que o sujeito passivo omitiu a saída de mercadoria tributável apurada por meio de levantamento de ver de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido

administradora de cartão de 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, conforme art. 2º, §3º, VI do RICMS/BA e art. 4º §4º da Lei 7014/96; 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, por ele mesmo confirmado quando discorda do meio que lhe foi entregue, em CD, não havendo razão para tanto, pois as planilhas nele constantes são extraídas dos arquivos da SEFAZ, fornecidas pelas administradoras, cabendo, portanto, legitimidade aos mesmos. Quanto à proporcionalidade o autuado não atendeu intimação para tanto, que será melhor detalhada, bem como o ônus da prova é do autuado, na medida em que lhe foram fornecidos todos os elementos para tanto, especialmente o aludido Relatório TEF por operações em CD que, no presente caso, facilita a defesa na medida em que operacionalmente é mais fácil identificar e apresentar as vendas registradas em outros meios de pagamento que efetivamente ocorreram através de cartões, conforme alega o autuado.

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.

Considero desnecessária qualquer outra solicitação de diligência, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores.

O lançamento de ofício 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 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*” (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.

As argüições 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. Caso, eventualmente, conforme alega o autuante, tenha sido registradas operações através de outros meios de pagamentos, contudo os efetivos meios fossem através de cartões, caberia ao autuado demonstrar em cada operação a coincidência de valores e datas entre os mesmos, o que efetivamente não ocorreu.

Quanto ao cálculo da proporcionalidade a 2ª JJF, à fls. 83, solicitou diligencia para tanto. Ocorre que, conforme relatado pelo diligente, não foi possível atender a aludido pedido.

Afirma o diligente que, “através dos diversos contatos telefônicos, constantes do INC foi intimado no dia 21/01/2010, através do e-mail joneucomercial@hotmail.com para apresentação dos documentos necessários. Relata que no mes-

prorrogação do prazo de 10 dias, para atender a intimação, conforme e-mail a fl. 89 dos autos, prorrogação concedida no mesmo dia, conforme e-mail ás fls. 89.”

Consigna que “o solicitado não foi apresentado, apesar de nos dias 01/03 e 02/03/2010, fls. 88 dos autos, além de ter sido solicitado que fossem apresentados os documentos, foi observado que a falta dos mesmos implicaria na devolução do PAF sem a devida diligencia fiscal, conformem intimação à fl. 88 dos autos.”

Conclui o diligente que “a diligência não foi atendida por falta de documentos que comprovem os percentuais de vendas de mercadorias tributadas, isentas e com fase de tributação encerrada.”

Consta, à fl. 101, que o autuado tomou ciência do parecer, acima alinhado, de número 069/2010, em 15/07/2010.

Assim, conforme item 03 da Instrução Normativa 56/2007, verifico que não foram apresentados pelo contribuinte os dados necessários para o cálculo da proporcionalidade, cabendo a utilização como base de cálculo o total da omissão.

Verifico que o autuante deduziu do valor exigido as notas fiscais D1, constantes às fls. 12 a 30 dos autos, sem que houvesse demonstração de identidade entre as mesmas e cada operação individualizada constantes do relatório TEF, em outro dizer não há evidências de que as vendas efetuadas através das aludidas notas fiscais ocorreram por meio de pagamento de cartões de créditos/débitos.

Tendo em vista o acima alinhado, represento à autoridade competente, da Infaz de Origem, para que instaure novo procedimento fiscal, conforme art. 156 do RICMS/BA, visando verificar a existência de crédito tributário não recolhido aos cofres do Estado, uma vez que as deduções das aludidas notas fiscais que não se referirem às operações de vendas através de cartões de créditos/débitos, a exemplo das notas fiscais D-1 número 3670 de 24/06/2006, no valor de R\$ 8,00 e nota fiscal D-1 número 3671 de 08/08/2006, no valor de R\$5,88, não deveriam, no presente lançamento, ser alvo das deduções dos valores reclamados.

Diante do exposto, considero mantida a exigência em seus valores originais.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 281105.0056/08-2, lavrado contra **JONEU COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$56.250,36**, com multa de 70%, prevista no inciso III, do art. 42 da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de agosto de 2010

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR