

A. I. N° - 207105.0005/10-3
AUTUADO - INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA.
AUTUANTES - ALZIRA LORDELO SANCHES e BERNADETE LOURDES LEMOS LORDELO
ORIGEM - IFEP INDÚSTRIA
INTERNET - 18.03.2011

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0033-04/11

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS PELO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS ADMINISTRADORAS DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Os documentos apresentados pelo sujeito passivo após a solicitação de diligência afastam a presunção encartada no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Infração descharacterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 22/03/2010 e exige ICMS no valor histórico de R\$ 1.483.311,09, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, em razão de omissão de saídas de mercadoria (s) tributada (s), apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras dos mesmos.

Consta da peça inicial que a sociedade empresária autuada vendeu o montante de R\$ 8.725.359,47, por meio de cartões, de abril a dezembro de 2005.

Segundo as autuantes, em 21/01/2010, após ter sido intimado, o contribuinte apresentou a justificativa de que firma contratos de cessão e transferência de direitos de crédito, através dos quais os valores das vendas realizadas por seus franqueados são creditados na sua conta bancária, situação não contemplada no RICMS/97.

Foi constatado, no sistema CPT (Controle de Processos em Tramitação), que em 14/11/2007, através do processo de número 19723320072, o sujeito passivo requereu regime especial para manter a centralização do envio de dados das administradoras em seu CNPJ, não tendo obtido sucesso no pleito (processo 4.721/2008, DITRI/GECOT).

O autuado ingressa com impugnação às fls. 325 a 340, através de advogada regularmente constituída, nos termos do instrumento de mandato de fl. 341.

Suscita preliminar de nulidade, visto que seu direito de defesa, na sua concepção, foi cerceado, o que fica caracterizado na falta de explicitação da forma de apuração da base de cálculo e na inexistência de demonstrativo de débito pormenorizado.

No mérito, diz ser uma “*empresa industrial que atua em duas frentes para distribuição dos seus produtos*”. A primeira é o fornecimento a grandes redes de distribuição, para as quais os entrega e fatura, recebendo através de cobrança bancária, o que perfaz 87,1% da receita no período fiscalizado (R\$ 58.762.000,00, de abril a dezembro de 2005).

A segunda, que motivou o lançamento impugnado, correspondente a 12,9% do faturamento, é a distribuição através da rede de franqueados.

Essas pessoas jurídicas firmam contratos de revenda exclusiva e montam estabelecimentos em padrões pré-estabelecidos. Recebem os produtos em consignação, que compõem os seus

estoques para entregas imediatas ou para demonstração, podendo efetuar as vendas, com as conseqüentes faturas contra si e reposições a pedido. As comercializações também podem ser efetuadas antes dos recebimentos. Nesse caso, os franqueados emitem os pedidos, recebem os produtos, faturam e entregam aos adquirentes.

Às fls. 327 e 328 expõe planilha, onde resta especificado o percentual de vendas com cartões em relação ao total.

No que tange aos recebimentos das comercializações, pontua que são firmados com os franqueados contratos de cessão de créditos, pelos quais, o que denominou de maquinetas, são disponibilizadas para recebimento dos valores de vendas com cartões. Os franqueados concordam em ceder os recebimentos oriundos de suas operações para a franqueadora, emitindo os documentos fiscais, enquanto as administradoras de cartões efetuam os depósitos referentes às comercializações na conta da indústria (franqueadora). São elaboradas faturas contra os franqueados, correspondentes a royalties e outros encargos, sendo-lhe repassada a margem de ganho mediante depósito em conta corrente.

As operações financeiras concernentes à cláusula 8^a do contrato de franquia empresarial não constituem fatos geradores da exação estadual, do que entende ser descabida a exigência em tela. O valor total dos depósitos provenientes de operadoras de cartões, de fato, é maior do que o montante das vendas respectivas (com cartões) do franqueador, pois corresponde à quantia relativa às operações efetivadas pelos franqueados.

Em seguida, assevera ser necessário um levantamento fiscal para que se opere a presunção encartada no art. 2º, parágrafo 3º, VI do RICMS/BA. A fiscalização, na sua concepção, teria confundido meras transações financeiras entre franqueadora e franqueados com supostas vendas sem notas fiscais.

Com o fim de definir o que é franquia, transcreve o art. 2º da Lei nº 8.955/1994. O ICMS devido em virtude de suas receitas, segundo argumenta, foi integralmente recolhido, já que as operações de vendas aos franqueados são regularmente lançadas na sua contabilidade. Assim, a presunção invocada não se aplica.

De acordo com a forma com que a autuação se deu, termina-se por transferir a responsabilidade do imposto devido pelos franqueados ao franqueador, espécie de substituição tributária sem amparo legal e excesso de exação.

Quanto ao indeferimento do regime especial, pondera que o fato de a administração tributária ter negado o pleito não implica em criação de hipótese de incidência do tributo.

Por fim, colaciona diversos acórdãos deste Conselho, afirmando que tais equívocos, cometidos pelas autuantes, não são incomuns e depõem contra o fisco.

Pede a produção de provas através de todos os meios admitidos em lei, a nulidade ou a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, de fls. 376 a 386, as autuantes salientam que o contribuinte celebra contratos cujo objetivo é a cessão de direitos de créditos originários de vendas mercantis efetuadas através de cartões de crédito / débito.

Afirmam que, quando autuaram o exercício de 2004, o sujeito passivo se defendeu com as mesmas justificativas que ora apresenta, inclusive com os anexos idênticos, de fls. 23 a 52.

Com relação aos já mencionados contratos, perguntam: “*porque a autuada mantém as referidas maquinetas em outro estabelecimento que não é o seu?*” Entendem que o defendant pode contratar o que quiser, mas não pode deixar de emitir a nota fiscal de venda correspondente às operações com cartão de crédito / débito e de recolher o imposto devido.

Com relação ao indeferimento do regime especial, aduzem que a Gerência de Automação Fiscal desta Secretaria da Fazenda (GEAFI) exarou decisão no sentido de que a centralização de informações em um único CNPJ dificultaria o controle da SEFAZ, “*impactando no cruzamento*

com os demais dados desses estabelecimentos franqueados”. Mesmo tendo o seu pedido negado, o autuado continuou a cometer a irregularidade.

A base de cálculo do tributo lançado de ofício originou-se dos totais encontrados no Relatório TEF – Anual, sendo que não houve impugnação de valores por parte do contribuinte.

Com fundamento nos números apresentados à fl. 380, extraídos do SINTEGRA, destacam que os percentuais de 87,1% (distribuição para grandes redes) e 12,9% (vendas para empresas do Simples Nacional), citados pelo impugnante em referência a 2005, não são verdadeiros. Na realidade, os mesmos correspondem a 25,05% (distribuição para grandes redes) e 74,95% (vendas para empresas do Simples Nacional).

O objetivo do defensor em informar os dados de forma errada seria acobertar as vendas de mercadorias na modalidade de cartões sem a emissão dos documentos fiscais pertinentes. Para comprovar o quanto dito, colacionam demonstrativos de saídas às fls. 390 a 988. Argumentam, inclusive, que a única grande rede para a qual o autuado distribui pertence às Lojas Insinuante. Em regra, 90% das comercializações efetuadas pelo impugnante são de vendas no varejo.

A advogada signatária da peça de defesa teria criado dados fictícios, de forma que a base de cálculo coincidiu com as vendas para empresas do Simples Nacional. A referida profissional também teria cometido equívoco ao enquadrar as operações de venda do seu constituinte como saídas sob consignação. Às fls. 390 a 399, elaboraram planilha “*Remessa em Consignação*”, onde se constata que as mesmas representam “*menos de 1% do total das vendas*”.

Ao contrário do que alega a impugnante, a documentação auditada deixa claro que não há distribuição para franqueados através de consignações (CFOPs 5917 e 6917), mas sim vendas (CFOPs 5101, 5102, 6101 e 6102). Não existe, no livro Registro de Inventário de 2004/2005, saldo de produtos remetidos em consignação.

Assim, não foram autuados fatos relativos a operações financeiras ou substituição tributária, mas omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartão de crédito ou de débito, em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras (art. 2º, parágrafo 3º, VI do Decreto 6.284/97, Convênio ECF 01/2001 e art. 3º do Decreto 7.636/99), cujo lançamento foi elaborado de forma clara e compreensiva, sendo descabido o pedido de nulidade.

Requerem a procedência do Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal (fl. 989), o sujeito passivo colaciona manifestação às fls. 992 a 998, reiterando a argumentação de que as operações autuadas são de ordem financeira, o que afasta qualquer pretensão de fazer incidir o ICMS.

As autuantes, ao dizerem que os valores não foram impugnados, em nada contribuem para o debate, porque o fato em foco não é o recebimento ou não de valores, mas a origem e a natureza jurídica dos mesmos.

Aduz que o País é livre, onde predomina a livre concorrência e a liberdade de contratar, em função de que não há razão para a pergunta das auditoras fiscais sobre o motivo pelo qual mantém as maquinetas em estabelecimentos que não são o seu.

O RICMS/BA normatiza as obrigações tributárias concernentes ao imposto, e não possui força para determinar normas de comercialização ou de recebimento de valores monetários, tampouco para regular operações financeiras. Salienta, ainda, que a emissão de notas fiscais não está condicionada a operações com cartões de débito / crédito, mas sim à efetiva circulação de mercadorias e serviços.

Em rebate à afirmação das autoridades autuantes, de que teria cometido equívoco ao enquadrar operações de vendas como saídas sob consignação, diz que tal assertiva não fez parte de sua defesa.

Reconhece que as indigitadas operações e estratégias financeiras fogem do usual, mas destaca que é uma organização comercial com muitos anos no mercado, de marca amplamente

conhecida, com mais de 1.200 franqueados e 128.000 metros quadrados de área fabril, relativa a 16 plantas espalhadas em diversas unidades da Federação, onde utiliza a mesma metodologia referente às receitas oriundas de vendas com cartões.

Repete o pedido da impugnação.

Às fls. 1.004 a 1.007, requer juntada de instrumento de mandato.

Na pauta de 26 de agosto de 2010, a 4^a JJF – Junta de Julgamento Fiscal – decidiu converter o feito em diligência para a repartição fiscal de origem e para as autuantes, com o fim de que as medidas abaixo fossem adotadas.

1 - Fornecimento ao sujeito passivo, mediante recibo a ser juntado aos autos, do Relatório Diário de Operações TEF referente ao período autuado.

2 - Intimação do mesmo para comprovar suas alegações de defesa, com a apresentação dos documentos fiscais, emitidos pelos franqueados, concernentes às operações designadas no precitado Relatório, com a reabertura do prazo de 30 (trinta) dias para defesa.

3 - Prestação de nova informação fiscal das autuantes.

Os documentos foram entregues ao contribuinte, conforme “*Termo de Encaminhamento*” de fl. 1.010.

Devidamente intimado (fl. 1.327), o autuado ingressa com petição (fl. 1.330), requerendo a cópia em arquivo magnético do Relatório Diário de Operações TEF.

À fl. 1.332, com fundamento no art. 8º, parágrafo 5º, RPAF/99, uma das autuantes afirma ser destituído de sentido o mencionado pedido, posto que as informações já foram entregues e não existe necessidade de arquivo magnético para cumprir o quanto solicitado à fl. 1.009 (diligência).

Consta, do documento de fl. 1.333, um substabelecimento com reservas de poderes e um recibo, assinado pela Sra. Michele Pereira dos Santos.

O impugnante junta manifestação às fls. 1.335 a 1.340, com documentação anexa, afirmindo ter evidenciado a inexistência de dolo nos seus procedimentos, de natureza financeira.

Sublinhando ter precisado contar com a boa vontade de alguns franqueados, devido à inviolabilidade do sigilo fiscal e à desorganização de alguns, informa que, para comprovar a forma das operações, assim como para demonstrar a correlata existência de documentação fiscal, solicitou, de uma amostra dessas pessoas jurídicas (em virtude da exigüidade do tempo), as notas emitidas.

Em seguida, salienta que reunir os comprovantes de todos os franqueados geraria uma quantidade assaz elevada de papéis, que em nada contribuiria para o deslinde da lide.

Cita doutrina e diz que um negócio do porte da ORTOBOM, com mais de 40 anos, que abrange uma significativa parcela do mercado nacional, jamais sobreviveria com metodologias planejadas à margem do Sistema Tributário Nacional.

Entende também que o Relatório Diário de Operações TEF – no caso concreto – “*em nada contribui para a demanda visto que os documentos nesta oportunidade anexados comprovam que a movimentação elencada no aludido relatório constituem efetivamente vendas dos franqueados que por sua vez emitiram a competente nota fiscal também nesta oportunidade colacionada*” (sic).

Pede a produção de provas por todos os meios admitidos na legislação e requer a total improcedência do Auto de Infração.

As autuantes ingressam com informação fiscal às fls. 1.597 a 1.648.

Sublinham que no livro Razão de 2004 do sujeito passivo constataram vendas à vista para franqueados e outros contribuintes, “*tanto que o saldo da conta caixa em 31/12/2004 é de R\$ 1.720.169,58*”; que não há saídas de produtos para consumidores finais; que não existe no estabelecimento autuado maquinetas POS (“*point of sale*”); que as maquinetas encontram-se nas

lojas franqueadas e que os contratos de cessão e transferência de direitos não encontram respaldo no RICMS/BA.

Conforme asseveraram, intimaram o contribuinte diversas vezes – ao longo da auditoria – para que apresentasse as notas fiscais de vendas correspondentes ao Relatório TEF. Todavia, além de não cumprir as intimações, o fiscalizado não apresentou justificativa para as diferenças encontradas, fato que ensejou a autuação.

Nessa linha, ponderam que não foi juntada ao processo qualquer nota fiscal ou guia de recolhimento da Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda., inscrição estadual 49.984.079, CNPJ 02.748.342/0002-09, e que os elementos colacionados aos autos em razão do pedido de diligência são relativos a período não auditado.

Nos seus dizeres, “*as notas fiscais são de um período diferente e a autuada já tinha dado entrada em solicitação de baixa fiscal em 19/03/2010 e no local a partir do pedido de baixa, passou a funcionar a empresa Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda., inscrição estadual 85.451.953, CNPJ 02.748.342/0001-10*”.

Transcrevendo a legislação, aduzem que se a Indústria Baiana de Colchões e Espumas Ltda., inscrição estadual 49.984.079, CNPJ 02.748.342/0002-09, instalou maquinetas em locais diversos do seu estabelecimento, a responsabilidade pelo destaque dos documentos fiscais e pelo recolhimento do imposto é sua, nos termos do art. 940, VII, RICMS/BA (fl. 1.604), e que tais equipamentos devem ser lacrados e apreendidos.

Quanto às informações de fl. 1.343, dizem não haver nos sistemas de informação da SEFAZ qualquer venda a crédito ou a débito realizada por Mercês Comércio de Colchões Ltda., CNPJ 05.422.022/0001-63, cujos recolhimentos estão especificados às fls. 1.606 e 1.607.

Relatam idêntica situação no que se refere aos contribuintes Costa Melo Comércio de Espumas Ltda. (fl. 1.392) e Irene Oliveira Santana ME (fl. 1.455). Objetivando não deixar dúvidas quanto a quais são as pessoas jurídicas autorizadas a realizar vendas através das maquinetas, efetivaram as intimações de fls. 1.649 a 1.651.

A não entrega do Relatório Diário de Operações TEF em meio magnético foi para cumprir o comando do art. 8º, parágrafo 5º, RPAF/99. Perguntam: se o sujeito passivo já possuía as informações lançadas em sua escrita contábil, com todas as receitas nas respectivas contas, como pode alegar escassez de tempo?

Em prosseguimento, citando os Decretos 8.413, de 30/12/2002, 8.882, de 21/01/2004 e 9.760, de 19/01/2006, concluem que é proibida a presença de POS em local diverso do emissor do documento fiscal (fl. 1.644). A intenção do deficiente seria a de utilizar expediente fraudulento, no qual coloca as máquinas nas lojas franqueadas para o recebimento de valores originários de cartões.

Após tecerem comentários sobre o indeferimento, pela Diretoria de Tributação, de regime especial para centralização do envio de dados das administradoras, afirmam que não foi cumprido o requerido na diligência de fl. 1.010 e finalizam pedindo a procedência do lançamento.

O contribuinte se manifesta às fls. 1.658 a 1.663.

Menciona, como fato novo e importante para a solução da contenda, que, de acordo com o Sistema de Controle de Pareceres Tributários da SEFAZ/BA, em expediente de 29/12/2010, o pleito de regime especial restou finalizado e deferido (processo 45861620206).

Tal decisão teria chancelado os procedimentos discutidos neste PAF e esvaziado os argumentos de acusação, motivo pelo qual reitera o pedido de improcedência.

As autuantes, após ter sido instruído o processo, apresentaram documentos e informações idênticas às anteriores. O autuado juntou, em rebate, novos documentos fiscais, com correspondência de datas e valores com relação ao Relatório TEF.

VOTO

Na assentada do julgamento, as autuantes solicitaram realização de diligência.

Preliminarmente foi colocado em votação o pedido de diligência e indeferido por unanimidade.

Não possuem amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois as autuantes expuseram com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreveram a infração, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos respectivos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicaram o embasamento jurídico.

Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada na narrativa dos fatos e correspondente infração imputada, nos aspectos abordados na peça de defesa, na conversão do processo em diligência, suas conseqüentes manifestações e informações fiscais.

Não há, no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia, qualquer norma que determine a apresentação de documentos em meio magnético a contribuintes, principalmente quando estes documentos já foram entregues por meio das vias convencionais.

A base de cálculo e o tributo exigido estão minuciosamente detalhados no Relatório Diário de Operação TEF e no documento de fl. 05, não havendo razões para suscitar cerceamento de direito de defesa por desconhecimento da forma de apuração.

A presunção de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto encontra respaldo jurídico no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96 c/c art. 2º, § 3º, VI do RICMS/BA, em razão de que entendo que não procede a argumentação defensiva, direta ou indiretamente suscitada, de que o procedimento fiscal mostra-se destituído de fundamento legal.

Lei 7.014/96. Art. 4º. § 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.

RICMS/BA. Art. 2º. § 3º. VI. Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Por conseguinte, fica rejeitada a preliminar de nulidade levantada pelo autuado.

Conforme já foi dito, o mérito da presente lide trata do que está previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96 c/c art. 2º, § 3º, VI do RICMS/BA, ou seja, presunção de omissão de saídas, em virtude de declarações de vendas em quantias inferiores àquelas informadas por instituições financeiras ou administradoras de cartões de crédito / débito.

É preciso que se esclareça que presunções são as conseqüências jurídicas extraídas de um ou alguns fatos conhecidos - não necessariamente previstos na legislação como hipóteses de incidência - para se chegar à conclusão de que ocorreu uma ou algumas situações desconhecidas, estas sim configuradas como hipóteses de incidência tributária, devidamente previstas em Lei.

Não tem cabimento a argumentação defensiva de que se está a exigir ICMS sobre operações financeiras. Nas presunções, o fato primário (conhecido) não necessariamente é uma hipótese de incidência do tributo ou imposto. Na específica situação em tela, a hipótese de incidência é a omissão de saídas (fato secundário, desconhecido), presumida em função das aludidas

informações, que, caso não existisse o comando legal acima citado, não repercutiria na esfera do imposto estadual.

Importante este registro, repita-se, porque na situação em tela os fatos primários da presunção, insculpida no art. 4º, parágrafo 4º, Lei nº 7.014/96, não são hipóteses de incidência tributária, e por isso não há sentido em se dizer que o Estado está a exigir imposto sobre operações financeiras.

No presente caso, uma vez que não houve discordância entre as partes sobre a ocorrência dos fatos primários conhecidos (declarações de vendas, pelo estabelecimento autuado, em quantias inferiores àquelas informadas por instituições financeiras ou administradoras de cartões), restou invertido o ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo demonstrar a presença de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do fisco de lançar o imposto, o que fez, de acordo com o que será exposto nas linhas abaixo.

Em obediência aos princípios encartados no art. 2º do RPAF/99, em especial os da busca da verdade material, da garantia à ampla defesa e ao contraditório, este órgão julgador forneceu oportunidade ao sujeito passivo – com reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias – para se manifestar e juntar documentos fiscais, emitidos por si ou por terceiros, com datas e valores correspondentes aos constantes do Relatório Diário de Operações TEF.

A questão que se descortina a esta altura da lide, portanto, é definir se – através dos elementos de prova colacionados aos autos – o sujeito passivo logrou demonstrar que as operações de vendas objeto da autuação foram tributadas, seja pelo estabelecimento autuado, seja por outras pessoas físicas ou jurídicas.

Desse modo, nenhuma relevância possui a dimensão dos negócios do contribuinte, há quanto tempo atua no Brasil, o número de empregados, sua reputação empresarial e grau de conhecimento no mercado, ou até mesmo o que se decidiu na Diretoria de Tributação desta SEFAZ acerca do pedido de regime especial para centralização do envio de dados das administradoras. A situação é simples e se encontra à margem de aspectos relativos à administração tributária da Bahia e de conceitos subjetivos, organizacionais ou financeiros concernentes à sociedade empresária fiscalizada: as vendas relacionadas no Relatório Diário de Operações TEF (fls. 1.011 a 1.325) foram ou não anteriormente documentadas e tributadas?

Igualmente, infração por descumprimento de obrigação acessória decorrente da alegada alocação irregular ou ilegal dos POS não faz parte desta lide. Por conseguinte, não deve ser apreciada nesta decisão administrativa.

O período autuado foi de abril a dezembro de 2005. Ao compulsar por amostragem as cópias de notas fiscais de fls. 1.344 a 1.512, em cotejo com o Relatório TEF, de fls. 1.011 a 1.325, conclui que o impugnante conseguiu elidir a presunção, na medida em que os citados documentos fiscais constam do Relatório, fato que demonstra terem sido objeto do lançamento de ofício sob julgamento, apesar de anteriormente tributadas com emissão de documentos fiscais.

Por exemplo, as notas fiscais 569 (02/04/2005, fls. 1.013 e 1.344), 572 (05/04/2005, fls. 1.016 e 1.345), 604 (13/05/2005, fls. 1.063 e 1.351), 636 (08/07/2005, fls. 1.129 e 1.364), 121 (01/10/2005, fls. 1.246 e 1.381), 1.941 (22/07/2005, fls. 1.151 (R\$ 1.189,46) e 1.410 (R\$ 1.189,50)), 801 (01/07/2005, fls. 1.119 e 1.468), 762 (01/07/2005, fls. 1.119 e 1.475), 789 (22/06/2005, fls. 1.111 e 1.488) e 877 (09/09/2005, fls. 1.219 e 1.500) demonstram correspondência de valores e datas entre as mesmas e o Relatório TEF.

Assim como o contribuinte, em função do volume de dados envolvidos na questão em baila, entendo que os documentos colacionados comprovam a regularidade das operações, e não seria razoável exigir a apresentação de cópias de todas as notas fiscais emitidas por terceiros, mesmo porque existe a questão do sigilo fiscal e nem todos os franqueados se disporiam a enviar cópias dos documentos.

A posterior concessão de Regime Especial ao sujeito passivo concedeu caráter de legalidade às operações.

Caberia às autuantes, já que também lhes foram concedidos prazos para manifestações, demonstrar com provas documentais a presença de valores residuais a serem pertinentemente lançados, mesmo em face da juntada das cópias de fls. 1.344 a 1.512, fato este que elidiu a presunção legal. Não tendo procedido dessa forma, a única e legítima alternativa é a de reputar descharacterizada a infração.

Diante do exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO EM SEPARADO

O Auto de Infração acusa omissão de saídas de mercadorias tributadas, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito ou de débito em valores inferiores aos fornecidos pelas administradoras dos mesmos, com fundamento na presunção legal do art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96.

Conforme relatado, a presunção se materializa quando constatado que o registro do montante dos recebimentos por meios cartões de crédito/débito se mostram inferiores aos informados pelas empresas administradoras de cartão de crédito. Numa situação convencional, a fiscalização compara o montante informado pelas empresas administradoras de cartão de crédito num período e confronta com os registros efetuados, usualmente registrados na redução Z do ECF (Emissor de Cupom Fiscal) e quando constata diferença, exige o ICMS com base na presunção legal de que não foram emitidos documentos fiscais relativos às saídas correspondentes aos recebimentos por meio de cartão de crédito não registrados.

Na situação presente, os elementos contidos no processo indicam uma operacionalização atípica, ou seja, o autuado vende ou remete mercadorias em consignação aos franqueados (Ortobom) e quando os franqueados efetivam vendas, mediante contrato efetiva recebimento por meio de cartão de crédito/débito no POS do franqueador. Logo, como o franqueador recebe os valores das vendas por meio de cartão de crédito e quem emite a nota fiscal da venda correspondente é o franqueado, é lógico que o confronto do montante dos valores informados como pagos pelas empresas administradoras de cartão ao autuado, com os documentos fiscais por ele emitidos irão indicar falta de conformidade. Pode-se questionar a legalidade da operação, entretanto, a própria administração tributária veio a conceder Regime Especial referendando esse tipo de operação.

Por sua vez a presunção legal (art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96) admite prova em contrário, ou seja, cabe ao autuado provar a improcedência da presunção. Conforme relatório e voto acima exposto, o estabelecimento autuado após tomar conhecimento do Relatório Diário por Operações TEF relativo aos recebimentos através das empresas administradoras de cartão de crédito/débito, juntou ao processo parte de diversos documentos fiscais emitidos pelos franqueados que demonstram correspondência de valores e datas. Portanto, nesta situação específica, os documentos fiscais juntados ao processo emitidos pelos franqueados constituem provas suficientes para elidir a presunção legal em relação aos recebimentos por meio de cartão de crédito/débito do estabelecimento autuado na condição de franqueador.

Com relação à afirmação do nobre Relator de que “os documentos colacionados comprovam a regularidade das operações” e que “nem todos os franqueados se dispõem a enviar cópias dos documentos”, divirjo de tal posicionamento, por entender que só à comprovação por meio de documentos fiscais de todos os valores constantes do relatório TEF elidem a infração. Entretanto, foi realizada diligência neste sentido e caberia às autuantes deduzirem os valores comprovados e exigir a apresentação de documentos fiscais por acaso faltantes para certificar-se de que todas as operações de recebimento por meio de cartão de crédito tinha sido emitido o documento fiscal correspondente. Como isso não foi feito, entendo ser razoável acatar o posicionamento do nobre Relator de que os documentos fiscais juntados ao processo comprovam a improcedência da presunção legal em relação às operações objeto da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207105.0005/10-3**, lavrado contra **INDÚSTRIA BAIANA DE COLCHÕES E ESPUMAS LTDA..**

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/VOTO EM SEPARADO

PAULO DANILÓ REIS LOPES – RELATOR

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - JULGADOR