

A. I. N° - 113231.0008/09-3
AUTUADO - SANU EMPÓRIO CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ DIONÍSIO NÓBREGA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET 21.05.2012

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0135-05/12

EMENTA: ICMS. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Legalmente presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto, quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que ocorreu, em parte, em relação às operações devidamente documentadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado, em 30/06/09, para exigir ICMS no valor de R\$ 107.498,64, em decorrência da constatação de 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, relativo ao período de janeiro de 2006 a maio de 2009, conforme planilhas às fls. 10 a 17 dos autos.

O contribuinte ingressou com defesa tempestiva, às fls. 25 a 29 dos autos, onde, preliminarmente, requer a nulidade de parte do Auto de Infração, por ferir o princípio da reserva legal disposto na Constituição Federal de “que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”. Diz ser comum nas autuações promovidas pela SEFAZ, utilizando-se de formulários pré-impressos, cobrar o tributo tendo como suporte disposições do RICMS, quando o regulamento não dá suporte suficiente para a emissão do lançamento de ofício e operar a imposição tributária para cobrar o tributo.

No mérito, diz que não houve omissão de saída de mercadoria tributada nos meses de janeiro a julho de 2006; maio a setembro de 2007; fevereiro, abril, maio, junho, outubro, novembro e dezembro de 2008 e finalmente nos meses de janeiro e fevereiro de 2009. Enfatiza que, mesmo nos meses de agosto a dezembro de 2006, apesar de ter ocorrido diferença entre as vendas declaradas na DME confrontada com as vendas do cartão de crédito, neste período a empresa não ultrapassou o limite de isenção do ICMS no valor de R\$ 144.000,00 (SimBahia), logo não é devido o pagamento do ICMS.

Contudo, quanto aos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, junho, outubro, novembro e dezembro de 2007, reconhece a omissão de saída de mercadoria no valor de R\$ 79.937,57, com ICMS devido de R\$ 12.502,24. Também reconhece a omissão de saída de mercadoria no valor de R\$ 28.817,21, com ICMS devido de R\$ 4.507,01, relativo aos meses de janeiro, março, julho, agosto e setembro de 2008; assim como a diferença de R\$ 52.892,00, com ICMS de R\$ 8.273,31, inerente aos meses de março a maio de 2009, totalizando o ICMS devido de R\$ 25.281,56.

Salienta que seu estabelecimento matriz, inscrito no CNPJ sob n° 03.465.509/0001-06 e inscrição estadual n° 52.045.356, alterou o endereço da Rua Prainha, s/n, Morro de São Paulo, para Alameda

do Sol, s/n, Praia do Forte, e nesta mesma alteração contratual extinguiu sua filial inscrita no CNPJ nº 03.465.509/0002-89 e inscrição estadual nº 62.415.096, conforme registro na Junta Comercial do Estado da Bahia, de 30.01.2006, sendo solicitada a baixa da inscrição estadual, conforme Processo nº 0523986/2006-5, e da Receita Federal, conforme comprovante da inscrição e de situação cadastral de 02.05.2006.

Diz que, no mês de abril de 2006, comunicou as administradoras de cartão de crédito a alteração da Inscrição Estadual de nº 62.415.096 para 52.045.356, explicando que a de nº 62.415.096 já tinha sido solicitado à baixa da inscrição estadual na SEFAZ. Assim, ciente dos procedimentos de baixa da inscrição estadual, foi surpreendida com um auto de infração no valor de R\$ 107.498,64.

Diante do exposto, requer a procedência parcial do Auto de Infração, se vencida a preliminar levantada, do que anexa cópia das DME de 2006 a 2008, planilhas comparativas de vendas, alteração contratual com mudança de endereço e extinção da filial, comprovantes do Simples Nacional e parcelamento do valor reconhecido, conforme documentos às fls. 30 a 114 dos autos.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, às fls. 120 a 123 dos autos, ressalta que a impugnação se apresenta confusa desde o pedido preliminar de nulidade ao questionamento do mérito. Diz não entender quando a defendente diz “que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”, visto que o Auto de Infração foi lavrado em virtude de um ato que o contribuinte deixou de fazer em cumprimento da lei. Ressalta que a empresa solicitou baixa da sua inscrição estadual, e após este ato continuou operando com cartões de crédito e débito, em seu nome, sonogando, assim, receitas que geraram o ICMS.

No mérito, diz que a peça de impugnação apresenta dados do faturamento da matriz da empresa, os quais foram comparados em planilhas próprias (fls. 52 a 55) com os valores fornecidos pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, anexos ao PAF, cuja diferença apresentada foi reconhecida pelo autuado e solicitado o parcelamento. Contudo, diferentemente do entendimento do autuado, existindo sonogação de ICMS, mesmo que a mesma não tenha alcançado o limite da sua faixa no SimBahia, deverá ser reclamado o ICMS abatendo o crédito presumido de 8%.

Por fim, diz que o contribuinte reconhece a existência do débito de ICMS ora reclamado, contestando equivocadamente com dados de uma outra empresa (estabelecimento matriz), como dito anteriormente. Assim, concluiu pela procedência da autuação.

Às fls. 130 a 196 dos autos, o relatório diário por operações TEF foi anexado aos autos, sendo intimado o autuado, com fornecimento de cópia, do prazo de trinta dias para, querendo, apresentar nova manifestação, tendo o defendente, à fl. 200, informado que já havia apresentado defesa, do que anexa cópia da mesma, às fls. 202 a 213 dos autos. Já o autuante, às fls. 217 a 219 dos autos, em nova manifestação, mantém integralmente a sua informação fiscal.

Por decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, o PAF foi convertido em diligência para que o autuado fosse intimado a apresentar documentos fiscais (nota ou cupom fiscal), emitidos pelo estabelecimento matriz, que venham vincular operação de vendas, através das datas e valores neles consignados, com os informados pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito, assim como cupons de Redução “Z”, emitidos por equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), com valores mensais consignados de vendas sob a modalidade de pagamento “cartão de crédito ou de débito”.

À fl. 236 a 1.850 dos autos, a autuada anexa documentos fiscais emitidos quando das vendas do seu estabelecimento, visando cumprir a diligência solicitada.

À fl. 1.863 dos autos, a 4ª JJF reitera o pedido, considerando que o contribuinte não cumpriu integralmente a diligência solicitada, visto que, apesar de anexar aos autos cópia de documentos fiscais, não vinculou os citados documentos às correspondentes operações de vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito ou de débito.

Às fls. 1.872 a 1.875 dos autos, o autuado, representado pelo seu patrono, aduz que, antes de adentrar de forma específica no pedido da JJF, cumpre observar que a autuação possui outras falhas, as quais, mesmo que não suscitadas na defesa inicial, devem ser analisadas pelo CONSEF, eis que dizem respeito a apuração da base de cálculo e que, portanto, não se prestam à preclusão. Alega, inicialmente, que a autuação se apresenta inconsistente e ilegal, na medida que não foi levado a termo o método previsto na Lei nº 7.014/96, que prevê a comparação entre as informações das administradoras e as informações do contribuinte, especialmente via ECF, uma vez que, como se pode observar nos demonstrativos sintéticos, durante todos os exercícios fiscalizados não foram lançados valores a título de “vendas declaradas”, do que conclui que não houve qualquer método comparativo, o que, por si só, determina a impertinência da cobrança.

Diz que essa situação se agrava no período posterior a abril de 2006, após o pedido de baixa da inscrição, passando a operar, tão-somente, através do seu estabelecimento matriz, de inscrição estadual nº 52.045.356-ME, haja vista que a última nota fiscal emitida pelo estabelecimento autuado foi em 16/07/2006, após o que suas atividades foram encerradas. Portanto, o roteiro não se aplica ao caso presente.

Afirma que os valores declarados pelas administradoras, referentes aos meses posteriores ao pedido de baixa, dizem respeito às vendas da matriz, como se comprova, inclusive, pelas operações que serão “casadas”. Aduz que a primeira nota fiscal da matriz, cujas operações se referem ao Auto de Infração e foram consideradas indevidamente (que foi possível casar data e valor), foi a de número 1451, emitida em 02/08/2006, o que reforça que a autuada somente exerceu suas atividades-fins até a emissão da sua última nota fiscal, acima identificada. Dali em diante, pelo menos, as vendas são da matriz e foram informadas erroneamente como se da autuada fossem. Todo regramento, portanto, acerca dos valores levantados no Auto de Infração, a partir de 16/07/2006, deve ser realizado com base na matriz, notadamente no regime de tributação aplicável a esse estabelecimento.

Observa que o estabelecimento matriz optou pelo Simples Nacional, em 01/07/2007, conforme documentação anexa, não cabendo a apuração do ICMS com base no roteiro adotado no Auto de Infração. Cita Acórdão 0317-12/09.

Ressalta, ainda, que o crédito presumido de 8% foi calculado de forma equivocada pelo autuante, conforme se pode observar nos demonstrativos analíticos, uma vez que foi aplicado sobre o valor do imposto “devido” e não sobre a base de cálculo, ensejando importâncias maiores do que aquelas que deveriam compor a autuação desde o nascedouro, do que pede retificação sobre o período em que a autuada não se encontrava no Simples Nacional, de forma a se calcular o crédito presumido regular, ou seja, sobre a mesma base de cálculo que for calculado o imposto, se alguma parcela, depois de deduzidos os valores abaixo comprovados e de excluídos os períodos regidos pelo Simples Nacional, ainda for devida.

Por fim, pede a juntada dos demonstrativos e documentos, anexados às fls. 1.883 a 3.220 dos autos, fazendo a vinculação das vendas suportadas pela matriz que foram equivocadamente informadas como sendo do estabelecimento autuado que não mais exercia suas atividades. Requer a improcedência dos totais relativos ao período do Simples Nacional ou dos valores comprovados na forma determinada pela JJF e, ainda, com a apuração correta dos créditos presumidos.

O autuante, às fls. 3.224 a 3.242 dos autos, aduz que, de posse dos livros e documentos fiscais solicitados, checkou os lançamentos das notas fiscais em suas escritas e elaborou uma planilha onde pudesse vincular as operações de vendas, através de datas e valores consignados nas notas fiscais com os informados pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito, do que resultou na mídia (CD) contendo as planilhas e os relatórios integrais referentes aos períodos em lide, onde pode constatar os novos valores após a vinculação efetuada das operações de vendas. Assim, manifesta-se favoravelmente a procedência parcial da infração para o exercício de 2006, no valor de R\$ 2.443,58; exercício de 2007, no valor de R\$ 11.382,54; exercício de 2008, no valor de R\$ 9.832,92, e dos meses de janeiro a maio/2009, no valor de R\$ 13.854,32, perfazendo o montante de R\$ 37.513,36.

Intimado a receber e tomar conhecimento das cópias das fls. 3.224 a 3.242, o defendente apresenta, às fls. 3.247 a 3.249, nova manifestação, na qual aduz que, apesar da sensível redução da exigência espelhada nos demonstrativos, corroborando que os valores declarados pelas administradoras, referentes aos meses posteriores ao pedido de baixa, notadamente após o efetivo encerramento das atividades, dizem respeito às vendas da matriz, ainda não se notou que, sendo assim, todo o regramento aplicável, acerca dos valores levantados no Auto de Infração, a partir de 16/07/2006, deve ser analisado com base no mesmo estabelecimento (matriz), o qual optou pelo Simples Nacional, em 01/07/2007, não cabendo a apuração do ICMS com base no roteiro adotado no Auto de Infração, posto que o pagamento, fiscalização e cobrança do imposto, são feitos de acordo com as normas específicas do aludido regime, mediante alíquota também específica. Por fim, reitera a aplicação equivocada do crédito presumido de 8%, relativo ao período do SimBahia, do que conclui que, se não considerada a tese acima relativa ao regramento do Simples Nacional, o débito total seria de R\$ 23.268,27.

O autuante, à fl. 3.255 dos autos, ao analisar a alegação da autuada de que a partir de 01/07/2007 a mesma estaria enquadrada no Simples Nacional, o que alteraria a forma de apuração do ICMS deste período, diz que, conforme estabelece o art. 1º, § 3º, da Lei nº 11.470/09, a competência para constituição de crédito nos estabelecimentos de contribuinte optantes do Simples Nacional é dos Agentes de Tributos. Assim, mantém os valores apresentados às fls. 3.231 e 3.234 para o período de 01/01/2006 a 30/02/2007, sugerindo que o próximo período seja analisado por Agente de Tributos.

VOTO

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS, no valor de R\$ 107.498,64, relativo à presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, 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, inerente ao período de janeiro/2006 a maio/2009, conforme foi apurado pelo autuante, às fls. 14 e 17 dos autos, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542/02, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Inicialmente, às fls. 25 a 29 dos autos, o defensor reconhece como devida a exigência no valor de R\$ 25.281,56, consoante demonstrativo às fls. 52 a 55, do que pede parcelamento, tendo inclusive pago a parcela inicial, consoante documentos às fls. 112 a 114 dos autos.

É válido ressaltar que, para apuração dos valores reconhecidos, a autuada coteja o total das vendas no mês com o total dos valores fornecidos pelas administradoras de cartão, sem considerar a modalidade do pagamento das vendas em cartão de crédito ou de débito. Contudo, para efeito de cotejamento das receitas informadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou de débito, por razões óbvias, há de se comparar com as receitas declaradas pelo contribuinte sob a mesma modalidade, de forma a se verificar que o valor informado foi oferecido à tributação.

Portanto, deve verificar os valores consignados nas Reduções “Z”, sob a modalidade cartão de crédito ou de débito e, em caso de emissão de outros documentos fiscais que não o cupom fiscal, cabe ao sujeito passivo provar a improcedência da presunção, conforme determina o dispositivo legal citado, demonstrando que ofereceu à tributação os valores informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito e/ou débito, anexando documentos fiscais que comprovem as vendas com pagamento na modalidade em cartão de crédito ou de débito, a exemplo notas ou cupons fiscais que contenham identidades entre os valores e datas informadas no relatório TEF, de forma a comprovar a tributação dos referidos valores, o que não ocorreu, sendo irrelevante o fato do faturamento, relativo a todos os tipos de modalidade de pagamento, ser maior do que o valor da receita informada pelas administradoras de cartões.

Entretanto, em razão da alegação de que, em 12/04/2006, o estabelecimento autuado, filial sob inscrição estadual nº 62.415.096, localizado no município de Mata de São João, foi extinto (solicitado baixa de inscrição) e no seu lugar foi instalado o estabelecimento matriz, Inscrição

Estadual nº 52.045.356, outrora situado no município de Cairu, conforme documentos às fls. 27, 28 e 56 dos autos, cuja alteração diz o defendente ter sido comunicada às administradoras de cartão de crédito, por questão de bom senso, foi determinada diligência com o objetivo de se comprovar eventuais vendas pelo estabelecimento matriz, o qual ocupou as instalações do estabelecimento autuado, vinculando documentos fiscais por ele emitidos que tivessem identificação de data e valor com as receitas informadas pelas administradoras de cartão. Após alguns percalços, tal revisão fiscal foi atendida em sua inteireza, consoante documentos e mídia às fls. 3.224 a 3.244 dos autos, tendo o autuado recebido cópia dos mesmos.

Contudo, anteriormente, às fls. 1.872 a 1.875 dos autos, o autuado, agora representado pelo seu patrono, alega fatos novos relativos à apuração da base de cálculo, a seguir:

1. Não foram comparadas as informações das administradoras e as informações do contribuinte, especialmente via ECF, o que, por si só, determina a impertinência da cobrança.
2. Que os valores declarados pelas administradoras, referentes aos meses posteriores ao pedido de baixa, dizem respeito às vendas da matriz, como se comprova, inclusive, pelas operações que serão “casadas”, sendo que foram informadas erroneamente como se da autuada fossem.
3. Que o estabelecimento matriz optou pelo Simples Nacional, em 01/07/2007, não cabendo a apuração do ICMS com base no roteiro adotado no Auto de Infração.
4. Que o crédito presumido de 8% foi calculado de forma equivocada pelo autuante, conforme se pode observar nos demonstrativos analíticos, uma vez que foi aplicado sobre o valor do imposto “devido” e não sobre a base de cálculo, ensejando importâncias maiores do que aquelas que deveriam compor a autuação desde o nascedouro, do que pede retificação sobre o período em que a autuada não se encontrava no Simples Nacional.

Da análise de tais alegações, verifica-se que as mesmas não provam a improcedência da presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, apesar de provar de forma parcial, uma vez que, de fato, no cálculo original do imposto, às fls. 14 a 17 dos autos, o autuante, equivocadamente, calculou o crédito presumido de 8%, previsto no art. 408-S do RICMS/BA à época para os contribuintes SimBahia. Contudo, tal equívoco foi corrigido quando da realização da diligência fiscal, aplicando-se o percentual de 8% sobre a base de cálculo da omissão de receita, consoante se pode constatar às fls. 3.231 e 3.234 dos autos.

Por outro lado, conforme já dito, por se tratar de uma presunção legal de omissão de saídas, a qual cabe ao sujeito passivo comprovar a improcedência da presunção, no decurso do processo, a autuada vinculou saídas com notas fiscais emitidas pela matriz com as receitas informadas pelas administradoras de cartão, conforme solicitado na diligência, apurando para o exercício de 2006 o valor de R\$ 74.584,75; para o exercício de 2007 o valor de R\$ 83.056,25; para o exercício de 2008 o valor de R\$ 214.317,20 e para o exercício de 2009 o valor de R\$ 40.003,00, consoante demonstrativo às fls. 1.883 a 1.910 do PAF. Por sua vez, em relação aos documentos emitidos pelo estabelecimento matriz e vinculados às receitas informadas pelas administradoras de cartão, o autuante apurou os montantes de: R\$ 81.944,65, para o exercício de 2006; R\$ 86.780,00, para o exercício de 2007; R\$ 218.865,70, para o exercício de 2008 e R\$ 41.505,00, para o exercício de 2009, conforme documentos às fls. 3.231 a 3.244 dos autos. Portanto, em valores ainda maiores que os apurados pela autuada, cujos montantes foram deduzidos das receitas informadas, apurando-se as diferenças a tributar.

Assim, diante de tais constatações, torna-se inócua a alegação de que não foram comparadas as informações do contribuinte, especialmente via ECF, cujo ônus da prova, cabe ao autuado, não tendo o mesmo apresentado qualquer cupom fiscal (Leitura Redução “Z”) consignando operações de vendas na modalidade em cartão de crédito ou de débito.

Inerentes às alegações de que os valores declarados pelas administradoras, referentes aos meses posteriores ao pedido de baixa, dizem respeito às vendas da matriz, cujo estabelecimento optou pelo Simples Nacional, em 01/07/2007, não cabendo a apuração do ICMS com base no roteiro adotado no Auto de Infração, há de se salientar que, por se tratar a exigência fiscal de uma

presunção legal de omissão de operações de saídas de mercadorias tributadas, cabe ao sujeito passivo a prova da improcedência da presunção. Assim, *por concessão*, foram deduzidas as operações efetivadas pela matriz, após sua transferência de endereço, quando devidamente documentada e identificada com a receita informada pelas administradoras de cartão.

Contudo, quanto aos valores não comprovados e não documentados, por razões óbvias não se podem atribuir como operações realizadas pelo estabelecimento matriz, haja vista que, por se tratarem de operações sem notas fiscais, não tem como se identificar que, efetivamente, foram realizadas pelo estabelecimento matriz, o qual sucedeu ao estabelecimento autuado, tornando-se impossível a comprovação da improcedência da presunção legal, sob a alegação de que este estabelecimento se encontra enquadrado no Simples Nacional.

Em consequência, os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito, referentes aos meses posteriores ao pedido de baixa da inscrição do estabelecimento autuado (filial), devem ser tributados pelo regime normal de apuração do ICMS, a partir de 01/07/2007, quando não mais existia o regime SimBahia, por não ser o aludido estabelecimento autuado optante do Simples Nacional, conforme procedeu o autuante, às fls. 3.234, 3.237 e 3.240 dos autos.

Assim, diante destas considerações, concordo com o valor remanescente apurado pelo autuante, quando da informação da diligência fiscal, às fls. 3.224 a 3.244 dos autos, do que foi intimado o autuado, não tendo o mesmo trazido nenhum fato novo. Logo, no presente momento, inexistente a necessidade de qualquer correção de valores ou de revisão fiscal.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 37.513,36, sendo: R\$ 2.443,58, relativo ao exercício de 2006; R\$ 11.382,54, ao exercício de 2007; R\$ 9.832,92, ao exercício de 2008, e R\$ 13.854,32, aos meses de janeiro a maio/2009, conforme demonstrado às fls. 3.231 a 3.242 dos autos, devendo homologar os valores, efetivamente, recolhidos, objeto do reconhecimento e parcelamento pelo sujeito passivo.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **113231.0008/09-3**, lavrado contra **SANU EMPÓRIO CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.513,36**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº **13.537/11**, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de maio de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/ RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA