

PROCESSO - A. I. Nº 003424.0504/05-9
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e V.T. DE SOUZA
RECORRIDOS - V.T. DE SOUZA e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0204-01/08
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 10/07/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0188-12/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS OPERADORAS DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO E OS VALORES LANÇADOS NAS LEITURAS REDUÇÕES Z – ECF - DO CONTRIBUINTE. 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. Não comprovada a ilegitimidade de parte da presunção. Concedido o crédito de 8%, no período em que o contribuinte se encontrava enquadrado no regime SimBahia, a teor do art. 19, da Lei nº 7.357/98. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida através do Acórdão nº 0204-01/08, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 28/03/2005, exige ICMS no valor de R\$171.925,44, 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 montante inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de março a dezembro de 2003 e janeiro a novembro de 2004.

Após análise das peças processuais, e de duas diligências, a 1ª JF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte.

Indicando a infração apurada e comentando as determinações do art. 4º, § 4º da Lei nº. 7.014/96, do art. 824-B e art. 238 com seus incisos e parágrafos, ambos do RICMS/97, ressaltou que a *argumentação defensiva consistiu na afirmação de que diversas operações de venda por meio de cartões de crédito e débito haviam sido computadas pelos seus funcionários como vendas a dinheiro, fato que foi apurado através de diligência saneadora, quando foram excluídos dos débitos apurados os valores dos cupons que correspondiam em valores e datas com as informações repassadas pelas operadoras de cartões.*

Salientou, em seguida, que o processo havia sido sanado com a entrega, ao autuado, dos Relatórios de Informações TEF – Operações, contendo todas as suas operações comerciais individualizadas e que foi determinada diligência fiscal tendo em vista o argumento apresentado. Entretanto, considerando que ao se manifestar sobre o resultado da diligência o autuado apresentou, a título de exemplo, 171 cópias de cupons fiscais e dos correspondentes boletos e

como não constava dos autos a Planilha Comparativa de Vendas por meio de Cartão de Crédito/Débito nem as Reduções Z relativas ao período de setembro a novembro de 2004, mais uma vez o processo foi diligenciado à repartição fiscal de origem. Relatando como procedeu o revisor nesta diligência e da sua sugestão para que a empresa apresentasse um demonstrativo consistente com suas alegações e acompanhado dos demais documentos que alegava deter em seu poder, observou que a empresa assim não procedeu, pelo que houve a consideração de que ela havia, tacitamente, concordado com os resultados apresentados pelo diligente. Além do mais, na presente situação o ônus da prova cabe ao autuado.

Foi observado, ainda, que embora a empresa tenha solicitado o prazo de 60 dias para apresentar o levantamento correspondente, tal prazo já havia de muito tempo decorrido desde esta solicitação e o julgamento.

Indicando que a revisão do lançamento procedida reduziu os valores dos débitos exigidos na ação fiscal e que procedia a alegação do impugnante quanto a concessão do percentual de 8% como créditos a que tinha direito no período de março de 2003 a agosto de 2004, diante de sua condição de enquadrado no SimBahia, foi apontado o valor de R\$ 100.259,32 como imposto exigido.

Houve interposição do Recurso de Ofício.

Após tomar conhecimento da Decisão proferida pela 1ª JJF, a empresa apresentou Recurso Voluntário (fls. 1258/1263). Como questões de nulidade da ação fiscal, afirma que desde sua defesa inicial sustentou o argumento de que a exigência fiscal tinha sido realizada de maneira aleatória, fato agravado no andamento do processo. Disse ter provado que a diferença de imposto apurado decorreu da prática, anteriormente realizada, de registrar a maioria de suas vendas com o pagamento por meio de cartões de crédito e/ou débito como se pagas em dinheiro, conforme podia ser comprovado através das cento e setenta e uma cópias de cupons fiscais e seus correspondentes documentos das administradoras de cartões de crédito e/ou débito, devidamente assinados pelos adquirentes das mercadorias.

Informando que o Presidente da JJF (fls. 1040/1041 do PAF) determinou a realização de diligência, no próprio estabelecimento do recorrente, com o objetivo do reexame da sua documentação, dada a evidente impossibilidade da juntada de mais de 36.000 papeis, conforme o próprio relator deixou registrado no seu relatório (página 4 do Acórdão JJF Nº 0204-01/08), ressaltou que o cerne da questão ora combatida aí residia, pois, restou evidente:

1. pela própria diligência realizada, provada a impossibilidade do batimento dos cupons fiscais com os boletos de pagamento tendo em vista o volume dos documentos a serem analisados;
2. o diligente não cumpriu as determinações da solicitação feita, pois, em primeiro lugar, nunca esteve no seu estabelecimento e, em segundo, não realizou o confronto das operações em dinheiro e em cartão com os dados das administradoras de cartões, tendo, nesse caso, apresentando como justificativa que o volume de documentos era imenso, mesmo argumento já expressamente trazido em suas manifestações, tornando impossível tal confronto.

Registrando o fato de que nem as administradoras de cartões apresentam um relatório das operações realizadas pela empresa, o que poderia facilitar o cotejamento dos dados, afirma perplexidade ao fato da JJF ter permitido os absurdos mencionados e caracterizadores de evidentes elementos de insegurança jurídica.

Requeru o reconhecimento e provimento do Recurso interposto, objetivando o refazimento do julgamento de Primeira Instância e a improcedência da autuação.

A PGE/PROFIS em seu opinativo (fls. 1267/1268) teceu, inicialmente, considerações sobre a auditoria realizada e apontou que o próprio recorrente admite que cometeu erro em registrar como “a vista” vendas realizadas por cartão de crédito, sendo que nos casos em que anexou os documentos comprobatórios os valores foram excluídos dos lançamentos.

No entanto, entendeu que a JJF laborou em equívoco ao julgar o mérito da autuação sem dar por encerrada a etapa de análise de prova documental através de diligência requerida por ela própria. Não colocando em dúvidas a quem pertence a titularidade do ônus da prova no caso em questão, observou que a 1ª Instância deste Colegiado não acatou a solicitação de dilatação de prazo para o cumprimento dos requerimentos de fls. 1034 e determinou que auditor diligente procedesse análise *in loco* da documentação comprobatória, conforme fl. 1054 dos autos. Porém, o Parecer fiscal não foi conclusivo, pois constatou a inviabilidade de se fazer por amostragem os exames solicitados, bem como, da real ocorrência dos erros de fato apontados pelo contribuinte. Na sua opinião, não restaria outra alternativa à JJF senão deferir o prazo de 60 dias solicitados pela empresa com o fito de demonstrar documentalmente as suas alegações.

Em vista do exposto, a JJF fiscal incorreu em cerceamento de defesa e insegurança na determinação do montante devido. Contudo, tais irregularidades ainda poderiam ser sanadas, anulando-se a Decisão da JJF e franqueando ao contribuinte a oportunidade de concluir a sua constituição de provas documentais.

Em 12/04/2009 esta relatora entendeu que o processo encontrava-se devidamente instruído para julgamento (fl. 1269).

Na assentada de julgamento do dia 27/04/2009 (fl. 1271) está 2ª CJF entendeu que diante do argumento recursal de que as diligências não foram realizadas da forma solicitada, deixando de demonstrar os valores, porventura exigidos, consubstanciado com a análise das peças processuais, bem como, diante da documentação acostada aos autos pela empresa e para que no futuro não fosse alegado cerceamento da ampla defesa, os autos deveriam ser convertido em diligência à ASTEC/CONSEF para que fiscal estranho ao feito tomasse as seguintes providências:

1. intimasse o contribuinte à apresentar uma relação indicando todas as notas fiscais/cupons fiscais emitidos durante período autuado com o seu respectivo comprovante de pagamento através de cartão de crédito e/ou débito. Foi observado de que esta relação deveria estar acompanhada dos respectivos documentos comprobatórios. Também foi ressaltado que o contribuinte teria prazo de 60 (sessenta dias) para esta apresentação.
2. Após a entrega desta relação e documentos, analisá-los objetivando se ter conhecimento daqueles que deveriam, ou não, permanecer na autuação, verificando se aqueles que já se encontram nos autos e que, comprovadamente, já haviam sido excluídos se encontravam na relação a ser apreendida.
3. Elaborasse demonstrativo de débito, caso existisse imposto a ser exigido.

Também foi ressaltado de que caso o contribuinte não apresentasse a relação como se pedia, com toda a documentação apensada aos autos (fls. 856/1025 e 1065/1086) revisasse a 2ª diligência realizada.

Diante do acúmulo de trabalho dos auditores fiscais lotados na ASTEC/CONSEF, os autos foram remetidos à Infaz Varejo para que o i. Inspetor Fazendário designasse auditor fiscal estranho ao efeito para atender ao pedido formulado por este Conselho de Fazenda (fl. 1273). O Inspetor Fazendário designou o auditor fiscal Marcos Vinícius Borges Barros para cumprí-la (fl. 1274).

O fiscal estranho ao feito faz as seguintes considerações:

1. intimei o representante do contribuinte(a empresa está desativada), em 27/11/2012, à apresentar no prazo de 60 dias uma relação indicando todas as notas/cupons fiscais emitidos durante o período autuado, assim como seu respectivo comprovante de pagamento através de cartão de crédito e/ou débito. O contribuinte e/ou seu representante não atenderam à intimação.
2. com base na documentação apensada aos autos às folhas 856/1025 e 1065/1086, revisei a 2ª diligência realizada, ratificando a conclusão descrita à folha 1.057 e o Demonstrativo retificador da diferença de cartões de crédito (às folhas 1060/1064), conforme consolidado abaixo:

MES/ANO	TOTAL TEF	DIF. A RECOLHER	VENCIMENTO
MARÇO/03	41.212,05	7.006,05	09/04/03

ABRIL/03	28.078,82	4.773,40	09/05/03
NOV/04	50.779,11	8.632,45	09/12/03
ABRIL/04	26.979,40	4.586,50	09/05/04
MAIO/04	37.726,00	6.413,42	09/06/04
JUL/04	49.931,76	8.488,40	09/08/04
DEZ/04	151.047,97	25.678,15	09/01/05

A empresa foi intimada para tomar conhecimento da revisão realizada. Não sendo mais encontrada no local do seu funcionamento, o sócio responsável pela mesma (Sr. Valdir Teixeira de Souza) foi intimado. De igual forma, a EBCT devolveu a correspondência por endereço insuficiente, endereço este que o empresário informou à Secretaria da Fazenda (fls. 1277/1281). Através de Edital, publicado no dia 05 de abril de 2013, a empresa foi intimada para tomar conhecimento da diligência realizada (fls. 1281/1282).

O recorrente não se manifestou.

VOTO

Passo a analisar o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, no sentido de o desonerar do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração e, conseqüentemente, da reforma da Decisão de 1ª Instância.

O Auto de Infração exige ICMS por omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e/ou de débito, em montante inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de março a dezembro de 2003 e janeiro a novembro de 2004.

O art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96 determina, como presunção da ocorrência de operações mercantis tributáveis sem pagamento do imposto, entre outros, a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, salvo se ele provar o contrário, ou seja, o ônus da prova em desconstituir a presunção é do sujeito passivo. E sendo mais precisa: o que ora se apura são vendas decorrentes das transações comerciais (com incidência da hipótese do ICMS) realizadas com pagamentos através de cartões de crédito e/ou débito (modalidade específica de pagamento) sem comprovação dessas vendas.

O recorrente na sua peça recursal, mesmo sobre questões de mérito, abordar toda a sua insurgência como questões de nulidade do Auto de Infração. E no seu pedido final requer o reconhecimento e provimento do Recurso interposto, objetivando o refazimento do julgamento de Primeira Instância e a improcedência da autuação.

Diante deste quadro, analiso todas as questões levantadas pelo recorrente de forma conjunta.

Diz ele que restaram caracterizados evidentes elementos de insegurança jurídica, conforme descreveu e em síntese: 1) a exigência fiscal foi realizada de maneira aleatória, fato agravado no andamento do processo; 2) que a diligência requerida pela JJF não foi cumprida já que não foi realizada *in loco*, como solicitado, por este CONSEF e não foi feito o confronto das operações em dinheiro e em cartão com os dados das administradoras de cartões de crédito e/ou débito pela impossibilidade de tal procedimento ser feito diante do enorme volume de documentos a serem manipulados.

Ao analisar as peças processuais não posso concordar com o recorrente.

Quando da fiscalização e de posse de todas as reduções Z de cada dia e mês motivador da autuação, a fiscalização observou que todas as vendas realizadas pela empresa nessas reduções constavam como “vendas em dinheiro” e em cada mês ela elaborava uma relação dos valores das vendas de cada dia/mês. De posse das informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, a fiscalização calculou o imposto exigido na presente ação fiscal, desconsiderando todas as vendas constantes das Reduções Z já que tidas como realizadas em espécie. Tais fatos constam das fls. 10/259 dos autos. A empresa entendeu perfeitamente o que se

estar sendo exigido na presente ação fiscal, inclusive justifica, desde a sua inicial, o fato motivador de todas as suas vendas nas citadas reduções constarem como “em dinheiro”.

No mais, a JJF percebendo não constar dos autos os relatórios diários das operações TEF realizadas pelo contribuinte e igualmente não tendo a comprovação de que os mesmos foram entregues à empresa, diligenciou neste sentido, reabrindo prazo de defesa, sanando o equívoco existente, como se prova às fls. 856 do PAF e cópias dos TEF Diários apensados aos autos (fls. 305/854).

Em assim sendo, lembrando as determinações do § 2º do art. 18, do RPAF/BA - “*Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingindo a sua finalidade*”, não vejo motivo para se alegar que a auditoria fiscal foi realizada de forma aleatória.

Quanto à insubordinação do recorrente a respeito dos procedimentos adotados nas diligências requeridas, ressalto que ao julgador cabe, por dever, obedecer as normas insertas no RPAF/BA. E esta norma dispõe, nos §§ 1º e 2º do seu art. 2º, que deverá se ter sempre em vista a conveniência da rápida solução do litígio, restringindo-se as exigências ao estritamente necessário à elucidação do processo e à formação do convencimento da autoridade requerida ou do órgão julgador por ato menos oneroso, cabendo ao julgador a direção do processo na fase instrutória. No caso, os julgadores de 1º Grau, embora tenha solicitado que a diligência fosse realizada *in loco*, entenderam que a sua não condução nestes termos em nada afetou o seu convencimento a respeito da presente lide diante das provas existentes nos autos.

Quanto à conclusão da 2ª e última diligência levada a efeito pela JJF que disse o recorrente ser de fato o cerne da questão (comprovando a impossibilidade de se fazer o cotejamento dos boletos com as notas fiscais diante da quantidade de documentos a serem analisados), em primeiro lugar caberia à empresa, diante das determinações legais indicar a modalidade de pagamento recebido quando da venda. Justificativa de que registrou, inadvertidamente, todas as operações como “em dinheiro”, não elide a ação fiscal a menos que exista a prova em contrário. Estas são as determinações legais e já citadas. Em segundo, pelo fato do recorrente, intimado, somente ter apresentado mais cento e setenta e um documentos, além dos já existentes, no processo, o fiscal diligente apresentou demonstrativo retificador da diferença de cartões de crédito relativo aos documentos de fl. 856/1025, cópias, por amostragem, de alguns boletos e cupons fiscais (fls. 1065/1086) e cópias das Reduções Z do período de 09/2004 a 11/2004 (fls. 1087/1232), tecendo as seguintes considerações: ao analisar e realizar o demonstrativo conforme acima descrito, verificou que procediam as alegações de defesa. E disse que sobre os demais documentos, contidos às fls. 1040/1041 e 1049/1050, apesar de não aceitos, *é fato relevante. O volume de Documentos é imenso, tornando a apuração, por amostragem, inconsistente*. Sugeriu que o contribuinte apresentasse um demonstrativo consistente de suas alegações.

Analisando esta diligência, observo preliminarmente que os documentos contidos às fls. 1040/1041 e 1049/1050 não se referem a documentos fiscais e boletos e sim de solicitações feitas pelo contribuinte para que o fisco tomasse a iniciativa de revisar todo o procedimento fiscal, elaborando a relação que a JJF requereu que ele elaborasse. Em terceiro, o diligente informa que por serem muitas operações de vendas (que disse o recorrente terem sido feitas de forma equivocada) caberia a ele, hoje recorrente, apresentar um demonstrativo consistente de suas alegações e acréscimo, com as respectivas provas.

Diante destes fatos e ao contrário do que alega o recorrente, o diligente fiscal em qualquer momento afirmou a impossibilidade de ser elaborada a relação solicitada pela JJF e a comprovação das operações realizadas com cartão de crédito e/ou débito.

Assim, falece de base a alegação recursal.

No entanto, ao analisar as peças processuais, à esta 2ª CJF restaram dúvidas se toda a documentação apresentada pelo recorrente e constante dos autos havia sido de fato considerada. Além do mais, entendeu que o prazo dado ao contribuinte deveria ser aquele que foi solicitado

anteriormente, ou seja, sessenta (60) dias para que tivesse ele tempo suficiente para fazer prova contrária a autuação. Com tais objetivos, foi solicitado que diligente fiscal intimasse, novamente, a empresa a apresentar uma relação (acompanhada dos respectivos documentos comprobatórios) indicando todas as notas fiscais/cupons fiscais emitidos durante período autuado, sendo dado prazo de sessenta dias para ser entregue ao fisco. Após entrega, fosse ela analisada objetivando se ter conhecimento daquelas operações de vendas que deveriam, ou não, permanecer na autuação. Também foi ressaltado de que caso o contribuinte não apresentasse a relação como se pedia, com toda a documentação apensada aos autos (fls. 856/1025 e 1065/1086) revisasse a 2ª diligência realizada.

Como a empresa, embora intimada e mesmo com todo o prazo concedido, não apresentou a relação requerida, o diligente fiscal revisou a anterior diligência (base da Decisão da JJF), concluindo que os valores apresentados estavam corretos. Mesmo intimado, o recorrente não se manifestou.

Diante de toda esta situação, somente posso concluir que este Colegiado buscou a verdade material dos fatos. Afora de que todos os prazos a ele foram concedidos.

Em assim sendo, o Recurso interposto não teve o condão de elidir a ação fiscal.

Quanto ao Recurso de Ofício, este não merece qualquer reforma. A sucumbência do Estado decorreu de dois motivos:

1. diante da prova em contrário da presunção apresentada pelo contribuinte diversas operações de vendas foram excluídas da autuação, tendo em vista que correspondiam à aquelas informadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito.
2. Restou demonstrado nos autos que o recorrente, no período de março de 2003 a agosto de 2004, encontrava-se enquadrado no SimBahia. Diante deste fato, tinha direito ao crédito de 8% sobre o valor do imposto apurado, conforme determinações do § 1º do art. 19, da lei nº 7.357/98.

Diante destas constatações, ou seja, com as reduções do imposto a ser exigido nos meses de março, abril e novembro de 2003, abril, maio e junho de 2004 além da concessão de créditos fiscais no percentual de 8% para o período de março de 2003 a agosto de 2004, a JJF refez o demonstrativo de débito (fls. 1244/1245), passando a exigência fiscal para o valor de R\$100.259,32.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos interpostos, mantendo inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **003424.0504/05-9**, lavrado contra **V.T. DE SOUZA**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$100.259,32**, 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, 18 de junho de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS