

A. I. Nº - 094858.0006/12-5
AUTUADO - AMBIENTE MÓVEIS LTDA.
AUTUANTE - MIGUEL MOREIRA DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 26/09/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0214-03/13

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Refeitos os cálculos, mediante revisão efetuada pelo autuante, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitadas as preliminares de nulidade e decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/09/2012, refere-se à exigência de R\$15.309,75 de ICMS, acrescido da multa de 70%, em decorrência da omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a junho de 2007.

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 44, apresentou impugnação às fls. 41 a 43 do PAF. Inicialmente, requer que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, considerando que o estabelecimento autuado não mais exerce atividades. Em preliminar, o defendente suscita a nulidade da autuação, alegando insegurança na determinação da infração e apuração dos valores, além de cerceamento do direito de defesa, alegando que o roteiro de auditoria utilizado não encontra amparo na Lei 7.014/96. Transcreve o art. 4º, § 4º, incisos VI e VII da Lei 7.014/96 e alega que é imprescindível a obtenção dos valores das operações declaradas pelo Contribuinte para fins de confronto com aqueles fornecidos pelas administradoras de cartões. Entende que, se a fiscalização não obteve do Contribuinte os valores das vendas por ele declarados, não deve ser utilizado o meio comparativo previsto em lei. Neste caso, afirma que a dedução lógica é de que outro roteiro de auditoria deveria ser utilizado. Cita decisões do CONSEF sobre questão idêntica.

Ainda em preliminar, o defendente suscita a decadência dos fatos geradores que teriam ocorrido até o dia 09/10/2007, alegando que o CONSEF deveria atentar para a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 08, e que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia proferiu decisão acolhendo a referida tese, tendo tal decisão sido homologada pelo STJ.

No mérito, o defendente alega que mesmo impedido de exercer o direito de defesa de forma ampla, pode afirmar que declarou vendas ao Fisco no período fiscalizado, em valores superiores àqueles adotados ilegalmente como base de cálculo, conforme as DMAs de fls. 22 a 28 do PAF. Entende que, deduzidos os montantes ali apresentados, não existe qualquer diferença a ser erigida ao condão de “fato gerador presumido”. Cita o Acórdão JJF Nº 0082-02/12, reafirmando que, se as quantias declaradas nas DMAs forem deduzidas, não existe débito a ser cobrado.

Por fim, o defendente protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão, para alcançar a verdade material. Pede a nulidade ou, dependendo do resultado da revisão, pela improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 64/65 dos autos, afirmando que apenas vai esclarecer os fatos e provar que, de fato, houve sonegação fiscal por parte do Contribuinte. Informa que intimou o autuado e seus sócios por “AR”, já que o cadastro da SEFAZ indica a situação de inaptidão, sendo intimado apenas um sócio, conforme fl. 20. Não tendo sido atendida a intimação, foi publicado edital de intimação do Diário Oficial do Estado em 25/07/2012, conforme fl. 21, e a fiscalização não foi atendida, mais uma vez. Foi lavrado o Auto de Infração e encaminhada a respectiva intimação para pagamento do débito apurado ou apresentação de defesa. Após tomar conhecimento da apresentação da defesa, o autuante informa que intimou novamente o autuado, conforme fl. 66, e mais uma vez não houve atendimento à intimação.

Quanto ao levantamento fiscal, o autuante esclarece que não utilizou as notas fiscais de saídas para confrontar com os valores fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito ou de débito porque nenhum documento foi apresentado. Esperava que o autuado juntasse cópias dessas notas fiscais no momento de sua defesa, como o fez em relação ao Auto de Infração de nº 299167.1072/08-2, lavrado em 07/10/2008. Diz que a autuante incluiu dois estabelecimentos num único Auto de Infração, razão pela qual o referido Auto de Infração foi julgado nulo. Também informa que está juntando aos autos, na ordem crescente de datas e numeração, cópias de todas as Notas Fiscais anexadas naquele Auto de Infração, conforme documentos de fls. 102 a 518. Esclarece que, com base nestas notas fiscais foi feito o “batimento” para localizar, de forma inequívoca, quais as notas fiscais que coincidem em data e valor com os correspondentes boletos de vendas encaminhados pelas administradoras de cartões, no relatório TEF, para o sistema da SEFAZ, conforme fls. 67 a 99 do PAF. Informa que do resultado do “batimento” foram elaboradas planilhas de apuração mensal e de notas fiscais (doc 100/101), onde apenas as notas fiscais que tiveram correspondência em datas e valores com os boletos de vendas foram consideradas. Com base nessa nova planilha, o débito apurado passa a ser de R\$14.766,26. Finaliza dizendo que mantém a autuação no valor apurado à fl. 100 do PAF.

O defendente foi intimado da informação fiscal e se manifestou às fls. 522 a 525 dos autos, ratificando os termos de sua defesa e, mais uma vez, suscitando a nulidade da autuação, alegando insegurança na determinação da infração e apuração do débito, bem como, cerceamento do direito de defesa, afirmando que o roteiro de auditoria utilizado não encontra amparo no disposto no art. 4º da Lei 7.014/96, na medida em que o demonstrativo sintético de fl. 06 demonstra que não foi aplicado o método comparativo previsto na mencionada lei. O defendente reproduz os termos da impugnação inicial, reafirmando que no período fiscalizado, declarou vendas ao fisco em valores superiores àqueles adotados ilegalmente como base de cálculo, conforme as DMAs de fls. 22 a 28. Ressalta que as notas fiscais reforçam a defesa, e em consonância com o Acórdão JJF Nº 0082-02/12, os valores registrados nas DMAs servem de base comparativa. Entende que, se os valores constantes nas DMAs forem deduzidos, não existe débito a ser cobrado.

O autuante prestou nova informação fiscal à fl. 529, ratificando a contestação apresentada à fl. 64, afirmando que a autuação está revestida de todas as formalidades previstas na legislação do ICMS, do RPAF e das normas internas da SEFAZ. Contesta a alegação do autuado de que houve cerceamento do direito de defesa e afirma que ficou provado que o autuado efetuou vendas sem a devida emissão da Nota Fiscal.

Quanto à decadência, o autuante entende que não lhe cabe interpretar decisões de tribunais sem conhecimento de causa. No mérito, afirma que está provado que houve sonegação de saídas de mercadorias, e que isso é suficiente para o agente público efetuar o lançamento do imposto devido. Mantém integralmente os valores apurados na revisão anteriormente efetuada (fls. 67 a 518).

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O defendente alegou insegurança na determinação da infração e apuração dos valores, além de cerceamento do direito de defesa, afirmando que o roteiro de auditoria utilizado não encontra amparo na Lei 7.014/96. Ressalta que o demonstrativo sintético à fl. 06 demonstra que não foi aplicado o método comparativo previsto na mencionada lei. Disse que é imprescindível a obtenção dos valores das operações declaradas pelo Contribuinte para fins de confronto com aqueles fornecidos pelas administradoras de cartões.

Na informação fiscal o autuante esclareceu que intimou o autuado e seus sócios via Correios com "AR", já que o cadastro da SEFAZ indica a situação de contribuinte inapto. Não foi atendida a intimação, sendo publicado edital de intimação do Diário Oficial do Estado em 25/07/2012, conforme fl. 21, e a fiscalização não foi atendida, mais uma vez. Após a lavratura do Auto de Infração e apresentação da defesa, o autuante informa que intimou novamente o autuado, conforme fl. 66, e mais uma vez não houve atendimento à intimação.

Considerando a falta de apresentação pelo autuado da comprovação de que houve emissão de documentos fiscais em relação às vendas efetuadas com cartão de débito ou de crédito, o autuante informou que obteve cópias de notas fiscais no PAF relativo ao Auto de Infração de nº 299167.1072/08-2, lavrado em 07/10/2008 julgado nulo. Juntou aos autos, na ordem crescente de datas e numeração, cópias de todas as Notas Fiscais anexadas naquele Auto de Infração, conforme documentos de fls. 102 a 518 e, com base nestas notas fiscais fez o "batimento" para localizar as notas fiscais que coincidem em data e valor com os correspondentes boletos de vendas encaminhados pelas administradoras de cartões, no relatório TEF (fls. 67 a 99 do PAF). Foram elaboradas novas planilhas e apurado o débito mensal às fls. 100/101, esclarecendo que apenas as notas fiscais que tiveram correspondência em datas e valores com os boletos de vendas foram consideradas.

Observo que de acordo com a nova planilha elaborada pelo autuante, está comprovada a correção do levantamento fiscal ao comparar as vendas efetuadas pelo autuado com pagamento efetuado em cartão de crédito ou de débito e as correspondentes notas fiscais, tomando como referências as datas e valores. Como o defendente não apresentou outros documentos fiscais, apesar de intimado após a apresentação da defesa, não acato as alegações defensivas, não cabendo a este órgão julgador buscar outras provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do RPAF/BA.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

Ainda em preliminar, o defendente suscita a decadência dos fatos geradores que teriam ocorrido até o dia 09/10/2007, alegando que o CONSEF deveria atentar para a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal nº 08, e que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia proferiu decisão acolhendo a referida tese, tendo tal decisão sido homologada pelo STJ.

De acordo com a Súmula Vinculante nº 8, "São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212 /91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário". A mencionada Súmula apresenta o entendimento de que os dispositivos que tratam dos prazos de prescrição e decadência em matéria tributária são inconstitucionais, e

esse posicionamento determina que a Fazenda Pública não pode exigir as contribuições sociais com o aproveitamento dos prazos de 10 anos previstos nos dispositivos declarados inconstitucionais. Neste caso, entendo que não se aplica à legislação do ICMS no Estado da Bahia.

Observo que a legislação do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, e não é acatada a alegação com base no art. § 4º do art. 150 do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixa prazo à homologação:

***Art. 150** O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

...

§ 4º Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Vale salientar, que o Código Tributário do Estado da Bahia, instituído pela Lei nº 3.956, de 11 de dezembro de 1981, estabelece nos arts. 28, § 1º e 107-B, § 5º:

***Art. 28.** Compete ao contribuinte efetuar o lançamento do imposto em seus livros e documentos fiscais, na forma regulamentar, sujeito a posterior homologação da autoridade administrativa.*

§ 1º Após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da efetivação do lançamento pelo contribuinte, considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento.

***Art. 107-B.** O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.*

§ 5º Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame, os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2007 têm o prazo para constituição do crédito tributário até 31/12/2012. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 10/09/2012, nesta data, ainda não havia se configurado a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Assim, constato que na data da ação fiscal não houve decurso do prazo fixado pela legislação, ficando rejeitada a preliminar de decadência suscitada nas razões de defesa, não se aplicando a legislação citada pelo defendente.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, por 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, nos meses de janeiro a dezembro de 2010.

Observo que sendo apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96, e foi fornecido ao defendente o Relatório Diário Operações TEF, conforme recibo à fl. 315 do PAF.

O defendente alegou que de acordo com as DMAs de fls. 22 a 28 do PAF, se deduzidos os montantes ali apresentados, não existe qualquer diferença a ser erigida ao condão de “fato gerador presumido”, ou seja, se as quantias declaradas nas DMAs forem deduzidas, não existe débito a ser cobrado.

Na DMA são informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas no período, especificando as operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como os serviços prestados, devendo constituir-se em um resumo exato dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS. Neste caso, as DMAs citadas pelo defendente não comprovam as operações realizadas com pagamento efetuado por meio de cartão de crédito ou de débito.

Se o entendimento do autuado é de que o volume das vendas no período fiscalizado foi superior ao montante das vendas com cartões, tal entendimento não pode ser acatado, tendo em vista que não se trata de comparar todas as vendas efetuadas com o montante das operações realizadas com cartões de crédito/débito, e sim o confronto entre os valores de vendas efetuadas pelo contribuinte de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Na demonstrativo à fl. 06 não consta qualquer valor nas colunas destinadas às notas fiscais emitidas e redução “Z”, o que motivou a alegação defensiva de que tal levantamento fiscal demonstra que não foi aplicado o método comparativo previsto na Lei 7014/96. Entretanto, na informação fiscal o autuante esclareceu e está comprovado nos autos que obteve cópias de notas fiscais no PAF relativo ao Auto de Infração de nº 299167.1072/08-2, lavrado em 07/10/2008 julgado nulo. Juntou aos autos, na ordem crescente de datas e numeração, cópias de todas as Notas Fiscais anexadas naquele Auto de Infração, conforme documentos de fls. 102 a 518 e, com base nestas notas fiscais efetuou “batimento” para localizar as notas fiscais que coincidem em data e valor com os correspondentes boletos de vendas encaminhados pelas administradoras de cartões, no relatório TEF, para o sistema da SEFAZ, conforme fls. 67 a 99 do PAF. Foram elaboradas planilhas de apuração mensal, conforme fls. 100/101, onde apenas as notas fiscais que tiveram correspondência em datas e valores com os boletos de vendas foram consideradas. Com base nessa nova planilha, o débito apurado ficou reduzido para R\$14.766,26.

Vale salientar que após a revisão efetuada pelo autuante, na manifestação apresentada, embora o defendente não tenha acatado os novos cálculos, não comprovou existir qualquer documento fiscal não considerado pelo autuante, nos termos do art. 123 do RPAF/BA.

Sendo apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96, e foi encaminhado ao defendente o Relatório Diário Operações TEF, conforme intimação à fl. 37 do PAF.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que poderia ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso o impugnante poderia apresentar provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento. Assim, concluo que ficou parcialmente comprovada a infração apontada após a revisão efetuada pelo autuante.

O defendente requer que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos. Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do RPAF/99, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito à fl. 100 do PAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **094858.0006/12-5**, lavrado contra **AMBIENTE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$14.766,26**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de setembro de 2013

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR