

A. I. N° - 281211.0037/12-5
AUTUADO - PONTO ILHA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - TERTULIANO ESTÊVÃO DE PINHO ALMEIDA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 03.12.2013

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0264-02/13

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Imputação caracterizada. 2. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Não acolhida a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 29/11/2012, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de R\$7.732,44, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 03.01.01 –Recolheu a menos ICMS, no valor R\$294,11, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, referente ao mês de outubro de 2006.

INFRAÇÃO 02 – 05.08.01 - Omissão de saídas de mercadorias tributadas, no valor de R\$7.438,33, 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, no período de janeiro e fevereiro de 2006 e fevereiro a junho de 2007.

O autuado ao impugnar o lançamento tributário, fls. 188 a 192, inicialmente requer a nulidade da autuação, alegando ausência de fundamentação legal, transcrevendo o art. 129, § 1º, inciso V, do Código Tributário do Estado da Bahia e o art. 39, inciso V, alíneas “a”, “b” e “c”, do RPAF/BA. Frisa que de acordo como os dispositivos acima, constata-se a nulidade do auto de infração, tendo em vista a sua absoluta omissão quanto à indicação do artigo ou dos artigos de lei que veiculam as normas jurídicas supostamente incidentes, demonstrando-se a absoluta ausência de menção aos dispositivos da legislação tributária estadual que prevejam os critérios da regra-matriz-de-incidência do ICMS cobrado e da norma punitiva, impossibilitando, destarte, a plena verificação por parte do sujeito passivo em relação à suposta subsunção de norma jurídica omitida pela Administração Tributária do Estado da Bahia aos eventos descritos.

Em relação a infração 02, aduz que é insubstancial, pois o valor total de venda de mercadorias informado pela contribuinte autuada através de Declaração e Apuração Mensal do ICMS relativa ao período fiscalizado é superior ao valor total fornecido pelas instituições financeiras e pelas administradoras de cartão de crédito e de débito e superiro aos valores apurados na Redução Z.

Ao final, requer a nulidade das infrações 01 e 02, ou ainda, a improcedência da infração 02.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fl. 250, aduz que na anexação da documentação da defesa que vai da página 188 a 247, na página 217 encontra-se a descriptiva da Infração 01 – 03.01.01 que literalmente está descrito:

- *“Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração de ICMS.”*
- *“Foi efetuado o recolhimento o ICMS a Menor no mês de outubro de 2006 no valor total de R\$ 294,11 (duzentos e noventa e quatro reais e onze centavos).”*

Ainda na página 217, encontra-se a descriptiva da Infração 02 – 05.08.01 que literalmente está descrito:

- “*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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.*
- *Omissão de saída de mercadorias no período de janeiro e fevereiro de 2006 e de fevereiro a junho de 2007 conforme apurado em comparativo planilhado entre os Livros de Apuração de ICMS versus Relatórios fornecidos pelas administradoras de cartões de débito e de crédito.*

Salienta que após a transcrição para o Auto de Infração dos períodos onde ocorreram os fatos geradores, encontram-se os fundamentos legais do Enquadramento e da Multa Aplicada.

Assevera que foram anexadas desde a inicial, planilhas demonstrativas da origem dos valores que foram apropriados para o embasamento do Auto de Infração.

Ressalta que frente aos fatos supra citados, considera improcedente as alegações da empresa por intermédio do seu representante legal.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

O PAF foi convertido em diligência, fl. 254, para que fossem adotadas as seguintes providências:

- 1) anexar aos autos os relatórios de Relatórios de Informações TEF – Diário, contendo todas as operações individualizadas informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito;
- 2) fornecer ao autuado, mediante recibo, os Relatórios de Informações TEF – Diária;
- 3) intimar o autuado a elaborar demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, resumindo-os mensalmente;
- 4) intimar o autuado, mediante recibo, sobre a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

À folha 257, em atendimento ao solicitado na diligência, o autuante informa que atendeu ao solicitado, acostando aos autos às folha 258, a intimado do sujeito passivo, além de acostar as folhas 259 a 458, os relatórios TEF referente ao período de fevereiro a junho de 2007.

Destaca o diligente que: “*Não se encontra mais disponível no sistema da SEFAZ o Relatório Diário Operações TEF referente ao período de janeiro e fevereiro de 2006.*”.

Em atendimento a intimação requerida pela diligência fiscal, para elaborar demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, resumindo-os mensalmente, o autuado, fls. 469 a 471, aduz que não se trata de atribuição sua, mas sim do autuante que lavrou o Auto de Infração.

Ressalta que o demonstrativo solicitado pelo CONSEF ao autuado deveria ter sido confeccionado pelo autuante.

No tocante ao Relatório Diário Operações TEF referente ao período de janeiro e fevereiro de 2006, destaca que a indisponibilidade do documento inviabiliza a demonstração da descrição fática narrada no auto de Infração.

Ao final, reitera os termos da defesa anterior, requer acolhimento ao pedido de nulidade ante a ausência de indicação do fundamento legal da multa imposta, ou a improcedência da infração 02.

Em nova informação fiscal, fl. 475, o autuante aduz que: “*Tendo em vista que o autuado **não** atendeu o item 3 da Diligência à Infaz de Origem (folha 254 do PAF), a saber, Elaborar Demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, resumindo-os mensalmente, ratifico os termos da Informação Fiscal às folhas 248-A, 249 e 250 do PAF e devolvo o presente processo para o colendo Conselho a fim de serem adotadas as providências legais cabíveis.*”

VOTO

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem

como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Cabe ressaltar que o PAF foi convertido em diligência para que fossem entregues ao autuado os Relatórios de Informações TEF – Diária, com a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, inclusive intimado-o a elaborar demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, resumindo-os mensalmente.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, na relação a infração 01 foi imputado ao autuado ter recolhido a menos ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, referente ao mês de outubro de 2006.

Em sua defesa o autuado arguiu apenas nulidade, a qual já foi afastada neste voto.

Não houve nenhum questionamento relativo ao mérito da imputação e nem a prova do recolhimento do imposto reclamado.

Cabe registrar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

No mesmo sentido o Art. 142, do mesmo regulamento, estabelece que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Assim, entendo que a infração 01 restou caracterizada.

Na infração 02 é imputado ao autuado ter omitido saídas de mercadorias tributadas, 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, no período de janeiro e fevereiro de 2006 e fevereiro a junho de 2007.

Observo que o levantamento realizado pela autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte com vendas realizadas com cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito.

Em sua defesa o autuado alega que os valores das vendas são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de créditos e/ou débito, entendo não ser possível aplicar a presunção.

Ocorre que essa alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, a exemplo do ACÓRDÃO Nº 0207-11/08, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões. Nas vendas declaradas na DMA são informadas as vendas totais do estabelecimento, sem nenhuma identificação de qual foi o meio de pagamento.

Cabe registrar que o contribuinte não atendeu ao determinado na diligência fiscal, em relação aos meses de fevereiro a junho de 2007, apesar de devidamente intimado, juntamente com a entrega do Relatório Diário Operações TEF. Caberia ao sujeito passivo ter elaborar demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, resumindo-os mensalmente.

Entretanto, considerando que o autuado afirmou, quando da realização da diligência, que não se encontra mais disponível no sistema da SEFAZ o Relatório Diário Operações TEF referente ao período de janeiro e fevereiro de 2006, tais valores ficam excluídos da autuação, uma vez que resta caracterizado o cerceamento do direito de defesa do sujeito passivo.

Logo, a infração 02 restou parcialmente procedente, conforme abaixo:

DATA OCORR	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
31/1/2006	NULO	0,00
28/2/2006	NULO	0,00
28/2/2007	PROCEDENTE	1.322,28
31/3/2007	PROCEDENTE	287,30
30/4/2007	PROCEDENTE	1.296,80
31/5/2007	PROCEDENTE	2.089,45
30/6/2007	PROCEDENTE	1.083,85
TOTAL		6.079,68

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALO HISTÓRICO DEVIDO
1	PROCEDENTE	294,11
2	PROCEDENTE EM PARTE	6.079,68
TOTAL		6.373,79

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281211.0037/12-5, lavrado contra **PONTO ILHA COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$6.373,79, acrescido das multas de 60% sobre R\$294,11 e de 70% sobre R\$6.079,68, previstas no art. 42, II, “b” III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de novembro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO – JULGADOR