

A. I. N° - 123735.0013/13-3
AUTUADO - W DANTAS MASCARENHAS - EPP
AUTUANTE - DALVACI PEREIRA MELO BARROS
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 23.10.14

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0206-02/14

EMENTA: ICMS. 1. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. **a)** OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR DE ICMS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Contribuinte confessa a existência de divergências, não tendo, contudo, se desincumbido do ônus processual em provar a ocorrência de fato modificativo ou extintivo do crédito tributário reclamado. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 13/12/2013, exige ICMS no valor de R\$39.113,76 mais multa, além dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 (17.03.02) – Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito, em valor inferior ao informado por instituição financeira e administradora de cartões, nos meses de setembro de 2010 a dezembro de 2012, em montante de R\$33.428,62. Multa proposta de 150% sobre o valor do imposto.

Infração 02 (17.02.01) – Efetuou recolhimento a menor de ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou de alíquota aplicada a menor, nos meses de setembro de 2010 a dezembro de 2012, em montante de R\$ 5.685,14. Multa proposta de 75% sobre o valor do imposto.

Constam dos autos: Intimação para Apresentação de Livros e Documentos (folha 08); Demonstrativos de Débito (folhas 09 a 29); Termos de Apresentação de Livros e/ou Documentos Fiscais (folhas 30 e 31); CD-ROM (folha 34); intimação da lavratura do AI e respectivo AR (folhas 36 a 37); Impugnação (folhas 39 a 42); informação fiscal (folhas 45 a 51); solicitação de diligência (folha 55); cumprimento da diligência (folha 58); Intimação da diligência e respectivo AR (folhas 60 e 61).

A autuada apresenta impugnação às folhas 38 a 41, contestando o presente lançamento, fundamentada nas razões a seguir.

Confessa que, no caso em tela, ocorreu divergência do cartão de crédito com as vendas da empresa. Apesar de haver essa divergência, alega que foi emitida nota fiscal das vendas de mercadorias. Explica que algumas vezes ocorre que os clientes realizam compras em dois cartões, pelo fato de que não dispõem de limite suficiente em um só cartão e outras vezes compram uma parte em dinheiro e a outra no cartão de crédito.

Conta que, mesmo expondo a situação acima, a fiscal não aceitou o argumento e autuou a empresa.

Pede, para que haja harmonia entre fisco e contribuinte, uma revisão dos cartões de crédito para que o Conseg possa julgar com mais transparência e, assim, pagar os tributos devidos.

Em conclusão, afirma que ficaram demonstradas as alegações *quantum satis*, que o auto de infração nº 123735.0013/13-3 é indiscutivelmente imprestável à finalidade a que se destina, por abrigar vícios substanciais que o inquinam de nulidade, consistentes na omissão e na inobservância de formalidades essenciais à existência e seriedade do ato. Alega, ainda, que falta ao lançamento igualdade, legalidade do objeto e existência de motivo, posto que as alegadas irregularidades não se subsumem rigorosamente aos textos regulamentares invocados, defluindo-se, então, que os fatos dados como justificativas do procedimento não se alicerçaram em realidade fática legais ou jurídicas, impondo-se, por isso mesmo, a declaração *in limine* de sua nulidade.

No mérito, alega ser o auto de infração improcedente uma vez que é fora de dúvida a não sujeição do ICMS pela autuada, por absoluta falta de *Lex scripta*, fixando tributação sobre os bens em litígio.

Requer, finalmente, o deferimento de todos os meios de prova admitidos em direito, para corroborar o alegado e serem produzidas durante a instrução, indicando, de logo, a juntada posterior de documentos, inclusive em contra prova, perícia técnico-contábil, para afinal ser decretada a nulidade e/ou improcedência do auto de infração ora impugnado.

A autuante presta informação fiscal às folhas 44 a 50, tecendo as considerações a seguir.

Assevera que as informações relativas às infrações autuadas constam dos demonstrativos e planilhas de folhas 04 a 07 e folhas 09 a 29, entregues à impugnante, conforme consta dos quais que ela teve conhecimento e não os impugnou e todos os demais dados apurados nos documentos fornecidos pela autuada e a ela devolvidos, bem assim, dos juntados em cópias, pela autuante, e dos dados constantes dos arquivos da SEFAZ.

Quanto ao pedido de nulidade, assegura que os autos estão devidamente instruídos e que não existem omissões, obscuridades ou contradições. Afirma que se verifica, por conseguinte, que nos autos contém todos os requisitos previstos no art. 39 do RPAF/BA, sendo possível conhecer o sujeito passivo, o ilícito tributário a ele atribuído, o valor do crédito tributário lançado e os critérios quantitativos de apuração, a multa aplicada e os dispositivos da legislação tributária que foram violados, portanto, o que lhe confere validade no seu todo.

Alega que não há razão de a impugnante, em sua peça defensiva, argüir a existência de "...vícios substanciais...", "...inobservância de formalidades essenciais..." (fls. 40), dentre outros fatos por ela alegados, sem qualquer fundamentação e de forma equivocada e indevidamente aplicada ao caso em apreço, notadamente porque, o processo preenche os requisitos previstos na legislação pertinente acima indicada, bem como os previstos no inciso III do art. 26 e no § 1º do art. 39, ambos do RPFA/BA, cujos textos transcreve.

Afirma que, como se verifica do auto de infração citado, não assiste razão à impugnante, pois todos os fatos por ela alegados estão totalmente fora do contexto legal já que nenhuma irregularidade foi praticada pela autuante no processo retro, bem assim, nele não existem quaisquer "vícios irreparáveis" como quer crer a autuada em sua peça defensiva.

Alega que a suposta irregularidade praticada na autuação ora alegada pela impugnante, não provada nem indicada como prevista na legislação pertinente, não passa de meras alegações infundadas, porquanto que, o auto de infração preenche todos os requisitos previstos na legislação, inclusive, em nada contraria a legislação pertinente, notadamente o disposto no Regulamento do Processo Administrativo fiscal (RPAF/BA.).

Por isso pede pelo não acatamento da argüição de nulidade pela impugnante em sua peça de defesa às folhas 39/40 do presente processo.

Quanto aos fatos, chama a atenção para o trecho da impugnação em que a autuada faz referência a "...Apesar de haver essa divergência..." (folha 40), concluindo, portanto, que a irregularidade foi confessada pela própria impugnante e que a autuação está correta e que o crédito reclamado existe de fato e de direito e, que a autuada não cumpriu a legislação que regulamenta a matéria.

Destaca, ainda, que a autuante não aceitou os argumentos infundados da autuada, pois, efetivamente, a autuante não poderia aceitar as argumentações da autuada em detrimento do que prescreve a legislação pertinente, notadamente porque a impugnante não apresentou as provas indispensáveis e inconteste para fundamentar suas argumentações;

Ao final, critica a postura da empresa a qual entende que o auto de infração é insubstancial e pede a sua "nulidade" e improcedência, sem indicar onde ocorreram os vícios insanáveis e as provas para fundamentar as suas argumentações como se verifica do processo em apreço;

Quanto ao pedido de que lhe seja concedida a apresentação posterior das provas indispensáveis com as quais fundamentará os fatos alegados na defesa impugnatória, ensina que, como prescreve a legislação que regulamenta a matéria, a apresentação de provas para fundamentar a impugnação, deve ser feita nos termos do prescrito no disposto no art. 123 do RPAF/BA, ou seja, juntamente com a impugnação, o que não foi feito pela autuada. Portanto, não há que se falar em juntada posterior de documento para fundamentar a sua peça defensiva, porque decaiu o seu direito de apresentar as provas requeridas.

Quanto ao mérito da impugnação, afirma que a autuada acima identificada apresentou impugnação com alegações totalmente infundadas e sem indicar os dispositivos legais que substanciassem suas argumentações na peça defensiva.

Alega que a impugnante, igualmente, deveria cumprir o que prescreve o disposto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (cujo texto transcreve) em que é garantido ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento, acompanhada das provas que tiver inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, fato esse não constante da sua impugnação.

Destaca que tais alegações sem documentos, não apresentados pela impugnante, são insuficientes para elidir a autuação, posto que, tendo o sujeito passivo recebido as planilhas de apuração do débito, suas razões defensivas não descharacterizam o lançamento tributário ora reclamado nos termos do auto de infração impugnado e da legislação tributária referida no auto de infração em apreço.

Afirma que a autuada não trouxe ao processo as provas necessárias e indispensáveis para embasar a sua defesa, nem foram anexadas provas de pagamento relativas ao ICMS reclamado, bem como, não consta dos arquivos da Receita Federal e SEFAZ, notadamente do Sistema SEFAZ/INC-ARRECADAÇÃO os recolhimentos referentes ao alegado pela impugnante, como tais, provas inequívocas.

Afirma que a autuada limitou-se, tão somente, a alusões genéricas, todas elas, sem exceção, sem a demonstração evidente da veracidade dos fatos alegados o que contraria o disposto no art. 143 do RPAF/99, cujo texto transcreve.

Chama a atenção para o fato de que ao simples exame dos demonstrativos e planilhas constata-se que foram elaborados tomando por base os dados constantes dos arquivos da Receita Federal (PGDAS/DASN) e da SEFAZ (INC-Arrecadação, dentre outros) e dos apurados através de

levantamentos obtidos nos documentos fiscais emitidos e fornecidos pela própria autuada e a essa devolvidos.

Explica que se chegou ao resultado obtido nos demonstrativos e relatórios que resultaram na lavratura do auto de infração e em consequência o lançamento tributário, do apurado nos documento (de fls. 34 CD – fornecidos pelas Administradoras de Cartão de Crédito/Débitos) do processo em apreço.

Desta forma, conclui que a autuada, em sua peça defensiva, não apresenta a verdade dos fatos, alega, em resumo, sem qualquer fundamentação legal ou provas contundentes, que o crédito tributário devidamente reclamado não procede.

Explica que os débitos das infrações acima referidas estão devidamente demonstrados através dos citados Relatórios e Demonstrativos, utilizando-se do aplicativo AUDIG (fls. 09/29) e a autuação está fundamentada na legislação que regulamenta a matéria, indicada e descrita no próprio processo administrativo fiscal acima referido (A.I. 210763.0010/13-1) às fls. 01/07.

Quanto à fundamentação, defende que em uma simples análise das peças processuais, constata-se que o débito lançado nas infrações acima foi apurado com base nas planilhas produzidas resultantes da fiscalização dos documentos apresentados pela autuada. Argumenta, portanto, que os débitos das infrações em questão, estão devidamente demonstrados através das citadas planilhas-relatórios e dos demonstrativos constantes do presente processo, bem como, dentro do que prescreve a legislação que regulamenta a matéria enfocada.

Afirma, ainda, que a impugnante, em sua peça defensiva de fls. 140 a 152, em nada contraria a autuação, pois procedeu a várias alegações de irregularidades supostamente cometidas pela autuante no processo em apreço, sem, contudo, comprovar os fatos alegados em sua impugnação. Mantém, no seu todo, a autuação de fls.01/07 do presente processo, porque entende estar devidamente fundamentada na legislação pertinente.

Quanto aos demonstrativos, planilhas-relatórios e documentos constantes do processo em apreço (Relatórios de vendas com cartão de crédito e/ou débitos informados por instituição financeira e administradora de cartões – previsto em lei), juntados pela autuante, entende que comprovam o crédito tributário reclamado e devido pela autuada, e que tudo está devidamente enquadrado nos termos legais, já que não há que se falar em nulidade, improcedência da autuação, ou qualquer outro fato que não seja o correto lançamento do crédito tributário do auto de infração referido.

Isto posto, ratifica os fatos e fundamentos constantes da autuação, bem como, o que denomina de “falta de argumentos e fundamentação legal da impugnante (defesa evasiva e insubstancial)”. Requer, em princípio, que esse Colendo Conselho de Fazenda não acate o pedido de nulidade argüido pela impugnante e, no mérito, que o presente Auto de Infração sob o nº.210763.0010/13-1, seja julgado totalmente procedente, para condenar a autuada ao pagamento do tributo devido como prevê a legislação pertinente, porque lavrado e verificados os requisitos previstos na legislação tributária atinente à matéria enfocada.

Em 14/05/2014, a 4^a JJF baixou o presente processo em diligência à inspetoria com vistas a adoção das seguintes providências. 1. Intimar o contribuinte, a apresentar as Reduções “Z” relativas ao período de 2010 a 2012; 2. De posse das Reduções “Z”, encaminhar o processo à autuante para adoção das seguintes providências: a. Comparar os relatórios TEF Diários com as reduções “Z”, correspondentes; b. Apurar eventuais diferenças; c. Elaborar demonstrativo de débito analítico, bem como o demonstrativo sintético (mensal). 3. Após as providências citadas, a inspetoria deveria: a. entregar, à autuada, cópia dos demonstrativos referidos na alínea anterior, além de cópia dos relatórios TEF Diários, mediante recibos específicos; b. intimar o sujeito passivo, reabrindo-lhe o prazo de 30 (trinta) dias para defesa, possibilitando que se manifeste, acerca do novo demonstrativo de débito elaborado.

À folha 57, em seu verso, a inspetoria informa que a impugnante não possui ECF, por isso não apresentou redução “Z”. À folha 58, foi anexado um recibo em que a empresa atesta o recebimento dos relatórios TEF e demais planilhas utilizadas pela auditoria.

As folhas 60 e 61, foram anexados os termos de intimação e respectivo AR, dando ciência à autuada acerca da reabertura do prazo de defesa.

Passados os trinta dias, a impugnante não se manifestou.

Esse é o relatório.

VOTO

Preliminarmente, constato que o presente processo administrativo fiscal está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido o imposto, a multa e sua base de cálculo apurados em conformidade com a legislação regente da matéria, cujos valores se encontram contidos nos demonstrativos (folhas 09 a 29), com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo, além da indicação dos dispositivos da legislação infringidos.

Quanto à alegação de nulidade por falta de subsunção dos fatos aos textos regulamentares, bem como por falta de objeto e motivo, peca a impugnante por não explicitar o seu ponto de vista, deixando de correlacionar a sua alegação com os elementos de prova constantes dos autos. Impede, portanto, que se possa vislumbrar aquilo o quanto alega, caindo no vazio a sua tese, desprovida, que ficou, de substrato probatório.

Igual fenômeno se deu com a alegação de nulidade por falta de formalidade essencial, pois a autuada não especificou qual seria a formalidade indispensável ao lançamento que teria sido inobservada pela autuante, resultando numa alegação desprovida de potencial de elidir as provas carreadas aos autos. Equivale, assim, a uma simples negativa geral de cometimento da infração, atraindo os efeitos do art. 143 do RPAF. Afasto, por isso, as alegações de nulidade referidas.

Quanto ao pedido de juntada posterior de documentos, o § 5º do art. 123 limita a possibilidade de apresentação posterior de provas documentais às três hipóteses ali tratadas, conforme a seguir.

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

...

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

- I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;
- II - se refira a fato ou a direito superveniente;
- III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos.

Assim, considerando que a impugnante não alega, e muito menos faz prova, de justo impedimento em apresentar as provas documentais úteis à solução da lide, indefiro o pedido formulado.

Quanto à Infração 01, constato que os demonstrativos de débito elaborados (folhas 09, 16 e 23), bem como os Relatórios TEF's 2010, 2011 e 2012 (CD à folha 34) acostados ao presente processo pelo autuante, evidenciam, com clareza, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, traduzido como a omissão de saída de mercadoria tributada, em decorrência da presunção legalmente autorizada pelo art. 4º, § 4º, inciso VI, alínea “b” da Lei 7.014/96.

Desincumbiu-se, assim, do seu ônus processual em provar os fatos constitutivos do seu direito de exercer a prerrogativa do cargo, ou seja, o lançamento de ofício.

A autuada não nega a ocorrência da divergência entre o faturamento da empresa e a informação prestada pelas administradoras de cartão de crédito, conforme trecho de sua impugnação, abaixo transcrito.

“No caso em tela, ocorreu divergência do cartão de crédito com as vendas da empresa. Apesar de haver essa divergência, foi emitido nota fiscal das vendas de mercadorias (grifos acrescidos). Algumas vezes

ocorre que os clientes realizam compras em dois cartões, por quê (sic) não tem o limite suficiente em um só cartão e outras vezes compram uma parte em dinheiro e a outra no cartão de crédito.”

Ora, tendo admitido a ocorrência do fato presuntivo previsto na Lei 7.014/96, atraiu para si, o ônus de provar a ocorrência de fato modificativo ou extintivo do crédito tributário reclamado, conforme disciplina o § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido. (lei escrita) acrescentar.

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

...

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

...

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

...

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

Como a impugnante não acostou ao processo qualquer prova que pudesse corroborar a sua tese defensiva, de que emitiu os documentos fiscais exigidos pela legislação, entendo que restou provada a infração 01. Tenho, portanto, como procedente a infração citada.

Quanto à infração 02, a apreciação das provas segue a mesma lógica apresentada relativa à infração 01, pois os demonstrativos de débito elaborados (folhas 15, 22 e 29), bem como os Relatórios TEF's 2010, 2011 e 2012 (CD à folha 34) acostados ao processo, evidenciam a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, traduzido como o recolhimento a menor de ICMS, em decorrência do ocultamento de parte da sua receita, cuja evidência veio à tona mediante a presunção legalmente autorizada pelo art. 4º, § 4º, inciso VI, alínea “b” da Lei 7.014/96.

O aparecimento da receita ocultada resultou no reenquadramento da impugnante no âmbito do Anexo I da LC 123/06, em função do novo patamar de receita bruta encontrado, o que traduz níveis distintos de alíquota e de ICMS a recolher.

Desincumbiu-se, assim, a autuante, do seu ônus processual em provar os fatos constitutivos do seu direito de efetuar o lançamento de ofício. A autuada, da mesma forma, não nega a ocorrência da divergência entre o faturamento da empresa e a informação prestada pelas administradoras de cartão de crédito, conforme já referido. Assim, assumiu as consequências jurídicas decorrentes da diferença de receita bruta apurada. Entendo, por conseguinte, que restou provada, a infração 02.

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE o auto de infração.

Noto que a autuante enquadrou a conduta infratora no § 1º do art. 44 da Lei Federal 9.430/96, duplicando, com isso, o percentual da multa proposta. Tal duplicação representa um agravamento da sanção e pressupõe que a infração tenha sido praticada com má-fé. Considerando o princípio de que a má-fé não se presume, precisando restar provada no processo, bem como o fato de que não há provas de que a autuada tenha agido com dolo, reduzo a multa proposta na infração 01 para 75%, com base no inciso I do art. 44 da Lei Federal 9.430/96.

Noto que a autoridade fiscal deduziu os montantes consignados nas notas fiscais emitidas dos valores informados pelas administradoras de cartão de crédito, sem que tivesse feito a sua devida correlação com os TEF's diários. Considerando a jurisprudência desta corte, represento à autoridade competente para que ordene uma nova ação fiscal com vistas a cobrar os créditos tributários adicionais, associados às notas fiscais emitidas que não possuam correlação com os TEF's diários, no mesmo período de 2010 a 2012.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 123735.0013/13-3, lavrado contra W DANTAS MASCARENHAS - EPP, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$39.113,76**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, inciso I da Lei Federal 9.430/96 c/c art. 35 da Lei Complementar 123/06, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2014.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR