

A. I. N ° - 110019.1212/12-3
AUTUADO - HELDER SÃO JOSÉ DE ALMEIDA
AUTUANTE - DEMOSTHENES SOARES DOS SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 01/06/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0106-03/15

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” DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL- ECF DO CONTRIBUINTE. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados 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. Mesmo com a realização de diligências o sujeito passivo não comprovou a ilegitimidade da presunção. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/12/2012, imputa ao contribuinte o cometimento de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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 junho e setembro a dezembro de 2007. Sendo exigido ICMS no valor de R\$13.745,41, acrescido da multa de 70%. Demonstrativo de Apuração Mensal - fls. 04 e 05. **Infração - 05.08.01.**

O autuado, por meio de advogado com procuração à fl. 130, apresenta impugnação, fl. 124 a 129. Inicialmente descreve o teor da acusação fiscal, o enquadramento legal e a tipificação da multa proposta, em seguida articula as seguintes ponderações.

Diz que em todo o período fiscalizado, só foi alegado como normas interna da Secretaria da Fazenda que somente era para computar as notas emitidas com o valor diário igual ao que foi passado pela operadora de cartões.

Observa que os artigos 4º e 5º do RICMS-BA/99, preconizam que a caracterização do fato gerador ou de sua ocorrência dar-se-á sempre quando houver circulação de mercadorias ou o início da prestação do serviço, concretizado com a emissão de notas fiscais.

Revela que a emissão de notas ocorre diariamente, mas os impostos são calculados mensalmente. Frisa que se no final do mês o valor apurado for menor do que o fornecido pelas operadoras de cartões é porque nesse caso fica caracterizado o erro ou a falta de emissão, o que não aconteceu no presente caso, já que no final do mês sempre restou apurado o valor a mais, subentendendo que as diferenças foram as vendas em dinheiro, ou seja, realizadas a vista.

Afirma que não foi encontrado diferença alguma entre a informação de cupons fiscais e as informações cartões de crédito e débitos e anexa cópia do livro Registro de Saída, fls. 134 a 192.

Destaca que no art. 142 do Código Tributário Nacional - CTN, determina que autoridade administrativa deve constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendendo o procedimento administrativo tendente a verificar e/ou analisar a ocorrência do fato gerador da Obrigação correspondente.

Diz restar claro seu direito de não ser compelido ao recolhimento do crédito tributário de ICMS constituído por intermédio do Auto de Infração e imposição de multa, em face de sua flagrante ilegalidade.

Reproduz os incisos IV e IX dos artigos 156, 144 e 149 do CTN, que dispõem sobre a extinção do crédito tributário e do lançamento tributário.

Sustenta que a SEFAZ, ao emitir o presente lançamento tributário, não atendeu ao disposto no art. 142 do CTN, já que não foi analisado o fato gerador, ou seja, a ocorrência do fato impositivo.

Nesse sentido, traz a colação a definição de hipótese de incidência do tributarista, Geraldo Ataliba, para ilustrar seu entendimento.

Diz restar provado o seu Direito de não ser compelido ao recolhimento do ICMS constituído por intermédio do presente Auto de Infração, por total afronta ao disposto no art. 142 do CTN.

Informa que no período de 01/01/2007 a 30/06/2007 operou como SimBahia, e após esse período passou a ser optante do Simples Nacional, cumprindo todas as exigências da Lei Complementar nº 123/06, pagando e declarando todos os valores de suas vendas, não ficando provado a omissão de receita.

Conclui pugnando pela nulidade do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fl. 194, destacando inicialmente que o Auto de Infração exige o valor histórico de R\$13.735,41, decorrente de omissão de saídas, apurada ao confrontar dados e informações do estabelecimento autuado, como Nota Fiscais D-1 e redução “Z” e os constantes do sistema SEFAZ.

Informa que o autuado apresentou para a fiscalização notas fiscais D-1, para nove meses do período fiscalizado e reduções “Z” para apenas os três últimos meses do mesmo período, sob a alegação de que, somente a partir daquela data começou a utilizar ECF. Assinala que, assim sendo durante todo o período, inclusive nos três últimos meses com redução “Z”, foram computados os valores totais das vendas, ou seja, as efetuadas com cartões e em dinheiro, pelo simples fato de, no corpo da sua maioria das notas fiscais, não especificar a natureza da venda, se em dinheiro ou com cartão. Arremata frisando que nesse sentido perde sentido a defesa da autuada pugnar pela nulidade do Auto de Infração.

Conclui requerer a procedência do Auto de Infração.

Em pauta suplementar esta JJF converteu os autos em diligência à Infaz de Origem, fl. 198, para que o autuante:

- 1 - acostasse aos autos cópia do Relatório de Informações TEF diários, por operação, relativamente ao exercício de 2007, abrangido pela ação fiscal e os demonstrativos analíticos, identificando a origem das diferenças apuradas nos Levantamentos “Apuração Mensal”, fls. 04 e 05;
- 2 - intimasse o autuado para que, mediante recibo a ser acostado ao processo, lhe sejam entregues cópia desse pedido de diligência e dos documentos aludidos no item 1. Indicando expressamente a abertura do prazo de defesa de trinta dias para que o autuado, se assim lhe aprouver, apresente planilha acompanhada da documentação fiscal emitida (cupom e nota fiscal) relativa a cada operação de venda, cujo pagamento foi informado pelas empresas administradoras de cartão de crédito e financeiras e constantes do “Relatório Diário de Operações TEF” do exercício de 2007;

3 - caso autuado apresentasse a comprovação da emissão de documentação fiscal correspondente a alguma operação informada no “Relatório Diário de Operações TEF”, procedesse à exclusão dessas operações e efetuasse novos demonstrativos de apuração e de débito, e fornecesse cópias ao autuado e concedido expressamente o prazo de dez dias para manifestação;

À fl. 438, o autuante informa que atendendo ao pedido de diligência colacionou aos autos cópias do TEF diário por operação, relativo ao exercício de 2007, fls. 201 a 437, com cópia para ser entregue ao autuado pelo setor competente. Consta à fl. 443, intimação ao autuado para cumprimento da diligência fornecendo cópia do pedido de diligência e cópia do TEF diário por operação, fl. 442.

O impugnante se manifesta, fls. 446 a 452, reproduzindo integralmente o teor de sua defesa, fls. 124 a 129.

Afirma que no período fiscalizado, o autuante não menciona qual ou quais os meses que apresentaram diferenças no encontro de contas entre as vendas e as informações dos TEF cartões.

Ressalta que todas as vendas estão declaradas nos livros fiscais, fls. 453 a 500, totalizando o valor de R\$452.021,45, e o valor dos TEF totalizam o valor de R\$389.463,48, e ainda assim existe aqueles produtos que vem como substituição tributária ficando comprovado a ilegalidade do presente lançamento tributário, uma vez que no art. 142 do CTN, diz que autoridade administrativa constitui o crédito tributário pelo lançamento, assim entendendo o procedimento administrativo tendente a verificar, ou seja analisar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente.

Reproduz trecho do voto de julgados de tribunais pátrios superiores de matérias que não guardam qualquer relação com os fatos ora apurado.

Conclui pugnando pela nulidade da autuação.

O autuante informa, fl. 508, que o autuado alega em sua manifestação que não foi destacado pelo fiscal os meses da infração. Assevera que no corpo do Auto de Infração, fl. 01, encontram-se discriminados a data da ocorrência, data do vencimento, base cálculo, alíquota, multa e valor histórico da infração cometida, indo, portanto, por terra a alegação da defesa.

Frisa que em relação aos pagamentos por antecipação tributária, o impugnante não apresenta prova de que tais pagamentos foram realizados juntando os DAES correspondentes os quais não constam no sistema da SEFAZ.

Conclui requerendo a procedência do Auto de Infração.

Em pauta suplementar esta 3ª JJF, por entender que a diligência anterior não fora cumprida integralmente, converteu os autos novamente em diligência, fl. 512, reiterando as solicitações para que fossem atendidas pelo autuante, inclusive a aplicação da proporcionalidade prevista na IN nº 56/07.

O autuante, à fl. 517, informa que efetuada a intimação ao impugnante, fls. 516, para que apresentasse a documentação determinada no pedido de diligência, fl. 512, não se logrou êxito, eis que, transcorrido o prazo regulamentar o sujeito passivo não se manifestou.

VOTO

De início, cabe refutar a preliminar de nulidade suscitada pelo impugnante sob a alegação de flagrante ilegalidade pelo fato de ter ocorrido o fato gerador da exigência fiscal objeto da autuação, uma vez que, no seu entendimento não foi encontrada diferença alguma entre o total das operações constantes nos cupons fiscais e as informações prestadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito/débito. Constato que não deve prosperar a alegação defensiva, uma vez que resta evidenciada a discriminação das diferenças apuradas nos demonstrativos “Apuração Mensal”, fls. 04 e 05, que caracterizam a ocorrência da presunção legal prevista no §4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96. Portanto, não há que se falar em afronta ao

princípio da legalidade. Verifico também que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99. Logo, resta superada a questão de preliminar de nulidade.

No mérito, o Auto de Infração em lide foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre os somatórios das vendas realizadas por meio de cartão de débito e de crédito informadas pelo contribuinte (leitura Reduções “Z” das máquinas emissoras de cupom fiscal), e Notas Fiscais D-1 e os valores das operações realizadas com cartões de crédito/débito informados pelas administradoras e instituições financeiras, nos meses de janeiro a junho e setembro a dezembro de 2007.

O autuado, em suas razões de defesa destacou que, de acordo com os artigos 4º e 5º, do RICMS-BA/97, o fato gerador ou a sua ocorrência é caracterizada sempre quando houver circulação de mercadorias ou o início da prestação do serviço, concretizado com a emissão de notas fiscais. Sustentou que não ocorreria diferença alguma entre o total das operações constantes nos cupons fiscais e as informações prestadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito/débito, uma vez que suas vendas totais, conforme cópia de seu livro Registro de Saídas, que colaciona às fls. 134 a 192, sempre superaram as fornecidas pelas financeiras e administradoras de cartões de crédito/débito.

O autuante manteve a autuação informando que o impugnante apresentou à fiscalização notas fiscais D-1, para nove meses do período fiscalizado e reduções “Z” para apenas os três últimos meses do mesmo período, sob a alegação de que, somente a partir daquela data começou a utilizar ECF. Assinalou que durante todo o período, inclusive nos três últimos meses com redução “Z”, foram computados os valores totais das vendas, ou seja, as efetuadas com cartões e em dinheiro, pelo simples fato de, no corpo da sua maioria das notas fiscais, não especificar a natureza da venda, se em dinheiro ou com cartão.

Constatada nos autos a inexistência do relatório TEF diários, concernente ao exercício de 2007, período da autuação, e a falta de comprovação de que sua cópia fora devidamente entregue ao autuado, bem como, observado que no demonstrativo “Apuração Mensal”, fls. 04 e 05, não constam a aplicação do índice de proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007, em duas oportunidades esta Junta de Julgamento converteu os autos em diligência para que fossem supridas essas lacunas.

No entanto, apesar do autuante ter fornecido as cópias do relatório TEF diário do exercício de 2007 ao impugnante, e reaberto o prazo de trinta dias para defesa, consoante pedidos de diligências, este não carreteou aos autos os documentos fiscais necessários à comprovação da emissão de qualquer documento fiscal correspondentes aos boletos informados pelas operadoras de cartão de crédito e instituições financeiras, bem como, não comprovou as operações de saídas com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, como alegou em sua manifestação.

Da análise dos documentos anexados ao PAF, constato que o sujeito passivo, apesar de alegar a existência de operações com produtos sujeitas a substituição tributária em sua manifestação, fl. 447, em nenhum momento comprovou que comercializou no período fiscalizado com mercadorias isentas ou sujeitas ao regime da substituição tributária, condição necessária para aplicação da regra da proporcionalidade na apuração da base de cálculo do imposto exigido, prevista na citada Instrução Normativa apesar de ter sido intimado por duas vezes no decorrer da fiscalização conforme se observa às fls. 198 e 512. Ao contrário, o impugnante forneceu à fiscalização autuante, fls. 07 a 09, “Demonstrativo das Entradas de Mercadorias através de Notas Fiscais por Tipo de Tributação”, onde não constam quaisquer mercadorias isentas e/ou antecipadas.

Convém salientar que, apesar do impugnante em sua defesa, fl. 128, afirmar que após 30/06/07 passou a ser optante pelo regime do Simples Nacional, consta em seus dados cadastrais no sistema Informações do Contribuinte - INC que sua adesão ao Simples Nacional somente ocorrera a partir de 01/01/2008, portanto, após o período objeto da presente autuação.

Resta evidenciado nos autos que o levantamento realizado pelo autuante, fls. 04, 05, 10 e 201 a 437, comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito e de débito, fl. 17 a 19, com as saídas declaradas pelo contribuinte como sendo vendas realizadas através de cartões de crédito e de débito através da redução "Z" e notas fiscais D-1, constatando 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 e de débito, conforme previsão contida no §4º do art. 4º, da Lei nº 7.014/96.

Logo, tendo sido encontrada diferença entre o valor de vendas através de cartão de crédito/débito apurado pelo contribuinte e o valor informado pelas empresas administradoras e instituições financeiras de cartão de crédito/débito, tal fato constitui uma presunção de omissão de receitas, conforme disposto no §4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, sendo facultado ao autuado provar a ilegitimidade da presunção, fato que não ocorreu, o que caracteriza a infração e a sua subsistência.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110019.1212/12-3**, lavrado contra **HELDER SÃO JOSÉ DE ALMEIDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$13.735,41**, acrescido da multa de 70% previstas no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de maio de 2015

ARIVALDO DE SOUSA PERERIA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA