

PPROCESSO - A. I. Nº 233055.0302/14-1
RECORRENTE - AMESTERDÃ VESTUÁRIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0081-01/16
ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 14/12/2016

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0233-12/16

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. 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. Sujeito Passivo não apresenta as provas materiais da regularidade das suas alegações. Excluídos os valores recolhidos extraídos do sistema de pagamento da SEFAZ, coincidentes com os mesmos períodos da autuação. Infração parcialmente caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão contida no Acórdão da 1ª JF Nº 0081-01/16, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado em 31/03/2014 para exigir ICMS no valor histórico de R\$58.472,31, sob a acusação do cometimento de duas infrações sendo objeto da irresignação a 1, a seguir descrita.

INFRAÇÃO 1 - 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de maio e outubro de 2012; fevereiro a junho, agosto a novembro de 2013. Valor R\$58.144,31. Multa de 100%.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal apreciou a lide no dia de 15/12/2015 (fls. 140 a 144) e decidiu pela Procedência em Parte, por unanimidade, nos termos a seguir reproduzidos.

“VOTO:

Lavrado o presente Auto de Infração para constituir o crédito tributário em face às infrações descritas e relatadas na inicial dos autos. O segundo item não foi contestado pelo autuado, estando, pois, caracterizado, no valor de R\$328,00, sua apreciação será excluída da lide.

A primeira infração trata da constatação da omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento das vendas com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. A exigência engloba os períodos de maio e outubro de 2012; fevereiro a junho, agosto a novembro de 2013, no valor total de R\$58.144,31.

Demonstrativo do débito foi acostado aos autos, fls. 05/06.

O autuado alega que não houve saída de mercadorias sem escrituração. Argumenta que as saídas ocorreram, mas foram escrituradas por outro estabelecimento, NEW ORLEANS VESTUÁRIOS LTDA. com registro no cadastro de contribuinte do ICMS no Estado da Bahia, sob nº 105.982.393; diz que cedeu o seu ponto comercial, juntamente com suas máquinas de cartões, mas, que não houve irregularidade no "empréstimo", uma vez que o novo contribuinte escriturou corretamente todas as suas saídas.

O Auditor Fiscal contesta o "empréstimo das máquinas dos cartões", que são de uso exclusivo do contribuinte autuado a empresa autuada, não existindo a possibilidade de empréstimo. Acusa que pode ter havido má fé na cessão desse ponto comercial, uma vez que o Sr. Osvaldo Ferreira Neves é sócio nas duas empresas.

Examinando as peças do presente Auto de Infração constato que o levantamento fiscal compara os valores fornecidos pela instituição financeira e / ou administradora de cartões com as saídas declaradas pelo contribuinte relativas às suas vendas, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do ICMS, em função de ter registrado vendas em valor inferior aquele informado pelas administradoras dos cartões.

Ressalto que o art. 4º, §4º Lei nº 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542, com efeitos a partir de 28/12/02, determina que:

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

(...)

§ 4º. O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Com efeito, a hipótese de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizarem a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto foi incluída na legislação tributária do Estado através da Lei nº 8.542, de 27/12/2002, publicado no DOE de 28 e 29/12/2002, alterando o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

No caso em exame, o direito não assiste ao autuado. Os relatórios TEF emitidos pelas empresas administradoras dos cartões de débito e de crédito atestam as vendas de mercadorias com pagamentos feitos através dos cartões, cópias acostadas aos autos (fls. 07/08), e que subsidiaram a apuração da falta de recolhimento do ICMS, nos termos da legislação do imposto (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96), com demonstrativos de débitos (fls. 05/06), caracterizada como uma presunção tributária relativa, cuja prova deve contar necessariamente com a participação do sujeito passivo.

Nesses termos, justamente para que não houvesse um alargamento dos efeitos da presunção legal de validade dos atos administrativos, em prejuízo a qualquer direito de defesa do contribuinte, foi determinada pelo órgão julgador, junto a membro da ASTEC, diligência fiscal, a fim de que pudesse vir aos autos as provas de que os valores das operações de vendas informados pelas instituições dos cartões, através do relatório TEF por operações diárias foram as mesmas operações realizadas pela empresa NEW ORLEANS VESTUÁRIO LTDA, conforme foi a alegação do sujeito passivo. Intimar para apresentar comprovantes da redução Z (modo de pagamento cartão), ou outros documentos fiscais vinculados em valores e datas àqueles informados pelas administradoras dos cartões, ainda que em nome da NEW ORLEANS VESTUÁRIO LTDA.

O Parecer da diligência (fls. 100/103) registrou que o autuado não mais se encontra no local indicado no seu cadastro, dando lugar à empresa NEW ORLEANS VESTUÁRIO LTDA, exercendo o mesmo ramo de atividades; registro ainda que o autuado não atendeu à intimação para comprovar as operações com cartões informadas pelas administradoras dos cartões.

A presente exigência encontra-se no campo das presunções legais tributária (art. 4º da Lei nº 7.014/96), competindo ao autuado o ônus da prova em contrário ao levantamento do Fisco.

A chamada do contribuinte aos autos objetivou compatibilizar essa presunção com os princípios constitucionais da ampla defesa e devido processo legal, diante da natureza da relação tributária, possibilitando ao mesmo produzir prova material em favor da sua tese. O autuado se limitou tão apenas às afirmações de que cedeu o ponto comercial para uma nova empresa, que assinou um "acordo de cavalheiro" para o empréstimo de suas maquinetas de cartões e que os pagamentos foram feitos regularmente.

Não obstante os dois estabelecimentos, o autuado (AMSTERDA VESTUÁRIOS LTDA) e o que obteve a cessão do ponto (NEW ORLEANS VESTUÁRIO LTDA) tenham em comum o mesmo sócio, o Senhor Osvaldo Ferreira Neves e compartilhado o mesmo ponto comercial (fls. 57 e 58), sabe-se que o ICMS é regido pelo Princípio da Autonomia dos estabelecimentos, significando que cada estabelecimento é autônomo, no tocante ao cumprimento das obrigações tributárias principal e acessória.

Assim, embora pertencente ao mesmo titular, cada estabelecimento deve possuir sua própria inscrição no cadastro do Estado, manter seus próprios livros e registros, bem como no caso dos terminais para processar as vendas com cartões de crédito e débito, cada unidade deve fazer registros individualizados e separados.

Urge mencionar que o argumento de empréstimos das máquinas emissoras dos cartões de crédito e de débito não retira a responsabilidade tributária do autuado. O art. 123 do CTN - Código Tributário Nacional preconiza que as convenções particulares não podem ser opostas ao Fisco para modificar o sujeito passivo. Tal postulado deriva do princípio da estrita legalidade, segundo o qual o tipo tributário deve ser formatado com componentes taxativos e a lei tributária deve dispor, exhaustivamente, sobre alíquota, base de cálculo, multa, fato gerador e

sobre o sujeito passivo. O contrato entre partes não opera efeitos perante a Fazenda Pública, mas tão somente perante aqueles que avençaram cumpri-lo.

Ainda assim, mesmo tendo designada diligência com o fito de colher provas de que as operações indicadas no relatório TEF em nome do autuado foram quitadas, ainda que em nome da NEW ORLEANS VESTUÁRIO LTDA, a iniciativa não logrou êxito. O próprio autuado, AMSTERDA VESTUÁRIO LTDA, mesmo regulamente intimado para fazer provas, nesse sentido, optou por repetir os argumentos da cessão do ponto comercial e da irresponsabilidade tributária.

Examinando os recolhimentos efetuados por NEW ORLEANS VESTUÁRIO LTDA, constantes dos sistemas da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, foram identificados pagamentos com o código de receita 0759 - ICMS regime normal - comércio apenas nos meses de maio e outubro de 2012, dentre aqueles meses constantes na exigência fiscal. Ainda que ausente a comprovação de vínculo entre o pagamento efetuado e o valor exigido pelo fiscal, nos mesmos períodos, no caso em concreto, acato tais valores, diante dos fatos narrados e para que não ocorra a possibilidade de duplicidade da exigência.

Portanto, o levantamento fiscal resta devidamente caracterizado, com a exclusão dos valores R\$217,47 (maio de 2012) e R\$564,21 (outubro de 2012), modificando o valor dessa primeira infração de R\$58.144,31 para R\$57.362,63.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração

É o voto.”

Inconformado, com fundamento no art. 169, I, “b” do Decreto 7.629/1999 (Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia), o contribuinte interpôs Recurso Voluntário às fls. 43 a 47.

Inicialmente discorre sobre a infração imputada e alega que o fato narrado pelo autuante não seria a melhor expressão do ocorrido.

Aduz que o recorrente não atuava comercialmente na Vila de Transcoso na época da autuação, motivo pelo qual não pode ser responsabilizada pelas vendas, porquanto havia cedido para a empresa New Orleans Vestuário Ltda. O ponto comercial e era esta que comercializava desde então no endereço da autuação.

Acrescenta que, com a cessão do ponto comercial, adveio um problema “logístico”, posto que as instituições bancárias e administradoras de cartões de crédito não disponibilizaram de imediato as novas máquinas de cartões para a nova empresa e, em face dessa demora, o recorrente, em um “acordo de cavalheiros” permitiu que a empresa New Orleans utilizasse as suas máquinas enquanto as novas não lhe fossem disponibilizadas.

Salienta que a referida empresa, apesar de utilizar as suas máquinas, escriturou corretamente as suas saídas.

Aponta que, diferentemente do que informa o autuante, não houve saídas sem escrituração e sim que a saída e a escrituração foram praticadas, desde 18/12/2012, pela empresa New Orleans, conforme comprova o anexo cartão do CNPJ, sendo ela a responsável pelas vendas desde então.

Destaca ainda que o balancete da New Orleans anexado informa as entradas e saídas, atestando a regularidade dessas operações; que o empréstimo das máquinas não é irregular; que o caso é mais um exemplo do “custo Brasil” onde para trabalhar o comerciante se vê obrigado a dar um “jeitinho”; mas que nesse caso não foi ilegal, uma vez que a fatura do cartão de crédito não é documento fiscal para fins do ICMS;

Conclui que o recorrente não vendeu nenhum produto no ano de 2012 na praça de Trancoso, porque não mais atuava naquele endereço e sim a New Orleans que escriturou suas vendas corretamente.

E por fim, conclui *in verbis*:

“Assim, o recorrente requer se digne Vossa Senhoria em, reformando a r. Decisão de folhas, anular o presente Auto de Infração e, por via de consequência, determinar o arquivamento desse procedimento administrativo.

*Requerer, outrossim, que todas as notificações e intimações sejam feitas **exclusivamente** em nomes dos patronos a seguir designados: **Roberto Moreira da Silva Lima, OAB/SP nº 19.993.***

Protesta, por fim, pela produção de todas as provas em direito admitidas, em especial pela juntada posterior de novos documentos.”

VOTO

Verifico que o recorrente repete os mesmos argumentos apresentados em sede de impugnação, os quais foram devidamente avaliados e refutados pela Decisão de piso, haja vista que inclusive converteram o PAF em diligência, apesar do disposto no art. 4º, § 4º Lei nº 7.014/96, com redação dada pela Lei nº 8.542, com efeitos a partir de 28/12/02, determinar que: (...) “*Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento: (...) O fato de a escrituração indicar (...) declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizando a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.*”

E que a diligência requerida realizada pela ASTEC, a fim de que pudesse vir aos autos as provas de que os valores das operações informadas pelas administradoras dos cartões teriam sido por operações realizadas pela empresa New Orleans, conforme alegado pelo sujeito passivo, registrou apenas que o autuado não mais se encontra no local indicado no seu cadastro, dando lugar à citada empresa que opera no mesmo local, exercendo o mesmo ramo de atividade e que os dois estabelecimentos têm em comum o mesmo sócio, Sr. Osvaldo Ferreira Neves.

Registrando, ainda, que o autuado não atendeu à intimação para comprovar as operações com cartões de crédito informados pelas administradoras dos cartões.

Ademais, o Julgador teve o cuidado de examinar os recolhimentos efetuados pela citada empresa NEW ORLEANS VESTUÁRIO LTDA., nos registros da SEFAZ/BA., onde foram identificados pagamentos com o código de receita 0759 – ICMS regime normal – apenas nos meses de maio e outubro de 2012, dentre o período constante na exigência fiscal, os quais foram considerados e excluídos do levantamento fiscal, a fim de que não ocorra a possibilidade de duplicidade da exigência.

Portanto, a meu ver, as razões recursais não elidem a acusação do Auto de Infração em lide.

Entendo, por isso, que não merece reparo a Decisão de piso. Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233055.0302/14-1**, lavrado contra **AMSTERDÃ VESTUÁRIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$57.690,63**, acrescido das multas 60% sobre R\$328,00 e 100% sobre R\$57.362,63, previstas no art. 42, incisos II, "f" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 6 de dezembro de 2016.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAUJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANTRADE – REPR. DA PGE/PROFIS