

**A. I. Nº** - 233055.0302/14-1  
**AUTUADO** - AMSTERDÃ VESTUÁRIO LTDA.  
**AUTUANTE** - SÉRGIO TERUYUKI TAIRA  
**ORIGEM** - INFAZ EUNÁPOLIS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET 31/05/2016

### **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0081-01/16**

**EMENTA: ICMS. 1. 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. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADOS AO USO E/OU CONSUMO PRÓPRIO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração não impugnada. Rejeitadas preliminares de nulidades dos autos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2014, exige ICMS no valor de R\$58.472,31, em razão das irregularidades a seguir narradas:

**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%.

**INFRAÇÃO 2** - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, em novembro de 2012. Valor R\$328,00. Multa de 60%.

O sujeito passivo apresenta defesa (fls. 62/67), através de advogado com Procuração (fl. 74/75). Explica que no presente Auto de Infração identificou-se uma máquina de cartão de crédito do estabelecimento impugnante que emitiu “faturas” entre os meses de 05/2012 e 11/2013, as quais não teriam sido escrituradas. Tal fato originou a autuação.

Diz, contudo, que a empresa autuada não atuava comercialmente na vila de Trancoso, na época dos fatos, motivo pelo qual não pode ser responsabilizada por tais vendas.

Explica que cedeu o ponto comercial para a empresa *New Orleans Vestuário Ltda.*, que era quem comercializava, no endereço em questão. Diz que as instituições bancárias e administradoras de cartões de crédito não disponibilizaram novas máquinas de cartões de crédito de imediato para a nova empresa, a *New Orleans*, considerando que, entre o pedido e a entrega efetiva das máquinas as instituições demoram mais de 6 meses. Devido a demora, houve um acordo de cavalheiros entre as partes (a impugnante e a empresa *New Orleans*) para que esta última pudesse continuar utilizando tais máquinas enquanto as novas máquinas não fossem disponibilizadas. Contrapõe que, apesar de a *New Orleans* utilizar-se das máquinas de cartões de crédito da impugnante,

escriuturou corretamente todas as suas saídas.

Chama atenção aos julgadores que não houve saída sem escrituração. Diz que as saídas ocorreram e foram escrituradas na *New Orleans* e não pela empresa autuada. Firma que a *New Orleans* atua na praça São João Batista Quadrado Histórico, 182, desde 18/12/2012, segundo se comprova pelo anexo cartão do CNPJ e é a responsável pelas vendas, desde então. Registra que não é correta a conclusão fiscal, no sentido de que o autuado deu saída em mercadorias, entre janeiro e novembro de 2013. Reitera que as saídas foram escrituradas na *New Orleans*.

Para comprovar tal fato, anexa à presente impugnação o balancete da *New Orleans*, emitido e atestado por seu contador, com a informação das entradas, saídas, o que atesta a regularidade das operações. Destaca que não houve irregularidade no “*empréstimo*” das máquinas de cartões de crédito de uma empresa para outra, que se trata de algo legítimo e que decorreu da absoluta falta de agilidade das administradoras de cartões de crédito.

Diz que se fosse o “*empréstimo*” das máquinas, a *New Orleans* não poderia vender seus produtos durante praticamente um ano, tempo que demorou entre o pedido da nova máquina e sua entrega. Aduz que o presente caso é mais um exemplo esdrúxulo do “*custo Brasil*”, onde o comerciante, para trabalhar, mesmo gerando empregos e renda para a comunidade, se vê obrigado a dar um “*jeitinho*”. Apesar do “*jeitinho*”, diz que nada houve de ilegal; a operação comercial é regular, uma vez que a fatura do cartão de crédito não é documento fiscal para fins do ICMS. Reitera que o “*jeitinho*” para que o comerciante trabalhe é sinônimo do atraso generalizado e da burocracia.

Assevera que a interpretação fiscal de irregularidade, nessa operação, acrescenta ainda mais “*burocracia*” a uma situação que jamais deveria ter ocorrido. Impugna a fonte de informação usada pelo Fiscal, aduzindo que as administradoras de cartões não são instrumentos válidos de informações porque podem causar distorções como essas apontadas, nos autos.

Insiste que a empresa autuada não vendeu nenhum produto no ano de 2012, na praça de Trancoso porque não mais autuava naquela zona. A *New Orleans* efetuou as vendas e as escriuturou corretamente.

Diz que o Auto de Infração é incorreto. Pede a improcedência, a anulação e o arquivamento do procedimento administrativo. Protesta pela produção dos meios de prova em direito admitidos; requer a posterior apresentação de novos documentos; que a notificações e intimações sejam feitas em nome do patrono que indica.

A informação fiscal é prestada (fls. 85/86). Após a descrição das infrações, contesta a impugnação da defesa com relação à infração 1 de que a mesma não procede, pois as máquinas de cartões são de uso exclusivo da empresa autuada, não existindo a possibilidade de empréstimo.

Diz que pode ter havido má fé na cessão do ponto comercial para outra empresa, uma vez que o Sr. Osvaldo Ferreira Neves participa como sócio nas duas empresas (verso fls.57 e 58) e deixou de solicitar a baixa da empresa autuada. Deduz que a partir do momento em que foi cedido o ponto comercial, o autuado deveria solicitar a baixa da empresa, o que não ocorreu até a presente data e, conseqüentemente, a devolução dos equipamentos para a administradora dos cartões.

Embora tenha alegado que a fatura de cartão de crédito não é documento fiscal para fins do ICMS, por si só, o documento comprova que foram efetuadas vendas da empresa no período.

Observa, em relação à infração 2, que o autuado nada contesta. Solicita a procedência integral do Auto de Infração.

Nas fls. 98/99, o colegiado da 1ª JJF converte os autos em diligência à ASTEC/CONSEF afim de atender os seguintes procedimentos:

*"1 – O diligenciador designado deve, antes de tudo, efetuar a entrega ao autuado o relatório TEF por operações diárias, relativamente às operações consignadas pelas administradoras dos cartões, em nome do autuado e constantes do presente processo administrativo fiscal - PAF;*

*2 - investigar, oferecendo parecer conclusivo, sobre a mudança de endereço das sociedades envolvidas na lide, segundo alega o autuado, a partir de 18.12.2012; esclarecer ainda se, efetivamente, as operações com cartões de crédito, informadas pelas administradoras dos cartões de crédito e de débito, constantes dos Relatórios de Informações TEF anual, anexados aos autos às fls. 07 e 08 foram as mesmas operações*

*realizadas pela empresa NEW ORLEANS VESTUÁRIO LTDA (inscrição estadual 105.982.393);*

*3 - Intimar o autuado para apresentar comprovantes da redução Z constando o modo de pagamento "cartão", além da emissão de documentos fiscais vinculados em valores e datas àqueles informados pelas administradoras dos cartões e constantes do relatório TEF por operações diárias (entregue ao autuado, conforme item 1), ainda que em nome da NEW ORLEANS VESTUÁRIO LTDA (inscrição estadual 105.982.393). Em sendo comprovado os mesmo valores, as mesmas operações, considera-los no demonstrativo de débito e procedendo às alterações necessárias, sublinhando-se que 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."*

Pede ainda a diligência que, após os procedimentos, sejam elaborados novos demonstrativos de débito, caso caibam; além da entrega do relatório TEF por operações diárias.

O Parecer da ASTEC nº 0054/2015 (fls. 100/101) foi no seguinte sentido: Diz que foi entregue o relatório TEF, conforme recibo à fl. 105; verificou que o autuado não exerce suas atividades no endereço mencionado no Auto de Infração, no local, encontra-se a empresa NEW ORLEANS VESTUÁRIO LTDA, exercendo o mesmo ramo de atividades.

Registra que conforme consulta ao Sistema da SEFAZ à fl. 107, consta o endereço do autuado à rua Pedra Azul, 32 - Mirante das Caravelas - Porto Seguro/Bahia. Verificou que a empresa autuada não emitiu nenhum documento fiscal, no período da autuação (janeiro a dezembro de 2013); no endereço onde a empresa autuada exercia suas atividades, encontra-se a empresa NEW ORLEANS VESTUÁRIO LTDA, conforme documento à fl. 58, e que apresentou movimentação de compras e vendas de mercadorias no período autuado (documentos fls. 110/123).

Diz que o autuado não atendeu à intimação para comprovar as operações com cartões, por isso não elaborou um novo demonstrativo.

Em nova manifestação (fls. 136/167), o autuado reafirmou a cessão do ponto comercial à NEW ORLEANS VESTUÁRIO LTDA, que é quem comercializa desde então, no endereço em questão.

Diz que o próprio Parecer comprova esse fato, ao declarar de modo expresso que a NEW ORLEANS VESTUÁRIO LTDA é o responsável tributário pelo ponto comercial, durante o período da autuação e que nada é devido pelo impugnante ao Estado da Bahia, a título de ICMS.

Ratifica os termos da sua impugnação e requer, em face ao parecer proferido pela ASTEC, que seja o Auto de Infração julgado improcedente.

Não houve manifestação do autuante.

É o relatório.

## 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, exaustivamente, 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.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233055.0302/14-1**, lavrado contra **AMSTERDÃ VESTUÁRIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado 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, 06 de maio de 2016.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOÃO VICENTE DA COSTA NETO - JULGADOR