

A. I. Nº - 281521.0003/15-4
AUTUADO - HIPER PAN DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE PANIFICAÇÃO LTDA. - EPP
ATUANTE - AUGUSTO CÉSAR CAMPOS DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 09/05/2017

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0051-01/17

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. VALORES DAS VENDAS INFORMADAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO INFERIORES AOS INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Mediante diligência fiscal, autuante retirou exigência fiscal sobre valores constantes em cupons fiscais informados pelo autuado que coincidiram com os informados pelas administradoras e aplicou a proporcionalidade estabelecida na Instrução Normativa nº 56/2007. Rejeitados os pedidos de nulidade em razão de alegada falta de observação pelo autuante de direitos previstos na legislação e por suposta imprecisão no enquadramento da infração. É admissível revisão durante o curso do processo dos valores inicialmente exigidos e na descrição dos fatos está claramente expressa a infração cometida pelo autuado. Auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/03/2015, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$ 31.830,65, em decorrência de ter o autuado omitido saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (código de infração 05.08.01), ocorrido de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, acrescido de multa de 100% prevista no inciso III do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Na descrição dos fatos, o autuante informa que o auto de infração decorre do levantamento das vendas realizadas por meio de cartão de crédito inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito.

O Autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa das fls. 71 a 82 dos autos. O autuado explana que a ação fiscalizatória é ato público da Administração e não poderá estar divorciada dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade sob pena de resvalar em arbítrio e abuso de poder.

Cita o art. 18, § 1º do RPAF/BA para lembrar que quando do nascimento do auto de infração toda a infração e elementos de prova devem estar perfeitamente descritos, sendo autorizada somente a retificação de pequenas omissões, não sendo permitido que seja refeita toda a autuação fiscal, sob pena de ser declarado nulo.

O autuado afirma que o autuante deixou de cumprir o que determina a Instrução Normativa nº 56/2007 na elaboração do cálculo do imposto devido e não considerou a proporção das saídas não tributadas em relação às tributadas. Em razão disso, requer que o auto de infração seja declarado nulo.

Afirma, também, que os valores das operações declaradas mensalmente são enormemente superiores aos informados tanto pelas instituições financeiras como pelas administradoras de

cartões de crédito e que a grande maioria das mercadorias comercializadas estão enquadradas no regime de substituição tributária. A descrição da infração como omissão de saídas e não como presunção de omissão é mais uma razão no entender do autuado para a NULIDADE deste Auto de Infração.

Entende que se a quase totalidade das operações realizadas já foi tributada por antecipação tributária total ou parcial, comprovado está a improcedência da referida presunção. Afirma que os valores de vendas são muitíssimos superiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, comprovando-se, também por este fundamento, a improcedência da referida presunção.

Lembra que no exercício de 2011 pagou ao Estado da Bahia R\$ 207.045,74 de ICMS, sendo que quase 80% (oitenta por cento) foi objeto de pagamento devido por antecipação ou substituição tributária. Entende que pelo fato do autuante não ter utilizado roteiros de fiscalização previstos na Instrução Normativa 56/2007, o auto de infração deveria ser julgado improcedente.

No ano de 2012, o autuado alega que pagou de ICMS R\$ 219.057,89, sendo que quase 70% foram via foi objeto de pagamento devido por antecipação ou substituição tributária.

Confirma que os valores de vendas escriturados e declarados foram vinte vezes superiores aos informados pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito. Entende que o que pode ter ocorrido é que o vendedor registrou operações como "vendas a vista" em vez de "vendas com cartão de crédito". Destaca que este trabalho fiscal está comprometido, tornando claramente possível asseverar que os valores apontados como de omissão de saídas não merecem o mínimo de credibilidade, pois não estão de acordo com a legislação pertinente, ora arrolada neste processo.

Entende que a fiscalização não se preocupou em fazer um levantamento e uma apuração individualizada das operações que corresponderiam, efetivamente, às supostas omissões de saídas, demonstrando que os valores informados pelas operadoras não estavam registrados nas fitas detalhes do ECF, bem como quais seriam os valores efetivos dessas operações, individualizando-os, o que leva à inegável constatação de que o crédito tributário reclamado não se reveste da liquidez e certeza necessárias.

Alega que não foi demonstrado com clareza a base de cálculo utilizada para cálculo do ICMS, pois ávida por alcançar recolhimento de tributos para manutenção dos cofres do Estado da Bahia, ignorou completamente a legislação de regência, a ponto de sequer considerar que quase oitenta por cento das operações realizadas foram com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Acredita que a presunção de omissão configurou-se em nítido cerceamento ao direito de defesa, pois se não é possível conhecer os critérios e metodologias adotados pela fiscalização ao apurar o crédito tributário, como poderá exercer plenamente o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, assegurados pelo texto constitucional?

Assim, requer que seja declarado nulo o Auto de Infração pela ausência de liquidez e certeza e, no mérito, seja cancelado e julgado improcedente o lançamento tributário. Por fim, requer diligência por fiscal estranho ao feito com o fito de se confirmar que os dados individualizados fornecidos pelas operadoras de cartão de crédito foram contabilizados como sendo vendas à vista, assim como para identificar se essas mesmas operações estavam enquadradas na substituição tributária.

O Autuante, em contrapartida, às fls. 115 a 117, diz que o auto resulta da confrontação dos valores fornecidos pelas administradoras de cartão com os registrados pelo autuado nos cupons fiscais. O autuante observou que o autuado não discrimina nos cupons os meios de recebimento, registrando tudo como dinheiro, salvo uma única vez que registrou um recebimento em cheque. Informa que não observou as disposições da Instrução Normativa nº 56/2007 porque ela não é aplicável ao caso. Requer a procedência do auto de infração.

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal remeteu o presente processo em diligência para que o autuado apresentasse planilha associando os valores dos cupons fiscais que coincidiram com os informados pelas administradoras de cartão na mesma data. Também pediu ao autuante que revisasse o demonstrativo de débito considerando como indevido a cobrança relativa aos valores dos cupons fiscais que coincidiram com os informados pelas administradoras de cartão e que aplicasse a proporcionalidade estabelecida na Instrução Normativa nº 56/2007.

O autuado se manifestou às fls. 128 e 129 informando que realizou o trabalho de associação do valor do cupom fiscal com o valor informado pela administradora de cartão por amostragem. Disse que alguns valores não puderam ser associados por existirem diferenças de centavos, fruto de descontos concedidos ou por erro da administradora. Alega, também que outros valores também não puderam ser associados pois o pagamento ocorreu por mais de um cartão. Reiterou que o total das vendas, em todos os dias, foi superior ao informado pelas administradoras.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 181, informando que refez as planilhas considerando os valores de cupons coincidentes com os informados pelas administradoras, apresentados pelo autuado, e que aplicou a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007 com base nas DMAs, resultando numa redução da exigência fiscal em 2011 para R\$ 16.157,66 e em 2012 para R\$ 13.886,51, conforme demonstrativos às fls. 182 e 185.

O autuado recebeu cópias dos demonstrativos produzidos pelo autuante, conforme documentos às fls. 188 e 189, mas não se manifestou.

VOTO

Verifiquei que foram observados todos os requisitos que compõe o Auto de Infração, previstos no art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99.

Quanto à arguição de nulidade do auto feita pelo autuado diante de uma eventual falta de observação pelo autuante de algum direito do contribuinte que influenciasse no cálculo do imposto devido, deve ser afastada pois tais direitos podem ser revistos durante o curso do processo mediante protesto feito pelo autuado em sua defesa.

Afasto também o pedido de nulidade do Auto de Infração pelo fato de não constar no texto do enquadramento da infração a palavra presunção, como está descrito no texto legal referido na infração. Mesmo sem constar expressamente no enquadramento, a referência ao dispositivo legal é suficiente para que se dê à infração o caráter de presunção caso o autuado não consiga fazer prova em contrário.

O autuante enquadrou a infração cometida pelo autuado como sendo o inciso VI do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que admite a presunção da ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por administradoras de cartões de crédito ou débito. Entretanto, na descrição dos fatos, o autuante relata a infração copiando o texto existente no inciso VII do referido parágrafo, enquadramento que mais reflete a infração: *"levantamento das vendas realizadas por meio de cartão de crédito inferiores aos informados pelas administradoras de cartão de crédito."* Não sendo, portanto, motivo para nulidade do ato já que o enquadramento está claro na descrição dos fatos, conforme prevê o art. 19 do RPAF.

O autuado alega que o autuante não fez um levantamento individualizado que pudesse vincular o valor das vendas via cartão com os cupons fiscais emitidos. Entretanto, a acusação é de fato uma presunção prevista em lei, cabendo ao autuado apresentar esta vinculação para que se pudesse afastá-la, haja vista que o relatório da administradora de cartão anexado ao auto informa as vendas via cartão por cada operação realizada. Vinculação esta que não foi efetivamente realizada pelo autuado nos cupons fiscais.

A base de cálculo está definida de forma clara. Adotou os valores informados pela

administradora de cartão de crédito em cada período de apuração. Como não foram encontrados nos documentos fiscais emitidos pelo autuado informações que atestassem operações ou prestações recebidas por meio de cartão de crédito ou débito, os valores informados pelas administradoras foram corretamente adotados como base de cálculo.

Entretanto, foi oportunizada ao autuado a demonstração da venda via cupons fiscais em valores coincidentes com os informados pelas administradoras, visando afastar a presunção de que trata este auto de infração, conforme diligência fiscal requerida pela 2ª JJF à fl. 122.

O autuado apresentou alguns valores coincidentes e declarou tratar-se de apenas uma amostragem (fls. 134 a 178). Assim, persistiu a falta de vinculação das demais operações informadas pelas administradoras que poderiam afastar a presunção prevista em lei.

O autuante refez os cálculos da exigência fiscal, retirando os valores dos cupons fiscais relacionados pelo autuado que coincidiram com os informados pelas administradoras e aplicando a proporcionalidade estabelecida na Instrução Normativa nº 56/2007 (fls. 182 a 187).

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, reduzindo a exigência fiscal para R\$30.044,17, nos termos dos demonstrativos constantes às fls. 182 e 185.

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 **281521.0003/15-4**, lavrado contra **HIPER PAN DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE PANIFICAÇÃO LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.044,17**, acrescido de multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2017.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR