

A. I. N° - 212145.0002/15-2
AUTUADO - FERDAN COMÉRCIO DE FERRAGENS E FERRAMENTAS LTDA. - EPP
AUTUANTE - ROMILDO JOSÉ GONÇALVES
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 07.02.2020

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0004-02/20

EMENTA: ICMS. SIMPLES NACIONAL 1. CARTÕES DE DÉBITO E CRÉDITO. VENDAS EM MONTANTES MENORES DO QUE OS INFORMADOS POR INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E ADMINISTRADORAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS TRIBUTÁVEIS. 2. ALÍQUOTAS E BASE DE CÁLCULO. ERRO NA APLICAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Efetuadas as correções pertinentes em sede de diligência. Excluídas as operações com valores e datas coincidentes com aqueles informados pelas instituições. Infrações 01/02 parcialmente elididas. Diligência realizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado no dia 31/03/2015, exige ICMS no valor histórico de R\$88.126,51, sob a acusação do cometimento das duas (02) irregularidades a seguir discriminadas.

Infração 01 – Omissão de saídas tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com uso de cartões, em valores inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras, “sem dolo” (janeiro de 2012 a dezembro de 2013). R\$ 76.338,93 e multa de 75%, prevista nos artigos 34/35 da Lei Complementar 123/06 e 44, I da Lei Federal 9.430/96.

Infração 02 – Recolhimento a menor do ICMS referente ao Regime do Simples Nacional, devido a erros nas informações das receitas e alíquotas (abril a junho e outubro a dezembro de 2012, janeiro a dezembro de 2013). R\$11.787,58 e multa de 75%, prevista nos artigos 35 da Lei Complementar 123/06 e 44, I da Lei Federal 9.430/96.

O contribuinte ingressa com impugnação, às fls. 96 a 113.

Suscita a invalidade do procedimento, por obtenção de informações de instituições financeiras de forma ilegal, em violação ao sigilo bancário e ao art. 6º da Lei Complementar (LC) 105/01. Não há, segundo alega, processo administrativo anterior à solicitação, bem como demonstração da indispensabilidade das informações obtidas.

A quebra do sigilo somente poderia ser levada a efeito nas situações previstas em Lei, de maneira fundamentada, quando outras medidas se mostrassem ineficientes (art. 1º, §§ 1º, VI e 4º c/c art. 6º da LC 105/01).

O agente fiscalizador teria subvertido a ordem do art. 6º da LC 105/01, uma vez que, ao iniciar a investigação, já detinha a posse dos relatórios das instituições financeiras. O dispositivo legal condiciona o exame das informações bancárias à instauração de processo administrativo.

O Estado da Bahia não poderia contrariar as normas gerais sobre matéria tributária dispostas em Lei Complementar Federal, sob pena de subverter a ordem do art. 146 da CF/88.

Transcreve jurisprudência e ressalta que o lançamento encontra-se eivado de vício insanável.

No mérito, colaciona planilhas e cópias de cupons para comprovar que há operações: (i) cujas diferenças de valor em relação ao Relatório Diário TEF são insignificantes (“de apenas alguns centavos”); (ii) que foram equivocadamente informadas como tendo sido realizadas em espécie, quando, na verdade, ocorreram com o uso de cartões; (iii) cujos pagamentos foram efetivados por mais de um meio, como dinheiro e cartão, mais de um cartão etc.; e (iv) em que o consumidor,

depois da emissão do cupom, resolveu adquirir outros produtos e, ao efetuar o pagamento via cartão, o fez em valor superior àquele de um único documento fiscal.

Pleiteia a produção de provas, com o uso dos meios admitidos, inclusive pericial, e encerra requerendo o acolhimento das razões defensivas.

Na primeira informação fiscal, de fls. 583 a 586, o agente de tributos (ATE) assinala ter recebido Ordem de Serviço com a sugestão dos roteiros de fiscalização a serem efetivados. Posteriormente, planejou os trabalhos e intimou o contribuinte na forma regulamentar (fls. 07/08).

Com fulcro no art. 35-A da Lei 7.014/96, diz não ter ocorrido a subversão legal a que se refere o sujeito passivo, razão pela qual discorda da tese de nulidade.

Em relação ao mérito, expõe o seguinte:

“Quanto ao mérito tenho a informar que todos os casos reclamados nas planilhas elaboradas pela defendante foram analisados. E pela quantidade apresentadas não caberia analisa-las uma a uma nesta informação fiscal. Portanto restringir exemplos a cada grupo de reclamações apresentadas.

Tomando como exemplo o caso reclamado na planilha elaborada pela defendante do mês de referência 01/2012, tenho a afirmar que não foi encontrado o cupom fiscal nº 2897 reclamado emitido em 02/01/2012 no valor de R\$ 3.200,00 nem tal pouco NF's correspondente a este número de documento e data, no levantamento fiscal efetuado. Existe apenas a informação de uma NFe com essa número emitida em 27/12/2013, no valor de R\$ 122,30. O que existe na verdade é a informação da administradora de cartão de uma operação no valor de R\$ 3.300,00 no dia 02/01/2012 e que não há vinculação com cupom fiscal ou outro documento fiscal emitido pelo contribuinte nesta data e valor, configurando assim a omissão de receita de vendas. Outro caso informado na planilha da defendante ainda para o mês de referência 01/2012, em que afirma ter ocorrido em 26/01/2012 uma venda a crédito de R\$ 1.390,00 e que este comprovante financeiro da administradora de cartão corresponde a parte do valor do cupom fiscal nº 3097 emitido em 26/01/2012, no valor de R\$ 2.400,00. A este respeito tenho a afirmar e os fatos não negam, é que a operação de venda descrita no cupom fiscal de nº 3097 de valor R\$ 2.400,00 foi, segregada, desmembrada da seguinte forma: R\$ 1.000,00 reais informada como paga em cartão pela administradora “Redecard” com autorização nº 012, e restante pago em dinheiro (1.400,00), conforme demonstra o cupom fiscal em referência na planilha Y1 do levantamento fiscal efetuado, e que foi plenamente aceito por esta fiscalização, sem exigência de diferença de receita. Agora o valor de R\$ 1.390,00 desta mesma data, corresponde a uma outra operação informada pela administradora de cartão “cielo” de autorização de nº 949149 e para qual não foi encontrado nem um outro cupom fiscal ou NF's que correspondesse a esta autorização. Portanto se refere a uma outra operação sem emissão de documento fiscal, o que se configura em omissão de receita. Já o caso informado no texto da defesa folha nº 106 deste processo, relativo ao cupom fiscal nº 3191 emitido em 10/02/12, para o qual foi informado pelo contribuinte no momento da venda, no ECF, como forma de pagamento, recebido com cartão. E alega que esta sendo exigido pela fiscalização, planilha Z, o valor de R\$ 1.645,00. Tal fato não procede, pois não há informação correspondente das administradoras para este valor neste dia, e nem o contribuinte anexa tal autorização financeira em sua defesa. Portanto foi verificado que este valor, neste período, não consta como omissão de receita o que indica que foi recebido com outra forma de pagamento e não com cartão como informou no ECF(cupom fiscal). Com referência para o exemplo 2 desta mesma folha nº 106 da contestação referente ao cupom fiscal nº 3476 emitido em 15/03/2012, não teve seu valor considerado como omissão de receita, como quis induzir o defendant, pois mais uma vez não houve informação das administradoras de cartão de autorização financeira, com este valor nesta data. Deste feito fica evidente que o valor foi pago em dinheiro como informado no ECF (cupom fiscal) pelo contribuinte. Quanto às alegações informadas na folha nº108 da peça defensiva tenho a informar que constatei várias operações com autorizações financeiras das administradoras de cartão nos valores de R\$ 1.500,00, e de

outros valores também, nos meses seguintes de 2012 e 2013, entendo que pelo fato do contribuinte vender equipamentos e máquinas seus preços, é evidente, que se repetem e no exemplo citado foi mera coincidência a soma de duas autorizações consecutivas, pois estas em muitos casos apresentam um valor considerável e outro ínfimo, ser iguais a uma operação de um cupom fiscal de nº3546. Ainda assim o contribuinte é sabedor das normas tributárias, financeiras e comerciais, deveria cancelar o cupom fiscal e realizar a operação também com dois cupons fiscais correspondentes as autorizações informadas pela administradora de cartão, se assim aconteceu, ou seja, um cupom para cada autorização financeira uma vez que diz que foi utilizado cartões diferentes. Quanto às alegações informadas na folha nº 109 pela defendante dos casos do cupom fiscal nº 4109 emitido em 26/05/2012, tenho a informar e confirmar que o referido cupom fiscal tem como valor dos produtos R\$ 6.633,39 e como desconto incondicional R\$ 1.033,39, perfazendo um total para este cupom de R\$ 5.600,00 informado no ECF como pago em dinheiro. Este lançamento não gerou omissão de receita no levantamento fiscal efetuado. No entanto a defendante tenta afirmar que a autorização da administradora de cartão de número 109 desta mesma data, 26/05/2012, no valor de R\$ 2.560,00 refere-se ao cupom fiscal nº 4109 o que não corresponde à realidade, pelo simples fato da referida autorização não ter documento fiscal correspondente para sua absorção, o que configura omissão de receita de vendas. Tomando como exemplo outro caso reclamado na planilha elaborada pela defendante no mês de referencia 05/2013, em que foi emitida pelo contribuinte a NFe nº 1840 com valor dos produtos em R\$ 7.697,51, ver planilha Y2, valor este sem os descontos incondicionais e que consta, segundo a defendante, para este documento 4 (quatro) autorizações de números: 113, 116, 123 e 124 informadas pela administradora de cartão para a empresa beneficiaria (FERDAN) e que não foi levado em consideração por esta fiscalização. Esta fiscalização tem a afirmar que o documento fiscal que alega a defendant de nº 1840 emitido em 20/05/2013, com total dos produtos foi de R\$ 7.697,51, porem houve um desconto incondicional de R\$ 1.307,51, ver DANFEs anexos na mídia inicial do Auto de Infração, perfazendo o valor total do documento fiscal em R\$ 6.390,00, este valor é que é levado para gotejamento com a informação da administradora de cartão. Então analisando os valores e datas das autorizações alegadas pela defendant, constatei que trata-se de autorizações informadas para beneficiaria em datas antes da emissão do documento fiscal questionado senão vejamos:

[Planilha dde fl. 585].

Como já disse, todas estas autorizações foram informadas pela administradora de cartão antes da emissão documento fiscal nº 1840 emitido em 20/05/2013, quando a defendant alega ser correspondente a tais autorizações, ainda assim somados os valores das autorizações este não chega ao valor do documento fiscal com os descontos concedidos. Portanto fica claro que estas autorizações se trataram de outras operações de saídas em que não houve emissão de documentos fiscais que correspondessem a tais valores, o que se configura em omissão de receita.

O nobre defensor cria em sua defesa situações hipotéticas de relações comerciais pouco prováveis de acontecer nos dias de hoje, tentando confundir os membros da Junta de Julgamento Fiscal. Por tudo, este autuante requer a Procedência Total do presente Auto de Infração por ser de Inteira Justiça”.

No dia 19/05/2016, a 1^a Junta de Julgamento Fiscal converteu o feito em diligência à Inspetoria Fiscal de Origem, com as seguintes anotações (fls. 590/591):

“O Auto de Infração, lavrado em 31/03/15, exige crédito tributário no valor de R\$76.338,93, tendo em vista a omissão de saída de mercadorias tributada por meio do levantamento de venda com pagamento em cartões de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartões (infração 02).

O autuado, nas razões, elenca a existência de diversas transações que explicariam as divergências apuradas: operação que apesar de ter sido realizada com pagamento através

da utilização de cartões de crédito/débito, foram informadas ao Fisco como se realizadas com pagamento em dinheiro; operações informadas como se integralmente pagas em cartão de crédito ou débito, quando, na verdade, foram concluídas com pagamento realizado através de mais de um meio de pagamento; situações em que o consumidor, depois de emitido o documento fiscal, resolveu adquirir mais produtos e, ao efetuar o pagamento através de cartão de crédito/débito, pagou valor superior ao valor individual de um único documento fiscal.

Compras foram divididas em dois cartões, situação comum no dia-a-dia das empresas, todavia, a nota/cupom fiscal emitida informou um único valor.

Em outras situações, identifica que as diferenças entre o valor da transação registrada e informada em cupons fiscais ou notas fiscais é insignificante; na maioria desses casos, a diferença é de poucos centavos entre o valor declarado pelo contribuinte e aquele informado pela operadora do cartão.

Considerando que para os casos mencionados, o autuado trouxe, ainda que por amostragem, exemplos das divergências apontadas, o que voltou a fazer na sessão de julgamento, a exemplo dos casos abaixo descritos:

[Planilha de fl. 590].

Considerando que prevalece no processo administrativo fiscal a busca pela verdade material dos fatos, garantindo que os conflitos entre a Administração Fazendária e o Administrado tenham soluções com total imparcialidade, de forma que os atos praticados pelo Fisco possam ser revisados e mesmo ratificados, dependendo das provas acostadas nos autos, pois o que está em debate é a verdade fiscal;

Face à impossibilidade de proceder ao julgamento do presente auto de infração, resolve o órgão julgador, em pauta suplementar, converter o processo em diligência a fim de atendimento dos procedimentos que seguem:

1 – O diligenciador designado deve intimar o autuado para apresentar comprovantes da redução Z constando o modo de pagamento “cartão”, emissão dos 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 fl. 25). Em sendo comprovado os mesmo valores, as mesmas operações, considerá-los no demonstrativo de débito e procedendo às alterações necessárias.

2 - verificar as alegações da defesa de que algumas operações foram feitas parte em dinheiro e parte em cartão; as compras divididas em dois cartões, intimando-o para apresentar provas materiais, nesse sentido; verificar os casos com diferença extremamente pequena entre o valor do cupom/nota fiscal e valor informado pelas administradoras, não simplesmente pelo princípio da insignificância, mas procurar identificar se as operações são as mesmas, evitando exigência em duplicitade.

3 - Intimar formalmente o autuado para que ele próprio providencie as provas para dar validade as suas assertivas, sublinhando-se que a presente exigência encontra-se no campo das presunções legais tributárias (art. 4º da Lei nº 7.014/96), competindo ao autuado o ônus da prova, em contrário ao levantamento do Fisco.

Após os procedimentos acima mencionados, elaborar novos demonstrativos de débito, caso caibam; intimar o autuado para tomar conhecimento do presente despacho, das alterações procedidas no PAF, inclusive providenciar a entrega dos demonstrativos recém produzidos, com o visto de seu recebimento, reabrindo o prazo de defesa, de 60 (sessenta) dias, nos termos da legislação em vigor.

A entrega dos documentos e intimações, aqui tratadas, devem ser efetivamente feitas ao contribuinte ou a seu representante legal, evitando a reclamação defensiva da entrega de elementos desse PAF à pessoa não credenciada. Havendo manifestação do contribuinte que

altere novamente os demonstrativos fiscais e o auto de infração, deve ser o processo encaminhado ao Auditor Fiscal autuante para nova Informação Fiscal.

Após tais encaminhamentos, devem os autos retornar para a Secretaria deste CONSEF, para fins de julgamento”.

Em cumprimento à determinação da JJF, o contribuinte foi intimado para apresentação de documentos (fl. 595). Tais documentos foram colacionados, às fls. 597 a 860.

O ATE, sem prestar informação, intimou o contribuinte do resultado da diligência à fl. 861.

O autuado se manifesta, às fls. 870 a 880, reiterando os argumentos e requerimentos já apresentados na impugnação.

O autuante volta a fornecer informação fiscal, às fls. 896 a 898.

Ressalta que, em atendimento à solicitação de diligência de fls. 590/591, tendo tomado por base os documentos fornecidos pelo impugnante, de fls. 597 a 860, refez os demonstrativos das infrações 01 e 02, respectivamente, para R\$74.496,05 e R\$11.109,27, totalizando a cifra de R\$85.605,32, conforme os levantamentos de fls. 862 (infração 01) e 863 (infração 02).

Observou, segundo afirma, todas as situações anotadas pela JJF, a exemplo das vendas com pagamentos em mais de um cartão; operações cujos pagamentos ocorreram em valores maiores do que os dos documentos fiscais, porque realizados após as emissões (cliente que resolve efetuar outra compra após a emissão do cupom) etc...

Os autos vieram a este relator, por redistribuição, nos termos do despacho de fl. 910.

VOTO

De acordo com o art. 35-A da Lei 7.014/96, as administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao Fisco Estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Já o art. 4º, § 4º, VI da mesma Lei – em vigor quando das ocorrências -, dispõe que, salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que forem constatados valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por administradoras.

Nos termos do art. 167, I e III do RPAF/99, este órgão administrativo não tem atribuição legal para exercer controle de constitucionalidade, tampouco para negar eficácia a norma emanada de autoridade superior, por suposta antinomia com leis complementares federais.

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior”.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Indefiro o requerimento de realização de diligência, além da que já foi realizada, com supedâneo no art. 147, I, “a” do RPAF/99. Todos os elementos necessários ao julgamento estão presentes nos autos.

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

- a) o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, ou quando a verificação for considerada impraticável;
- (...).”

No mérito, conforme já se expôs no Relatório supra, o defendente alegou a ocorrência de operações: (i) cujas diferenças de valor em relação ao Relatório Diário TEF são insignificantes (“de apenas alguns centavos”); (ii) que foram equivocadamente informadas como tendo sido realizadas em espécie, quando, na verdade, ocorreram com o uso de cartões; (iii) cujos

pagamentos foram efetivados por mais de um meio, como dinheiro e cartão, mais de um cartão etc.; e (iv) em que o consumidor, depois da emissão do cupom, resolveu adquirir outros produtos e, ao efetuar o pagamento via cartão, o fez em valor superior àquele de um único documento fiscal.

Em busca da verdade material e da justiça aplicada ao caso concreto, a 1^a JJF converteu o feito em diligência para as correções pertinentes, com a adoção das seguintes medidas:

1- Intimação do autuado para apresentar comprovantes da redução Z, constando o modo de pagamento CARTÃO, emissão dos documentos fiscais vinculados em valores e datas àqueles informados pelas administradoras dos cartões e constantes do relatório TEF por operações diárias (entregue à fl. 25), com a exclusão das operações coincidentes.

2- Análise das argumentações defensivas de que algumas operações foram feitas parte em dinheiro e parte em cartão; compras divididas em dois cartões, intimando para apresentar provas materiais.

3- Apuração dos casos com diferenças insignificantes entre os valores dos cupons/notas fiscais e os valores informados pelas administradoras, procurando identificar se as operações são as mesmas (e não pelo princípio da insignificância), de modo a evitar exigência em duplicidade.

4- Intimação do impugnante para que ele próprio providenciasse as provas das suas assertivas, sublinhando que a presente exigência encontra-se no campo das presunções legais tributárias (art. 4º, § 4º, VI da Lei 7.014/96).

5- Elaboração de novos demonstrativos de débito.

Todas as providências foram adotadas pelo agente fiscalizador e o contribuinte.

Em atendimento à solicitação de diligência, de fls. 590/591, tendo tomado por base os documentos fornecidos pelo defensor, de fls. 597 a 860, a Fiscalização refez os demonstrativos das infrações 01 e 02, respectivamente, para R\$ 74.496,05 e R\$ 11.109,27, totalizando a cifra de R\$ 85.605,32, conforme os levantamentos de fls. 862 (infração 01) e 863 (infração 02), que desde já ficam acolhidos.

Desnecessário novo encaminhamento ao sujeito passivo, nos termos do art. 127, § 8º do RPAF/99. Infrações 01/02 parcialmente elididas.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 212145.0002/15-2, lavrado contra **FERDAN COMÉRCIO DE FERRAGENS E FERRAMENTAS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$85.605,32**, acrescido da multa de 75%, prevista nos artigos 34/35 da Lei Complementar 123/06 e 44, I da Lei Federal 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de janeiro de 2020.

PAULO DANILO REIS LOPES - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RTAMOS - JULGADOR

VALTÉRCO SERPA JÚNIOR- JULGADOR