

A. I. Nº - 120208.0018/17-8
AUTUADO - F. M. P. OLIVEIRA - ME
AUTUANTE - IVAN DIAS DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/04/2019

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0025-04/19

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. 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 tributáveis sem pagamento do imposto devido. Infração não elidida. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/11/2017, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de recolhimento do imposto, constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presumidas por meio de levantamento de venda com pagamento efetuado com cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a novembro de 2013; janeiro a dezembro de 2014 e janeiro a dezembro de 2015 (Infração 05.08.01), sendo exigido ICMS no valor de R\$470.965,67, acrescido da multa de 100%.

Consta na descrição dos fatos a seguinte informação: *“Omissão de saída de mercadorias tributadas apurada através da venda com cartão de crédito/débito, conforme sistema TEF/SEFAZ e falta de emissão da nota fiscal ou cupom fiscal de venda. Os valores da Redução Z foram apurados através da redução Z fornecida em papel e em CD pelo contribuinte. Apesar de intimado o contribuinte não forneceu outras notas fiscais de venda de mercadorias - coluna 3 do Demonstrativo nem os Livros Fiscais. Foi utilizada a proporcionalidade de 100% porque o contribuinte comercializa mercadorias de tributação normal”*.

O autuado através de advogado legalmente habilitado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 52 a 60, asseverando tratar-se de empresa que se dedica a exploração do comércio Varejista de Artigos de Armário, de forma que a maioria das vendas de produtos é feita mediante pagamento com cartão de crédito parcelado.

Diz que injustificadamente a empresa foi autuada, porém, assevera ser totalmente improcedente a ação fiscal pelos motivos que passa a expor.

Afirma que o lançamento impugnado considerou como base de cálculo do tributo os encargos financeiros, nas vendas a prazo (correção monetária), os quais não integram a base de cálculo do tributo, conforme o Regulamento do ICMS (Lei nº 7.014/96).

Assim, entende ser nula a autuação, por ter integrado na base de cálculo a cobrança de encargos financeiros pelas Administradoras de Cartão de Crédito, ressaltando que este entendimento possui arrimo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, transcrevendo trechos de decisão sobre o assunto.

Acrescenta que não foi apresentada nenhuma justificativa, qualitativa ou quantitativa, para o percentual adotado no arbitramento, o que afronta o direito do contribuinte ao contraditório e à ampla defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Conclui ser nulo o auto de infração visto que também não apresenta elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração cometida.

Ressalta que a presunção de que ocorreu saída de mercadorias, em virtude de informações de administradoras de cartão de crédito, não autoriza a consideração de base de cálculo arbitrada

sem a mínima razoabilidade, em valores exorbitantes e acrescenta que também o Auto de Infração não indica que a suposta omissão de saída de mercadorias foi constatada por presunção.

Argui que o Fisco Estadual violou o art. 142 do CTN, tendo em vista o erro crasso no levantamento da base de cálculo do tributo, através de declaração de Administradora de Cartões de Crédito, com conteúdo totalmente errôneo, que não corresponde à realidade da circulação de mercadorias pelo contribuinte, mormente porque foram consideradas operações de crédito como fato gerador e encargos como base de cálculo.

Destaca que não existe regulamentação legal para apuração de fato gerador e crédito tributário por arbitramento da base de cálculo, o que também gera nulidade do lançamento, além do que, entende ser o lançamento defeituoso e eivado de nulidade, por desrespeitar aos requisitos e pressupostos legais que ditam o critério de validade a ser observado, e neste caso, caberia a própria administração anular o cancelamento em decorrência de ilegitimidade, do vício, o que não foi realizado.

Assevera que a Constituição Federal estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV), assim como o devido procedimento legal administrativo e judicial (art. 5º, LV). Assim, qualquer lesão de direito, praticada pela autoridade lançadora, poderá ser anulada por iniciativa do sujeito passivo, quer na esfera administrativa, quer na judicial, diante do preceito contido no art. 145 do CTN, cujo teor transcreve.

Reafirma que o lançamento tributário atacado é defeituoso, ou seja, não contém, na sua essência, elementos que tornem procedente a referida autuação. Noutros termos: esse lançamento defeituoso foi produzido em desacordo com as alterações contempladas em normas que regulam a sua produção.

Acrescenta que os dias fixados como data da ocorrência do fato gerador e data do vencimento não guardam consonância com a realidade fática, e caracterizam a ausência de informações no auto de infração quanto à forma de apuração do fato gerador, da base de cálculo e do arbitramento da alíquota.

Externa o entendimento de que a multa aplicada tem caráter confiscatório e abusivo, violando seriamente a Constituição Federal, e pede a nulidade do auto de infração, por sua flagrante inadequação com o ordenamento jurídico vigente, e principalmente com os princípios constitucionais da legalidade e legitimidade.

Volta a falar sobre a nulidade do Auto de Infração, pela infringência aos princípios constitucionais tributários, desde a iniciação do processo administrativo fiscal e a sua completa transgressão ao grau de colaboração entre Fisco x Contribuinte.

Pede mais uma vez a nulidade do Auto de Infração, em função dos vícios formais e materiais apontados, e requer a produção de prova pericial contábil, acaso não seja de imediato admitida a ilegalidade do lançamento.

O autuante presta informação fiscal à fl. 64, após descrever a autuação diz que: “ *Em sua defesa o contribuinte diz que os valores constantes na REDUÇÃO Z não podem ser considerados como base de cálculo porque incluem a cobrança de encargos financeiros pelas Administradoras de Cartão de Crédito, mas nada demonstraram desta alegação. Ressaltamos que, apesar de intimado, o contribuinte não forneceu os Livros Fiscais. Deste modo mantemos o Auto de Infração.*”

Na sessão do dia 18 de julho de 2018 esta Junta de julgamento Fiscal observando que o sujeito passivo arguiu a nulidade do auto de infração por cerceamento do direito de defesa em razão do desconhecimento dos fatos ou motivos que ensejaram a presunção da base de cálculo e que não consta nos autos comprovante de entrega de cópias do Relatório Diário de Operações TEF, converteu o processo em diligência à INFAZ de origem para que o contribuinte fosse intimado para a entrega das cópias dos mencionados Relatórios e fosse reaberto o prazo de defesa.

O contribuinte foi intimado, conforme documentos anexados às fls.76 a 77, porém, não se manifestou.

VOTO

O Auto de Infração em lide, atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade, decorrente de falta de recolhimento do imposto, constatada pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas 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/débito.

Na defesa apresentada, o autuado suscitou a nulidade do lançamento sob o argumento de que desconhece os fatos ou motivos que ensejaram a presunção da base de cálculo, já que a mesma foi arbitrada sem a mínima razoabilidade.

Não assiste razão ao autuado, pois a infração está fundamentada no § 4º do artigo 4º, inciso VI da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: “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”.

Desta forma, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Portanto, a exigência fiscal está baseada em presunção estabelecida em lei, e não em arbitramento da base de cálculo. Assim caberia ao autuado constituir prova em contrário, apresentando a correspondência entre os valores informados pela administradora de cartão e os documentos fiscais por ele emitidos.

Ressalto que em processo desta natureza, faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatórios de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Este órgão julgador, tendo constatado que não foi anexado aos autos o comprovante de entrega de cópias do Relatório Diário de Operações TEF, que contém todas as operações individualizadas informadas pelas administradoras de cartão de débito e crédito, converteu o processo em diligência para que fosse sanada a irregularidade e o sujeito passivo fosse intimado, fornecendo cópias dos elementos anteriormente indicados, e reabrisse o prazo de defesa. Caso o autuado questionasse os valores lançados foi solicitada a elaboração de novos demonstrativos, se necessário.

A Inspetoria de origem cumpriu o determinado e intimou o contribuinte, na forma solicitada, inclusive reabrindo o prazo de defesa de 60 dias, conforme se verifica nos documentos anexados às fls. 76/77.

Logo, com entrega da cópia do Relatório TEF diário por operações, fornecido pelas operadoras de cartão de crédito e de débito, resta patente nos autos que o autuado mesmo tendo a oportunidade de elidir a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, assim não procedera, mesmo instado a fazê-lo, mediante diligência solicitada por esta 4ª JJF, para este fim.

No que diz respeito à nulidade arguida pelo impugnante, de que a fiscalização considerou como base de cálculo do tributo os encargos financeiros nas vendas a prazo (correção monetária) os

quais não integram a base de cálculo do tributo, constato que não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que a base de cálculo foi constituída de acordo com a legislação pertinente, e o contribuinte não apresentou quaisquer documentos que comprovassem os alegados equívocos cometidos. Como tais provas se referem a documentos que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir a infração, demonstrando as incorreções alegadas, o que não ocorreu.

Isto posto, deixo de acolher a totalidade dos pedidos de nulidade do Auto de Infração apresentados pela defesa, por não restar configurado nos autos qualquer afronta ao contraditório e ao exercício pleno da ampla defesa pelo autuado.

Em relação à perícia requerida, pontuo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos, já que não é necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão, razão pela qual fica indeferida, com fulcro no art. 147, inciso II, alínea “a” do RPAF/BA.

No mérito, o autuado apenas nega o cometimento da infração, porém, não anexou quaisquer documentos e/ou planilhas, comprovando a sua assertiva. Como tais provas se referem a documentos que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir a infração, demonstrando as incorreções alegadas, o que não se verifica.

Como esclarecido nas preliminares de nulidades, o sujeito passivo recebeu os TEFs Diários, e sendo assim, para que fosse elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com os valores correspondentes às notas fiscais/ cupons fiscais emitidos, de modo a comprovar as diferenças objeto do presente lançamento, haja vista que nos citados TEF’s diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente.

Portanto, resta caracterizada a infração, tendo em vista que a declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme determina o artigo 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, o que não ocorreu no presente caso.

No que diz respeito à alegação de que a multa aplicada é abusiva e confiscatória, observo que sua aplicação decorre do descumprimento da obrigação principal e é prevista no artigo 42 da Lei nº 7.014/96, portanto, legal. Quanto ao caráter confiscatório, não pode ser apreciado por este órgão julgador administrativo, de acordo com o disposto no art. 167, I do RPAF/99.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **120208.0018/17-8**, lavrado contra **F. M. P. OLIVEIRA - ME**, devendo ser intimando o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$470.965,67**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2019.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUÊA - JULGADOR