

A. I. N° - 233048.0004/19-8
AUTUADO - POLO WEAR BELA VISTA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - KARIME MANSUR MACHADO
ORIGEM - INFAS VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 16/03/2020

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0034-03/20

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão, indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 17/06/2019, refere-se à exigência de R\$2.968.244,99 de ICMS, acrescido da multa de 100%, em razão de 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, nos meses de janeiro a novembro de 2014; janeiro a outubro e dezembro de 2015. Infração 05.08.01.

O autuado apresentou impugnação às fls. 49 a 57 do PAF, afirmando que a descrição do fato sobre o suposto ilícito caracterizado principalmente pelo suposto entendimento de que ocorreu sonegação de informações com base no relatório enviado pelas administradoras de cartão de crédito ou débito.

Para se entender a inconsistência encontrada, diz ser necessário observar aquilo que a legislação classificou entre o ilícito supostamente ocorrido e o seu pretenso amparo legal. Havendo divergência entre aquilo que entende o fisco como fato ocorrido e o seu correspondente dispositivo legal infringido, verifica-se um profundo descompasso entre os dois.

Alega que a fiscalização autuou omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito. Entende que, para que surta seus devidos efeitos o erário deve provar e não apenas presumir que ocorreu a “venda”, pois uma é operação financeira e outra é operação fiscal.

Ressalta que na operação financeira não há o que falar em “venda”, pois o fiscal autuante sequer solicitou o controle da conta gerencial onde estão registradas as operações com o chamado CREDIÁRIO POLO WEAR.

Informa que o CREDIÁRIO POLO WEAR trata-se de uma forma de venda permitida pela legislação em vigor onde o impugnante tem crediário próprio e realiza suas vendas parceladas com o chamado e conhecido carnê, onde o comprador ao realizar a aquisição do produto que deseja opta por parcelar em diversas vezes e no vencimento de cada parcela realiza o pagamento por meio de moeda corrente (dinheiro / espécie), cheque ou cartão de crédito ou cartão de débito.

Diz que o Código de Defesa do Consumidor com vigência a época dos fatos, não permitia que a empresa se opusesse a receber de seu devedor, como forma de pagamento, qualquer forma que o impedisse, restringisse ou mesmo que estivesse inadequado na operação. Ou seja, o impugnante não pode jamais se negar a receber de seu devedor quando este quiser pagar com cartão de

crédito ou de débito o seu crediário mensal sob pena de incorrer em crime contra a economia particular.

Se o contribuinte impugnante não pode restringir a forma de receber tão pouco pode o erário exigir que cartão de crédito e debito seja utilizado exclusivamente para as operações fiscais. Assim, alega restar patente que o presente auto não pode jamais prosperar devendo ser considerado totalmente nulo.

Entende restar provado que o presente auto não passa de exigência equivocada do erário estadual, não obstante a isso (operação financeira), deve-se observar operação fiscal onde, para que tal suposição do fisco autuante fosse prevalente, deveria cumprir obrigatoriamente o que contempla o artigo 4º, parágrafo 4º da Lei 7.014/96, que transcreveu.

Ressalta que, atrelado aos fatos expostos, é indevida a aplicação do enquadramento legal no inciso VI, haja vista que na legislação em vigor não há nada desse inciso, ou seja, houve a ocorrência clara de cerceamento ao direito de defesa.

Afirma que após uma análise singular e um tanto quanto profunda do quanto ao acima alegado, constatou algumas inconsistências, e o demonstrativo do Auto de Infração, um a um, nas planilhas em anexo não condizem com o afirmado pelo erário, pois não comprovam que o contribuinte praticou o ilícito de que o acusam.

Registra que numa simples visão ocular, mesmo sem uma análise mais profunda, observa-se a incompatibilidade entre os diversos atos ditos como infracional e o seu pretenso correspondente como dispositivo legal infringido, que é de Natureza Conceitual. Diante do exposto, entende que não há o que se falar em ilícito, sendo o presente ato nulo e insubstancial.

Também afirma que sendo o Direito Tributário de natureza estritamente obrigacional, todas as obrigações do contribuinte para com o Estado, sejam obrigações de fazer ou de não fazer, devem estar previstas na legislação estadual. Diz que ocorreria a violação de uma obrigação de fazer, quando um contribuinte deixa de efetuar um procedimento a que estaria obrigado, de acordo com a legislação tributária. A violação a uma obrigação de não fazer ocorreria quando o contribuinte executa um procedimento que lhe é proibido pela legislação.

Conclui que para caracterizar uma infração à legislação tributária, deve haver uma perfeita harmonia entre o ato infracional (ação positiva ou negativa), e o dispositivo da legislação a ele inerente. O dispositivo legal referente à infração deve ser sempre um comando (ordem) para o contribuinte, pois só assim ele poderia infringi-lo. Dispositivos de natureza enunciativa, conceitual, dispositiva, ou que contêm definições não podem figurar, isoladamente como dispositivos infringidos, pois não contêm nenhuma obrigação para o contribuinte e, em consequência, não há nenhum descumprimento da legislação tributária. E, mesmo combinados tem que estar resguardado da correta tipificação legislativa, que assegura o Estado e o contribuinte como entes correlatos, ou seja, dotados de direitos e deveres, fato não caracterizado na presente ação fiscal, que tenta criar uma suposta ação ou omissão infratora do sujeito passivo.

Diz que tal análise provém do inciso II, do art. 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Conclui que havendo um descompasso entre a descrição do fato e o dispositivo legal supostamente infringido, nulo de pleno direito é o Auto de Infração, como tantas vezes tem decidido o Conselho Estadual de Recursos Fiscais (CERF).

Também alega que não é aplicável a penalidade proposta no presente Auto de Infração, porque não carrega em si a relação do núcleo verbal supostamente infringido (fato típico penal) previsto na lei com a situação em concreto, pois o autuado registra e entrega regularmente todas as suas obrigações, e recolhe regularmente seus impostos, não podendo assim, o Estado interpretar a mesma entrada como sendo nova mercadoria; e, muito menos desconsiderar o imposto recolhido na saída como se não tivesse recebido.

Diz que o Auto de infração, como ato da administração pública, está subordinado aos pressupostos constitucionais da moralidade e legalidade que o norteiam. A não consonância entre a tipificação da infração, a sanção e o fato narrado no auto de infração constitui erro, motivo pelo qual o lançamento é nulo.

Comenta que o lançamento deve reunir três elementos indutivos, a saber: materialidade, tipicidade e autoria. A ausência de pelo menos um destes elementos resulta na insubsistência do auto de infração.

Afirma restar claro que a materialidade, a autoria e a tipicidade do lançamento não poderão recair sobre o autuado e não estão presentes na essência maior deste ato equivocado do erário público. Sendo assim, o erário não procedeu devidamente na lavratura do citado auto, sendo nulo o procedimento administrativo fiscal iniciado por lançamento de ofício lavrado com incorreções.

Registra que no tocante ao levantamento relativo ao presente auto de infração, a fiscalização não observou todos os tópicos necessários para validar o instrumento como suscetível a cobrança de um suposto crédito tributário.

Diz que houve equívoco em todas as infrações narradas no presente Auto, o que o torna nulo e insubstancial de pleno direito; mesmo sendo revisto ainda há pendências que não foram sanadas e o cálculo continua errado.

Quanto ao mérito, alega que a autuação fiscal não deve prosperar, pois há equívoco e erros subsequentes que não demonstram claramente o que não provou o Estado. Todas as obrigações diretas ou indiretas foram devidamente cumpridas. Sendo que, se alguma dela deixou de ser realizada na íntegra não trouxe prejuízo para o Estado e muito menos prejudicou a presente apuração, pelo contrário, toda entrada e toda a venda foi regularmente registrada com o intuito de pagar imposto e não de sonegar.

Conclui que os valores lançados no presente auto não passam de mera presunção e equívoco do agente, não devendo prosperar.

Diz que foi constatado no transcorrer dos autos que o procedimento realizado e o Auto de Infração lavrado possuem diversas falhas que os tomam inaplicáveis ao caso. O lançamento não passa de mero equívoco, não contém segurança, certeza e liquidez, não devendo prosperar o mesmo.

Ressalta que não se pode deixar de citar a inadequação do fato com o dispositivo dito como infringido, o que por si só não deixará prosperar a presente autuação.

Considerando que o Auto de infração, como ato da administração pública, está subordinado aos pressupostos da legalidade, nos termos do artigo 142, do CTN, comprovada a ausência de provas do cometimento do ilícito descrito no lançamento, imperioso é o reconhecimento de sua insubsistência.

O autuante presta informação fiscal à fl. 77 dos autos. Diz que o autuado, à fl. 51, procura classificar as vendas com cartão de crédito como “operação financeira” e não de venda, o que é totalmente incorreto, pois o cartão de crédito/débito, nada mais é do que o meio de pagamento da venda.

Registra que o contribuinte comenta sobre o crediário próprio que o estabelecimento mantém, porém, os valores referentes ao crediário próprio não foram considerados para o cálculo da auditoria pois, se trata de outro meio de pagamento que não é cartão de crédito, objeto da auditoria realizada.

Quanto ao argumento defensivo de que não há relação entre a descrição do fato e o dispositivo legal infringido, discorda, afirmando que a infração impingida ao contribuinte está totalmente amparada pela Lei e tipificada corretamente pelo artigo quarto, parágrafo quarto, inciso VI da Lei 7.014/96 e multa prevista no Artigo 42, inciso III da mesma Lei.

Diz que à folha 55 deste PAF, o contribuinte refere-se a “notas fiscais lançadas indevidamente pelo Agente de Tributos”. Observa que conforme planilhas dos exercícios fiscalizados, 2014 e 2015, constantes às fls. 34 e 37 deste processo, respectivamente, aponta os valores referentes às vendas com cartão de crédito/débito, valores extraídos do MFD em TXT, enviados pelo contribuinte, conforme mídia acostada à fl. 41, diferença apurada e valor a recolher, que resultou no imposto apurado do auto em tela. Assegura que não houve lançamento de notas fiscais pelo fisco na execução da auditoria e sim valores de vendas enviados pelo próprio.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, alegando existência de vícios capazes de aniquilar sua validade. Disse que numa simples visão ocular, mesmo sem uma análise mais profunda, observa-se a incompatibilidade entre os diversos atos ditos como infracional e o seu pretenso correspondente como dispositivo legal infringido. Apresentou o entendimento de que não há o que se falar em ilícito, sendo o presente auto nulo e insubsistente.

Observo que o procedimento fiscal visa apurar a correta aplicação da legislação, utilizando Roteiros de Fiscalização, que são instrumentos pelos quais se definem as etapas dos serviços a serem executados pelo preposto fiscal, mediante uma sequência lógica, podendo verificar livros e documentos fiscais e efetuar levantamento de dados, inclusive em outras fontes.

No presente lançamento, a indicação da infração e a descrição dos fatos foram efetuadas de forma compreensível; foram mencionados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado alegou que é indevida a aplicação do enquadramento legal no inciso VI da Lei 7.014/96, afirmando que na legislação em vigor não há nada desse inciso, ou seja, houve a ocorrência clara de cerceamento de direito de defesa.

Sobre o enquadramento legal, o mencionado dispositivo da Lei 7.014/96, guarda relação com o imposto apurado pelo autuante, inexistindo a inadequação alegada nas razões de defesa, considerando a previsão constante no art. 4º, § 4º, inciso VI da Lei 7.014/96:

Art. 4º

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito (Redação original, efeitos até 21/12/17)

Vale salientar, que não implicaria nulidade da autuação se houvesse equívoco na indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que, pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal (art. 19 do RPAF/99).

Em relação ao lançamento, a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento, deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado.

No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação, e não foi apresentada contestação específica quanto aos dados numéricos apurados pelo autuante.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os

dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada; não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o presente Auto de Infração trata de 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, nos meses de janeiro a novembro de 2014; janeiro a outubro e dezembro de 2015.

Foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito/débito e o valor informado pelas administradoras, e tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º da Lei 7.014/96, conforme já mencionado neste voto.

Trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que poderia ser totalmente elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, cabe ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99.

O art. 35-A da Lei 7.014/96, estabelece que 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, através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Considerando que o comprovante do cartão de crédito/débito deve estar vinculado ao documento fiscal emitido pelo contribuinte, trata-se de exigência de vinculação do documento fiscal ao meio de pagamento da operação ou prestação, sendo realizado o confronto entre o total de vendas efetuadas pelo contribuinte, de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Os mencionados relatórios enviados pelas administradoras de cartões de débito ou de crédito, foram utilizados para o levantamento fiscal, e se não fossem analisados pelo fisco, não haveria motivos para constar na legislação a obrigatoriedade para as administradoras, em relação ao envio à SEFAZ, dos valores correspondentes a cada operação realizada.

O defensor alegou que o fiscal autuante sequer solicitou o controle da conta gerencial, onde estão registradas as operações com o chamado CREDIÁRIO POLO WEAR, que se trata de uma forma de venda permitida pela legislação em vigor, onde o impugnante tem crediário próprio e realiza suas vendas parceladas com o chamado e conhecido carnê, onde o comprador ao realizar a aquisição do produto que deseja, opta por parcelar em diversas vezes e, no vencimento de cada parcela, realiza o pagamento por meio de moeda corrente (dinheiro / espécie), cheque ou cartão de crédito ou cartão de débito.

Para comprovar as suas alegações, o defensor deveria apresentar os comprovantes dos boletos relativos às vendas efetuadas com cartões de débito/crédito, correlacionando-os com notas fiscais e cupons fiscais emitidos, mesmo que esses documentos tivessem registrado as mencionadas vendas como se fossem em dinheiro. Portanto, se o autuado apresentasse com a sua impugnação, além das fotocópias dos documentos fiscais por ele emitidos, as cópias dos correspondentes comprovantes de débito dos cartões de débito/crédito, possibilitaria uma análise quanto à exclusão do valor efetivamente comprovado e apuração de saldo remanescente.

Por outro lado, se o contribuinte comprovasse que em relação aos boletos emitidos pelas alegadas operações de crédito, realizadas com cartões de débito/crédito, apresentando os respectivos documentos, possibilitaria a exclusão, no levantamento fiscal, dos valores efetivamente comprovados. Neste caso, entendo que se trata de prova não realizada pelo contribuinte.

A autuação fiscal é resultado do confronto entre os valores de vendas efetuadas pelo contribuinte, de acordo com os documentos fiscais emitidos e os correspondentes valores dos cartões de crédito/débito, fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, sendo informado pelo autuante que de acordo com as planilhas dos exercícios fiscalizados, 2014 e 2015, constantes às fls. 34 e 37 deste processo, os valores referentes às vendas com cartão de crédito/débito foram extraídos do MFD em TXT, enviados pelo contribuinte, conforme mídia acostada à fl. 41. Portanto, em relação à diferença apurada e o valor a recolher, não houve lançamento de notas fiscais pelo fisco na execução da auditoria, e sim valores de vendas enviados pelo próprio.

Neste caso, o defensor poderia efetuar a necessária verificação dos valores apurados, considerando que os dados relativos às vendas com cartão de crédito/débito foram extraídos do MFD em TXT, enviados pelo contribuinte, inexistindo o alegado cerceamento ao direito de defesa.

Acato a apuração efetuada pelo autuante, conforme demonstrativo à fls. 34/39, do PAF e concluo que está correta a autuação fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 233048.0004/19-8, lavrado contra **POLO WEAR BELA VISTA COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.968.244,99**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de março de 2020

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA