



ESTADO DO CEARÁ
SECRETARIA DA FAZENDA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO
CÉLULA DE JULGAMENTO DE 1ª INSTÂNCIA

SUJEITO PASSIVO: DEUSANIR LOPES MELO

CGF n° 06.294.357-0

ENDEREÇO: R Francisco Glicério, 290 – Maraponga - Fortaleza/ Ce

PROCESSO N° 1/130/2012

AUTO DE INFRAÇÃO N° 1/201115422-6

EMENTA: OMISSÃO DE VENDAS. JULGADO PROCEDENTE o lançamento por ter o sujeito passivo omitido vendas de mercadorias, que foram identificadas mediante o confronto entre a Declaração de Informações Econômico-Fiscais (DIEF) e os pagamentos efetuados por meio de Cartões de Crédito/ Débito, em operações realizadas durante o exercício de 2008. Decisão com base nos artigos 127, 169 e 174 do Decreto n°24.569/97, com penalidade prevista no art. 123, III, 'b' da Lei 12.670/96, nova redação da Lei n° 13.418/03. DEFESA.

JULGAMENTO N° 3998/14

RELATÓRIO

A fiscalização relata que ao confrontar os valores das vendas fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito/débito com aqueles declarados nas DIEF's constatou existir divergências nas saídas informadas pelo contribuinte, fato que indica a ocorrência de "omissão de vendas" no valor de R\$ 111.826,45 referente às operações realizadas durante o exercício de 2008.

Foram anexadas por este setor consultas realizadas aos sistemas DIEF, CAF e CADASTRO.

A defesa apresentou os seguintes argumentos:

- Preliminarmente, requer nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao direito de defesa, pois, as informações fornecidas pelas administradoras de cartão são incompletas, não informam CPF ou CNPJ ou nomes dos clientes que possam permitir a autuada conferir com os canhotos das operações;
- ausência do visto da autoridade competente no Auto de Infração, como determina a Norma de Execução n° 03/2000;

- no mérito, argui que as informações oriundas dos cartões de crédito estão absolutamente em consonância com os dados fornecidos pela atuada à SEFAZ, inexistindo a diferença apontada pela fiscalização quando comparada as vendas internas e interestaduais que somadas totalizam R\$ 325.796,55, ou seja, quantia superior as vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito;
- que a diferença existe apenas porque a fiscalização abateu apenas as vendas internas, porém, as saídas interestaduais devem ser consideradas porque elas foram realizadas, também, com pagamento através de cartão de crédito, como os sacoleiros adquirindo confecção em nosso estado e pequenas empresas destinatárias das notas fiscais emitidas;
- que os Autos de Infrações n° (s) 2011.14145 e 2011.14151 a fiscalização abateu da base de cálculo todas as vendas, sejam para dentro ou fora do Estado;
- que os cartões de crédito utilizados muitas vezes pertencem a pessoa diversa daquela para a qual foi emitida a nota fiscal, como compras realizadas com o cartão de marido, parente ou outro acompanhante;

FUNDAMENTAÇÃO

Preliminarmente

Sobre a nulidade por cerceamento ao direito de defesa porque as informações fornecidas pelas administradoras de cartão estariam incompletas, não informando o CPF ou CNPJ ou nomes dos clientes que pudessem permitir a atuada conferir com os canhotos das operações, porém, a ausência de tais informações não impede que a atuada conteste os valores das transações comerciais registradas pelas administradoras, apresentando provas documentais que vinculem seus canhotos de pagamento por cartão com as respectivas notas fiscais emitidas no momento das vendas.

Outro aspecto é que a própria atuada admite em sua defesa que os cartões de crédito utilizados muitas vezes pertencem a pessoa diversa daquela para a qual foi emitida a nota fiscal, sendo utilizado cartão de marido, parente ou outro acompanhante para compras destinada a outros estados, portanto, é impossível vincular o real adquirente com a pessoa física que efetua o pagamento.

Analisando os documentos anexados aos autos, percebe-se que o sujeito passivo tinha condições de exercer sua defesa de forma ampla e absoluta, pois, a infração e a fundamentação estão devidamente descritas e as planilhas anexadas pela fiscalização indicam a origem dos valores que ensejaram a autuação, portanto, a defendente recebeu informações suficientes para realizar sua defesa, razão pela qual afasto tal preliminar de nulidade.

Sobre a nulidade do auto de infração por falta de assinatura do supervisor, ela não merece prosperar porque o objetivo da Norma de Execução n° 03/2000 é evitar nulidades, permitindo que o trabalho realizado pelo agente fiscal seja revisto por uma autoridade superior e, não acrescentar mais uma no universo das nulidades usualmente argüidas pelos contribuintes, conforme demonstra o teor da referida norma de execução:

Secretario da Fazenda do Estado do Ceará, no uso de suas atribuições legais, e considerando a necessidade de otimizar os procedimentos relacionados à lavratura do auto de infração, de forma a minimizar as possíveis ocorrências de vícios de nulidade

Portanto, o visto do supervisor é um procedimento interno da administração fazendária cujo descumprimento não gera prejuízo para as partes, nem afeta a validade do lançamento que foi realizado por autoridade com competência ampla prevista em lei.

Ressalto que aquele que alega vício formal deve demonstrar que este lhe produziu um prejuízo certo e irreparável, e que como tal não poderá ser saneado exceto pela declaração de nulidade:

A existência do prejuízo deve ser concreta e devidamente evidenciada. A mera intervenção genérica de que se violou o direito de defesa em juízo, não satisfaz nem supre a exigência de indicar, ao tempo de promover-se o incidente de nulidade e como um requisito de admissibilidade, qual é o prejuízo sofrido, as defesas de que se viu privado ou as provas que não pode produzir (KOMATSU, Roque. **Da Invalidade no Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1991. p. 241).

Ou seja, não basta a mera presunção de ter a parte sofrido prejuízo é preciso que esta demonstre que ele efetivamente ocorreu:

Assim, conclui-se que a 'perspectiva de prejuízo' não é critério apto a influir no problema da arguição ou da decretação das nulidades absolutas, mas só o prejuízo, já 'ocorrido' ou o 'prejuízo' que não tenha ocorrido (aplicação retroativa do princípio) (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do Processo e da Sentença**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1997. Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman, v.16. p. 202).

Portanto, rejeito todas as nulidades sugeridas pela defesa e considero não existir qualquer motivo que possa ensejar a nulidade do Auto de Infração por preterição ao direito de defesa, pois, foram observados os princípios processuais do contraditório e da ampla defesa, os quais fundamentam-se na existência de algum dano as partes, que neste caso não houve:

PROCESSO Nº 1/130/2012
JULGAMENTO Nº 3958/14

" (...) a idéia de prejuízo e as que lhe são correlatas colocam-se como caminhos ou oportunidades que não podem ser sonegadas ao litigante, para que ele possa demonstrar (tentar demonstrar) que tem direito" (Wambier, Tereza Arruda. NULIDADES DO PROCESSO E DA SENTENÇA. p.142)

DO MÉRITO

As administradoras de cartão de crédito são obrigadas a fornecer à Secretaria da Fazenda do Estado, as informações sobre as operações e prestações realizadas pelos contribuintes cujos pagamentos foram feitos por meio de seus sistemas de crédito/ débito;

Art.82-A. Sem prejuízo do disposto no inciso X do art. 82, as administradoras de cartões de crédito ou débito, ou estabelecimento similar, ficam obrigadas a fornecer à Secretaria da Fazenda do Estado, nas condições previstas em regulamento específico, as informações sobre as operações e prestações realizadas pelos estabelecimentos de contribuintes cujos pagamentos sejam feitos por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares."

Os contribuintes que operam com cartão de crédito ou débito automático em conta corrente são obrigados a utilizar o sistema de Transferência Eletrônica de Fundos (TEF) que interliga as transações realizadas entre as empresas e as Administradoras de Cartão e, quer seja usuária ou não de ECF deverá vincular o comprovante de pagamento ao documento fiscal emitido na operação, de acordo com o Convênio ECF n ° 01/98:

Cláusula quarta A partir do uso de ECF pelas empresas a que se refere a cláusula primeira, a emissão do comprovante de pagamento de operação ou prestação efetuado com cartão de crédito ou débito automático em conta corrente somente poderá ser feita por meio de ECF, devendo o comprovante estar vinculado ao documento fiscal emitido na operação ou prestação respectiva, conforme disposto na legislação pertinente.

Cláusula quinta A partir de 1º de maio de 1999, a utilização, por **empresa não obrigada ao uso de ECF, de equipamento**, eletrônico ou não, destinado ao registro de operação financeira com cartão de crédito ou equivalente, conforme disposto na legislação pertinente, somente será permitida se constar no anverso do respectivo comprovante: (grifei)

I - o tipo e o número do documento fiscal vinculado à operação ou prestação, seguido, se for o caso, do número seqüencial do equipamento no estabelecimento, devendo o tipo do documento fiscal emitido ser indicado por:

a) CF, para Cupom Fiscal;

b) BP, para Bilhete de Passagem;

c) NF, para Nota Fiscal;

d) NC, para Nota Fiscal de Venda a Consumidor; (grifei)

II - a expressão "Exija o Documento Fiscal de Número Indicado Neste Comprovante", impressa, em caixa alta, tipograficamente ou no momento da emissão do comprovante.

É responsabilidade da empresa preencher a Declaração de Informações Econômico-Fiscais (DIEF) com base nos dados contidos em seus livros e documentos fiscais, devendo escriturar e informar todas as transações comerciais realizadas, pois, a omissão de operações pode implicar em crime tributário previsto no art. 1º, II da Lei 8.137/90.

A consulta ao sistema DIEF mostra que o sujeito passivo informou na Declaração de Informação Econômico –Fiscais (DIEF) o valor de saídas internas de R\$ 61.060,81 referente às operações realizadas durante o exercício de 2008, enquanto, os pagamentos efetuados com cartão de crédito/débito foram no valor de R\$ 172.887,26.

A planilha fiscal TEF x DIEF (fls. 08 a 09) demonstra o confronto entre as informações obtidas das administradoras de cartão de crédito pelo sistema TEF e as saídas internas mensais informadas na Declaração de Informações Econômico-Fiscais (DIEF) pelo próprio contribuinte, identificando uma diferença no montante de R\$111.826,45 que originou o lançamento ora analisado.

A defesa argumenta que devem ser consideradas as saídas internas e interestaduais declaradas na DIEF porque a soma totaliza R\$ 325.796,55 e, sendo superior aquelas informadas pelas administradoras inexistiria a diferença apontada pela fiscalização.

O argumento da impugnante não merece prosperar, pois, os pagamentos realizados na modalidade de cartão de crédito ou débito são feitos, em regra, em operações de vendas internas realizadas dentro do estabelecimento da autuada porque é necessário a utilização física do cartão em terminal próprio e interligado ao sistema de Transferência Eletrônica de Fundos (TEF).

A defesa sustenta que existem saídas interestaduais pagas na modalidade crédito/débito, mas, não trouxe provas documentais que sustentem tais argumentos, ao contrário, ao afirmar que o adquirente pode ser pessoa física ou jurídica localizada em outro estado sem vínculo direto com o pagamento e que foram utilizados cartões pertencentes à terceiros diversos do comprador descrito na nota fiscal, a autuada demonstra que não há como vincular a nota fiscal emitida em determinada compra ao respectivo pagamento em cartão.

A Norma de Execução n ° 03/2011 prevê que o contribuinte comprove os pagamentos referentes às operações de vendas efetuadas por meio de nota fiscal poderá ser feito por meio dos seguintes documentos:

§ 4º Para efeito de comprovação junto ao agente fiscal, dos pagamentos referentes às operações de vendas indicadas nos itens II a VI, do § 3º deste artigo, bem como os valores registrados nas Reduções "Z", como forma de pagamento "Dinheiro", "Cheque", dentre outros, o contribuinte poderá apresentar:

- I - primeira via do comprovante da operação, emitido pelo equipamento Transferência Eletrônica de Fundos - TEF ou pelo equipamento Point of Sale - POS;
- II - extrato de vendas emitido pelo equipamento TEF ou POS
- III - extrato de vendas emitido pela empresa Administradora de Cartão de Crédito ou Cartão de Débito, ou Similar.

Considerando que o contribuinte não trouxe aos autos notas fiscais interestaduais vinculadas aos respectivos comprovantes dos pagamentos recebidos na modalidade cartão de crédito/débito, decido manter como parâmetro para identificar as base de cálculo das vendas omitidas do fisco apenas os valores de saídas internas declaradas na DIEF.

Ressalto que a diferença apurada pelo fisco como “omissão de vendas” seria maior se considerarmos que nem todas as vendas internas foram pagas por meio de cartão de crédito que há vendas com pagamentos em “espécie” ou “cheque” dentro dos valores de saídas declarados na DIEF.

Sobre o suposto erro procedimental da fiscalização que teria considerado a totalidade das saídas internas e interestaduais, analisei os documentos anexados pela defesa e constatei que tal afirmação é inverídica pelas seguintes razões:

- O Auto de Infração n ° 2011.13797 (Doc 01) não está com as planilhas que originaram os valores autuados, sendo impossível afirmar que a mera menção dos CFOP's na Informação complementar implique na inclusão de todas as saídas na apuração da base de cálculo;
- O Auto de Infração n ° 2011.14145 e n ° 2011.14151 (Doc 2) que autuou a omissão de receitas e diferença de base de calculo relativas ao exercício de 2009 mediante o confronto entre as informações obtidas das administradoras de cartão com a DASN, diferenciando-se do presente lançamento porque nele foram consideradas receitas e despesas e, também, não foram anexadas todas as planilhas que originaram os valores ali consignados;
- Auto de Infração n ° 2011.13347 (Doc 3) trata da omissão de vendas relativas ao exercício de 2010, resultante do confronto das informações obtidas das administradoras de cartão com a DASN e, consta no item 2 da Informação Complementar que para efeito de comparação com as vendas por cartões de crédito utilizou apenas as operações internas com CFOP 5102, fato comprovado matematicamente no demonstrativo fiscal (fl. 46) apesar de citar outros CFOP. O fiscal informa ter solicitado que a empresa comprovasse as operações de venda nos demais CFOPs 6.102, 6.108 através dos comprovantes de POS, mas, que sem tal comprovação considerou apenas as saídas registradas com CFOP 5102.

Portanto, não houve a inclusão de operações interestaduais em nenhum dos levantamentos fiscais citados pela defesa, tendo sido realizado apenas o confronto entre os valores de saídas internas declaradas ao fisco e os pagamentos efetuados por meio de cartões de crédito e débitos.

A legislação prevê que o levantamento fiscal poderá ser realizado de várias formas, dentre as quais o confronto entre os valores das operações declaradas pelo contribuinte e os pagamentos efetuados por meio de cartões de crédito e débitos, informados pelas administradoras dos respectivos cartões, cujo procedimento de fiscalização está previsto na Norma de Execução n° 03/2011

Art. 1° Estabelecer os procedimentos a serem observados pelos agentes fiscais para a constituição do crédito tributário, decorrente da constatação de diferença entre os valores das operações de vendas de mercadorias e prestações de serviços sujeitos ao ICMS declarados por contribuintes do imposto em confronto com os valores informados pelas empresas Administradoras de Cartões de Crédito ou de Cartões de Débito, ou Similares, relativos às transações comerciais utilizando-se esta modalidade de pagamento.

§ 1° Para os efeitos desta Norma de Execução, os valores das operações de vendas de mercadorias ou prestações de serviços declarados por contribuintes do imposto, a que se refere o caput deste artigo, compreendem os arquivos eletrônicos a seguir elencados, transmitidos e incorporados aos seus respectivos bancos de dados:

I - Declaração de Informações Econômico-Fiscais (DIEF)

II - Escrituração Fiscal Digital (EFD);

III - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional (PGDAS

IV - Declaração Anual do Simples Nacional (DASN).

É competência do fisco averiguar a veracidade das informações prestadas pelo contribuinte nos documentos fiscais de controle como DIEF, EFD, PGDAS, DASN (§ 1° do art. 1° Norma de Execução n° 03/2011), pois, o tributo a ser recolhido depende dos valores das operações informadas nos referidos documentos fiscais.

Quando o contribuinte declara nos documentos fiscais de controle do fisco como DIEF, EFD, PGDAS, DASN (§ 1° do art. 1° Norma de Execução n° 03/2011), saídas em valores inferiores aos pagamentos das vendas realizadas por meio de cartão de crédito e débito, implica que omitiu vendas as quais havia obrigatoriedade de emissão da nota fiscal, fato que infringe a norma tributária nos art. 169, I e 174, I do Decreto n° 24.569/97:

Art. 169. Os estabelecimentos, excetuados os de produtores agropecuários, emitirão Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, Anexos VII e VIII:

I - sempre que promoverem a saída ou entrada de mercadoria ou bem;

Art. 174. A nota fiscal será emitida

I - antes de iniciada a saída da mercadoria ou bem

A norma tributária determina que a diferença apurada mediante o confronto entre a Declaração de Informações Econômico-Fiscais (DIEF) e os pagamentos efetuados por meio de Cartões de Crédito/ Débito deve ser objeto de lançamento de ofício por meio da lavratura de Auto de Infração, com a cobrança de imposto calculado com a alíquota interna no caso dos contribuintes do ICMS enquadrados no "Regime de Recolhimento Normal"

Art. 5° Apurada a diferença na forma da alínea "b" do inciso II, § 5° do art. 1° desta Norma de Execução, sobre a base de cálculo tributável deverá ser aplicado o percentual equivalente:

I - a alíquota interna correspondente à respectiva operação de vendas ou prestação de serviços no caso dos contribuintes do ICMS enquadrados no Regime de Recolhimento Normal;

PROCESSO N° 1/130/2012
JULGAMENTO N° 3998/14

Considerando que a empresa possuía regime de recolhimento "normal", a época do fato gerador, concluo que a penalidade aplicável deverá ser aquela prevista no art. 123, III, b da Lei 12.670/96, alterada pela Lei 13.418/03.

Art. 123. As infrações à legislação do ICMS sujeitam o infrator às seguintes penalidades, sem prejuízo do pagamento do imposto, quando for o caso:

III — relativamente à documentação e à escrituração:

b) deixar de emitir documento fiscal: multa equivalente a 30% (trinta por cento) do valor da operação ou da prestação;

Informo que o sujeito passivo encontra-se "baixado de ofício" do Cadastro Geral da Fazenda desde de 17/05/2013, razão pela qual sugiro que a intimação seja direcionada, também, aos sócios da empresa.

DECISÃO

Em face ao exposto julgo **PROCEDENTE** o lançamento por ter o sujeito passivo omitido vendas de mercadorias, que foram identificadas mediante o confronto entre a Declaração de Informações Econômico-Fiscais (DIEF) e os pagamentos efetuados por meio de Cartões de Crédito/ Débito, em operações realizadas durante o exercício de 2008.

Deve o sujeito passivo ser intimado a recolher o ICMS e a MULTA, constante no demonstrativo abaixo, juntamente com os demais acréscimos legais, no prazo de 30 (trinta) dias ou interpor recurso ao Conselho de Recursos Tributários, em igual período.

DEMONSTRATIVO:

BASE DE CÁLCULO: R\$ 111.826,45 (cento e onze mil, oitocentos e vinte e seis reais e quarenta e cinco centavos)

ICMS: R\$ 19.010,49 (dezenove mil e dez reais e quarenta e nove centavos)

MULTA: R\$ 33.547,93 (trinta e três mil, quinhentos e quarenta e sete reais e noventa e três centavos)

Célula de Julgamento de 1ª Instância, Fortaleza, 23 de dezembro de 2014.

Dalcília Bruno Soares – Mat. 103585-1-5

JULGADORA ADMINISTRATIVO- TRIBUTÁRIA