

A. I. Nº - 108970.0045/06-3
AUTUADO - LITORAL COMERCIAL DE PRODUTOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA DA CONCEIÇÃO ALVES
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 10/01/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0381-05/06

EMENTA: ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR AS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Rejeitadas as argüições de nulidade apresentadas. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O auto de infração, lavrado em 29/9/2006, cobra ICMS no valor de R\$31.000,87, acrescido da multa de 70%, pela 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 àquele fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (janeiro a julho de 2006).

O autuado apresentou defesa (fls. 67/74) relatando, inicialmente, o fulcro da autuação, ou seja, a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de levantamento por meio de informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito, equiparadas à instituições financeiras conforme determinações do art. 1º, § 1º, da Lei Complementar 105/01.

Por primeiro disse que a fundamentação legal que embasou o lançamento (art. 2º, art. 3º, VI, art. 50, I, art. 124, I e art. 218, todos do Decreto 6.284/97) era insuficiente e não aplicável ao caso concreto, cerceando o seu direito de defesa. Afirmou que, como a autuação deve conter todos os elementos necessários e indispensáveis ao exercício pleno da ampla defesa de forma clara - art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal, a questão se iniciava com a não específica indicação do art. 2º do RICMS/97 como fundamentação legal. Transcrevendo parte deste artigo, perguntou em que inciso, alínea e parágrafo havia sido enquadrado. Com este argumento, entendeu ser nula a autuação com base no art. 18, II e IV, do RPAF/99, pois houve afronta aos princípios da segurança jurídica e da moralidade, bem como, cerceamento do seu direito de defesa. Fez comentários sobre os princípios da segurança jurídica e da moralidade, transcrevendo ensinamentos dos tributaristas Cleide Previtali Cais e Antonio Bandeira de Melo, e art. 37, da Constituição Federal.

Afora a citação errônea do art. 2º, do RICMS/97, ainda houve a citação do seu art. 3º que trata de matéria alheia à acusação, pois se refere à ocorrência do fato gerador sobre prestação dos serviços de transportes. Transcrevendo o referido artigo, afirmou que não presta tais serviços. Assim, não sabia qual a intenção da fiscalização ao indicá-lo e poder se defender.

Como segundo argumento á nulidade do lançamento fiscal, entendeu que houve quebra do sigilo de informações, situação não prevista em regulamento. Observou que o sigilo de informações e dados “encontra-se insculpido na combinação dos incisos X e XII, ambos da Magna Carta de 1988”, embora tenha conhecimento que ele não é absoluto. Necessária, porém, legislação pertinente, para esta quebra diante do princípio da vinculação, o que, no seu entendimento, não existia. Portanto, a utilização dos dados constantes nas TEF não poderia ser considerada elemento legal de prova, uma vez que sem autorização judicial e/ou legal. Afirmou, neste seu raciocínio, de que, mesmo na suposição do Auto de Infração ser corrigido para se embasar na Lei Complementar 105/2001, tal indicação carecia de respaldo legal, já que ela não é auto aplicável, devendo ser, como o fez o Executivo Federal, regulamentada, fato inexistente na legislação deste Estado. Analisando a citada lei complementar, ressaltou que por ela (art. 1º, VI) as instituições financeiras (e nelas enquadradas as operações de cartão de crédito – inciso V) manterão o sigilo das suas operações ativas ou passivas, somente havendo sua quebra com o consentimento expresso dos interessados, situação nunca autorizada pela empresa autuada.

E, para complementar seu entendimento sobre a matéria, afirmou que como a LC 105 foi editada para o fisco federal, o estadual somente poderia utilizar dos seus ditames nos casos de processo administrativo cujos exames de dados fossem considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente (art. 6º).

Por tudo exposto, pugnou pela nulidade da ação fiscal.

A autuante, em sua informação (fl. 77/78), após descrever os argumentos de defesa e a infração ao autuado imputada, ressaltou que as administradoras de cartão de crédito devem enviar ás Secretarias de Fazenda dos Estados os valores das vendas efetuadas com cartões de crédito/débito (art. 2º § 3º, VI, do RICMS/BA), conforme demonstrado ás fls. 27/61 dos autos.

Na planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito (fl. 8), lançou as informações das administradoras com aquelas informadas nas DMA (fls. 11/18) e no livro Registro de Saídas (fls. 19/26 do processo), detectando a diferença encontrada.

Quanto ás razões de defesa, afirmou que o Auto de Infração contém todos os elementos para se determinar a infração (fl. 1), conforme Planilhas, Declarações e Relatórios comprobatórios, anexados ao processo, que foram entregues ao contribuinte. Portanto, não houve qualquer cerceamento de defesa.

Em relação á discussão do art. 2º, do RICMS/97, entendeu insensato o argumento apresentado. E o seu art. 3º em momento algum foi citado no Auto de Infração. Acreditava que o impugnante havia confundido com o enquadramento no § 3º do art. 2º, do RICMS, que foi citado como base legal.

E como as administradoras de cartão de crédito são obrigadas, legalmente, a informar ao fisco todas as vendas efetuadas com cartão de crédito, não houve qualquer quebra de sigilo de informações.

Ratificou o procedimento fiscal.

VOTO

O defendente baseou sua impugnação, em sua totalidade, em razões de nulidade do lançamento do crédito tributário. Afirmou que os atos e procedimentos administrativos fiscais devem se ater ao princípio da segurança jurídica, da moralidade, da vinculação legal e da garantia da ampla defesa, o que concordou plenamente. Porém no presente caso não percebo, após analisar as peças processuais, qualquer desobediência a todos estes princípios, como adiante coloco.

O defendente alegou que os dispositivos legais indicados como infringidos não refletiram a

realidade dos fatos.

Ressalto, preliminarmente, que dentre as hipóteses de nulidade expressamente elencadas no art. 18 do RPAF/99 nenhuma dar lastro legal para se decretar nulidade de um lançamento pelo motivo argüido. Inclusive o art. 19 é claro e expresso em determinar que *a indicação de dispositivo equívale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal*. O impugnante entendeu claramente a infração a ele imputada, inclusive defendendo-se expressamente da acusação. Portanto não houve qualquer cerceamento do seu direito de defesa.

Afora que os dispositivos legais estão corretos. Os analisando, em qualquer momento houve a indicação do art. 3º, do RICMS/97. Este fato está perfeitamente claro no corpo do Auto de Infração. Ele somente foi aventado pela defesa, que tomou um simples erro de grafia (& ao invés de §) para assim se posicionar.

Quanto ao art. 2º, do RICMS/97, não está genérico, conforme afirmou a defesa. O indicado foi o art. 2º, § 3º, inciso VI, do RICMS/97. Inclusive, o impugnante ao transcrevê-lo em sua manifestação para demonstrar que não poderia saber qual a infração a ele imputada, somente o transcreveu até o § 2º, omitindo os seus §§ 3º a 9º, sendo que o § 3º é aquele que caracteriza a infração em combate.

Também foi requerida a nulidade da ação fiscal pela quebra do sigilo das operações de instituições financeiras, conforme determinações da Lei Complementar nº 105/2001. Em linha geral, afirmou: primeiro que o Estado não poderia, sem a sua autorização, não permitida, utilizar as informações das administradoras de cartão de crédito e/ou débito e, por segundo, para que tais informações fossem aceitas como prova legal, deveria ser regulamentada pelo Poder Executivo Estadual.

Ressalto inicialmente que este foro administrativo não é competente para discutir constitucionalidade, ou não, da legislação tributária estadual, conforme determinações do art. 167, do RPAF/99.

No mais, a autuação tem por base a lei estadual nº 7.014/96, precisamente, o seu art. 4, § 4º, que foi regulamentado através do art. 2, § 3º, VI, do Decreto nº 6.284/97.

E, quanto a sua não autorização para que as administradoras possam fornecer as informações solicitadas pelo fisco estadual, informo que desde 19/1/2006 esta autorização não é mais necessária, estando regulamentada, conforme art. 824-W do RICMS/97 (Dec. nº 6.284/97) que estabelece:

Art. 824-W. 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 ICMS através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

§ 1º Ato específico do Secretário da Fazenda disporá sobre prazo e forma de apresentação das informações.

§ 2º São competentes para solicitar a qualquer momento a entrega de relatório específico, impresso em papel timbrado da administradora, relativo à totalidade ou parte das informações apresentadas, o titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF) e das diretorias de administração tributária.

Desta forma, também não houve afronta aos princípios da segurança jurídica e da moralidade administrativa, assim como, desvinculação da legislação pertinente.

No mais, a acusação do presente Auto de Infração trata da presunção de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, decorrente de declaração de vendas pelo

contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que ele prove a improcedência da presunção, conforme autoriza o art. 4, § 4º, da Lei nº 7.014/96. Esta presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída das mercadorias, que, no caso, se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse recurso para realizar aquisições não registradas. A legislação tributária presume que o contribuinte excluiu da tributação receitas de vendas anteriores de mercadorias tributáveis, pois, em princípio, ninguém exclui da tributação o que não é tributável. Por ser uma presunção *jurus tantum*, é ela uma das poucas situações que a lei inverte o ônus da prova, ou seja, cabe ao sujeito passivo provar que não houve a ocorrência dos fatos elencados pela lei.

Para a apuração do imposto o autuante confrontou os valores fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito e instituições financeiras com aqueles apresentados nas DMA e no livro Registro de Saídas da empresa autuado, conforme comprovado ás fls. 11/26 dos autos. Cobrou o ICMS sobre a diferença encontrada. Não houve discussão quanto ao mérito da exigência fiscal.

Por tudo exposto e não sendo trazidas provas materiais para a desconstituição do tributo ora em discussão, voto pela procedência do Auto de Infração no valor de R\$31.000,87.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **108970.0045/06-3**, lavrado contra **LITORAL COMERCIAL DE PRODUTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$31.000,87**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS- PRESIDENTE/RELATORA

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR