

A. I. N.º - 206935.0015/06-4
AUTUADO - SL- COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - UBALDO REIS RIBEIRO
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 28/08/2007

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0270-03/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NA TEF. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 12/09/2006 reclama ICMS relativo à omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao montante fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no exercício de 2006, no valor de R\$5.766,69, com multa aplicada de 70%.

Inconformado, o autuado apresenta impugnação tempestiva às fls. 21/29, do presente processo administrativo fiscal, discorrendo inicialmente sobre a infração imputada. Pede a nulidade da autuação, tendo em vista que o autuante não especificou a infração cometida, lançando mão da conjunção alternativa “ou”, para confundir o deficiente e dificultar a defesa, uma vez que a acusação restou dúbia e confusa. Assevera que o autuante não deixou claro se o impugnante omitiu saídas de mercadorias por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao montante informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Entende que o Auto de Infração como ato administrativo regrado e vinculado depende de requisitos e condições sem os quais perde sua validade administrativa e eficácia jurídica, e que no caso em apreço falta clareza, e a incerteza da acusação que fulminam de nulidade o suposto ilícito fiscal. Diz que a acusação tem que ser certa e determinada, ferindo princípios da ampla defesa e contraditório insculpidos no artigo 5º, LV da Constituição Federal, transcrevendo o aludido dispositivo legal. Reproduz ensinamentos de Samuel Monteiro sobre a lavratura do Auto de Infração. Sustenta que no direito tributário pátrio em caso de dúvida deve ser beneficiado o contribuinte, nos termos do artigo 112, I a IV do CTN, que transcreve. Cita o tributarista Hugo de Brito Machado para fortalecer suas alegações defensivas. No mérito, diz que a duvidosa acusação parece ter como sustentáculo a quebra do sigilo bancário do autuado sem a sua autorização ou autorização judicial, o que figura como prova ilícita, ferindo o artigo 5º, X, da Carta Magna. Entende que a movimentação financeira nas administradoras de cartão de crédito não pode servir de fato gerador para incidência de ICMS, uma vez que não se trata de circulação de mercadorias, mas de mera movimentação de recursos em conta –corrente. Salienta que era imprescindível que o autuante carreasse aos autos a prova de que a suposta movimentação financeira por ele apontada representasse circulação econômica ou jurídica de mercadorias, e que assim não ocorrendo, estaria vedada a lavratura do Auto de Infração baseado em meras suposições, e que se admite, por tolerância que figurasse como ponto

de partida para uma auditoria nos livros fiscais e contábeis do autuado. Finaliza, requerendo a improcedência da autuação por falta de provas.

O autuante, por sua vez, produz informação fiscal às folhas 32/33, dizendo inicialmente que a lavratura do Auto de Infração é feito por Sistema Informatizado de Emissão, que possui códigos para cada infração, com seus respectivos textos-padrão, criados e aprovados pela SEFAZ. Entende que o texto que descreve a infração não enseja qualquer dúvida, e o seu sentido se refere a operação feita a crédito ou a débito, através de cartão de crédito, sendo que a sua natureza pode ser tanto uma como a outra, albergadas na mesma definição legal. Cita os artigos 18 e 19 do RPAF, para argüir que as eventuais incorreções ou omissões podem ser corrigidas de ofício e que não acarretam nulidade da autuação. No mérito, assevera que a questão da quebra do sigilo financeiro do autuado, não é matéria fiscal, sendo da competência da PGE/PROFIS. Todavia, alega que existe previsão legal para aplicação do procedimento fiscal, sendo o lançamento tributário efetuado seguindo procedimentos padrões de fiscalização previsto no RICMS-BA, através da “Operação Cartão de Crédito”, cuja base legal está prevista no artigo 2º, § 3º, VI e artigo 238, § 7º, todos do citado diploma legal os quais transcreve. Diz que todas as vendas do estabelecimento usuário de ECF, devem passar e serem registradas neste equipamento, salvo exceções previstas no RICMS-BA, e que se valendo dos dados emitidos nas leituras “Z”, foram levantadas as vendas comparando-as com as informações TEF- Transmissão Eletrônica Financeira (fls. 07, 11 a 16), prestadas pelas administradora, resultando no débito tributário exigido neste Auto de Infração. Salienta que o procedimento fiscal é muito claro, e que os valores registrados e colhidos através da referida leitura “Z”, que estiverem inferiores às informações fornecidas pelas administradoras e operadoras de cartões de crédito, devem ser autuadas na forma da legislação, pela presunção de omissão de vendas. Entende que o autuado deveria ter se adequado à legislação uma vez que não poderia criar mecanismos e procedimentos próprios, contrariando a forma prevista na norma tributária. Quanto à base de cálculo aplicada, diz que não procedem as alegações defensivas, tendo em vista que concedeu o crédito fiscal de 8%, reduzindo o débito do período, calculado sobre as saídas omitidas e que o autuado perdeu o tratamento do regime do SIMBAHIA em razão do disposto nos artigos 408-S, § 1º, combinado com o artigo 408-L, V e 408-P todos do RICMS-BA.

A 5ª JJF, decidiu converter o presente processo em diligência à Infaz de origem para que fossem entregues ao autuado mediante recibo, os Relatórios de Informações TEF, do período fiscalizado ou através de meio magnético devidamente autenticado pela SEFAZ, constando a discriminação diária individualizada de todas as suas operações, reabrindo-se o prazo de defesa em 30 dias (fl. 36).

A Inspetoria Fazendária de Jequié, atendeu a diligência requerida, conforme folhas 37/38 dos autos.

A 5ª JJF, decidiu converter novamente o presente processo em diligência à Infaz de origem, tendo em vista que não foi corretamente cumprida, em razão de não terem sido entregues ao autuado as cópias dos Relatórios TEF- Diários (operação por operação), solicitando que fosse fornecido ao defensor tal relatório contendo a discriminação diária individualizada de todas as suas operações, reabrindo-se o prazo de defesa em 30 dias e havendo manifestação do autuado, fosse cientificado o autuante para nova informação fiscal (fl. 45).

O autuante cumpriu a diligência requerida acostando ao presente PAF, os referidos relatórios (fls. 47/75), sendo reaberto o prazo de defesa em 30 dias.

O autuado, irresignado, se manifestou às folhas 77/78, dizendo que apesar de ter sido entregue pelo autuante o Relatório Diário de Operações TEF em 27 laudas na tentativa de dar consistência a sua ação fiscal, deveria ter sido colacionado ao PAF juntamente com a lavratura do Auto de Infração, e por isso, fulminou de nulidade absoluta a peça acusatória, ora guerreada. Entende que houve cerceamento do direito de defesa e requer a nulidade da autuação.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, pois presentes todos os pressupostos de validação do processo. O Auto de Infração foi lavrado com a observância das exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18. No que concerne ao cerceamento do direito de defesa argüido pelo autuado, não procede, uma vez que foi concedido todos os prazos previstos no RPAF-BA, para que o contribuinte exercitasse o seu direito à ampla e defesa e ao contraditório. No que tange à falta de clareza da descrição da infração imputada, também não acato, haja vista que o lançamento de ofício trata de presunção legal por diferença entre o valor das vendas declaradas pelo contribuinte e as informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, sendo que as aludidas informações podem se referir tanto a operações com cartões de crédito quanto de débito, não apresentando qualquer dificuldade para o perfeito entendimento sobre o ilícito tributário cometido. Por isso, foi indicada na imputação fiscal que se trata de operação de cartão de crédito ou de débito. Ademais, foram entregues ao autuado os Relatórios Diários de Operações- TEF, discriminando toda a sua movimentação com cartões de crédito e de débito, junto às instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, sendo reaberto o prazo para oferecimento da defesa em 30 dias, de forma a possibilitar o cotejamento dos boletos emitidos com os cupons fiscais extraídos do ECF (Emissor Cupom Fiscal).

No mérito, o Auto de Infração em lide reclama ICMS relativo à omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao montante fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no exercício de 2006.

Não acato as alegações defensivas de que houve quebra de sigilo bancário do autuado, sendo ilícita a prova carreada aos autos, e que a movimentação financeira nas administradoras de cartão de crédito não podem servir de fato gerador para incidência de ICMS, uma vez que não se trata de circulação de mercadorias, mas de mera movimentação de recursos em conta –corrente. Ressalto que as informações das operações por meio de cartão de crédito e débito de qualquer contribuinte são fornecidas regularmente ao Fisco pelas instituições financeiras ou administradoras sem a necessidade da via judicial para que a Fazenda Pública obtenha tais relatórios. Quanto à inocorrência do fato gerador, é importante esclarecer que se trata de presunção legal prevista no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96, e neste caso cabe ao contribuinte provar a improcedência da autuação.

Art. 4º

(...)

§ 4º 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.

A presunção legal exigida no Auto de Infração, é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário. No caso em apreço, caberia ao impugnante exibir as provas do não cometimento da infração imputada no lançamento de ofício.

Com efeito, havendo contencioso tributário, não poderá ser negado ao contribuinte o direito pleno de defesa, podendo o mesmo se utilizar todos os meios de prova admitidos em lei, aliás,

nesta caso de presunção legal, inverte-se o ônus da prova, passando exclusivamente ao contribuinte a responsabilidade da apresentação dos elementos de provas que demonstrem se existem ou não as inverdades apuradas através de procedimento administrativo tributário. As alegações defensivas não são suficientes para elidir a exigência fiscal imputada no presente Auto de Infração e não cabe a este órgão julgador buscar as provas cuja obrigação de apresentação pertence ao autuado, nos termos do artigo 123 do RPAF-BA.

Observo que o autuante elaborou demonstrativo à folha 10, concedendo o crédito presumido de 8%, a que faz jus as empresas inscritas no regime simplificado de apuração do ICMS (SIMBAHIA), na condição de EPP, nos termos do artigo 408-S, § 1º do RICMS-BA.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206935.0015/06-4, lavrado contra **SL-COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.766,69**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de agosto de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

OAMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA