

A. I. Nº - 206935.0010/06-2
AUTUADO - TAVARUA COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA.
AUTUANTE - UBALDO REIS RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 18/12/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0417-03/07

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS 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. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 12/09/2006, refere-se à exigência de R\$4.395,24 de ICMS, acrescido da multa de 70%, por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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, no período de janeiro a junho de 2006.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 25 a 33), suscitando preliminar de nulidade, sob a alegação de que o autuante não especificou a infração apurada, “lançando mão da conjunção alternativa ou para confundir o defendente”. Fala sobre o Auto de Infração como ato administrativo, e diz que a acusação tinha que ser certa e determinada, em conforme art. 5º, LV da Constituição Federal, e se assim não foi feito, dificultou a defesa, sendo a acusação indecisa e inexata, não conferindo ao contribuinte os meios e recursos necessários para se defender. Cita ensinamentos de Samuel Monteiro e Hugo de Brito Machado e transcreve o art. 112 do CTN; comenta sobre os pressupostos do Auto de Infração, e apresenta o entendimento de que a autuação fiscal deve ser declarada nula porque não aponta com clareza e certeza a infração cometida. No mérito, o defendente diz que a acusação tem como lastro a quebra de sigilo bancário da empresa sem autorização judicial, o que configura prova ilícita. Entende que a movimentação financeira nas administradoras de cartão de crédito não pode servir de fato gerador da incidência do ICMS, e por isso, diz que o lançamento com base em movimentação financeira das administradoras carece de prova efetiva da circulação de mercadorias, que não foi carreada aos autos, tornando a acusação fiscal totalmente nula. Diz que, se o autuante não carreou aos autos a prova da circulação econômica ou jurídica das mercadorias, não tinha como lavrar o Auto de Infração em meras suposições. Finaliza, pedindo a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 35/36 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que em relação à preliminar de nulidade, o § 1º, do art. 18 e o art. 19, do RPAF-BA, que transcreveu, descartam qualquer possibilidade de nulidade do Auto de Infração. Quanto ao mérito, diz que a questão suscitada pelo defendente referente à quebra de sigilo financeiro da empresa, não se trata de matéria fiscal, e essa discussão é da competência da PGE/PROFI, salientando que existe previsão legal para aplicação dos procedimentos fiscais, conforme

estabelece o art. 2º, § 3º, do RICMS-BA. Reproduz o art. 238 e seu § 7º, citando também, os arts. 408-S, § 1º; 408-L, inciso V e 408-P do mencionado Regulamento.

Conforme Acórdão JJF Nº 0403-03/06 (fls. 38/40), esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente o Auto de Infração, sendo apresentado pelo contribuinte, Recurso Voluntário de fls. 48/49 dos autos.

A PROFIS exarou Parecer às fls. 54/55, concluindo que restou solidificada a presunção autorizada em lei e válida a ação fiscal; os argumentos recursais trazidos pelo recorrente são insuficientes para reformar a decisão recorrida.

A 1ª Câmara de Julgamento fiscal decidiu pela nulidade da decisão recorrida (Acórdão CJF Nº 0186-11/07, fls. 58/61), por entender que o não fornecimento ao contribuinte do relatório diário analítico das informações TEF, consistiu em cerceamento ao direito de defesa. Foi determinado o retorno dos autos à primeira instância para que sejam fornecidos ao contribuinte os mencionados relatórios, reabrindo o prazo de defesa.

À fl. 71, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para o autuante anexar o citado Relatório Diário por Operação TEF. Em seguida, a Inspetoria Fiscal intimar o autuado e lhe fornecer cópia desse relatório, reabrindo o prazo de defesa, de TRINTA DIAS.

A diligência solicitada foi cumprida conforme o Relatório Diário Operações TEF acostado ao presente PAF, fls. 76 a 86, e de acordo com a intimação de fl. 89 e respectivo Aviso de Recebimento à fl. 90, o mencionado relatório foi entregue ao defendente, e reaberto o prazo de defesa.

O defendente apresentou manifestação à fl. 92, aduzindo que o relatório foi apresentado fora do prazo legal; entende que o mesmo deveria fazer parte do Auto de Infração no momento de sua lavratura, o que não ocorreu, e por isso, a peça acusatória é totalmente nula. Requer a este Conselho que dê provimento ao recurso apresentado, julgando nulo o presente Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, o autuado suscita preliminar de nulidade, sob a alegação de que o autuante não especificou a infração apurada, “lançando mão da conjunção alternativa ou para confundir o defendente”. Entretanto, não é acatada a alegação defensiva, tendo em vista que a autuação é decorrente da apuração efetuada pela fiscalização em relação às operações com cartão de crédito ou de débito, e os valores correspondentes a essas operações estão nos Relatórios de Informações TEF acostados aos autos, fls. 10 a 16 e 76 a 86.

A alegação do autuado de que há falta de clareza e certeza no lançamento não é acatada, haja vista que a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, ficando evidente o enquadramento legal e a irregularidade apurada, tendo sido elaborado o demonstrativo correspondente aos valores exigidos na autuação fiscal.

O autuado também alega que as provas não foram carreadas aos autos, e que não há prova da circulação econômica e jurídica das mercadorias. Quanto a estas alegações, constato que foram acostados ao presente processo o Relatório de Informações TEF – Mensal e o Relatório Diário Operações TEF, sendo fornecidas ao defendente as respectivas cópias, salientando-se que a exigência fiscal foi efetuada por presunção legal, o que admite prova em contrário. No caso em exame, caberia ao impugnante exibir as provas do não cometimento da infração imputada.

O defendente, em sua manifestação após a reabertura do prazo de defesa, quanto ao Relatório Diário Operações TEF acostado aos autos por determinação deste órgão julgador, apresenta o entendimento de que o mencionado relatório foi apresentado fora do prazo legal; que o mesmo deveria fazer parte do Auto de Infração no momento de sua lavratura, o que não ocorreu, e por isso, entende que a peça acusatória é totalmente nula. Entretanto, não é acatada a alegação

defensiva, tendo em vista que foi corrigida uma omissão, com base no previsto no § 1º do art. 18 do RPAF/99, tendo sido reaberto o prazo de defesa, e fornecido ao contribuinte, no ato da intimação, cópia dos novos elementos acostados aos autos.

Portanto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade da autuação fiscal.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, por omissão de saída de mercadoria tributável apurada 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, nos meses de março a junho de 2006, conforme demonstrativo à fl. 09.

Em sua impugnação, o contribuinte alegou que a movimentação financeira nas administradoras de cartão de crédito não pode servir de fato gerador da incidência do ICMS, e por isso, diz que o lançamento com base em movimentação financeira das administradoras carece de prova efetiva da circulação das mercadorias.

Em relação a essa alegação, observo que foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito 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:

“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”.

Trata-se de exigência de importo por presunção legal, o que poderia ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

O autuado também alega que a acusação fiscal tem como lastro a quebra de sigilo bancário da empresa sem autorização judicial. Entretanto, não é acatada essa alegação, tendo em vista que as administradoras de cartão de débito ou de crédito devem cumprir a obrigação estabelecida na legislação, de informar ao Fisco estadual os valores referentes às operações ou prestações efetuadas pelo contribuinte, conforme art. 824-W do RICMS-BA.

Saliento que foram fornecidos ao sujeito passivo os Relatórios TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito, e o defendente deveria ter anexado à sua impugnação, além das fotocópias dos documentos fiscais por ele emitidos, a cópias dos correspondentes comprovantes de débito dos cartões com indicação das respectivas formas de pagamento, o que possibilitaria a análise quanto à exclusão do valor efetivamente comprovado.

Observo que, estando o autuado enquadrado no SIMBAHIA, na condição de microempresa, e sendo apurada operação realizada sem documentação fiscal, a legislação prevê a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração, ficando o contribuinte obrigado a recolher pelo regime normal em decorrência da prática da infração definida na legislação como de natureza grave. Neste caso, tendo sido apurado que houve omissão de saídas, mediante levantamento fiscal, a exigibilidade do imposto foi efetuada aplicando a alíquota normal, de 17%, e considerado o crédito de 8% sobre o valor das saídas apuradas, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme previsto no § 1º do art. 19, da Lei 7.753/98, em vigor à época dos fatos geradores e da autuação. Portanto, os cálculos efetuados pelo autuante, não contestados pelo defendente, estão de acordo com a legislação. Mantida a exigência fiscal.

Face ao 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 206935.0010/06-2, lavrado contra **TAVARUA COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **RS4.395,24**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR