

PROCESSO - A. I. Nº 281105.0013/07-3
RECORRENTE - CARMELITA SODRÉ DE ANDRADE (KI CAMARÃO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3^a JJF nº 0039-03/08
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 12/06/2008

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0142-12/08

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. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a referida Decisão proferida pela 3^a Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0039-03/08, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe.

O presente Auto de Infração foi lavrado em 27/09/2007 para exigir ICMS no valor de R\$25.995,21, 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Constou da descrição dos fatos que, apesar de o contribuinte ter apresentado diversos talonários de Notas Fiscais de Venda a Consumidor, não foi possível estabelecer vinculação entre diversas destas notas fiscais e o Relatório Diário de Operações TEF, fornecido pelas operadoras.

O autuado apresentou a sua peça defensiva (fls. 50 a 59), alegando que se encontrava no regime de apuração do ICMS em função da receita bruta, tratando-se de microempresa optante do SIMBAHIA, não cabendo desqualificação do regime de recolhimento do imposto na ação fiscal, tendo em vista que tal desenquadramento somente pode ser realizado pela autoridade competente, nos moldes previstos no RICMS/BA. Por isso, requereu a nulidade da autuação. Transcreveu o art. 2º, do RPAF/BA, para asseverar que o enunciado do mencionado artigo revela a intenção do legislador baiano em assegurar aos contribuintes um tratamento justo. Disse que tal enunciado remete aos princípios de direito, constantes na Constituição Federal, e, da mesma forma, o Código Tributário Nacional, a Lei Complementar elevam os princípios de direito de forma a trazê-los à aplicação prática, como forma de proteger o contribuinte. Aduziu que o administrador fiscal, como todos os administradores públicos, tem o seu campo de ação delimitado pela Lei, não possuindo qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir, nem tem qualquer interesse próprio ou particular no exercício de sua função legal. Reproduziu trecho da Revista dos Tribunais, e salientou que a atuação do órgão fiscal na cobrança de tributos é impulsionada pelo dever de ofício, tendo que apurar o tributo, de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, investigando-os sem qualquer interesse no resultado final. Argumentou que a função administrativa tributária deve ser exercida pela autoridade fiscal, que tem o dever de controlar e fiscalizar o correto pagamento do tributo devido, estando tal atividade sujeita ao princípio da reserva legal. O defendantte apresentou o entendimento de que o autuante não poderia, durante a ação fiscal, deixar de observar o regime de apuração do ICMS, e que não

observados os princípios da legalidade objetiva e da Verdade Material, como determina o art. 2º, do RPAF, bem como o art. 383-A do RICMS/97. Reafirmou o argumento de que o presente Auto de Infração é nulo e, neste sentido, citou decisões do CONSEF. Finalizou requerendo que este órgão julgador declarasse a total nulidade do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 72 dos autos, afirmou que o autuado, em nenhum momento, questionou os valores apurados no levantamento fiscal, tampouco apresentou elementos que justificassem uma reavaliação dos valores exigidos no presente Auto de Infração. Salientou que, na impugnação, o autuado limitou-se a questionar os aspectos acadêmicos acerca da inobservância de princípios da legalidade, e no entendimento do autuante as alegações defensivas são inconsistentes, ficando o julgamento a critério deste Conselho. Pediu o indeferimento do pleito do defendant, considerando a pertinência e a oportunidade da autuação, em face das irregularidades constatadas.

Através do Acórdão JJF nº 0039-03/08, decidiu a 3.^a Junta de Julgamento pela procedência do Auto de Infração, nos seguintes termos, *ad litteram verbis*:

"Inicialmente, 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 e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal. Assim, constato que 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/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento."

O autuado apresenta o entendimento de que não foram observados os princípios da legalidade e da verdade material, entretanto, de acordo com a descrição dos fatos, a exigência fiscal 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. Foram acostados ao presente processo o Relatório de Informações TEF – Mensal e o Relatório Diário Operações TEF, sendo fornecido ao defendant o arquivo eletrônico, conforme recibo à fl. 45, 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.

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 julho de 2006 a maio de 2007, conforme demonstrativos acostados aos autos (fls. 07 a 37).

Observo que, sendo apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 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.

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 defensor 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.

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, não houve desenquadramento, como entendeu o defensor, e os cálculos efetuados pelo autuante, não contestados pelo contribuinte, estão de acordo com a legislação. Mantida a exigência fiscal.

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

Inconformado com a Decisão recorrida, interpõe o autuado Recurso Voluntário, através do qual repisa integralmente os argumentos expendidos em sua peça defensiva. Acrescentou à aludida peça que:

- a) o termo de arrecadação de livros e documentos anexado ao seu Recurso Voluntário prova que foram apresentados os documentos solicitados, inexistindo qualquer operação sem documentação fiscal;
- b) a exigência fiscal pelo regime normal de quem se encontra enquadrado no SimBahia, configura sim, desenquadramento de regime de recolhimento do imposto, até porque só existe utilização de crédito de ICMS para quem se enquadra no regime normal;
- c) não poderia o autuante proceder a exclusão do regime do SimBahia sem que houvesse prévia comunicação ao contribuinte, sob pena de se estar infringindo o art. 23, da Lei nº 7357/98;
- d) não havendo exclusão de ofício do contribuinte, do regime simplificado de apuração, que é a condição para se poder exigir o ICMS pelo regime normal, não pode se proceder ao desenquadramento;
- e) nas DME's de 2006 e 2007 constam valores tributados superiores aos informados às administradoras de cartão de crédito, bem como os respectivos recolhimentos pelo regime simplificado;
- f) bastava observar nas DME's de 2006 e 2007 que não ocorreu falta de recolhimento do ICMS, posto que os valores que serviram de base de cálculo para a incidência do ICMS abrangem, além dos valores informados às Administradoras de cartão de crédito, os valores relativos às vendas à vista, através de notas fiscais, razão pela qual falta motivo e fere o princípio da verdade material fazer afirmação não condizente com a realidade dos fatos.

Prossegue aduzindo que o Auto de Infração padece de motivação, transcrevendo doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles, para asseverar que o Auto de Infração é nulo. Invoca o art. 3º, do CTN, para argumentar que não existe margem de liberdade de escolha para o agente que pratica o ato. Transcreve trecho do livro “Comentários ao Código Tributário

Nacional", da Editora Forense, para reafirmar que não havia motivo para a lavratura do Auto de Infração, notadamente em relação à infração que ora se contesta, tratando-a como prejudicial de validade e eficácia da peça básica do processo administrativo fiscal instaurado.

Ao final, requer a nulidade do presente Auto de Infração e, eventualmente superada a sua preliminar que, no mérito, seja o mesmo julgado improcedente.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, após tecer escorço histórico a respeito do presente PAF, emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, através do qual assevera, em sede preambular, que inexiste qualquer vício capaz de nulificar o lançamento, visto que o sujeito passivo exerceu amplamente o seu direito de defesa, conforme atestam as diversas manifestações nos autos, não tendo o mesmo apresentado qualquer prova documental capaz de elidir parcialmente a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

Afirma que o lançamento ora guerreado encontra-se revestido dos seus quatro elementos essenciais, quais sejam: temporal, espacial, material, pessoal e quantificador, não havendo porque se cogitar de insegurança e fragilidade no elemento material, haja vista que o motivo do lançamento está rigorosamente descrito, bem como o enquadramento legal. Acrescenta que está comprovada a omissão de saída de mercadoria tributável sem pagamento do imposto, ao teor do insculpido no § 4º, do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96.

No que tange ao argumento recursal de que haveria fragilidade do lançamento em face da irregularidade do processo de desenquadramento, ressalta que a mesma não merece guarida, visto que, nos termos da legislação tributária vigente, o contribuinte enquadrado na condição de SimBahia e uma vez flagrado realizando operações sem documento fiscal terá como uma das consequências, a imediata perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do imposto, vale dizer, o contribuinte estará automaticamente obrigado a proceder o recolhimento pelo regime normal. Prossegue aduzindo que a presunção tem natureza legal, estando expressamente prevista pela lei instituidora do ICMS no Estado da Bahia e natureza *juris tantum*, vale dizer, admitindo prova em contrário a cargo do sujeito passivo. Frisa que o procedimento fiscal encontra-se robustecido pelos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, os quais comprovam a existência de divergência entre as informações fornecidas pelo contribuinte e as apresentadas pelas administradoras de cartões de crédito, não tendo o contribuinte acostado aos autos qualquer prova que pudesse afastar a presunção verificada no processo, invocando, portanto, o art. 143, do RPAF.

Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão de Primeira Instância.

No que se refere à preliminar de nulidade do Auto de Infração, ressalto, inicialmente, que inexiste qualquer vício capaz de inquinar de nulidade a presente autuação, tendo sido possível ao sujeito passivo exercer, de forma ampla, o seu direito à defesa e ao contraditório, albergados em sede constitucional. Ademais, a descrição dos fatos atinentes ao lançamento ora analisado foi realizada de forma compreensível, tendo sido indicados todos os dispositivos infringidos e a multa aplicada concernente à irregularidade apurada, sem prejuízo da colação aos autos dos demonstrativos que deram azo à exigência fiscal. Por tal razão, encontra-se o PAF, no meu entendimento, revestido de todas as formalidades prescritas em lei, inexistindo, *in casu*, qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99.

De referência ao argumento recursal de que não foram observados os princípios da legalidade, da verdade material e da motivação, rasa em fundamentação válida se apresenta a tese sustentada, posto que, em face da descrição dos fatos, a exigência fiscal foi efetuada de forma compreensível e motivada, restando cristalino o enquadramento legal e a irregularidade apurada, tendo sido, inclusive, elaborado o respectivo demonstrativo concernente aos valores exigidos na autuação fiscal.

Impende reiterar, ademais, o entendimento da Decisão recorrida, no sentido de que “*Foram acostados ao presente processo o Relatório de Informações TEF – Mensal e o Relatório Diário Operações TEF, sendo fornecido ao defendant o arquivo eletrônico, conforme recibo à fl. 45, 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*”.

Rejeito, pelas razões supra-expandidas, as preliminares de nulidade, suscitadas pelo recorrente.

Ingressando na seara de análise do *meritum causae*, verifico que se trata de imposto exigido por presunção (art. 4º, § 4º), cabendo ao recorrente apresentar, nos fólios processuais, os documentos hábeis a comprovar que não cometeu a infração, à luz do art. 123 do RPAF/99.

Como corretamente, salientou o *a quo*, “*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 defendant 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*”.

No que tange ao argumento recursal de que haveria fragilidade do lançamento em razão da irregularidade do processo de desenquadramento, razão, mais uma vez, não assiste ao recorrente. Isso porque, nos termos da legislação tributária vigente, o contribuinte, enquadrado na condição de SimBahia, que praticar infração de natureza grave perde o tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração, ficando compelido a recolher pelo regime normal.

Outrossim, como mencionou, acertadamente, o *decisum* de primo grau, “*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*”.

Daí porque, ao contrário do que pugnou o recorrente, não ocorreu qualquer desenquadramento, estando os cálculos efetuados pelo autuante de acordo com a legislação vigente.

Destarte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 281105.0013/07-3, lavrado contra CARMELITA SODRÉ DE ANDRADE (KI CAMARÃO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$25.995,21, 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, 21 de maio de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMALHÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS