

PROCESSO - A. I. Nº 293575.1204/06-5
RECORRENTE - SUPERMERCADO CANOA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0001-01/08
ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 12/08/2008

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0223-12/08

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido. Infração não elidida. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão proferida pela referida 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0001-01/08, que decidiu pela procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O presente lançamento de ofício exige do autuado ICMS no valor de R\$66.710,40, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

1. falta de recolhimento do ICMS, constatada pela 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, nos meses de janeiro a abril, junho e julho de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$27.455,83, acrescido da multa de 70%;
2. deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de janeiro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$39.176,43, acrescido da multa de 50%;
3. recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de abril de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$78,14, acrescido da multa de 60%.

Em sua peça defensiva, o autuado argüiu, preliminarmente, a nulidade da autuação relativa à infração 1, por não ter o autuante especificado a irregularidade cometida ao fazer uso da conjunção alternativa “ou”, prejudicando a sua defesa por ser a acusação dúbia e confusa, ferindo o artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Invocou a lição de Samuel Monteiro, transcrevendo texto sobre os pressupostos do Auto de Infração, para reforçar o seu entendimento. Acrescentou que a dúvida deve beneficiar o contribuinte, a teor do artigo 112, I e IV, do CTN, citando ensinamento de Hugo de Brito Machado sobre a matéria.

Prosseguindo, afirmou que, no mérito, a apreciação fica prejudicada pela nulidade argüida em sede preliminar, não tendo o autuante melhor sorte. Sustentou que a acusação fiscal parece ter como lastro a quebra de sigilo bancário do autuado sem a sua autorização ou autorização judicial, o que caracteriza prova ilícita. Disse que a peça acusatória conflita com o artigo 5º, X, da Constituição Federal, e outros dispositivos constitucionais, além de leis ordinárias, CTN e legislação esparsa, que serão invocados junto ao judiciário, caso seja necessário. Asseverou que

a movimentação financeira nas administradoras de cartão de crédito não pode servir de fato gerador para incidência do ICMS, por não se tratar de circulação de mercadorias, mas de mera movimentação de Recursos em conta-corrente, carecendo de prova da efetiva circulação de mercadorias, motivo pelo qual a peça acusatória é totalmente nula. Admitiu que, se a acusação tivesse como ponto de partida auditoria nos livros fiscais e contábeis, poderia ter um lastro probatório consistente, mesmo sendo ilícita. Registrou que o autuante não juntou aos autos os extratos analíticos diários com registros individuais dos valores de cada pagamento em cartão, para que pudesse fazer o cotejamento com os seus boletos, o que dificultou a defesa e fulminou de nulidade absoluta o Auto de Infração.

Atacando a infração 2, afirmou que a acusação não procede, o que motivou a não juntada pelo autuante da prova do alegado. Disse que, por amor ao debate, juntará a prova do adimplemento do crédito no transcorrer do PAF que se inicia.

Rechaçando a infração 3, sustentou que os recolhimentos foram efetuados integralmente, e que o autuante não carreou aos autos a prova do quanto alega, sendo improcedente a autuação.

Concluiu requerendo que o Auto de Infração fosse julgado improcedente.

Em sede de informação fiscal, o autuante, reportando-se às alegações defensivas relativas à infração 1, disse que anexou os relatórios das operações diárias do TEF que não foram anexados aos autos, sugerindo a reabertura do prazo de defesa para o autuado. Referindo-se às infrações 2 e 3, afirmou que o autuado não apresentou provas de suas alegações e que tais infrações estão inequivocamente provadas através de cópias do seu livro de Apuração do ICMS, acostadas às fls. 08 a 27.

Finalizou mantendo a autuação.

Consta à fl. 597, intimação ao contribuinte para ciência da informação fiscal e recebimento do arquivo magnético contendo Relatório Diário por Operações TEF, bem como reabertura do prazo de defesa de 30 dias, contudo, sem o ciente do autuado.

À fl. 599, consta aviso de recebimento AR, tendo como destinatário o ilustre advogado legalmente constituído pelo autuado, estando assinado pelo recebedor, bem como pelo carteiro responsável pela entrega. Ainda à fl. 599, encontra-se a confirmação de recebimento pelo autuado de cópia da informação fiscal e do arquivo magnético contendo relatórios diárias por operação -TEF com data de 15/08/07.

À fl. 600, encontra-se acostado despacho de encaminhamento da repartição fazendária, com data de 26/09/2007, contendo o registro de que não houve interesse do autuado em se manifestar acerca da informação fiscal prestada pelo autuante e do arquivo magnético entregue contendo os Relatórios TEF – Diários por operação.

Através do Acórdão JJF nº 0001-01/08, decidiu a 1ª Junta de Julgamento pela procedência do Auto de Infração, sob o entendimento de que:

“Inicialmente, no que diz respeito à nulidade argüida pelo autuado, por não ter o autuante especificado a irregularidade cometida ao fazer uso da conjunção alternativa “ou” prejudicando a sua defesa por ser a acusação dúbia e confusa, ferindo o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, certamente tal pretensão não pode prosperar, haja vista que a autuação indica que a irregularidade foi apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, sendo a referida conjunção “ou” apenas indicativa que o pagamento ocorreu através de cartão, podendo ser de débito ou de crédito, conforme relatórios fornecidos pelas administradoras de cartão. Rejeito, portanto, a nulidade argüida.

No que concerne à alegação de quebra de sigilo bancário do autuado sem a sua autorização ou autorização judicial, o que caracterizaria prova ilícita, incorre em equívoco o defendente, haja vista que as informações utilizadas pelo autuante foram prestadas pelas próprias

administradoras de cartão, consoante prevê o artigo 35-A, da Lei n. 7.014/96, abaixo transscrito:

“Art. 35-A. 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 imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

Parágrafo único. O regulamento disporá sobre prazo e forma de apresentação das informações.”

Quanto à alegação de que a movimentação financeira nas administradoras de cartão de crédito não pode servir de fato gerador para incidência do ICMS, por não se tratar de circulação de mercadorias, mas de mera movimentação de Recursos em conta-corrente, carecendo de prova da efetiva circulação de mercadorias, vale esclarecer que, o levantamento realizado pela autuante, comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, in verbis:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 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”.

Do exame das peças processuais, verifico que o autuante realizou o levantamento valendo-se dos dados emitidos pelo equipamento nas leituras ‘Z’ comparando-os com às informações TEF prestadas pelas administradoras de cartão de crédito ou débito, resultando no débito exigido no Auto de Infração.

Constato, ainda, que o autuante ao prestar a informação fiscal, acertadamente acata as alegações defensivas relativas à infração 01, anexando o Relatório Diário por operações - TEF que não tinha sido acostado aos autos e sugere a entrega ao autuado, com a reabertura do prazo de defesa, o que foi feito pela repartição fazendária, conforme comprovante acostado aos autos. Portanto, observou o autuante o direito do contribuinte de ampla defesa e do contraditório. Os valores consignados neste item da autuação não foram objeto de impugnação, estando correta a exigência fiscal. Assim, este item da autuação é totalmente subsistente.

Relativamente à infração 02, restou comprovado que o contribuinte no mês de janeiro de 2006 apurou ICMS a recolher no valor de R\$ 39.176,43, conforme cópia do livro de Registro de Apuração do ICMS às fls. 08/09, contudo, não efetuou o recolhimento devido, de acordo com os registros existentes no sistema de arrecadação da SEFAZ. Vale registrar que, apesar de o autuado afirmar na peça de defesa que oportunamente apresentaria o comprovante de recolhimento do débito exigido, mesmo com a reabertura do prazo de defesa não trouxe aos autos qualquer comprovação de sua alegação. Mantida a infração.

No respeitante à infração 03, o autuado no mês de abril de 2006 apurou ICMS a recolher no valor de R\$ 11.013,68, conforme cópia do livro Registro de Apuração do ICMS às fls. 17/18, porém, recolheu o valor de R\$ 10. 935,54, remanescendo o valor devido de R\$ 78,14, conforme registro existente no sistema de arrecadação da SEFAZ. Vale registrar que, apesar de o

autuado afirmar na peça de defesa que oportunamente apresentaria o comprovante de recolhimento do débito exigido, mesmo com a reabertura do prazo de defesa não trouxe aos autos qualquer comprovação de sua alegação. Mantida a infração.

Diante do exposto, a autuação é totalmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, insurgindo-se apenas quanto à infração 1, através do qual tece escorço histórico a respeito do presente PAF, destacando fundamento utilizado na Decisão recorrida para justificar a procedência da aludida infração. Afirma que “*a Junta deu efetividade ao princípio in dubio pro fisco, em flagrante contradição aos preceitos gravados no artigo 112, I a IV, do CTN (In dubio pro contribuinte)*”, cujo teor transcreve. Assevera que, “*sabendo-se que o fato gerador do ICMS era incerto e indeterminado, duvidoso, deveria prevalecer o entendimento de ausência de fato imponível e não o contrário*”, visto que, “*quem acusa tem que dizer de que acusa*”, transcrevendo Decisão do STJ no AgRg no AgRg no Resp 486014/RS, da lavra da Min. Denise Arruda, a respeito da matéria. Ao final, pede que o Recurso Voluntário seja provido para julgar improcedente o presente Auto de Infração.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emite Parecer conclusivo a respeito da matéria, através do qual assevera, inicialmente, que “*o Auto de Infração se encontra revestido de todos os elementos necessários e indispensáveis, bem como robustecido de descrição perfeita e clara dos fatos ocasionadores do ilícito tributário, assim como de indicação pormenorizada da legislação aplicada ao caso sub examine*”.

Afirma, quanto à infração 1, que ocorreu, de fato, omissão de saída de mercadoria tributável sem pagamento do imposto, ao teor do insculpido no artigo 2º, § 3º, VI, do Decreto nº 6.284/97, regulamentando o disposto no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96. Assevera que o procedimento fiscal levado a efeito encontra-se devidamente 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 cartão de crédito, sem prejuízo do fato de que o contribuinte não trouxe qualquer documento hábil para afastar a presunção acurada no presente processo. Prossegue, aduzindo que não se deve olvidar da disposição constante do artigo 143 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, no sentido de que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Assinala que não houve, na hipótese em apreço, qualquer deslustre ao insculpido no artigo 112, do Código Tributário Nacional, sobretudo pela ausência de qualquer dúvida acerca da omissão apurada, razão pela qual não há como prosperar a tese recursal no sentido de que a presunção foi irregularmente utilizada no caso vertente, bem como no que se refere à alegação de incerteza e determinação do fato gerador apurado através do levantamento fiscal levado à efeito. Ressalta que a jurisprudência colacionada pelo sujeito passivo em nada se aplica à situação posta em análise, uma vez que trata especificamente de incidência de ICMS sob encargos financeiros decorrentes nas operações com cartão de crédito.

Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão proferida em Primeira Instância.

Ab initio, impende-nos destacar que o Auto de Infração se encontra revestido de todos os elementos necessários e indispensáveis à sua constituição, bem como robustecido de descrição perfeita e clara dos fatos ocasionadores do ilícito tributário, assim como de indicação pormenorizada da legislação aplicada ao caso sub examine, razão pela qual inexiste qualquer vício que venha a inquiná-lo de nulidade.

O recorrente se insurge, tão-somente, quanto à procedência da infração 1, declarada pelo julgador de primo grau.

Da análise dos elementos que constituem o presente PAF, depreende-se, com clareza solar, que ocorreu, de fato, omissão de saída de mercadoria tributável sem pagamento do imposto, ao teor do quanto insculpido no artigo 2º, § 3º, VI, do Decreto nº 6.284/97, que regulamenta o disposto no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96.

Noutro giro, como corretamente pontuou a doura PGE/PROFIS, “*o procedimento fiscal levado a efeito encontra-se devidamente 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 cartão de crédito, sem prejuízo do fato de que o contribuinte não trouxe qualquer documento hábil para afastar a presunção acurada no presente processo*”.

Nesse diapasão, é imperioso destacar o quanto estatuído no artigo 143 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, no sentido de que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Ora, no caso vertente, inexistiu qualquer vilipêndio ao artigo 112, do Código Tributário Nacional, como argumenta o recorrente, especialmente em razão da ausência de qualquer dúvida acerca da omissão apurada, pelo que não há como prosperar a tese recursal no sentido de que a presunção foi irregularmente utilizada no caso vertente ou que existe incerteza na determinação do fato gerador apurado através do levantamento fiscal levado a efeito.

Por fim, mister se faz observar que “*a jurisprudência colacionada pelo sujeito passivo em nada se aplica à situação posta em análise, uma vez que trata especificamente de incidência de ICMS sob encargos financeiros decorrentes nas operações com cartão de crédito*”, como destacou, com profunda acuidade, a Parecerista da PGE/PROFIS.

Des'arte, em face de tudo quanto acima exposto e com espeque no Parecer emitido pela Doura PGE/PROFIS, votamos no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, 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 293575.1204/06-5, lavrado contra **SUPERMERCADO CANOA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$66.710,40**, acrescido das multas de 70% sobre R\$27.455,83, 50% sobre R\$39.176,43 e 60% sobre R\$78,14, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos III, I, alíneas “a” e II, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS