

PROCESSO - A. I. Nº 206878.0027/06-0
RECORRENTE - HORTOMAR COMÉRCIO LTDA. (ATELIER VERDE)
RECORIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0241-01/08
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 06/11/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0356-11/08

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados 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. Infração não elidida. Rejeitadas as arguições de nulidade. Indeferido o pedido de perícia ou diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JF, a qual, no Acórdão nº 0241-01/08, considerou Procedente a ação fiscal que exige ICMS no valor de R\$62.818,88, acrescido de multa de 70%, apurado no período de 01/01/2006 a 31/12/2006 em decorrência da seguinte infração:

“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 ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.”

O autuado apresentou, às fls. 107 a 114, impugnação, sustentando, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração em exame, por insuficiência no enquadramento legal das infrações, o que seria, na sua visão, fato suficiente para tornar o lançamento nulo, por absoluta carência de fundamentação legal e cerceamento de defesa.

Aduz que a nulidade por ausência de certificação adequada dos artigos que respaldam o Auto em questão inicia-se no enquadramento aleatório e não específico da indicação do artigo 2º do RICMS, como fundamentação legal. Informa, ainda, que o requerimento de nulidade feito se baseia justamente na falta de indicação, pelo fisco, dos incisos e alíneas do art. 2º, que pretendeu enquadrar o autuado, ato que teria impedido a sua melhor defesa, levantando ainda a questão da afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, os quais entende violados no caso em apreço.

Alega que, no caso concreto, o ato administrativo não obedeceu os padrões e ditames constitucionais, encontrando-se cerceado seu direito de defesa.

Busca, outrossim, anular o Auto de Infração apontando ofensa ao direito de sigilo de informações e dados insculpidos na CF/1988, o que faz o autuado indagar se a conduta do fisco estadual e conseqüente prestação de informações havidas, enquanto sigilosas, por parte da operadora de cartão de crédito encontra respaldo legal que a legitime.

De outra sorte, insurge-se contra a alíquota aplicada, argumentando que se encontra sujeita a um regime de tributação diferenciado, no caso o SimBahia, entendendo que os valores apurados e lançados deveriam ter sido calculados com base na tabela progressiva de alíquotas aplicável ao regime em tela.

Conclui pedindo a Anulação do Auto de Infração.

O autuante, na sua informação fiscal (fls. 203 a 206), assevera que a preliminar que se reporta à falta de descrição clara e precisa da acusação não procede, já que os artigos 2º, § 3º, inciso VI; 50, inciso I; 124 inciso I e 218, todos do Regulamento do ICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, apontados no próprio Auto de Infração nº 206878.0027/06-0, descrevem, perfeitamente, a tipificação e a natureza da infração detectada.

Ressalta que a preliminar de nulidade por suposta quebra de sigilo pela Secretaria da Fazenda é destituída de qualquer fundamento, pois a autuação encontra-se respaldada no art. 935 do RICMS.

Informa que, em razão do autuado não ter apresentado reduções “Z” à fiscalização, mesmo tendo sido intimado a fazê-lo, apontando 4 (quatro) intimações ao contribuinte (fls. 5, 6, 7 e 8 do PAF) solicitando as reduções “Z” ou todos os comprovantes de vendas através de cartões de crédito, para possibilitar a conclusão da ação fiscal, recorreu ao sistema de informação da Secretaria da Fazenda para que tivesse acesso aos DAEs mensais, onde consta a receita acumulada do contribuinte durante o exercício de 2006 e que, com base nestas informações, obteve os valores do faturamento mensal do estabelecimento, os quais foram lançados na planilha “*Demonstrativo do Débito da Empresa de Pequeno Porte*” (fl. 10 do PAF).

Quanto à alíquota aplicada, destaca que, com o enquadramento da infração no artigo 915, inciso III, do RICMS/BA (omissão de saídas), o cálculo do imposto devido seguiu a regra estatuída no artigo 408-S, §§ 1º e 2º do RICMS, com redações dadas pelas alterações n.ºs 21 e 38 (Decreto n.º. 7886, de 29/12/00, DOE de 30/12/00 e 31/12/00, e Decreto n.º. 8413, de 30/12/02, DOE de 31/12/02, respectivamente), com efeitos até 30/06/07.

A Junta de Julgamento Fiscal, através do relator do PAF, ao analisar as arguições de nulidade, manifestou-se no sentido de que foram identificados claramente todos os elementos do fato gerador e perfeitamente demonstrados no presente lançamento de ofício. Também foi consignada nos autos a existência de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, com infração prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e demais disposições regulamentares indicadas no Auto de Infração. Não há elementos para se considerar inseguros ou indevidos os dispositivos regulamentares indicados ou os dados fornecidos pelas administradoras de cartões, os quais foram legalmente solicitados, amparados no art. 935 do RICMS/BA. Por outro ângulo, não há violação ao exercício do contraditório ou ao direito da ampla defesa do autuado, porque aspecto formal, encontrando-se o PAF revestido de todas as formalidades, inclusive atendidos os procedimentos necessários ao devido processo administrativo fiscal, pertinente. Não há, portanto, violação ao princípio da moralidade, visto que não foram feridos os alegados princípios administrativos, nem tampouco os procedimentos, para a exigência tributária em lume, estando em consonância com a Lei e os atos normativos que os disciplinam. Ficam, assim, rejeitadas as arguições de nulidade articuladas pelo autuado.

Quanto ao mérito, o relator aduz que o Auto de Infração está amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, segundo o qual “*o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de 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*” (grifo da Junta).”

Confirma a JJF que, na infração sob análise, está diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos

os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos, o que efetivamente não ocorreu, conforme poderá ser constatado.

No que tange ao procedimento adotado pelo autuante para o cálculo do imposto, a JJF entendeu que: *“...apesar de estar enquadrado no SimBahia, ante a constatação da omissão de saídas de mercadorias relativas à infração apontada, o imposto deve ser calculado pelos mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme previsão do artigo 408-S, do RICM/97, com a aplicação da alíquota de 17%, conforme alteração introduzida pelo Decreto nº 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/00, com a concessão do crédito fiscal calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º, do mesmo artigo, alterado pelo Decreto nº 8.413/02, conforme fez o autuante e determinam as normas subsumidas no RICMS/97.”* Transcrevendo, em seguida, os artigos, 408-S, § 1º; 408-L, V e 915, III, do RICMS e, por fim, afirma que o faturamento do autuado obedeceria o regime de competência, enquanto os dados das Administradoras acompanham um regime de caixa, entendendo a JJF que inexistem demonstrações concretas das aludidas disparidades e seus resultados.

Nesse passo, o Auto de Infração foi julgado Procedente, por unanimidade.

Em petição dirigida ao CONSEF, fls. 223/224, o sujeito passivo, irresignado com os termos do Acórdão nº 0241-01/08, apresenta Recurso Voluntário.

Em sua peça recursal, o sujeito passivo atém-se, exclusivamente, aos mesmos argumentos levantados na defesa, requerendo a nulidade e improcedência do Auto de Infração, ratificando, basicamente, as seguintes sustentações:

- a) O Auto de Infração é nulo, por falta de enquadramento legal da infração, acarretando o cerceamento do direito de defesa do recorrente; nulo, também, por afrontar o princípio da moralidade, eis que houve quebra do sigilo;
- b) É improcedente, na medida em que faltam elementos suficientes para apuração da base de cálculo, sobretudo porque os produtos comercializados pelo recorrente estão acobertados por isenção;
- c) É improcedente, porque as Administradoras de Cartões de Crédito/Débito gerenciam seus dados pelo regime de caixa e não de competência;
- d) É improcedente em face do recorrente se encontrar submetida ao Regime SimBahia;
- e) Por último, na pior das hipóteses, pleiteia a compensação do débito com o crédito fiscal concedido pelo art. 408-S, § 1º, do Decreto nº 8.413/02, que não foi observado pelo Auto de Infração atacado.

Como meio de prova do alegado, requer o depoimento pessoal do autuante, juntada posterior de documentos, perícia ou diligência, e demais meios de prova em direito admitidos.

Finaliza, reiterando todos os termos da Defesa apresentada, como se as razões estivessem literalmente transcritas e pede o conhecimento e provimento do Recurso Voluntário, para reformar a Decisão do Acórdão recorrido.

Encaminhado o PAF para emissão de Parecer pela PGE/PROFIS, esta opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, observando que as razões recursais repetem os mesmos argumentos aventados em sede de defesa, seja no tocante às preliminares suscitadas, seja quanto ao mérito.

Observa que não há qualquer nulidade capaz de macular o lançamento, não ocorrendo qualquer das hipóteses de nulidade previstas no artigo 18 do Regulamento de Processo Administrativo Fiscal.

Aduz que as razões recursais não visam afastar a presunção legal apurada no levantamento fiscal, e estão desacompanhadas de qualquer prova capaz de sustentar o seu deferimento.

Após tecer considerações sobre a legalidade da presunção de omissão de saídas, dentro da norma do ICMS, invoca o artigo 143 do RPAF, para afirmar que a simples negativa do cometimento, não desonera o sujeito passivo de elidir a imputação fiscal.

Finaliza, asseverando que os argumentos do recorrente são insuficientes para infirmar o Auto de Infração em apreço e opina pelo Conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Da análise detida do presente PAF, constato que o Recurso Voluntário se opõe à Decisão proveniente do Acórdão de nº 0241-01/08, que julgou procedente a infração contida no Auto de Infração epigrafado, na qual lhe é imputada à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de vendas efetuadas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valores inferiores àqueles fornecidos pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, relativas ao período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2006, resultando, de tal procedimento, a lavratura do Auto de Infração ora em discussão.

O recorrente, em suas razões, sustenta, inicialmente, a nulidade do Auto de Infração, por falta de enquadramento legal da infração, fato que diz ter-lhe cerceado o direito de defesa, como, também, ter ocorrido violação do princípio da moralidade, quando o fisco quebrou o sigilo de informações.

A alegada falta de descrição clara e precisa da imputação não procede, pois o Auto traz, no seu corpo, a indicação correta dos artigos 2º, § 3º, inciso VI; 50, inciso I; 124, inciso I e 218, todos do Regulamento do ICMS/BA, Decreto nº 6248/97, enquanto no tocante à quebra do sigilo de informações, razão alguma assiste ao autuado, uma vez que não se vislumbra violação ao princípio da moralidade, nem tampouco aos princípios administrativos, sendo a ação fiscal pautada em procedimentos que se encontram amparados pela Lei e atos normativos aplicáveis à matéria, como o artigo 935 do RICMS/BA.

Tangentemente às arguições de improcedência do Auto de Infração, primeiro pela falta de elementos suficientes para apuração da base de cálculo, segundo porque as Administradoras de Cartões gerenciam os dados informados pelo regime de caixa e não o de competência e terceiro porque o recorrente está submetida ao regime do SimBahia, são impossíveis de acolhimento qualquer desses argumentos, face a falta de supedâneo legal.

O lançamento tributário se encontra amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, que previsionalmente:

“...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”.

E regulamentado pelo artigo 2º, § 3º, inciso VI do RICMS/BA, dispondo:

“§3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

....

VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;”

Trata-se, portanto, de uma presunção legal, sendo do autuado a responsabilidade de trazer aos autos as provas capazes de elidir a imputação fiscal.

Ressalte-se que o sujeito passivo foi, por quatro vezes, intimado para apresentar “Dados das Reduções Z” e comprovantes de vendas através de cartões de crédito, os quais, se apresentados, poderiam fornecer valores de vendas que confrontados com os dados fornecidos pela Administradora dos Cartões, provavelmente, influenciariam o resultado que compôs a base de cálculo para a imputação.

Os documentos (planilhas) de fls. 10 e 11 dos autos retratam, com perfeição, o procedimento adotado pelo autuante, em virtude do não atendimento, pelo autuado, das intimações antes referidas, visando a obtenção de dados pertinentes às omissões de saídas que resultaram na lavratura do Auto de Infração.

No que reporta ao argumento de que as Administradoras de Cartões trabalham com dados no regime de caixa e não de competência, deixou o recorrente de indicar e/ou apresentar, qualquer elemento capaz de demonstrar discrepância dos valores apurados e que resultaram no levantamento infracional.

Quanto à terceira alegação de improcedência por se encontrar o recorrente submetida ao SimBahia, acolho a manifestação da JJF, na Decisão de fl. 213, quando aduz que, apesar de estar enquadrado no SimBahia, ante a constatação da omissão de saídas de mercadorias relativas à infração apontada, o imposto deve ser calculado pelos mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, conforme estabelecido no artigo 408-S, do RICM/97, com a aplicação da alíquota de 17%, consoante alteração introduzida pelo Decreto nº 7.886/00.

O recorrente pugna, ainda, que, na hipótese da procedência da autuação, seja compensado o débito com o crédito fiscal concedido pelo artigo 408-S, § 1º, do Decreto nº 8.413/02, assegurando que esse fato não foi observado pelo Auto de Infração hostilizado.

Ocorre que uma simples verificação no documento de fl. 11 dos autos, confirma, com clareza, que o autuante considerou, no seu levantamento, a incidência do crédito de 8%, previsto no artigo 408-S, § 1º do Decreto indicado.

Por fim, indefiro o pedido de perícia ou diligência, pois os autos encontram-se devidamente instruídos, com elementos que considero suficientes para a formação de minha convicção, segundo previsionado no artigo 147, I, “a”, e II, “b”, do RPAF.

Em suma, adoto o Parecer da douta PGE/PROFIS, entendendo se tratar o caso concreto de uma presunção legal de omissão de saídas tributáveis, amparada pelo § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, e acompanho o voto do relator da JJF, proferido no julgamento da primeira instância.

Diante do exposto, alternativa não resta senão a de considerar correta a ação fiscal procedida por se encontrar em conformidade com os parâmetros legais vigentes.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **206878.0027/06-0**, lavrado contra **HORTOMAR COMERCIAL LTDA. (ATELIER VERDE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$62.818,88**, 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 outubro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS