

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*
A. I. Nº - 232943.2006/07-7
AUTUADO - A. S. DO NASCIMENTO DE IBICARAÍ
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COELHO
ORIGEM - INFAS ITABUNA
INTERNET - 27.06.08

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0054-05/08

EMENTA: ICMS. DOCUMENTO FISCAL. NOTA FISCAL. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E DÉBITO E OS VALORES LANÇADOS NAS NOTAS FISCAIS. 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. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 11/06/2007 para exigir o ICMS, no valor de R\$46.403,81, acrescido da multa de 70% em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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 e débito, relativo ao período janeiro/2006 a março/2007.

O autuado na defesa apresentada (fls. 63 a 67), premlinarmente argüi a ineficácia do procedimento por ter sido lavrado fora do seu estabelecimento, estando, por isso, em desconformidade com o Decreto Federal nº 70.235, de 06/03/1972 combinado com o artigo 196, parágrafo único do CTN. Também como matéria preliminar, alega que o autuante não efetuou a obrigatória intimação para que prestasse esclarecimentos antes da lavratura do Auto de Infração o que contrariou o princípio do contraditório assegurado pela Constituição Federal.

Quanto ao mérito entende que as diferenças encontradas estão demonstradas em montantes irreais, uma vez que não existe a possibilidade da realização de venda com cartão de crédito/débito e a não emissão de documento fiscal de saída.

Diz que o roteiro utilizado pelo fiscal para apurar diferenças, baseado apenas nas informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito em comparação com as notas fiscais emitida em cada dia, com valor idêntico, não é o mais adequado por estar fora da realidade do seu comércio. Afirma que é costume parte do pagamento de uma venda ser em dinheiro e o restante em cartão de crédito parcelado em várias vezes. Assim, o valor da venda será sempre superior ao valor constante no cartão de crédito, não sendo idêntico como quer o fiscal. Exemplifica o caso de uma venda de R\$1.000,00 com entrada de R\$300,00 em dinheiro e o restante em cartão de crédito. Alega que outro fato comum é o uso de cartão de crédito de terceiros para completar o valor a ser liberado pela administradora.

Apresenta uma planilha, nos moldes ao feito pelo fiscal (fls. 68 a 78), agora considerando notas fiscais de saídas em que, em cada dia possui valor idêntico e que não foi glosado pelo fiscal, assim como as notas fiscais com valores superiores, e parte do pagamento em cartão para, segundo ele, demonstrar as origens das vendas com a emissão das notas fiscais e que todas as vendas com cartão de crédito tiveram as notas fiscais emitidas, indicando que o valor total das vendas em 2006 foi de R\$318.010,06, portanto superior ao valor de R\$240.871,88 encontrado pelo autuante.

Aduz que a infração não ficou caracterizada, já que o roteiro adotado pelo autuante não foi o adequado e que, na pior das hipóteses, caberia uma penalidade fixa, pela não discriminação no corpo de algumas notas fiscais da forma de pagamento utilizada pelos seus clientes, se dinheiro, cartão ou cheque.

Por fim, requer sejam apreciadas suas questões pedindo diligência por outro fiscal para esclarecimentos esperando seja o Auto de Infração julgado improcedente.

O autuante às fls. 166 a 168 presta a Informação Fiscal inicialmente transcrevendo em resumo as alegações defensivas, aduzindo que o autuado não apresenta prova de suas alegações apenas negando da defesa o cometimento da infração, fato que não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação, conforme art. 143 do RPAF.

Transcreve os artigos 196 e parágrafo único do CTN, 26, III e 38 e § 1º do RPAF que dispõe que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração, alegando que a Intimação para Apresentação de Livros e Documentos que está na fl. 06, atendeu ao que determina o art. 196, parágrafo único do CTN, bem como ao parágrafo 1º do art. 38 do RPAF.

Declara que usou uma metodologia bastante exaustiva considerando cada operação efetuada pela empresa no período fiscalizado visando identificar em cada venda a utilização de cartões de crédito ou débito e que as práticas comerciais devem se ater ao cumprimento das normas legais e que a prática exposta pelo autuado não pode prosperar, pois impediria o livre exercício da fiscalização e que a prática de pagamento misto só poderia ser aceitável pela fiscalização se tempestivamente tivesse sido observada na documentação fiscal emitida no ato da venda.

VOTO

Antes de apreciarmos o mérito da matéria, analisemos as preliminares suscitadas pelo autuado.

Primeiramente alegou que o lançamento seria ineficaz por ter sido lavrado fora do seu estabelecimento contrariando o Decreto Federal nº 70.235.

Em razão da distribuição de competência tributária em nossa Federação, o instrumento legal é cuidar do processo tributário do Estado da Bahia é o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF aprovado pelo Decreto Estadual nº 28.596/81, alterado pelo Decreto nº 7.629, de 09 de julho de 1999, que no seu art. 39, § 1º dispõe que o Auto de Infração pode ser lavrado ou no estabelecimento do infrator, ou na repartição fiscal (que foi o caso deste auto) ou no local onde se verificar ou se apurar a infração. Portanto, no caso presente, o autuado não pode se socorrer com disposições do Decreto Federal nº 70.235, pois este trata do Processo Administrativo Fiscal Federal.

No que se refere a seu entendimento de que o princípio do contraditório foi ferido no procedimento fiscal, devo dizer que até o lançamento o caso transcorreu dentro de um mero procedimento administrativo tributário inquisitório, no sentido de que os atos foram levados a cabo unilateralmente pela Administração, sem a necessária participação do contribuinte. Trata-se de decorrência do fato de os procedimentos operacionalizarem atividade administrativa típica, sem conteúdo decisório acerca de um conflito de interesses.

Aliás, é precisamente na inquisitoriedade que os meros procedimentos, tais como o procedimento de fiscalização, diferenciam-se dos processos administrativos substantivos de controle interno da legalidade dos atos administrativos, pois nestes sim, instaurados geralmente, a partir do ato de impugnação ao lançamento tributário, há de ser oportunizada a participação do sujeito passivo na decisão final, a qual, dado o seu conteúdo judicante, e em face do conflito de interesses que lhe é subjacente, submete-se ao princípio do devido processo legal e a todos os seus desdobramentos processuais, a exemplo da ampla defesa e do contraditório.

Claro que daí não há de se concluir que os meros procedimentos podem ser arbitrários, discricionários, ou secretos. Submetem-se aos princípios gerais de justiça, segurança, legalidade, razoabilidade, proporcionalidade, publicidade e, especialmente, ao princípio da científicação,

que impõe que a instauração de procedimentos administrativos em face de um determinado contribuinte seja-lhe previamente comunicada. Com efeito, ainda que o contribuinte não tenha necessariamente oportunidade de participação no âmbito do mero procedimento, que é inquisitório em razão de sua natureza não contenciosa, não se pode negar ao contribuinte a oportunidade de conhecer o procedimento, de acompanhar o desenrolar de suas fases, a fim de que possa efetuar o posterior e eventual controle da legalidade do mesmo, quer junto à própria Administração, que junto ao Judiciário, por ser desenvolvido mediante atividade administrativa plenamente vinculada. No caso em tela, percebo que o autuante observou de pleno tais princípios informando da ação fiscal aa autuada, especialmente através da intimação para apresentação de seus livros e documentos, tendo o autuado todas as condições de exercer o contraditório, como efetivamente o faz.

No mérito, o Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas 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/débito.

Verifico que o imposto devido decorreu de diferença apurada da confrontação entre os valores das autorizações das vendas pagas com cartão de crédito/débito e correspondentes Notas Fiscais que o autuante confrontou, conforme demonstrativo do cotejamento entre os valores informados pelas administradoras de cartão de crédito/débito e as notas fiscais emitidas pelo contribuinte (fls. 08 a 24), excluindo-se nessa confrontação os valores coincidentes entre as autorizações e as Notas Fiscais.

Alegou o autuado que o roteiro utilizado pelo fiscal para apurar diferenças, baseado apenas nas informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito em comparação com as notas fiscais emitida em cada dia, com valor idêntico, não é o mais adequado por estar fora da realidade do seu comércio. Afirmou que é costume parte do pagamento de uma venda ser em dinheiro e o restante em cartão de crédito parcelado em várias vezes. Assim, o valor da venda será sempre superior ao valor constante no cartão de crédito, não sendo idêntico como que o fiscal. Exemplificou o caso de uma venda de R\$1.000,00 com entrada de R\$300,00 em dinheiro e o restante em cartão de crédito. Declarou que outro fato comum é o uso de cartão de crédito de terceiros para completar o valor a ser liberado pela administradora. Para sustentar suas alegações apresentou uma planilha, nos moldes ao feito pelo fiscal, considerando notas fiscais de saídas em que em cada dia possui valor idêntico e que não foi glosado pelo fiscal, assim como as notas fiscais com valores superiores, e parte do pagamento em cartão para, segundo ele, demonstrar as origens das vendas com a emissão das notas fiscais e que todas as vendas com cartão de crédito tiveram as notas fiscais emitidas, indicando que o valor total das vendas em 2006 foi de R\$318.010,06, portanto superior ao valor de R\$240.871,88 encontrado pelo autuante.

Expõe que a infração não ficou caracterizada, já que o roteiro adotado pelo autuante não foi o adequado e que, na pior das hipóteses, caberia uma penalidade fixa, pela não discriminação no corpo de algumas notas fiscais da forma de pagamento utilizada pelos seus clientes, se dinheiro, cartão ou cheque.

O autuante às fls. 166 a 168 presta a Informação Fiscal inicialmente transcrevendo em resumo as alegações defensivas aduzindo que o autuado não apresentou prova de suas alegações, na defesa, apenas negou o cometimento da infração, fato que não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação, conforme art. 143 do RPAF.

Neste aspecto, percebo que as planilhas de fls. 68 a 78 elaboradas pelo autuado informam os dados do Relatório Diário Operações TEF indicando seu pleno conhecimento pelo autuado vez que pormenorizadamente os trata no seu demonstrativo defendendo-se em total plenitude.

Observo que o cotejamento feito pelo autuante se sustenta na confrontação entre os valores das Notas Fiscais emitidas pelo autuado e o Relatório Diário das Operações TEF e é, por isso, consistente. Como bem devia ser, na apuração da diferença apurada no demonstrativo que serviu

de base para autuação (como inclusive atesta a própria autuada na defesa), não foram computadas as Notas Fiscais cujos valores são coincidentes com os das autorizações TEF, lançando-se apenas o imposto devido relativo às autorizações sem correspondência de Nota Fiscal.

De fato, as práticas de comércio devem subsumir às previsões normativas, e no caso em apreço, as variantes citadas pelo autuado, se aconteceram, deveriam ter sido observadas oportunamente nos documentos fiscais para evitar os questionamentos tributários. Os demonstrativos elaborados pelo autuado apenas descrevem dados que, sem documentação comprobatória de suas assertivas, são insuficientes para elidir a presunção de venda sem a correspondente emissão de documentação fiscal razão porque considero a infração subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232943.2006/07-7, lavrado contra A. S. DO NASCIMENTO DE IBICARAÍ, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$46.403,81, 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, 12 de junho de 2008.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO - RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR