

A. I. N° - 206878.0027/06-0
AUTUADO - HORTOMAR COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - ANALCIR EUGÊNIO PARANHOS DA SILVA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 22. 07. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0241-01/08

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. Contribuinte não elide imputação. Rejeitadas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29.06.2007, traz a exigência do ICMS no valor total de R\$ 62.818,88, acrescido de multa de 70%, relativo aos meses de janeiro a dezembro de 2006, imputando ao autuado 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. Consta que, feito o confronto dos valores informados através das administradoras de cartão de crédito/débito com o total das receitas declaradas pelo contribuinte, foram encontradas diferenças decorrentes de omissões de saídas de mercadorias tributáveis, conforme planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito.

O autuado, às fls. 107 a 114, apresenta impugnação, alegando, preliminarmente, nulidade do auto de infração em exame, por faltar o suficiente enquadramento legal das infrações, o que seria, em seu entender, fato suficiente para fulminar o lançamento de nulidade absoluta por carência de fundamentação legal e cerceamento de defesa.

Argumenta 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 à autuada, ato que teria impedido a sua melhor defesa, levantando ainda a questão da afronta ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório que entende existir no caso em apreço.

Reproduz a integralidade do supracitado artigo, indagando qual dos 12 incisos, 20 alíneas e 10 parágrafos deveriam ser levados em conta para a confecção da defesa, lembrando a pertinência do disposto no art. 18 do RPAF. Visando fortalecer seu entendimento recorre aos ensinamentos dos

ilustres doutrinadores Cleide Previtalli Cais e Celso Antonio Bandeira de Mello, para afirmar ter havido inobservância do art. 37 da CF/88 e agressão ao princípio da moralidade.

Alega que, no caso concreto, o ato administrativo não foi realizado dentro dos padrões e ditames constitucionais, haja vista entender que não teria havido, no caso em apreço, a estrita e indispensável aplicação da moralidade e ética administrativa, bem como do cerceamento de defesa, que entende estarem presentes no Auto de Infração em exame.

Destaca que o auditor teria se equivocado ao incluir no Auto de Infração o art. 3º do RICMS, sendo que o referido artigo, em realidade, trata da ocorrência do fato gerador na prestação dos serviços de transportes, hipótese que a impugnante ressalta ser diversa da realidade dos fatos. Da mesma forma, busca anular o auto de infração apontando ofensa ao direito de sigilo de informações e dados esculpido na CF/1988, o que a faz 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 legitimasse.

O autuado alega que a LC 105, não eleva o sigilo à direito absoluto, lembrando que deverá ser observados requisitos, tais como o consentimento expresso dos interessados, ressaltando que a empresa autuado jamais autorizou o fornecimento de informações sigilosas ao fisco.

Segue o entendimento, segundo o qual, a LC 105, é norma editada para o fisco federal, o que em tese afastaria a possibilidade de o fisco estadual utilizar-se de tal norma. Conclui, toda via, que com amparo do art. 6º do aludido dispositivo legal, estariam alcançados os Estados e Municípios.

Ressalta que as informações obtidas nas Administradoras de Cartões de Crédito/Débitos são imprestáveis à finalidade utilizada pelo Fisco no caso concreto, já que, segundo o autuado, o seu faturamento seria realizado pelo regime de competência, sendo os dados das Administradoras de Cartões realizados pelo regime de caixa. Sustenta o autuado que, tal inconformidade de regimes, inviabiliza qualquer comparativo sem a ocorrência de desconformidades, o que impossibilitaria a sua utilização para fins fiscais.

Consigna que as planilhas demonstrativas dos valores levantados pela fiscalização, embora assinadas pelo Auditor Fiscal, estariam incompletas em todas as suas linhas (planilha Dados Das Reduções Z). O que no entendimento do autuado, o fisco teria considerado este dado como não tendo tido havido faturamento por parte da empresa autuado, o que o faz afirmar que, tal evidência, fulmina a autuação por completo, haja vista que parte de falsa premissa.

Em referência à alíquota aplicada o autuado alega que está sujeita a um regime de tributação diferenciado, no caso o SIMBAHIA, entendendo ela que os valores apurados e lançados deveriam ter sido calculados com base na tabela progressiva de alíquotas aplicável ao regime em tela.

Aponta que durante a fiscalização não fora verificado o livro registro de empregados, haja vista que os registros da empresa indicam quantidade de funcionários diferente da informada pelo agente fiscal em suas planilhas, o que teria acarretado uma redução do ICMS cobrado, caso seja mantida a autuação.

Por fim, considera o autuado como correto o valor do faturamento apresentado, em levantamento efetuado pelo próprio fisco, entretanto, condiciona sua afirmação à observância dos documentos fiscais que entende pertinentes para tanto (notas fiscais emitidas no período).

Conclui sua impugnação requerendo a anulação do auto de infração.

O autuante, à fls. 203 e 206, apresenta informação fiscal, afirmando que a preliminar que se refere à falta de descrição clara e precisa da acusação não procede, já que o artigo 2º, § 3º, inciso VI; artigo 50, inciso I, art. 124 inciso I e artigo 218 do Regulamento do ICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6284/97, apontados no próprio Auto de Infração nº 206878.0027/06-0, descrevem perfeitamente a tipificação e a natureza da infração detectada.

Quanto a preliminar de nulidade do Auto de Infração, por suposta quebra de sigilo da Secretaria da Fazenda quando da obtenção de informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito, também entende ser destituída de qualquer fundamento, tendo em vista que se utilizou do art. 935 do RICMS, que respalda a atuação do Fisco nesse sentido.

Em relação às supostas planilhas em branco com os “Dados Das Reduções Z”, informa o autuante que, o PAF, em questão, não contém qualquer planilha com tal denominação, porque o autuado não apresentou reduções “Z” à fiscalização, mesmo tendo sido intimada 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, sem que o autuado atendesse às requisições, o que teria causado embaraços à fiscalização. O autuante afirma que os únicos documentos apresentados foram notas fiscais de saídas que não especificavam as formas de pagamento nas vendas.

Ressalta que, 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, valores estes, lançados na planilha “Demonstrativo do Débito da Empresa de Pequeno Porte” (fl. 10 do PAF).

Consigna que, a discordância da defesa em relação à alíquota aplicada é descabida, pois infere que o autuado era optante do Regime Simplificado de Apuração do ICMS-SIMBAHIA no exercício de 2006, todavia, entende que estava sujeita às sanções aplicáveis na hipótese de cometimento de infração de natureza grave, como previa o art. 408-L, com redações dadas pela Alteração nº 15 (Decreto nº 7729, de 29/12/99, DOE de 30/12/99, com efeitos até 30/06/07) e Alteração nº 38 (Decreto nº 8413, de 30/12/02, DOE de 31/12/02).

Ressalta a esse respeito 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 nºs. 21 e 38 (Decreto nº. 7886, de 29/12/00, DOE de 30/12/00 e 31/12/00, e Decreto nº. 8413, de 30/12/02, DOE de 31/12/02, respectivamente), com efeitos até 30/06/07.

Sobre a não inclusão do livro Registro de Empregados no levantamento fiscal, o autuante explica que a planilha “Demonstrativo do Débito da Empresa de Pequeno Porte”, fl. 10 do PAF, fora elaborada com o único propósito de se apurar a receita mensal do estabelecimento e não cobrar o ICMS Empresa de Pequeno Porte, eventualmente devido pelo autuado. Desta forma, considera que a quantidade de empregados ali lançada não causou qualquer repercussão no cálculo do imposto devido por omissão de saídas, exigido no Auto de Infração.

Conclui sua informação fiscal requerendo o julgamento de total procedência do auto de infração.

VOTO

O presente lançamento de ofício exige o crédito tributário relativo à 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito/débito.

Quanto às arguições de nulidade, constato que foram identificados claramente todos os elementos do fato gerador e perfeitamente demonstrados no presente lançamento de ofício. 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 7014/96 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, as quais foram legalmente solicitados com base no art. 935 do RICMS/BA. Não há violação ao exercício do

contraditório ou ao direito da ampla defesa do autuado, pois, no que concerne ao aspecto formal, o PAF está revestido de todas as formalidades, foram atendidos todos os procedimentos necessários ao devido processo administrativo fiscal, pertinente. Não há violação ao princípio da moralidade, visto que não foram feridos os alegados princípios administrativos, e os procedimentos, para a exigência tributária em lume, estão em consonância com a lei e os atos normativos que os disciplinam. Ficam, assim, rejeitadas as arguições de nulidade articuladas pelo autuante.

No que diz respeito ao mérito, o Auto de Infração está amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, *“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 nosso).

Conforme ato normativo regulamentar, com previsão do art. 2º, § 3º, inciso VI do RICMS/97, *in verbis*:

“§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;”

Estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária, ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. Portanto, estamos, na infração sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, 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.

O autuado, em sua impugnação, alega existirem planilhas em branco, produzidas pelo autuante, relativas aos “Dados das Reduções Z”. Tais argumentos não podem ser acolhidos, pois o autuado não apresentou reduções “Z” à fiscalização, mesmo tendo sido requerido a fazê-lo por 4 (quatro) vezes através das intimações constantes às fls. 5, 6, 7 e 8 do PAF, onde constam solicitações para a apresentação, não só das reduções “Z” como também de todos os comprovantes de vendas através de cartões de crédito, sem que fossem atendidas as aludidas intimações. Assim, não existem tais planilhas em branco ou mesmo foram oferecidas as aludidas Reduções Z. Os únicos documentos apresentados foram notas fiscais de saídas que não especificavam as formas de pagamento nas vendas, conforme atesta o autuante.

Apesar de o autuado não ter fornecidos as referidas Reduções “Z”, para que delas fossem extraídas as operações de vendas efetuadas através de Cartões de Créditos/Débitos, o autuante recorreu ao sistema de informação da Secretaria da Fazenda, de onde colheu as informações pela receita acumulada do contribuinte durante o exercício de 2006 e, com base nestas informações, obteve os valores dos faturamentos mensais do estabelecimento, valores estes, lançados na planilha “Demonstrativo do Débito da Empresa de Pequeno Porte” (fl. 10 do PAF) e transferidos para a “PLANILHA COMPARTILHADA DE VENDAS POR MEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO/DÉBITO”, constante à fl. 11, onde deduziu estes faturamentos das vendas com cartão de crédito/débito informadas pelas Administradoras, como se esses faturamentos fossem, em sua totalidade, resultantes de operações realizadas através de cartões de débito/crédito.

Os aludidos faturamentos só poderiam ser deduzidos das vendas com cartão de crédito/débito informadas pelas Administradoras, para apurar se houve ou não valores de vendas, registradas pelo autuado, inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, se esse faturamento mensal, encontrado pelo autuante, fosse resultante de vendas efetuadas através de cartões de Créditos ou Débitos. Em assim procedendo, sem a devida comprovação de que tal faturamento resultou de vendas com cartões, tudo esta a indicar que a exigência tributária foi menor do que a efetivamente devida.

Recomendo a Infaz de Origem uma nova ação fiscal para apurar e exigir a aludida diferença do tributo não reclamado, se efetivamente confirmada, tendo em vista a indisponibilidade do crédito tributário.

Quanto ao procedimento adotado pelo autuante relativo ao cálculo do imposto, 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 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:

“Art. 408-S”. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.”

“Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário

“Art. 915”. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

III - 70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;”)

Em relação às arguições de que o faturamento do autuado seria realizado pelo regime de competência, sendo os dados das Administradoras de Cartões realizados pelo regime de caixa, não há demonstrações em concreto das aludidas disparidades e seus resultados.

Assim, tendo em vista que as arguições do impugnante não elidiram a infração imputada, a considero subsistente.

Voto pela Procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206878.0027/06-0**, lavrado contra **HORTOMAR COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado 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 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomendada a Infaz de origem uma nova ação fiscal para apurar e exigir a diferença do tributo não reclamado, se efetivamente confirmada, tendo em vista a indisponibilidade do crédito tributário.

Sala das Sessões CONSEF, 14 de julho de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR