

**A. I. Nº** - 206878.0033/06-0  
**AUTUADO** - COMERCIAL VALJUR LTDA.  
**AUTUANTE** - ANALCIR EUGÊNIO PARANHOS DA SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 01/10/2008

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0277-03/08**

**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. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 29/06/2007, refere-se à exigência de R\$14.224,58 de ICMS, 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, no período de março a setembro de 2006.

O autuado apresentou impugnação (fls. 74 a 81), inicialmente comentando sobre a tempestividade da defesa, informando que tomou conhecimento do Auto de Infração em 23/07/2007, sendo apresentada impugnação ao lançamento em 17/08/2007. Em seguida, suscita nulidade da autuação fiscal alegando ausência de fundamentação legal e inobservância do art. 18, alínea “a” do RPAF/BA. Diz que a fundamentação constante da primeira folha do Auto de Infração é insuficiente, “quando não aplicável ao caso concreto o que fulmina o lançamento de nulidade absoluta por carência de fundamentação legal e cerceamento de defesa”. Cita os artigos do RICMS indicados no Auto de Infração, alegando que não há todos os elementos necessários ao exercício pleno da ampla defesa. Afirma que ao indicar o art. 2º do RICMS como forma de fundamentação legal para a autuação a fiscalização deixou de observar o art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal, bem como o art. 18, “a” do RPAF/BA. Diz que a nulidade absoluta no presente Auto de Infração encontra-se justamente no fato de não ter a fiscalização enquadrado de forma específica com base em incisos e alíneas em que se fundamentou, fato que dificultou ou inviabilizou o exercício à ampla defesa pelo defendente, que transcreveu o art. 2º do RICMS/97, indagando em qual dos mais de doze inciso, vinte alíneas e dez parágrafos a fiscalização enquadrou a situação de fato e de direito. Assim, o defendente pede que seja declarada nula a autuação por afronta aos princípios da segurança jurídica e da moralidade, reproduzindo ensinamentos da tributarista Cleide Previtalli Cais. Comenta sobre o princípio da segurança jurídica e reproduz o art. 37 da Constituição Federal, assegurando que a observância dos mencionados princípios é imperiosa e a conduta da administração apartada desses ditames constitucionais fulmina de nulidade a autuação. Diz que a moralidade administrativa impõe o fiel cumprimento da lei e da ética, e não poderá a administração restringir ou dificultar o exercício por parte dos administrados, dos seus direitos, sob pena de nulidade absoluta. Salaria que qualquer ato praticado fora dos ditames da moralidade, legalidade e que afetem o direito de ampla defesa insculpido no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, encontra-se fulminado de nulidade. Assim, o defendente entende que foi apurado o débito exigido no presente lançamento

em desconformidade com os princípios constitucionais e administrativos, estando comprovado que o exercício da ampla defesa foi tolhido pela ausência de clareza. Afirma que a autuação trouxe como fundamentação o art. 3º do RICMS/BA, que se refere ao fato gerador do imposto na prestação de serviço de transporte e basta uma análise no contrato social da empresa para se evidenciar que o autuado não presta tais serviços.

Outra alegação de nulidade é quanto à quebra de sigilo, entendendo o defendente que informações e dados encontram-se protegidos pelo sigilo, e para a quebra de sigilo, uma série de elementos devem estar presentes. Entende que não se deve afirmar que as informações prestadas por operadora encontra respaldo legal que a legitime, e neste sentido, afirma que não estão presentes os elementos que viabilizem a utilização de dados TEF para fins de autuação. Portanto, o defendente argüi a nulidade absoluta do Auto de Infração, assegurando que a empresa jamais autorizou o fornecimento de informações, incumbindo ao Fisco provar o contrário, com vista a viabilizar sua conduta. Reproduz o art. 5º da LC 105, e diz que da análise do mencionado dispositivo legal depreende-se que a utilização das informações das operadoras de cartão de crédito depende de regulamentação por parte administração tributária federal. Transcreve o art. 6º da mencionada Lei Complementar e afirma que no citado artigo encontra-se a possibilidade de o Fisco Estadual utilizar-se de informações e analisar os documentos fiscais das operadoras de cartão de crédito, mas essa viabilidade depende de regulamentação por parte do Poder Executivo Estadual. Essa necessidade decorre do princípio da plena vinculação da Administração Pública, inexistindo margem de discricionariedade das autoridades da Administração. O defendente apresenta o entendimento de que, para a SEFAZ utilizar os TEFs com a quebra de sigilo, devem ocorrer as seguintes situações: a) autorização do contribuinte; b) o Poder Executivo Estadual regulamentar em quais situações a quebra seria viável. Alega que ficou evidenciado que a quebra de sigilo realizada pelo Fisco Estadual é absolutamente ilegal e arbitrária, não podendo colher dados por meio da mesma para quaisquer fins de direito.

No mérito, o defendente alega que constatou inconsistências no levantamento fiscal. Primeiro porque as informações colhidas junto às administradoras são imprestáveis para os fins a que se destinaram, mesmo porque o faturamento do autuado é efetuado pelo regime de competência, e o levantamento de cartões de crédito ou de débito é realizado pelo regime de caixa, e havendo inconformidade de regimes, inviabiliza qualquer comparativo. Diz, ainda, que as planilhas com os valores apurados pela fiscalização apresentam zero em todas as linhas correspondentes às reduções “Z”, o que significa que a fiscalização considerou esse dado como tem tendo havido faturamento do autuado, esquecendo-se da existência de outros tipos de documentos fiscais, que se prestam ao cumprimento das obrigações tributárias, salientando que nem mesmo o Cupom Fiscal é documento idôneo para o trânsito de mercadorias. Quanto à alíquota aplicada, o defendente argumenta que está sujeito ao regime de tributação diferenciado do SIMBAHIA, e os valores apurados deveriam ter sido calculados com base na tabela progressiva de alíquotas aplicáveis ao mencionado regime. Alega, também, que não foi verificado o livro registro de empregados, tendo em vista que não foi indicado na planilha elaborada pelo autuante o número de empregados, e isso acarretaria uma redução do ICMS cobrado. Por fim, o autuado informa que considera como correto o levantamento que incluía os documentos fiscais pertinentes (Notas Fiscais emitidas no período fiscalizado). Requer a declaração de nulidade do Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 155 a 158 dos autos, inicialmente reproduz os fatos e faz uma síntese das alegações defensivas. Contesta as preliminares de nulidade, argumentando que em relação à alegação de falta de descrição clara e precisa da autuação, no Auto de Infração estão descritas a tipificação e a natureza da infração. Em relação à alegada quebra de sigilo, o autuante transcreve o art. 935 do RICMS/BA, informando que tal dispositivo regulamentar respalda a atuação do Fisco. Esclarece que em relação à planilha de fl. 10, questionada pelo defendente por conter coluna em branco, assim está porque o movimento do exercício de 2006, referente às vendas com cartão de crédito e de débito constante das reduções “Z”, apresentadas pelo contribuinte foi zero, e as notas fiscais de saídas apresentadas à fiscalização não discriminavam o

meio de pagamento nas vendas realizadas. Diz que recorreu ao sistema de informações da Secretaria da Fazenda, no qual obteve acesso às DAEs que confirmam a receita acumulada do contribuinte no exercício de 2006. Afirma que não procede a contestação do defendente em relação à alíquota aplicada, tendo em vista que se trata de autuação efetuada pelo cometimento de infração de natureza grave prevista na legislação. Transcreve o art. 408-L, inciso V, do RICMS/BA, e quanto ao enquadramento da infração no art. 915, III do RICMS, esclarece que o cálculo do imposto foi efetuado de acordo com o art. 408-S, § § 1º e 2º do mencionado Regulamento. Quanto à não inclusão de número de empregados diz que a explicação é lógica, tendo em vista que a planilha de fl. 08 do PAF foi elaborada com o único propósito de se apurar a receita mensal do estabelecimento e não, para exigir ICMS. Assegura que a quantidade de empregados lançada pelo autuado não causou qualquer repercussão na apuração do imposto devido. Finaliza, pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

Considerando a alegação do autuado de que além de cupons fiscais, outros tipos de documentos fiscais se prestam ao cumprimento das obrigações tributárias correspondentes aos boletos emitidos pelas vendas realizadas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, e que o levantamento fiscal foi efetuado a partir dos valores das receitas informadas pelo autuado, conforme DAEs Detalhados acostados aos autos, esta Junta de Julgamento Fiscal, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para o autuante:

- 1 – Intimar o autuado a apresentar demonstrativo referente aos boletos das operações com cartões de crédito ou de débito e correspondentes Notas Fiscais ou Cupons Fiscais emitidos.
- 2 – Confrontar o demonstrativo do item anterior com os documentos originais do autuado, fazendo as exclusões em relação aos documentos apresentados pelo defendente, que comprovem a efetiva existência de documentação fiscal correspondente à venda efetuada com cartão de crédito ou de débito, de acordo com as respectivas datas e valores.
- 3 – Elaborar novo demonstrativo indicando o débito remanescente.

De acordo com a nova informação fiscal prestada à fl. 163, em virtude de o autuado não ter atendido a intimação de fl. 164 do PAF para apresentação de demonstrativo referente aos boletos das operações com cartões de crédito/débito e correspondentes documentos fiscais emitidos, não foi possível cumprir a diligência solicitada por esta 3ª JF, razão pela qual, o PAF foi devolvido para as necessárias providências.

## **VOTO**

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 comentários sobre os princípios da legalidade e da verdade material, e 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. Foi acostado ao presente processo o Relatório Diário por Operação TEF, sendo fornecido ao defendente o mencionado relatório, conforme intimação à fl. 71 e respectivo Aviso de Recebimento à fl. 72 do PAF.

Quanto à alegação defensiva de que houve cerceamento do direito de defesa por erro no enquadramento legal da autuação fiscal, observo que eventuais incorreções alegadas pela defesa não implicam nulidade haja vista que, pela descrição dos fatos ficaram evidentes as infrações apuradas.

Autuado também alegou que houve quebra de sigilo, entendendo o defendente que informações e dados encontram-se protegidos pelo sigilo, e para a quebra de sigilo, uma série de elementos devem estar presentes; assegura que a empresa jamais autorizou o fornecimento de informações, incumbindo ao Fisco provar o contrário, com vista a viabilizar sua conduta. O defendente apresenta o entendimento de que, para a SEFAZ utilizar os TEFs com a quebra de sigilo, devem ocorrer as seguintes situações: a) autorização do contribuinte; b) o Poder Executivo Estadual regulamentar em quais situações a quebra seria viável.

Observo que as informações concernentes às operações efetuadas por contribuintes do ICMS através de cartão de crédito ou de débito são fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito, conforme estabelece o art. 824-W e seus parágrafos 1º e 2º, abaixo reproduzido, inexistindo qualquer irregularidade, como entendeu o defendente.

*Art. 824-W. 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 ICMS através de seus sistemas de crédito, débito ou similares.*

*§ 1º Ato específico do Secretário da Fazenda disporá sobre prazo e forma de apresentação das informações.*

*§ 2º São competentes para solicitar a qualquer momento a entrega de relatório específico, impresso em papel timbrado da administradora, relativo à totalidade ou parte das informações apresentadas, o titular da Diretoria de Planejamento da Fiscalização (DPF) e das diretorias de administração tributária.*

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa.

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, no período de março a setembro de 2006, conforme demonstrativo acostado aos autos à fl. 09.

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 7.014/96:

*“Art. 4º*

*§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimidos 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 imposto 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, e não cabe 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 foi fornecido ao sujeito passivo o Relatório Diário por Operação TEF (fls. 25 a 68), o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito, e o defendente 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.

Não assiste razão ao defendente quanto ao argumento relativo às planilhas com os valores apurados pela fiscalização que apresentam zero em todas as linhas correspondentes às reduções “Z”, tendo em vista que embora o demonstrativo de fl. 10 não conste qualquer dado correspondente às reduções “Z”, a planilha de cálculo de fl. 09, indica os valores das vendas realizadas, que foram computados no levantamento fiscal no período objeto do presente lançamento.

Quanto ao argumento defensivo de que a fiscalização não considerou a existência de outros tipos de documentos fiscais, que se prestam ao cumprimento das obrigações tributárias, o autuado não apresentou qualquer documento ou levantamento para comprovar a sua alegação e contrapor a apuração efetuada pelo autuante, nos termos do art. 123 do RPAF/99.

Vale ressaltar, que por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, o autuado foi intimado a apresentar demonstrativo referente aos boletos das operações com cartões de crédito ou de débito e correspondentes Notas Fiscais ou Cupons Fiscais emitidos (fl. 164). Entretanto, decorrido o prazo concedido, o defendente não apresentou qualquer documento, conforme informação prestada pelo autuante à fl. 163 dos autos.

Em relação ao argumento do autuado de que estava enquadrado no SIMBAHIA, e não foi levado em consideração o número de empregados no cálculo do imposto exigido, observo que, 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 defendente, e os cálculos efetuados pelo autuante (fl. 09), estão de acordo com a legislação. Mantida a exigência fiscal.

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

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206878.0033/06-0**, lavrado contra **COMERCIAL VALJUR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$14.224,58**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2008

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA