

A. I. Nº - 206956.0016/08-3
AUTUADO - ELIDAM COSTA DO NASCIMENTO
AUTUANTE - PAULO APARECIDO ROLO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 12/05/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0097-03/09

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 declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção (§ 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, com redação dada pela Lei 8.542/02). A apuração do imposto foi feita em consonância com a regra do art. 19 da Lei nº 7.357/98, com redação dada pela Lei nº 8.534/02, que manda abater do valor devido o crédito presumido de 8%, no caso de contribuinte do SimBahia. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 01/09/2008, refere-se à exigência de R\$7.057,81 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 janeiro a junho de 2007.

O autuado apresentou impugnação (fls. 30 a 40), alegando que em momento algum em que foi desenvolvida a ação fiscal, seja no início ou mesmo no encerramento, o autuante justificou o motivo de em uma mesma ação fiscal, relativa aos exercícios de 2006 e 2007, procedeu à lavratura de dois autos de infração sem autorização da autoridade competente para praticar tais atos. Não anexou aos mesmos cópia da justificativa, cópia da autorização e cópia do auto de infração anterior, dificultando, dessa forma, a defesa do autuado. Transcreve o art. 2º do RPAF/99 e diz que o enunciado deste dispositivo regulamentar informa a intenção do legislador baiano em assegurar aos contribuintes um tratamento justo e igualitário diante do contencioso fiscal, e que tal enunciado nos remete aos princípios de direito, constantes na Constituição Federal. Salienta que, da mesma forma, o Código Tributário Nacional, Lei Complementar à Constituição, ao regular a interpretação e integração da legislação tributária, eleva os princípios gerais de direito de forma a trazê-los à aplicação prática e imprescindível como forma de proteger o contribuinte, que tal afirmativa está evidenciada principalmente no artigo 112 do CTN.

Prosseguindo, o defendente argumenta que o a fiscalização, bem como os demais administradores públicos, têm o seu campo de ação delimitado pela lei, não podendo agir fora dos parâmetros fixados pelo legislador, porquanto sua função própria é a de aplicador das leis, de fazer as pessoas cumprirem as leis. Assim o administrador público não pode agir ao seu livre-arbítrio, somente podendo se comportar conforme o ordenamento predeterminado pelo

legislador, e não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir; não deve ter qualquer interesse próprio ou particular quando está o exercício de sua função legal. Reproduz trecho da Revista dos Tribunais sobre o assunto, e diz que a ação da autoridade fiscal, impulsionada pelo dever de ofício, tem de apurar o valor do tributo de acordo com os verdadeiros fatos praticados pelo contribuinte, considerando que o Fisco deve ter uma atuação oficial e imparcial para obtenção da verdade dos fatos. Portanto, o defendente entende que o presente lançamento, devido aos vícios que possuem levará fatalmente a decretação da sua nulidade, por inobservância do devido processo legal. Transcreve o art. 40 do RPAF/BA, ressaltando que numa mesma ação fiscal o ilustre autuante lavrou os Autos de Infração de números 206956.0014/08-0 e 206956.0016/08-3, sem motivo que justificasse tal procedimento, a não ser o de dificultar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão. Frisa que o lançamento do crédito tributário é um ato administrativo vinculado, portanto deve a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação; cita decisão do CONSEF por meio dos Acórdãos JJF Nº 0257-01/03, JJF Nº 0245-01/03 e JJF Nº 2204-01/01 e JJF Nº 0351-01/02, transcrevendo as ementas. Argui como prejudicial de validade e eficácia, a necessária apreciação, para declarar a total nulidade do Auto de Infração em apreço, conforme demonstrado em decisões anteriores, tudo por ser de direito e justo. Por fim, o defendente requer que seja decretada a total nulidade do presente Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 51 dos autos, diz que o Auto de Infração de nº 206956.0016/08-3 se refere ao período fiscalizado de 01/01/2007 a 30/06/2007, e o Auto de Infração de nº 206956.0014/08-0 corresponde ao período de 01/01/2006 a 31/12/2006, portanto, dispensa autorização do Inspetor Fazendário porque não ficou caracterizado o mesmo período fiscalizado. Finaliza, mantendo a ação fiscal, pedindo a procedência do presente Auto de Infração. Juntou cópia do Auto de Infração de nº 206956.0014/08-0.

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.

O defendente suscitou nulidade da autuação fiscal, alegando que o autuante não justificou o motivo de numa mesma ação fiscal, relativa aos exercícios de 2006 e 2007, proceder à lavratura de dois autos de infração sem autorização da autoridade competente para praticar tais atos. Não anexou aos mesmos, cópia da justificativa, cópia da autorização e cópia do auto de infração anterior, dificultando, dessa forma, a defesa.

Conforme estabelece o art. 40 do RPAF/99, “em casos especiais, mediante justificativa circunstanciada do Auditor Fiscal, o Inspetor Fazendário poderá autorizar a lavratura de mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado, de modo a facilitar o exercício da ampla defesa e o deslinde da questão, anexando-se a cada Auto cópia da justificativa e da autorização”. Neste caso, o parágrafo único deste mesmo artigo prevê que deve ser anexada em cada Auto de Infração, cópia do Auto ou dos Autos de infração anteriores.

Está consignada no presente Auto de Infração a Ordem de Serviço de nº 512239/08, referente ao período fiscalizado de 01/01/2007 a 30/06/2007, e à fl. 52 dos autos consta a cópia do Auto de Infração anterior indicando a Ordem de Serviço de nº 508456/08 referente ao período fiscalizado de 01/01/2006 a 31/12/2006. Portanto, foram expedidas duas Ordens de Serviço para duas fiscalizações distintas e períodos fiscalizados distintos.

Observo que no caso em exame, foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização em 22/07/2008 (fl. 05), sendo realizada Intimação para Apresentação de Livros e Documentos, constando a data de ciência do contribuinte ou representante legal em 01/07/2008. No mencionados documentos, que

caracterizam o início da ação fiscal, nos termos do art. 26, incisos II e III do RPAF/BA, foi informado o período fiscalizado de 01/01/2007 a 30/06/2007. Portanto, se houve a lavratura de outro Auto de Infração relativo ao outro período fiscalizado, não se refere ao mesmo exercício desta autuação fiscal, não se aplicando o disposto no art. 40 do RPAF/BA, como entendeu o defendente.

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.

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 janeiro a junho de 2007, conforme demonstrativos acostados aos autos (fls. 07/21).

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, 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”.

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 foram fornecidos ao sujeito passivo os Relatórios Diários por Operação TEF, conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos à fl. 26 do PAF, 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 não ocorreu, tendo em vista que nas razões de defesa o sujeito passivo apenas apresentou preliminar de nulidade da autuação fiscal. Portanto, não foi acostada aos autos qualquer comprovação que pudesse elidir a exigência fiscal, nos termos do art. 123 do RPAF/BA.

Observo ainda, que estando o autuado enquadrado no SIMBAHIA, na condição de microempresa, e 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, com redação dada pela Lei nº 8.534/02. Assim, acatando os valores apurados no

levantamento realizado pelo autuante, concluo pela subsistência do presente lançamento, conforme o demonstrativo de fl. 07.

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 206956.0016/08-3**, lavrado contra **ELIDAM COSTA DO NASCIMENTO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$7.057,81**, 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, 27 de abril de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA