

A. I. Nº - 117227.0034/07-1
AUTUADO - BRUTAMAS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - ROQUE PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 23.10.09

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0359-04/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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 EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/09/2007, exige ICMS no valor de R\$ 22.459,96, em razão da omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período janeiro - dezembro 2006.

O autuado ingressa com defesa, fls. 18 a 36 relatando que é empresa tradicional no ramo de prestação de serviços de reparação de calçados, atuando ainda, apesar de não ser o foco principal no ramo de comércio varejista de produtos para couro, sendo franqueada da SAPATARIA DO FUTURO, rede nacional, cumpridora de suas obrigações fiscais em todos Estados onde atua. Diz que mais de 95% das operações efetuadas é na prestação de serviço de reparos de calçados e ínfima a participação da venda de mercadorias.

Discorre sobre o direito a ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV, CF/88); as premissas do lançamento fiscal, contidas no RPAF/BA, artigos 4º e 17º; entende que o agente fiscal descuidou do princípio da legalidade e incidiu nas barras do art. 316, § 1º, Código Penal que trata do excesso de exação, do art. 319, CP, que cuida do crime de prevaricação. Diz que houve quebra de sigilo bancário por utilizar dados das instituições financeiras sem autorização judicial (art. 5º, XII, CF/88), citando o professor TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ. Ressalta que ainda quando haja anuência do Poder Judiciário, a constituição determina que a quebra do sigilo deve objetar as finalidades de investigação criminal e instrução do processo penal citando desta feita ALEXANDRE DE MORAES, não estando tal procedimento no âmbito da autoridade administrativa, transcrevendo a favor de sua tese o recurso voluntário 099082 do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Pede nulidade do ato consubstanciado nos atos supracitados e Súmula 473, STF.

No mérito, argumenta não haver fato gerador, porque a operação em tela está sob a regência do ISS, de competência municipal, nos termos do art. 156, III, CF/88. Requer perícia fiscal e contábil.

Finaliza pedindo improcedência da autuação por inexistência de relação obrigacional tributária e juntada posterior de documentos.

O autuante presta a informação fiscal às fls. 79/81, aduz, inicialmente, que o presente auto de infração não contém vícios formal ou material, descabida, pois a alegação de improcedência ou nulidade.

Informa que apensou aos autos planilhas do levantamento fiscal e fez a entrega dos arquivos eletrônicos e demais demonstrativos. Diz que o auto de infração foi lavrado em consonância com a legislação e que deduziu dos valores informados pelas administradoras de cartões os valores constantes da redução Z da ECF adicionando as vendas feitas mediante a emissão de notas fiscais.

Assevera que a atividade principal do autuado cadastrada na Secretaria da Fazenda deste Estado é comércio varejista, não constando nenhuma outra secundária, ainda assim considerou os valores de prestação de serviço constante na DME, na ordem de 1/12 para cada mês e valor total de R\$ 29.811,90.

Revela que concedeu ainda o crédito presumido de 8% previsto para empresa do SIMBAHIA e que a exigência foi reduzida para R\$ 19.776,89, conforme planilha em anexo.

Mantém a autuação com a alteração supra mencionada.

Intimado a conhecer acerca da informação fiscal às fls. 85/86, o contribuinte não se manifestou.

VOTO

O Auto de Infração em lide acusa a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório das vendas realizadas por meio de cartões de crédito e de débito e o valor informado pelas operadoras de cartões de crédito e de débito.

Cumpre, antes, apreciar as questões formais argüidas pelo sujeito passivo.

01. Ampla defesa e ao contraditório (art. 5º, LV, CF/88). Inexiste no procedimento fiscal qualquer elemento que autorize a nulidade do presente auto de infração ou inobservância aos fundamentos de validade do auto de infração, porque lavrado de acordo com o disposto no art. 39, do RPAF/99. Ademais, o autuado pode exercer com liberdade o direito a ampla defesa e o contraditório, fazendo serem conhecidas todas as suas alegações. Constatado, portanto, a existência dos elementos fundamentais na constituição do presente lançamento tributário, não acato, por isso, o pedido de nulidade.

02. Excesso de exação (art. 316, § 1º, Código Penal); Prevaricação (art. 319, Código Penal). Não há falar em crime de excesso de exação, uma vez que este configura a exigência de “tributo ou contribuição social que o funcionário sabe ou deveria saber indevido, ou ainda quando emprega na cobrança, meio vexatório ou gravoso que a lei não autoriza”, tampouco prevaricação, visto que não se observa nos autos qualquer prática do agente contra disposição legal para satisfação de interesse pessoal. No caso, o agente fiscal cuidou dos requisitos formais na constituição do crédito tributário, pautando-se também pelas exigências formais do art. 142, CTN, permitindo ao mesmo tempo o nascimento da obrigação tributária pelo lançamento de ofício e espaço para a impugnação desse mesmo lançamento, iniciando o processo fiscal.

03. Sigilo bancário (art. 5º, XII, CF/88). O Convênio ECF 01/01 estabeleceu que as informações sobre o faturamento de estabelecimentos usuários de ECF seriam prestadas por administradoras de cartões de crédito. A Lei 7.014/96 que trata do ICMS no Estado da Bahia determina em seu art. 35-A, que 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 imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares (Lei nº 9.837, de 19.12.05). Não existe, portanto, qualquer manifestação contra sigilo bancário, na presente ação fiscal.

04. Perícia Fiscal. O autuado requereu a produção de prova pericial para verificar a procedência das suas alegações. Perícia, conforme indica o art. 150, II RPAF, implica realização de vistoria ou exame de caráter técnico e especializado que se presta ao esclarecimento de certos fatos, efetuada por pessoa de reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada. Não vislumbro, entretanto, tal necessidade, tendo em vista que a solução da matéria em questão independe de tal providência, tampouco de qualquer outra diligência. Indefiro, portanto, tal pedido, nos termos do art. 147, §2º, II, RPAF.

Superadas as questões preliminares, adentremos ao mérito da lide.

Consoante o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “o fato de a escrituração indicar, entre outras situações, 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”.

O sujeito passivo em suas razões defensivas contestou o cometimento da infração argumentando não haver fato gerador, porque a operação em tela está sob a regência do ISS, de competência municipal, ou, mais precisamente, que mais de 95% das operações efetuadas é na prestação de serviço de reparos de calçados e ínfima a participação da venda de mercadorias.

O autuante, a seu tempo, na sua informação fiscal, diz que a atividade principal do autuado é de comércio varejista, ainda assim considerou os valores de prestação de serviço constante na DME, o que reduziu a exigência para R\$ 19.776,89.

Verifico que o autuado não juntou ao processo boletos dos cartões e documentos fiscais que pudessem comprovar a efetiva prestação de serviço, entre os valores informados pelas instituições administradoras dos cartões, muito embora lhe tenha sido disponibilizada a cópia do Relatório TEF diário de operações (fl. 06), relativo às operações praticadas pelo seu estabelecimento, com os quais poderia elidir a presunção imputada comprovando a regularidade das operações não sujeitas ao ICMS e pagas com cartões de crédito / débito, da forma como alega.

Como nada apresentou, a alegação defensiva constitui mera negativa de cometimento da infração, o que à luz do art. 143 do RPAF/BA não desonera o autuado de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Outrossim, ainda é incabível a argüição de que não pratica operações comerciais ou que o faz em percentual ínfimo, tendo em vista que constam dos autos diversas notas fiscais de aquisição de mercadorias (fls. 54/72); pagamento de ICMS antecipação parcial (fls. 74/77); além de valores considerados na DME (Declaração de Movimento Econômico), fl. 82. Ainda assim, o autuante considerou a totalidade dos valores lançados na DME a título de prestação de serviço, excluindo da base de cálculo o valor de R\$ 29.811,90, conforme demonstra a planilha de apuração de fl. 84, que reduziu o ICMS exigido de R\$ 22.459,96 para R\$ 19.776,89.

Desta forma, como a infração apurada está disciplinada no inciso III do art. 915 do RICMS/BA, já que se trata de infração decorrente de realização de roteiro de Auditoria em relação às vendas realizadas através de Cartão de Crédito/Débito, entendo que foi correta a adoção da metodologia para apuração do imposto devido, inclusive, foi observado o percentual de 8% previsto em lei, a título de crédito fiscal, na determinação do valor do imposto a recolher (Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98), por ser o contribuinte inscrito no regime simplificado de apuração do imposto, SIMBAHIA, conforme art. 408-S do RICMS/BA.

A final, tratando-se a infração de uma presunção legal relativa, em existindo outros elementos de prova diversos dos já considerados, inclusive venda de serviços, cujo pagamento tenha efetivamente ocorrido através de cartões de crédito ou de débito, competia ao contribuinte juntar ao documento fiscal próprio, o boleto comprovante dessas operações com cartão para fins de confronto com o relatório TEF, do que não cuidou o autuado.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 117227.0034/07-1, lavrado contra **BRUTAMAS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

o pagamento do imposto no valor de R\$ 19.776,89, 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, 15 de outubro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

ANONIO CÉSAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR