

A. I. N° - 178891.9013/07-8
AUTUADO - WEDELL CARVALHO DO CARMO
AUTUANTE - NELSON LIMA GARCEZ MONTENEGRO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 18.12.09

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0423-04/09

EMENTA: ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 27/12/2007, para constituir o crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de R\$32.993,10, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributadas 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.

O autuado, às folhas 26/27, ao impugnar o lançamento tributário argüiu nulidade por entender :

1- o autuante não fez a apuração detalhada e circunstanciada das vendas realizadas pela empresa;
2- alega cerceamento do direito de defesa, citando que a Constituição Federal determina que todo e qualquer acusado do cometimento de um delito ou infração, deve, previamente, conhecer todos os termos do processo de que é acusado, inclusive, a penalidade aplicável, ou seja, não deve no Auto de Infração constar apenas que a penalidade no caso seria a pena de revelia, devem constar quais as consequências no caso de contumácia do autuado e para isso, a peça de autuação deve constar, expressamente, no seu inteiro teor, a advertência da segunda parte do artigo 285 do Código de Processo Civil.

3- por não levar em consideração a condição de o autuado ser empresa enquadrada no SimBahia e o autuante aplicou a alíquota de 17%.

Ao finalizar, requer nulidade da autuação.

O auditor autuante, fl. 30, ao prestar a informação fiscal, diz reconhecer que houve equívoco no levantamento fiscal acostado aos autos, pois não foram computados os valores das fitas de Redução Z e das notas fiscais de venda ao consumidor apresentadas pelo contribuinte.

Informa que acosta às folhas 35 a 72 as planilhas corrigidas, com redução substancial dos valores.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal e dos novos demonstrativos e levantamentos, sendo intimado sobre o prazo legal para se manifestar.

Em nova manifestação defensiva, fls. 77/79, argüiu nulidade em função de:

1- não constar do texto da intimação a incidência legal da preclusão;
2- não se aplica o parágrafo 1º do artigo 18 do RPAF/BA, por entender que na revisão fiscal houve alteração de todo conteúdo de mérito da autuação.

Ressalta que o autuante reconheceu que houve redução substancial do valor autuado, transcreve toda a informação fiscal.

Ao final, requer a decretação de nulidade, reitera os termos da defesa, protesta por todos os meios de provas, juntada de novos documentos, perícia contábil.

Em nova manifestação fiscal, o autuante, fl. 82, diz que todas as dúvidas foram dirimidas, com a concordância do contribuinte quanto aos valores recalculados, opinando pela redução dos valores.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência da 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Inicialmente, em relação a argüição de constitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Afasto as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, pelas razões que passo a expor.

Quanto a primeira preliminar de nulidade, o contribuinte alega que o autuante não fez a apuração detalhada e circunstanciada das vendas realizadas pela empresa, esse argumento não pode ser acolhido, uma vez que nos levantamentos acostados aos autos, que embasaram a autuação, constam todos os dados necessários para caracterização da infração. Se o autuante deixou de considerar alguma nota ou cupom fiscal, essa questão será tratada quando da análise do mérito da autuação, não sendo caso de nulidade.

No tocante a segunda preliminar de nulidade, alega o contribuinte que teria direito de conhecer todos os fatos antes da lavratura do Auto de Infração, o mesmo não pode ser acolhido por falta de previsão legal, uma vez que a legislação em vigor determina que após a lavratura do Auto de Infração, somente após a lavratura, o sujeito passivo, no caso o contribuinte autuado, deve ser notificado da autuação, recebendo cópia de todos os demonstrativos e levantamentos fiscais, sendo intimado do prazo de 30 (trinta) dias para efetuar o pagamento ou apresentar defesa, o que foi plenamente atendido no caso em lide.

Em relação a terceira preliminar de nulidade, alega o contribuinte que o autuante não levou em consideração a condição de ser empresa enquadrada no SimBahia e aplicou a alíquota de 17%, essa questão também será analisada quando da avaliação do mérito da autuação, pois não se trata de questão de nulidade.

Relativamente a quarta preliminar de nulidade, alega o contribuinte que não consta do texto da intimação a incidência legal da preclusão, também não é causa de nulidade, uma vez não existe na legislação do ICMS tal exigência com entendeu o defensor.

No que concerne a quinta preliminar de nulidade, alega o contribuinte que a revisão fiscal realizada pelo autuante alterou todo o conteúdo de mérito da autuação, igualmente, como as demais argüições nulidade, não pode ser acolhida, uma vez que a redução do valor autuado, em função de documentos fiscais não considerados inicialmente, não é causa de nulidade, trata-se de questão relativa ao mérito da autuação. A revisão do levantamento fiscal foi embasada no parágrafo 1º do artigo 18 do RPAF/BA.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a”, do RPAF/99.

No mérito, observo que o levantamento realizado pelo autuante comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo

contribuinte com vendas realizadas com cartão de crédito e/ou débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito, conforme previsão do art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

....

§ 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.”

Constatei que foram acostados aos autos, pelo autuante, para embasar a infração Relatório das Operações TEF – Diários entregues conforme recibo à folha 18, novos demonstrativos às folhas 35 e 54, e demonstrativo da “Apuração das Vendas em cartões de Débito/Crédito, pelas Reduções Z”, fls. 36 e 37, para o exercício de 2006, e relação das Notas Fiscais de venda que foram incluídas no levantamento, fls. 38 a 53, exercício de 2006. Para o exercício de 2007, fl. 54, Apuração Mensal, constando o crédito de 8%, “Apuração das Vendas em cartões de Débito/Crédito, pelas Reduções Z”, fls. 55 e 56, e relação das Notas Fiscais de venda que foram incluídas no levantamento, fls. 57 a 72.

Não pode ser acolhido o argumento defensivo no qual o impugnante questiona a aplicação da alíquota de 17%, prevista para o ICMS apurado pelo regime normal, sob o fundamento de se encontrar enquadrado no SimBahia, já que a imputação em comento foi incluída na legislação referente ao SimBahia como de natureza grave (art. 408-L, do RICMS/97) a partir de 01/11/00, e nessas circunstâncias, de acordo com o art. 408-P, do RICMS/97 o contribuinte fica sujeito ao pagamento do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais.

Observo, ainda, que foi concedido o crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, como determina o § 1º do art. 408-S do mesmo regulamento.

Acolho o demonstrativo de débito revisado pelo autuante quando da informação fiscal, folhas 35 a 72, pois, como informou o autuante, houve equívoco no levantamento fiscal inicial, uma vez que não incluiu os valores das Reduções Z e das notas fiscais de venda a consumidor apresentadas pelo contribuinte.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme abaixo:

DATA OCORR	ICMS DEVIDO
31/7/2006	1.726,04
31/8/2006	1.890,22
30/9/2006	1.327,83
31/10/2006	1.356,19
30/11/2006	867,40
31/12/2006	924,61
31/1/2007	1.570,18
28/2/2007	896,87
31/3/2007	994,30
30/4/2007	0,00
31/5/2007	2.685,46
30/6/2007	2.614,51
TOTAL	16.853,61

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **178891.9013/07-8**, lavrado contra **WENDELL CARVALHO DO CARMO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.853,61**, 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, 09 de dezembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR