

PROCESSO - A. I. N° 207162.0011/08-4
RECORRENTE - LITORAL COMERCIAL DE PRODUTOS LTDA. (DPNORT)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0070-03/10
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 08/04/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0062-11/11

EMENTA: ICMS. 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 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. O sujeito passivo não comprovou a improcedência da presunção. Não foi possível aplicar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07, tendo em vista que o autuado, mesmo formal e reiteradamente intimado, não apresentou os elementos imprescindíveis para o cálculo. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou procedente o Auto de Infração, lavrado em 29/03/2008, para imputar o cometimento de infração pela falta de recolhimento do imposto, constatada pela 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 informado por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de julho a dezembro de 2006 e de janeiro a junho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$50.338,96, acrescido da multa de 70%.

A 3ª JJF julgou a lide administrativa, em síntese, sob estes fundamentos:

“(...)Verifico que, ante a não apresentação pelo autuado de quaisquer comprovações atinentes às operações com pagamento através de cartões de crédito/débito, devem prevalecer as planilhas comparativas de vendas por meio de cartão de crédito/débito, acostada à fls. 08 e 11, dos autos, que apontam as diferenças encontradas, resultando no total de R\$201.456,93, de julho a dezembro de 2006 e de R\$94.654,63 de janeiro a junho de 2007 fl. 11, o que representa a base de cálculo do imposto apurado no valor de R\$50.338,96. Ademais, assiste razão ao autuante ao frisar em sua informação fiscal que, de acordo com a declaração do próprio autuado, contida na DMA consolidada de 2006, fl. 60, as vendas totais desse exercício, comparadas com as informações informadas pelas administradoras de cartões de créditos e financeiras, fl. 59, são significativamente inferiores, ou seja, R\$263.048,22, declaradas na DMA e R\$589.828,54, informadas pelas administradoras e financeiras.

Ao compulsar os elementos que integram os autos constato que o autuado foi intimado para apresentação das notas fiscais e redução “Z” do período fiscalizado, por duas vezes em 09/01/08, fl. 06, e 18/03/08, fl. 07, não se manifestando em nenhuma delas. Por ocasião do atendimento de diligência solicitada pela 4ª JJF, foi concedido mais uma vez prazo de trinta dias para apresentação da documentação supra referida para que pudesse comprovar as suas alegações aduzidas na defesa e, mesmo assim, não carreou aos autos documentação alguma para elidir a acusação que lhe fora imposta no presente Auto de Infração. Requereu ao inspetor fazendário, fl. 74, mais trinta dias de prazo adicional para o atendimento da diligência, tendo sido concedido, fl. 79, entretanto, manteve-se omissa na apresentação da documentação requerida. Pleiteou mais dez dias de prazo que não fora atendido. Diante desta manifesta sequência persistente de inércia por parte do autuado em carrear aos autos a comprovação documental de suas alegações defensivas, considero restar evidenciada a caracterização da infração objeto do presente Auto de Infração.

Assim, ante o flagrante descumprimento pelo autuado do quanto preconizado nos §§ 1º e 5º do art. 123 do RPAF/99, tendo em vista que no decurso do processo, sem êxito algum, foram concedidas ao sujeito passivo, reiteradas oportunidades para comprovar a improcedência da presunção legal, e considerando a inequívoca

ausência de elementos de provas capazes de elidir a acusação fiscal, entendo que a autuação remanesce subsistente."

Irresignado com o teor do julgado pela procedência da autuação, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário de fls. 112/120, arguindo, inicialmente, a tempestividade do apelo, o enquadramento legal do lançamento fiscal e sua nulidade absoluta por ter sido omitido o art. 2º, do RICMS como base legal autorizadora da autuação, que foi feita de modo incompleto e aleatório, desobedecendo ao disposto no art. 5º, LV e LVI da CF. Disse que a autuação deve ser clara, completa e precisa para não violar o direito à ampla defesa e ao contraditório, tendo transrito, nessa senda, a regra do art. 18, IV do RPAF, e o art. 37 da CF, invocando os princípios administrativos da ética, legalidade e moralidade. Alegou que a capitulação legal está divorciada da realidade fática, que a autuação foi enquadrada, ainda, como sendo o art. 32 do RICMS.

Invocou víncio de nulidade também, sob o fundamento de que houve ilegal quebra do dever de sigilo financeiro, citando o art. 6º da LC 105/2001, já que não houve autorização judicial e/ou legal para que o fisco tivesse acesso irrestrito à sua movimentação financeira, através das TEF anexas ao lançamento, e que, por isto, a teor do art. 1º, § 1º, VI, disso depender de regulamentação, e também que seria necessária à instauração do PAF.

Sob o título “DEMAIS INCONSISTÊNCIAS DO AUTO DE INFRAÇÃO”, mencionou ainda, que tais informações oriundas das operadoras de cartão de crédito são inservíveis para a finalidade utilizada, pois o seu faturamento é pelo regime de competência, e as informações são baseadas no regime de caixa.

Alegou, também, que as planilhas demonstrativas -dados da redução Z -, quanto estejam assinadas pelo auditor, estão em branco com os campos “zerados”, e que não foram considerados outros documentos como notas fiscais modelo D-1 e modelo 1-A, e que o cupom fiscal não é documento idôneo para o trânsito da mercadoria. Finalizou pugnando pela declaração de nulidade absoluta.

A PGE/PROFIS proferiu Parecer às fls. 130/135, refutando as preliminares de nulidade, sob o entendimento de que a imputação está regularmente tipificada, clara e precisa com esteio na legislação tributária estadual, tendo atendido os requisitos do art. 39, do RPAF/99, bem como os princípios constitucionais. Trouxe à baila o Convênio ECF 01/01, bem assim os dispositivos 35-A do RPAF/BA e 824-W do RICMS/BA e § 3º, do art. 1º, da LC 105/01.

Considerou que as provas são contundentes, no sentido de que o direito de defesa e do contraditório foram respeitados, rechaçando a alegação de quebra indevida do sigilo financeiro, à vista do § 4º, da Lei nº 7.014/96, e que, em havendo saldo credor de Caixa, suprimento de caixa não comprovado ou manutenção no passivo de obrigação já pagas ou inexistentes, e a entrada de mercadoria não contabilizada ou, ainda, declaração pelo contribuinte de vendas em valor inferior àqueles informados pelas operadoras de cartão de crédito, fica autorizada a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias não oferecidas à tributação.

Observou que o contribuinte, embora tenha sido intimado duas vezes para apresentar notas fiscais e redução Z, nada fez nesse sentido para elidir a presunção, o que resultou na impossibilidade da ASTEC de atender à diligência advinda da JJF, para aplicação da proporcionalidade. Concluiu pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Cuidam os autos em derredor da prática, pelo recorrente, de omissão de saída de mercadoria nos meses de julho a dezembro de 2006 e de janeiro a junho de 2007, em decorrência da comparação entre as informações remetidas pelas administradoras de cartão de crédito/débito e os valores declarados pelo sujeito passivo.

Da análise dos elementos dos autos e da legislação aplicável à matéria, devo consignar, de logo, que essa presunção é legítima e que a JJF julgou acertadamente a lide, considerando o PAF em harmonia com o art. 39, do RPAF/99, tendo sido atendidos os respectivos requisitos legais.

Não assiste, portanto, razão alguma para o recorrente alegar que seu direito à ampla defesa e ao contraditório não foi respeitado, pois não é isto que se extrai do PAF.

Ademais disso, a alegação de que o PAF é nulo ante a quebra de sigilo financeiro, é vazia de sentido e colide com o que preconiza o § 3º, do art. 1º, do Convênio ECF nº 01/01 - que se constitui em permissivo normativo para que as administradoras de cartão de crédito prestem informações à Secretaria de Fazenda Federal, Estadual, Distrital e Municipal -, inexistindo, portanto, qualquer ilegalidade, como, equivocadamente, o contribuinte considerou.

É certo, também, que foi por ele olvidada a regra dos arts. 35-A da Lei nº 7.014/96 e o art. 824-W do RICMS/BA, que impõe expressamente que as administradoras prestem esses esclarecimentos ao fisco, legislação estadual essa que está consonante com o disposto no § 3º do art. 1º da LC 105/01, a conduzir à ilação de que tal prestação de informações não se constitui violação do dever de sigilo.

Como pontuado, também, pela PGE/PROFIS, a autuação está regularmente tipificada, idem quantos aos fatos ali descritos, não rendendo ensejo à dúvida, tanto que o sujeito passivo defendeu-se amplamente.

A par disso, o autuante procedeu ao trabalho de fiscalização, baseando-se em roteiro, no qual confrontou as saídas declaradas pelo contribuinte com as vendas informadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito, gerando, daí, a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, nos moldes do § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, que a autoriza expressamente.

Sucedeu-se que, mesmo intimado pela fiscalização em duas oportunidades distintas para exibir e acostar aos autos as notas fiscais e a redução Z, a fim de viabilizar a comprovação das alegações defensivas e, com isso elidir, consistentemente, essa presunção, o recorrente manteve-se inerte, obstando o autuante, consoante diligência determinada pela JJF, de aplicar no cálculo do imposto a proporcionalidade, a teor da Instrução Normativa nº 56/07, por desinteresse do próprio sujeito passivo.

Concluo, por tais argumentos, que é legítima a presunção advinda do confronto levado a cabo pelo autuante, considerando, para a elaboração do levantamento fiscal de fls. 08/11, as informações contidas no Relatório TEF, as quais, por seu turno, tiveram o condão de evidenciar que as operações de saídas por meio de cartão de crédito e débito declaradas pelo contribuinte ao Fisco foram em valor inferior àquelas informadas pelas administradoras de cartão de crédito, havendo nos autos a comprovação do fato imponível.

Inacolho, destarte, os argumentos recursais que inovaram a sucinta impugnação inicial de fls. 26/27, para, assim, confirmar a Decisão guerreada, pois escorreita.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207162.0011/80-4**, lavrado contra **LITORAL COMERCIAL DE PRODUTOS LTDA. (DPNORT)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.338,96**, 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, 22 de março de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS