

A. I. N° - 206908.0018/10-4
AUTUADO - GIULLIANO NÓBREGA MALTA
AUTUANTE - ANDRÉ LUIZ FACCHINETTI DIAS SAMPAIO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 15.09.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0246-02/11

EMENTA: ICMS. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO 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 nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542/02). Presunção legal não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/03/2011, para exigência de ICMS no valor de R\$16.285,71, com base na acusação de falta de recolhimento do ICMS, referente a omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento em cartão de crédito e de débito em valores inferiores aos valores fornecidos por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, no período de janeiro a dezembro de 2006, conforme planilhas e documentos às fls. 07 a 20.

Na descrição dos fatos consta que a empresa não forneceu as notas fiscais de saída e não tem a Redução Z, sendo efetuado o levantamento considerando as vendas totais informadas nas DMA's como vendas em cartão de crédito.

O sujeito passivo, através de seu representante legal, apresenta defesa administrativa, fls.23 a 39, onde descreve a origem do presente lançamento tributário, e alegando que o auto de infração está eivado de ilegitimidades, o impugnou com base nas seguintes razões de fato e de direito.

Como preliminar, invoca o artigo 151, III, do CTN, para argüir a suspensão do crédito tributário, por ter apresenta defesa administrativo no prazo legal, citando a jurisprudência no âmbito judicial.

No mérito, alega inexistência de omissão de receitas, com base no argumento de que o faturamento com notas fiscais constante no levantamento fiscal em alguns meses foi menor que as vendas informadas pelas administradoras de cartões de crédito, em virtude da venda somente ser emitida no momento da saída da mercadoria para ser entregue ao comprador, não podendo ser feito um paralelo entre venda com cartão de crédito e/ou débito e o faturamento da nota, pois o

cartão é passado na hora do fechamento da venda e a nota só é emitida no ato da entrega, visto que a empresa vende móveis por encomenda.

Salienta que em todas as notas fiscais do período fiscalizado possuem o destaque do imposto e que os valores foram devidamente recolhidos aos cofres públicos. Transcreveu a jurisprudência dos Estados de Minas Gerais e Santa Catarina, para argüir que a incidência do ICMS somente ocorre com a transferência física da mercadoria.

Comenta sobre o sigilo bancário, inclusive citando a doutrina e a jurisprudência do STF e STJ, o artigo 6º da LC 105/01, o Decreto Federal nº 3.724/01, e lições de renomados professores de direito tributário, para arguir a inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário.

Prosseguindo, suscita a decadência de parte dos valores lançados no auto de infração, relativamente ao período de janeiro a março de 2006, com fulcro no artigo 173, I e seu parágrafo único do CTN, transcrevendo para fundamentar esta preliminar a jurisprudência do Conselho de Contribuintes da Receita Federal.

Considerou que a imposição da multa de 70% tem caráter confiscatório, transcrevendo a jurisprudência do STF, e lição de renomado professor de direito e publicação na Revista Dialética do Direito Tributário de autoria de Heron Arzua e Dirceu Galdino.

Por fim, pelas razões expostas requer a anulação do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls.51 a 55, o preposto fiscal confirma que assiste razão ao autuado quando pleiteia a suspensão da exigibilidade do crédito tributário por ter apresentado defesa administrativo, inclusive diz que o próprio sistema utilizado pela SEFAZ de forma automática suspende a exigibilidade, que se finda com a constituição definitiva do crédito mediante inscrição em Dívida Ativa.

Quanto a alegação de inexistência de omissões de saídas, por se tratar de empresa que venda móveis por encomenda, cuja nota fiscal é emitida no momento da saída da mercadoria, o autuante faz duas observações:

1. De acordo com o artigo 411, do RICMS/97, no caso de venda para entrega futura, no momento da venda o contribuinte deve emitir nota fiscal de simples faturamento, para, no momento da entrega, emitir a competente nota fiscal de venda, ocasião em que deve ser recolhido o imposto devido, o que segundo o autuante, não ocorreu.
2. Diz que o contribuinte apesar de ter alegado que o ICMS é devido somente na saída da mercadoria, não colacionou aos autos as competentes notas fiscais de venda acompanhadas dos respectivos DAE's.

Rebateu a alegação de inconstitucionalidade da quebra do sigilo bancário, dizendo que existe previsão legal viabilizando a utilização do TEF – Transferência Eletrônica de Fundos pela SEFAZ; que não cabe aos tribunais administrativos apreciar as questões relacionadas à constitucionalidade das leis, e que o artigo 144, parágrafo 1º, do CTN, e a Lei nº 9.333/96, faculta a utilização de informações para instauração de procedimento administrativo visando verificar a existência de crédito tributário relativo a impostos e contribuições.

Cita que o STJ em inúmeros julgados, entendeu possível a utilização dos dados pelas Autoridades Fazendárias, citando a Lei nº 10.174/2001 que alterou a Lei nº 9.311/96, e a Lei Complementar 1.105/2001, que permitiu o uso das informações bancárias antes restritas à apuração da CPMF, para embasar a instauração de procedimento de fiscalização relativo a qualquer tributo.

Discordou da alegada decadência, dizendo que consoante o artigo 173, I, do CTN, o prazo para constituição do crédito é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, ou seja, considerando que o lançamento poderia ter sido efetuado em

2006, o início do prazo decadencial somente ocorreu em 01 de janeiro de 2007, e findará em 01 de janeiro de 2012.

Também não acolheu o entendimento do autuado de que a multa de 70% tem caráter confiscatório, sustentando que existe previsão expressa no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, para sua aplicação ao caso concreto.

Conclui pugnando pela procedência total da autuação.

VOTO

Preliminarmente, analisando a arguição decadência dos fatos gerados do período de janeiro a março de 2006, verifico que não assiste razão ao defendente, senão vejamos.

A discussão reside pois na possibilidade ou não de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo ao período citado, ante a disposição do artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional.

A controvérsia que se estabelece, por conseguinte, não diz respeito à matéria das exigências naquele período. Instaura-se em questionamento jurídico, quer seja, se houve ou não lançamento válido pelo Fisco, diante da regra de caducidade do direito de o Fisco de constituir o crédito tributário.

Consoante o disposto no artigo 173, inciso I, do CTN, "o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado".

Já o parágrafo único do mesmo artigo reza que "o direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento".

Ou seja, o entendimento no âmbito do CONSEF é de que a regra geral em matéria de decadência, no que toca ao ICMS, é de que o fisco tem 05 (cinco) anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário respectivo não pago no todo ou em parte à época própria, sob pena de caducidade do direito ao crédito pelo seu não exercício.

No presente caso, para o crédito tributário vencido nos citados períodos, considerando-se que o lançamento ocorreu em 28/03/2011, a contagem de prazo para a Fazenda Pública proceder à constituição do crédito tributário iniciou-se em 01/01/2006, findando-se em 31/12/11.

No mérito, o fato que ensejou a lavratura do Auto de Infração diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, relativamente a vendas realizadas com cartão de crédito/débito em valores menores do que as vendas informadas por instituição financeira e administradora de Cartões de Crédito/Débito.

O débito da infração encontra-se devidamente especificado na planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito" (fls.7-A), na qual, se encontram especificados em cada coluna, o período mensal, o total das vendas com cartão de crédito e de débito informados pelas administradoras; as vendas apuradas em notas fiscais, diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto; o imposto devido calculado à alíquota de 17%; o crédito presumido de 8%, e finalmente, o ICMS devido.

A autuação está fundamentada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei n 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que prevê *in verbis*: "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”.

Portanto, a declaração de vendas em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, independente de ter ocorrido através de ECF ou através da emissão de notas fiscais, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Em processo desta natureza faz-se necessário o fornecimento ao contribuinte dos “Relatório de Informações TEF – Diário”, com especificação das vendas diárias, por operação, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administração de cartão, separadamente, de modo que possa ser efetuado o cotejo entre os valores registrados na escrita fiscal e no equipamento emissor de cupom fiscal com as operações informadas pelas administradoras de cartões de crédito/débito.

Neste processo, observo que os citados TEF-Diários e por operações, relativos a cada administradora de cartão, foram entregues, em 28/03/2011, através de mídia eletrônica ao autuado, conforme recibo à fl. 05.

Para elidir os valores apurados no levantamento fiscal, ou seja, para que fosse elidida de modo válido a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, o autuado deveria ter feito o cotejamento entre o que consta nos “Relatório de Informações TEF – Diário” recebidos, com os valores correspondentes às vendas constantes no ECF e/ou nas notas fiscais emitidas, de modo a comprovar que os valores informados pelas operadoras efetivamente foram submetidos à tributação, haja vista que nos citados TEF's diários estão especificadas as vendas diárias, por operações, dos meses objeto do levantamento fiscal, feitas através de cartões de crédito e débito, relativamente a cada instituição ou administradora de cartão, separadamente.

Considero não elidida a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributadas, visto que o documento apresentado na defesa nada mais é do que uma cópia do levantamento fiscal. Além do mais, verifico que, conforme planilha à fl.07-A, as operações informadas pelas administradoras, no ano de 2006, totalizam a cifra de R\$340.142,49, enquanto que os valores das operações de saídas declaradas constantes nas DMA's às fls.09 a 20, sem correlação com os TEF, foram declarados em valores inferiores.

Quanto a jurisprudência citada na defesa, não houve a alegada quebra do sigilo bancário, visto que está previsto no art. 35 “a” da Lei 2014/96, que as administradoras de cartão de crédito estão obrigadas a informar todas as operações realizadas pelos contribuintes, ressaltando que nos termos do art. 167, inciso I do RPAF/99.

Por fim, deixo de acatar a preliminar de inconstitucionalidade suscitada pelo autuado, já que, acorde o artigo 167, inciso I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

Também não deve ser acolhido o pedido do contribuinte em relação à multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal, visto é prevista no artigo 42, inciso II, “e” e “f”, e VII, “a”, da Lei nº 7.014/95, sendo que as alegações concernentes ao seu caráter confiscatório não devem ser apreciadas por estar prevista na citada lei, e em face do disposto no artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Considerando que foram indiscriminadamente excluídas da exigência fiscal o montante mensal das notas fiscais declaradas nas DMA's pelo autuado, sem que para tanto tenha sido feito a devida correlação entre valores e datas das aludidas notas fiscais e as operações individualizadas no Relatório TEF, por operações constante no CD à fl. 07, com base no art. 156 do RPAF represento a

autoridade fiscal competente para instaurar novo procedimento fiscal, a fim verificar possível existência de crédito tributário exigido a menos no presente lançamento de ofício.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206908.0018/10-4**, lavrado contra **GIULLIANO NÓBRAGA MALTA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$16.285,71**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR