

PROCESSO - A. I. Nº 207162.0202/10-6
RECORRENTE - PLANETA BAHIA BRASIL BOUTIQUE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJE nº 0052-02/11
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 06/03/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0057-11/12

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 declaração de vendas feita pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados 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 não elidida. Rejeitadas as arguições de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª JJE, a qual, no Acórdão nº 0052-02/11, considerou Procedente a ação fiscal, exigindo ICMS no valor de R\$38.081,37, acrescido de multa de 70%, em decorrência da seguinte infração:

Omissão de saída de mercadoria tributada 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 fls. 18 a 24, apresentou impugnação, através de advogado habilitado nos autos, arguindo, inicialmente, a nulidade do Auto de Infração impugnado, tendo em vista a sua absoluta omissão quanto à indicação do artigo ou dos artigos de lei que veiculam as normas jurídicas supostamente incidentes e, no mérito, alegou a ausência de omissão de saídas, já que o total das vendas declaradas na DME, no período fiscalizado, na maioria dos meses foi superior ao valor informado pelas administradoras de cartão de crédito.

O autuante, na informação fiscal (fls. 58/59), declarou que o autuado em sua defesa não contesta de forma prática e eficaz o mérito da presente autuação, apenas faz rodeios de interpretação alegando de forma equivocada a ausência de fundamentação legal, o que não é verdadeiro. Aduziu que o autuado não apresentou provas para confirmar as alegações de improcedência da presunção.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência do Auto de Infração, com Decisão de teor adiante reproduzido:

“O presente Auto de Infração traz a exigência tributária, em razão de o sujeito passivo ter omitido a saída de mercadoria tributada, 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.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, conforme apontado pelo autuante no art. 2º. § 3º. Inc. VI do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, com infração tipificada no art. 42, inciso III da Lei n. 7014/96. Assim, não há a omissão aludida pelo autuado quanto ao dispositivo que caracteriza a infração, trazendo,

inclusive, o próprio autuado a Lei 7014/96 para amparar seus argumentos, ao citar o §4º, art. 4º do aludido dispositivo legal, indicando claramente o seu entendimento e precisa determinação da infração. Foi, por conseguinte, obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

*Os dispositivos constantes do Regulamento do ICMS citados pelo autuante estão amparados no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, in verbis “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de 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” (grifo nosso).*

Trata-se de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária, ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova adversa. Portanto, estamos, na infração sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos.

As arguições do autuado de que a empresa possuía receita superior, constante da DMA, às informadas pelas administradoras dos cartões de crédito/débito não prosperam, na medida em que a exigência se ampara na presunção, acima alinhada, tendo em vista as informações prestadas pelas administradoras de cartões de créditos, não registradas pelo autuado em seus documentos fiscais.

Caso, eventualmente, tenham sido registradas operações através de outros meios de pagamentos (a exemplo de dinheiro e cheque), contudo os efetivos meios fossem através de cartões, caberia ao autuado demonstrar, com base no relatório diário por operações, fornecidos ao mesmo, a coincidência em cada uma dessas operações de valores e datas com os documentos fiscais por ele emitidos, ou seja, demonstrar que cada operação constante do aludido relatório (venda através de cartão) encontra o seu respectivo registro nos documentos fiscais emitidos pelo autuado, o que efetivamente não ocorreu.

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

Inconformado com a Decisão de Primeira Instância, o sujeito passivo interpôs, em tempo hábil, Recurso Voluntário (fls. 74/80), sustentando todas as nulidades suscitadas e teses já apresentadas na oportunidade da defesa.

Suscitou a nulidade do Auto de Infração, assegurando a ausência de fundamentação legal e fática para a autuação, alegando que omitir ao sujeito passivo a indicação do fundamento legal do tributo que esta sendo exigido viola, peremptoriamente, os princípios constitucionais da ampla defesa, citando e transcrevendo como embasamento os artigos 129, § 1º do COTEB e o artigo 39, V, do RPAF/BA.

Asseverou que diante desses dispositivos, “*constata-se a indubitável nulidade do Auto de Infração recorrido, tendo em vista a sua absoluta omissão quanto à indicação do artigo ou dos artigos de lei que veiculam as normas jurídicas supostamente incidentes, demonstrando-se a absoluta ausência de menção aos dispositivos da legislação tributária estadual que prevejam os critérios da regra-matriz-de-incidência do ICMS cobrado e da norma punitiva, impossibilitando, destarte, a plena verificação por parte do sujeito passivo em relação à suposta subsunção de norma jurídica omitida pela Administração Tributária do Estado da Bahia aos eventos descritos.*”

Afirma que no Auto de Infração impugnado há apenas a indicação de dispositivos regulamentares e do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Conclui que se demonstra a nulidade do Auto de Infração em face da ausência de indicação dos dispositivos legais supostamente aplicáveis aos fatos descritos no referido documento.

No mérito, argui a insubsistência da infração em relação aos períodos de maio e junho de 2009, pela inexistência de omissão de saídas de mercadoria tributada, pois o valor total de venda de mercadorias informado pelo contribuinte, através de DMA, submetida a tributação, relativa ao período fiscalizado, é superior ao valor total fornecido pelas instituições financeiras e pelas administradoras de cartão de crédito e de débito.

Em seguida, argumenta que o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 apenas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto quando constatada a existência de *“declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito”*. Portanto, diante do enunciado legal, é indubitoso que os valores fornecidos pelas instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito e débito, devem ser confrontados com a declaração de vendas prestada pelo contribuinte (DMA), e não com os valores apurados através da Redução Z, como procedido na autuação impugnada.

No que tange ao período de julho a dezembro de 2009, o recorrente alega que a diferença a ser recolhida a título de ICMS pelo recorrente, é menor do que os valores apurados pelo autuante. Isto porque, de acordo com a fundamentação acima desenvolvida, os valores que devem ser confrontados com as informações disponibilizadas pelas administradoras são os valores informados nas DMA, referentes ao período, o que resultaria para os meses de julho a dezembro de 2009 o valor efetivamente devido a título do ICMS, de R\$18.543,14 e não de R\$38.081,37 apurado na autuação.

Por último, requer seja acolhida questão preliminar suscitada, para se decretar a nulidade do Auto de Infração ou, se rejeitada, seja julgada improcedente a infração 1.

Encaminhado o PAF para emissão de Parecer pela PGE/PROFIS, esta opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, inicialmente rechaçando a preliminar de nulidade, entendendo que no presente lançamento a infração está corretamente apurada, enquadrada na legislação específica, fornecendo ao autuado todos os elementos indispensáveis à comprovação material da mesma.

No mérito, observou que as razões recursais não visam afastar a presunção legal apurada no levantamento fiscal, encontrando-se desacompanhadas de novas provas capazes de elidir a presunção legal apurada.

Destacou ser a Lei do ICMS clara, preceituando o artigo 4º, § 4º, que a presunção legal de omissão de saídas persiste enquanto o contribuinte não lograr elidi-la, mediante a produção de provas que, no caso concreto, não foram trazidas aos autos, pois as DMAS apresentadas são insuficientes para afastar a presunção, por se tratarem de documentos onde são informadas as vendas totais do estabelecimento.

VOTO

Após estudo detido do presente PAF, constato que o Recurso Voluntário se opõe à Decisão proveniente do Acórdão de nº 0052-02/11, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafoado, imputando ao autuado a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de vendas efetuadas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valores inferiores àqueles fornecidos pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, relativas ao período de 1º de janeiro a 31 de dezembro de 2009.

Enfrentando, de plano, a preliminar de nulidade arguida, entendo que não pode prosperar por não assistir razão ao recorrente, na medida em que inexistentes vícios formais capazes de comprometer a legalidade da ação fiscal, encontrando-se atendidas, no PAF, todas as formalidades legais, porquanto determinado o sujeito passivo, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração imputada, não pairando dúvida quanto à independência da imputação descrita no presente lançamento tributário, estando discriminado, nos demonstrativos de débitos, todos os elementos que resultaram na apuração da autuação, que consigna, expressamente, os regramentos infringidos pelo recorrente, bem como a multa prevista na lei para a infração imputada, frisando-se o aspecto de que todos os argumentos para a nulidade suscitada já foram devidamente apreciados e rechaçados na Decisão de piso, ora hostilizada sem qualquer nova argumentação.

Assim é que nenhum amparo acolhe ao autuado na alegação de ausência de fundamentação legal na ação fiscal, pois se verifica claramente na peça inicial a descrição dos fatos e sua capitulação legal, condizentes com os fatos reais, conforme apontado pelo autuante o art. 2º. § 3º. Inc. VI do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, com infração tipificada no art. 42, inciso III da Lei nº 7014/96. Logo, não existe a omissão aludida pelo autuado quanto ao fundamento legal que caracteriza a infração. Foi, por conseguinte, obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Adentrando ao mérito o recorrente, em seu inconformismo, concentra suas razões na tese de que não houve omissão de saída de mercadoria tributada, uma vez que os valores das vendas informadas ao Fisco foram superiores àqueles apontados pelas administradoras dos cartões de crédito/débito, anexando aos autos cópias das DMAS, emitidas durante o período fiscalizado, buscando comprovar a sua alegação defensiva.

Sucedendo que tal pleito não pode ser atendido, porquanto entende este Conselho de Fazenda que a legislação do Processo Administrativo Fiscal assegura ao sujeito passivo tributário o direito à impugnação do lançamento, mediante a produção de elementos probantes demonstradores da verdade material, o que na espécie versada expressar-se-ia através de uma conciliação (casamento) das informações contidas no TEF – Relatório Diário de Operações com as notas ou cupons fiscais emitidos para cada operação autorizada pelas operadoras dos cartões de crédito/débito, apontadas individualmente no referido relatório.

Não é o fato dos valores das vendas declaradas e tributadas serem superiores aos das realizadas mediante cartões que comprovaria se encontrarem todos os valores incluídos nas saídas tributadas.

Assim é que não há dúvidas que o lançamento tributário se encontra amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, que dispõe expressamente, in verbis:

“...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”.

Outrossim, regulamenta o artigo 2º, § 3º, inciso VI, do RICMS/BA, *verbis*:

“§3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

....

VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;”

Nesse contexto, há uma presunção legal, sendo do autuado a responsabilidade de trazer aos autos as provas capazes de elidir a imputação fiscal, do que, em nenhum momento, se desincumbiu, limitando-se a afirmar que efetuou vendas totais declaradas em valores superiores.

Ora, de acordo com o artigo 143 do RPAF/BA vigente, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Em suma, entendo se tratar o caso versado de uma presunção legal de omissão de saídas tributáveis, embasada no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96 e, adotando o Parecer da d. PGE/PROFIS, acompanho a Decisão proferida pela primeira instância para considerar correta a ação fiscal procedida, eis que em estrita conformidade com os parâmetros legais vigentes.

Entretanto, vale realçar que, considerando o formalismo mitigado que reveste o PAF, o contribuinte, em qualquer momento da tramitação processual, poderá produzir as provas que julgar necessárias à sua defesa, até mesmo após o julgamento de 2ª Instância, em sede de Pedido de Controle da Legalidade.

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 Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207162.0202/10-6**, lavrado contra **PLANETA BAHIA BRASIL BOUTIQUE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.081,37**, acrescido da multa de 70%, prevista no inciso III, do art. 42, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS