

PROCESSO - A. I. Nº 115236.0018/11-9
RECORRENTE - LEBLON COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (CANTÃO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ Nº 0203-02/12
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 25/09/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0259-11/13

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. Rejeitada a preliminar de nulidade. O art. 19 do RPAF/BA autoriza a indicação de dispositivos regulamentares. 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. Não foram trazidos elementos capazes de elidir a infração. Afastadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 2ª JFJ, constante no Acórdão nº 0203-02/12, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração, 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. Período: dez/2009 a jun/2010 e out./2010. Valor: R\$54.205,56. Multa: 70% (para os fatos geradores ocorridos até 28/02/2010) e 100% (fatos geradores de 31/03/2010 em diante).

A 2ª JFJ julgou o processo em 28/08/2012 (fls. 52/54), tendo o relator prolatado o seguinte voto, sendo acompanhado pelos demais membros.

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.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Cabe ressaltar que o Auto de Infração foi emitido mediante sistema informatizado da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, sendo a descrição usualmente definida pela Administração Estadual para a infração apurada. De igual modo, os dispositivos legais apontados no Auto de Infração são os definidos pelo próprio ente tributante.

No que tange a arguição de nulidade do Auto de Infração, por se basear em disposições regulamentares, em vez de disposições legais, entendo razão não assistir ao sujeito passivo, uma vez que a autuação baseia-se na Lei nº 7.014/96, que no Estado da Bahia impõe as regras relativas ao ICMS dentro da competência tributária estadual. Ocorre que a lei do ICMS tem suas diretrizes regulamentadas pelo Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto Estadual nº 6.284/97. Portanto, no Auto de Infração estão corretamente mencionados dispositivos regulamentares que apenas disciplinam, detalhadamente, a forma como devem ser cumpridas as obrigações tributárias principal e acessórias que estão já legalmente previstas. O enquadramento das infrações e a

tipificação das multas estão em conformidade com as disposições legais e regulamentares. Ademais, nos termos do art. 19 do RPAF/99, a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Assim, não acolho a nulidade arguida sob esse argumento.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, observo que o levantamento realizado pela 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. 2º, § 3º, VI do RICMS/97.

Em sua defesa o autuado alega que os valores das vendas são superiores aos valores informados pelas administradoras de cartões de créditos e/ou débito, entendo não ser possível aplicar a presunção.

Ocorre que essa alegação não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a jurisprudência consolidada desse Conselho de Fazenda, em seus diversos acórdãos sobre o tema, a exemplo do ACÓRDÃO Nº 0207-11/08, firmou o entendimento de que a comparação somente pode ocorrer entre operações equivalentes, ou seja, as vendas declaradas pelo contribuinte como sendo pagas por cartões de crédito/débito são comparadas com as operações que foram pagas com cartão de débito/crédito informadas pelas administradoras de cartões. Nas vendas declaradas na DMA são informadas as vendas totais do estabelecimento, sem nenhuma identificação de qual foi o meio de pagamento.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, repetindo suas alegações trazidas na defesa, para requerer a decretação de nulidade do Auto de Infração, ou alternativamente, que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Preliminarmente, requer a nulidade do Auto de Infração por ofensa ao art. 129, §1º, inciso V, do COTEB e art. 39, inciso V do RPAF/BA, que dispõem sobre a necessidade de indicação expressa do dispositivo legal que motivou o Auto de Infração.

Diz que a indicação dos artigos do RICMS/BA não supre a exigência do Código Tributário do Estado da Bahia de que o Auto de Infração contenha a indicação dos dispositivos da legislação tributária infringidos.

Questiona a indicação do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois se não há fundamentação legal para a exigência do tributo, não há como cogitar de aplicação de multa por suposta falta de pagamento.

No mérito, sustenta que inexistente omissão de saída de mercadoria tributada em relação aos períodos de referência, porque o valor total de venda de mercadorias informado pela contribuinte autuada através de sua DMA é, na maioria dos meses, igual ou mesmo superior ao valor total fornecido pelas instituições financeiras e pelas administradoras de cartão de crédito e de débito.

Alega 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.

Assim, entende que o valor informado pelas instituições financeiras e pelas administradoras de cartão de crédito e de débito deve ser confrontado com os valores indicados na DMA, e não exclusivamente em relação aos valores apurados através da Redução Z.

Afirma que o valor informado mediante a DMA serve como base de cálculo do tributo estadual, apenas a esse valor pode ser confrontada a quantia fornecida pelas instituições financeiras e pelas administradoras de cartão de crédito e de débito.

A representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Helena Mendonça Cruz, em Parecer de fls. 109/110, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto, por considerar ausentes os argumentos capazes de modificar a Decisão recorrida.

Entende que a preliminar deve ser rechaçada por não encontrar no presente PAF as hipóteses que dão ensejo a nulidade, constantes no art. 18 do RPAF/BA.

Diz que o art. 19 do RPAF disciplina que eventual equívoco na indicação do dispositivo legal não induz em nulidade do lançamento, desde que reste evidenciado pela descrição dos fatos o enquadramento legal da infração.

No mérito, menciona que a presunção legal de omissão de saída exigida no Auto de Infração encontra guarida no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, constituindo em fato gerador do tributo.

Fundamenta que pela Lei do ICMS a presunção persiste enquanto o contribuinte não elidi-la, mediante a produção de provas que lhe cabe, sendo que no caso dos autos, essas provas não foram trazidas pelo Recorrente.

Aduz que o argumento apresentado sobre os valores das vendas indicadas na DMA serem superiores aos informados pelas administradoras de cartões não pode prosperar, vez que, na DMA são informadas as vendas totais do estabelecimento, sem possibilitar a identificação do meio de pagamento.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0203-02/12, prolatado pela 2ª JF, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, 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.

Compulsando os autos vejo que o Recorrente em nada inova em relação aos argumentos apresentados em sede do Recurso Voluntário, na medida em que, repete os mesmos argumentos trazidos na impugnação inicial, que foram corretamente enfrentados e afastados pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal.

Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade por ausência de indicação de dispositivo legal. Apesar de na descrição dos fatos constar os dispositivos regulamentares o próprio Recorrente confessa ter ciência que a presunção tem previsão legal, quando, oportunamente, cita no mérito o art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96.

Ato contínuo, o art. 19 do RPAF/99, que determina que a indicação de dispositivo regulamentar equivale a menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal. Noto que o Auto de Infração trás não só as disposições contidas no RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, mas também a Lei nº 7.014/96, que fundamenta esse imposto no Estado da Bahia.

É redundante esclarecer que o regulamento, como o próprio nome diz, apenas regulamentou, delimitou a abrangência do imposto que foi definido na mencionada Lei.

Ademais, não me parece justo que o Recorrente deixe claro em sua peça recursal ter compreendido a infração e quando conveniente mencione qual o dispositivo legal enquadrado, seja beneficiado por uma nulidade apenas por não estar expresso no Auto de Infração o dispositivo legal correspondente.

Observe que o lançamento de ofício está em conformidade com a legislação tributária em vigor e a infração imputada ao Recorrente está devidamente descrita. O fato gerador da infração que compõe o lançamento está bem determinado e o elemento constitutivo do débito tributário está descrito nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos quais o Recorrente recebeu cópia, facilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo dele decorrente, incursos nas hipóteses de nulidades definidas no art. 18 do RPAF/BA.

O procedimento adotado pelo autuante na apuração do imposto tem guarida no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, foram confrontados os valores registrados na redução Z com os informados mensalmente no Relatório TEF e apurado diferença de valores, cabendo ao Recorrente provar a improcedência da presunção, que não o fez.

O Recorrente recebeu a cópia de todos os demonstrativos, bem como dos relatórios TEF e relatórios de DMA, tendo pleno conhecimento dos motivos da autuação e exercido o seu direito de defesa, em observância ao RPAF, não logrando êxito em indicar equívocos ou vícios no procedimento adotado pelo fiscal Autuante.

Ingressando na seara de análise do mérito, entendo que suas alegações também não merecem prosperar.

Como expressamente observado pela JJF, o cotejo com a DMA somente seria cabível se lá fosse possível determinar a forma de pagamento de cada venda. É óbvio que o valor informado na DMA será maior que os informados pelas administradoras de cartão de crédito, se considerarmos que lá estão declaradas não só as vendas com cartões, mas também com cheques e dinheiro.

Foi disponibilizado todo o detalhamento das informações fornecidas pelas administradoras de cartão de crédito e o Recorrente não utilizou a prerrogativa de comprovar a improcedência da presunção legal que lhe fora imposta, com fundamento no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. A alegação do Recorrente é insuficiente, pois não ataca o cerne da presunção, tendo em vista que ele não correlacionou os valores aos respectivos cupons fiscais que deveria ter emitido a cada venda realizada.

O art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, referentes às suas alegações. Neste processo, verifico que o Sujeito Passivo apenas nega a infração que lhe foi imputada, por isso, compreendo tal justificativa apenas como negativa do cometimento da infração, o que não o desonera de provar a presunção legal, situação prevista pelo art. 143 do RPAF/99.

Para elidir a infração caberia ao sujeito passivo apontar os valores das vendas com cartão de crédito/débito não considerado pelo autuante no procedimento fiscal. Tal comprovação poderia ter sido efetuada através da apresentação de quaisquer documentos fiscais, juntamente com os boletos de vendas por meio de cartão de débito/crédito, para provar a inexistência das diferenças apontadas no Auto de Infração, o que não ocorreu.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida para julgar PROCEDENTE o Auto de Infração epigrafado.

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 **115236.0018/11-9**, lavrado contra **LEBLON COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (CANTÃO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$54.205,56**, acrescido da multa de 70% sobre R\$20.839,32, fatos geradores ocorridos até 28/02/2010 e 100% sobre R\$33.366,24 a partir de 01/03/2010, previstas no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

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