

**A. I. Nº** - 115236.0012/11-0  
**AUTUADO** - GIULLIANO NÓBREGA MALTA  
**AUTUANTE** - JOSÉ DO CARMO DAS MERCÊS MARQUES  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 15/10/2013

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACORDÃO JJF Nº 0247-03/13**

**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. 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. Contribuinte não elide a infração. Rejeitadas preliminares de nulidade. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/11/2011, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$112.422,51, devido a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradoras de cartão de crédito, pela qual se exige o ICMS acrescido da multa de 70% e 100%, relativo ao período fevereiro, abril, maio, julho, agosto outubro e novembro de 2009, fevereiro a maio, julho a outubro e dezembro de 2010.

O autuado impugna o lançamento tributário, fls. 24/38. Afirma que é pessoa jurídica de direito privado, que atua na venda de móveis, sendo sujeito passivo do ICMS. Reproduz a acusação fiscal e invoca o art. 151, inciso III do CTN requerendo a suspensão da execução do crédito tributário com a sua impugnação.

Afirma que conforme preceito constitucional art.155, o fato gerador do ICMS é a circulação da mercadoria do estabelecimento do contribuinte. Diz que o art. 3º do COTEB, Lei 3.956/81 estabelece que a incidência deste imposto se dá com a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte.

Sustenta que o ICMS jamais pode incidir no momento da venda da mercadoria, ainda que o pagamento seja através de cartão de crédito ou débito. O imposto deve ser cobrado com a saída da mercadoria.

Aduz que a diferença registrada na planilha do autuante ocorreu em virtude de a nota fiscal só ser emitida no momento da saída da mercadoria para ser entregue ao comprador e por isso não existe um paralelo entre a venda realizada com cartão de crédito ou débito e a emissão do documento fiscal, visto que o cartão é passado na hora do fechamento da venda e a nota fiscal só é emitida no ato da saída da mercadoria para entrega ao consumidor.

Argumenta que não pode ser concebida a autuação em função da informação das administradoras de cartões, posto que faz a venda e só emite a nota fiscal em média após trinta dias, quando faz a entrega das mercadorias ao comprador, considerando-se ainda, que adquire seus produtos para revenda fora do estado da Bahia. Cita doutrina e jurisprudência que diz amparar seus argumentos. Aduz que a quebra do sigilo bancário trazido pelas instituições financeiras e

administradoras de cartões é inconstitucional. Nesse sentido volta a transcrever doutrina e jurisprudência.

Assevera que a multa de 70% e 100% tem caráter confiscatório. Diz que penalidade tão gravosa é inconstitucional. Transcreve diversos acórdãos do STF e STJ para reforçar sua tese.

Conclui pela anulação ou improcedência do auto de infração, visto que a incidência do imposto não deve ser a data registrada pelos cartões e sim quando transfere a mercadoria para o vendedor, momento em que emite o respectivo documento fiscal e que se dá numa média de 30 (trinta) dias.

O autuante, fl. 46/47, diz que o trabalho desenvolvido foi “Operação Cartão de Credito” na qual é feito um comparativo das informações prestadas pelas administradoras de cartão de crédito e as operações realizadas pelo contribuinte. Diz que o período fiscalizado foi 01/01/2009 a 31/12/2010, onde foi apurado crédito a favor do estado da Bahia.

Discorda da defesa quando alega que as vendas realizadas através de cartão de crédito ou débito não são fatos geradores de ICMS. Rebate também, alegação defensiva, de que seriam ilegais as informações prestadas pelas Administradoras e Instituições Financeiras à Secretaria da Fazenda, visto que tais informações são sigilosas e a autorização é dada pelo próprio contribuinte.

Sustenta que o contribuinte não apresentou nenhum fato novo ao PAF e por isso entende que a defesa tem motivação postergatória do pagamento do imposto devido. Requer a procedência do auto de infração.

Este Órgão Julgador converteu o PAF em diligência, fls.50/51, a fim de que o autuante intimasse o contribuinte a apresentar os documentos fiscais (notas e cupons fiscais) que coincidissem em data e valor com as operações diárias relacionadas no relatório diário TEF, concedendo-lhe prazo de 30(trinta) dias, com a finalidade de excluí-los do levantamento fiscal.

À fl. 54, o processo retornou sem o cumprimento da diligência solicitada.

O PAF mais uma vez foi convertido em diligência fls. 57/58, a fim de que auditor fiscal estranho ao feito cumprisse a diligência possibilitando a continuação da instrução processual, o que conforme fl.62, mais uma vez não ocorreu.

Em busca da verdade material, o processo desta vez foi convertido em diligência à ASTEC/CONSEF, fls.65/66, a fim de que auditor fiscal designado procedesse ao solicitado nas diligências anteriores.

Nos termos do Parecer ASTEC nº 26/2013 fls.67/68, a diligenciadora informa que após a realização de 03 intimações cópias fls. 69 a 72, o autuado em momento algum se manifestou nem atendeu às diversas intimações, não sendo possível realizar qualquer ajuste aos valores originalmente lançados no auto de infração.

O autuado foi intimado sobre o Parecer ASTEC nº 26/2013 conforme edital de intimação publicado no DOE de 12 de junho de 2013, fl.83/84 e permaneceu silente.

## VOTO

O Auto de Infração, ora impugnado, está amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “*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).

Estamos diante de uma presunção legal, cabendo ao impugnante o ônus da prova, que se obriga a trazer aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos.

O débito da infração encontra-se devidamente especificado na planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito (fls.10 e 16), na qual, se encontram demonstrados em cada coluna, o período mensal, o total das vendas com cartão de crédito e de débito informados pelas administradoras; as vendas apuradas em cupons ou notas fiscais, a diferença apurada representativa da base de cálculo do imposto; e o imposto devido calculado à alíquota de 17%.

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 do “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 através de mídia eletrônica ao autuado, conforme recibo à fl. 18.

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.

O defendente alegou nas razões defensivas que as diferenças apuradas pelo autuante, decorreram de um descompasso entre a realização da venda com pagamento em cartão e a emissão do documento fiscal correspondente, que se dava com a entrega da mercadoria ao cliente, o que se efetivava em média, após trinta dias da operação, considerando que atua no ramo de confecção e venda de móveis.

Em respeito ao princípio da ampla defesa e em busca da verdade material, o processo foi convertido em diligência à ASTEC/CONSEF, porém o contribuinte não se manifestou.

Nos termos do Parecer ASTEC nº 26/2013 fls.67/68, a diligenciadora informa que após a realização de 03 intimações cópias fls. 69 a 72, o autuado em momento algum se manifestou nem atendeu às diversas intimações, não sendo possível realizar qualquer ajuste aos valores originalmente lançados no auto de infração.

Registro que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento. Assim, entendo que a infração restou caracterizada.

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

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 115236.0012/11-0, lavrado contra

**GIULLIANO NÓBREGA MALTA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$112.422,51**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 48.248,41 e de 100% sobre 64.174,10, previstas no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR