

PROCESSO - A. I. Nº 115236.0012/11-0
RECORRENTE - GIULLIANO NOBREGA MALTA (CASA DE MÓVEIS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0247-03/13
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 20/02/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0034-11/14

EMENTA: ICMS. VENDAS COM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. 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. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, na sede do Acórdão nº 0247-03/13, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 115236.0012/11-0, o qual atribui ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$112.422,51, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos referidos cartões, nos meses de fevereiro de 2009 a dezembro de 2010.

O autuante, às fls. 46/47, informa que o trabalho desenvolvido foi Operação Cartão de Crédito, o qual é feito o comparativo das informações prestadas pelas Administradoras de Cartão de crédito e as operações realizada pelo Contribuinte no período de 01/01/2009 a 31/12/2010.

Anexa ao processo o Relatório Diário TEF por Operação (fls.11 e 17), onde consta o valor das operações com cartão de crédito nos exercícios de 2009 e 2010.

O julgador de Primeira Instância, em busca da verdade material e em respeito ao contraditório e ampla defesa converteu o PAF em diligência para o autuante por duas vezes, não obtendo êxito. Na 3ª diligência solicitou à ASTEC, para que fosse intimado o sujeito passivo, concedendo prazo de 30 (trinta) dias, para que ele comprove a emissão de documentos (nota Fiscal ou cupom fiscal), relativamente a cada operação listada no Relatório Diário de Operação - TEF. A finalidade deste relatório com as operações diárias do contribuinte, nos quais é especificado operação por operação, é no sentido de que, diante deles, possa o autuado efetivar a conferência da natureza das operações no que concerne ao modo de pagamento de cada uma, (dinheiro, cheque ou mediante cartão, fazendo cotejamento entre o que nos aludidos relatórios TEF que foi registrado no equipamento ECF, de modo a detectar valores que porventura tenham sido incluídos indevidamente no levantamento fiscal.

Nos termos do Parecer ASTEC nº 26/2013, fls. 67/68, a fiscal diligente informa que após a realização de 03 intimações (fls. 69/72), o sujeito passivo 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 intimada sobre o Parecer ASTEC acima, conforme edital de intimação publicado no DOE de 12 de junho de 2013, fl. 83/84 e permaneceu inerte.

Em seu voto, o julgador de 1ª Instância inicialmente rejeita a preliminar de nulidade suscitada, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em atendimento as formalidades legais e encontra-se revestido de todos os pressupostos de validação do processo.

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.

O autuado, ora recorrente, inconformado com a Decisão da 3ª JF, interpôs Recurso Voluntário, para se insurgir contra tal Decisão, diz que não houve a intimação do recorrente *acerca do acórdão 0247-03/13, afirmando que a referida Decisão fora recebida por uma vizinha do Sr. Benedito Santiago Costa, que é o contador e representante legal do recorrente*. Sobre o mérito, alega que se o ICMS incide com a saída da mercadoria do estabelecimento comercial, ou seja, quando a mercadoria sai do seu estabelecimento em direção ao comprador e jamais no momento da venda.

Alega que essa diferença ocorre em virtude da nota só ser faturada no momento da saída da mercadoria para ser entregue ao comprador, não se podendo ser feito um paralelo entre a venda com cartão de crédito/débito e o faturamento da nota, visto que o cartão é passado na hora do fechamento da venda e a nota só é emitida no ato da saída da mercadoria ao consumidor,

Acrescenta que o Auditor Fiscal autuou o recorrente sob alegação de omissão de saída, com base nas informações fornecidas pelas administradoras de cartão de Crédito, o que não pode ser concebido, posto que o recorrente faz a venda e, apenas em média 30 (trinta) dias após, emite a nota e faz a entrega das mercadorias ao comprador, haja vista que suas mercadorias vem de fora do Estado da Bahia.

Aduz a impossibilidade de apurar o créditos com base na quebra de sigilo bancário, afirmando que o sigilo bancário, espécie de direito à intimidade e à vida privada, assegura a confidencialidade das informações e registros da vida econômica-financeira do indivíduo que estejam sob detenção das instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Diz ainda que o sigilo bancário, como uma das normas de projeção da personalidade humana, está assegurado no referido dispositivo da Lei Complementar nº 105/2001. Essa lei, que dispõe sobre políticas monetárias, bancária e creditícia e sobre o Conselho Monetário Nacional, determina que: *"As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados"*.

Afirma que a imposição da multa de 70% (setenta por cento) e 100% (cem por cento), tem caráter flagrantemente confiscatório da imposição fiscal, apresenta-se de forma excessiva e desproporcional, diz que em nossa constituição Federal de 1988, através dos seus art. 145 parágrafo 1º e 150, IV, encontram-se insculpidos os princípios de capacidade contributiva do contribuinte e a vedação de confisco, utilizados tanto para os tributos quanto para as penas fiscais, respectivamente.

Finalizando, o recorrente pede que o Auto de Infração seja anulado, tendo em vista que não houve a comprovação de que houve a omissão de saídas e em função da quebra do sigilo bancário do recorrente, e o caráter confiscatório da multa aplicada nos percentuais de 70% (setenta) e 100% (cem por cento).

A PGE/PROFIS, em seu Parecer, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, após registrar que a recorrente repete os mesmos argumentos aduzidos na defesa, já examinados e exauridos pelo órgão julgador de Primeira Instância.

Afirma a ilustre Procuradora, que a imputação fiscal está absolutamente clara, devidamente tipificada e alicerçada na legislação estadual e o lançamento atende a todos os requisitos descritos no art. 39 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 09.07.1999. Observando que todos os pressupostos de validade processual foram rigorosamente atendidos, não estando o presente lançamento tributário e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos em nenhum das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

Diz a ilustre Procuradora que, a alegação versando sobre o caráter inconstitucional, confiscatório e abusivo das multas não poderá ser apreciado por este Egrégio CONSEF, em face do Art. 167, Inciso II, do RPAF. Opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, considerando:

1. Os argumentos tecidos pelo sujeito passivo contra o mérito do lançamento tributário sob apreço, carecem de respaldo legal. De acordo com os termos do § 4º do Art. 4º da Lei nº 7.014/96, o fato da escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de caixa não comprovado ou manutenção do passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas ou de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores; As informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem pagamento de imposto, ressalvadas ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.
2. A hipótese de declarações de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto foi inserida na legislação tributária do Estado através da Lei nº 8.542, de 27/12/2002, alterando o teor do art. 4º § 4º da Lei nº 7.014/96.

VOTO

Inicialmente, afasto qualquer possibilidade de nulidade suscitada, pois durante a instrução do PAF foram disponibilizadas todas as oportunidades para o contribuinte apresentar elementos de prova para descaracterizar a infração e, por outro lado, constam do processo todos os elementos necessários à sua análise e julgamento, provenientes inclusive da realização de diligências determinadas pela JJF, o que possibilitou o exercício do contraditório de forma plena.

Em relação a informação de que o recorrido não promoveu a intimação do *acórdão 0247-03/13, consta dos autos que o documento fora enviado para o endereço do contador do recorrente, constante do Cadastro de Contribuinte do Estado da Bahia (fl. 100), situado na Rua Antonio Muniz, Apt. 2, bloco 2, Bonfim, CEP 40115-145 Salvador/Ba., conforme fl. 102 do PAF, em conformidade com o Art. 108 do RPAF, Decreto 7.629, de 09 de julho de 1999, dessa forma que o PAF encontra-se revestido de todos os pressupostos de validação.*

No mérito, não tem razão o recorrente, pois apesar de haver sido intimado a apresentar as notas fiscais concernentes às vendas realizadas, a fim de que fosse verificada a correlação entre as saídas e as operações informadas pelas administradoras de cartões, o contribuinte não forneceu qualquer subsídio para contraditar e amparar as suas alegações, apesar de ser devidamente intimado para esclarecimentos.

Adoto plenamente as considerações ensejadas no Parecer exarado pela ilustre procuradora da PGE/PROFIS, haja vista que as razões do Recurso Voluntário não podem prosperar por falta de elementos capazes de ilidir a acusação em razão da omissão de saídas de mercadorias, através das vendas efetuados através de cartão de crédito e/ou débito.

Finalmente, é importante destacar a excelência do voto elaborado pelo ilustre julgador de Primeira Instância, bastante detalhado e elucidativo, com os fundamentos legais devidamente enumerados, contestando todos os aspectos da ação fiscal. Por sua vez, o recorrente limita-se a enfocar aspectos teóricos tributários, ao invés de, concomitantemente, concentrar-se no óbvio, a busca da verdade material, como, por exemplo, a apresentação das Notas Fiscais de venda e os cupons fiscais correspondentes,

O Recorrente não produziu provas fiscais que ilidissem a acusação de omissão de saídas tributáveis, pois o Auto de Infração está revestido da formalidades legais, respaldado na legislação, através do Art. 4, § 4º da Lei nº 7014/96.

Em face do exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida em todos os seus termos.

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 **115236.0012/11-0**, lavrado contra **GIULLIANO NOBREGA MALTA (CASA DE MÓVEIS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$112.422,51**, acrescido das multas de 70% sobre R\$48.248,41 e 100% sobre R\$64.174,10, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

MAURICIO SOUZA PASSOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS