

PROCESSO - A. I. Nº 180642.0050/05-7
RECORRENTE - MARTINICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0354-04/05
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 28/12/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0486-12/05

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àquelas informadas 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. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo Autuado contra a referida Decisão prolatada pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JF 0354-04/05, que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O Auto de Infração exige ICMS no valor de R\$11.995,36, e multa de 70%, em razão omissão de saída de mercadoria tributada apurada mediante 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 apresentou peça impugnatória, na qual tece os seguintes argumentos:

Preliminarmente, informou que a empresa não foi comunicada de que o tributo ora exigido deixara de ser incluído em contas de energia elétrica a partir do dia 29/12/2004, considerando que esta era a forma utilizada pela empresa para realizar o recolhimento do imposto, o que configura desrespeito aos princípios constitucionais da motivação dos atos administrativos, da ampla defesa e do contraditório. Portanto, o ato administrativo de deixar de incluir os valores de ICMS-microempresa nas contas de energia deve ser considerado nulo, posto que imotivado. Reclamou também o fato de ter que atender a inúmeras intimações em prazos curtos de 48 horas, alegando não dispor de estrutura para tanto. Outrossim, asseverou que não há por quê se falar em omissão de saída de mercadoria tributada, porquanto o autuado registrou corretamente o valor total das vendas efetuadas e que, consoante se verifica na DME realizada pela empresa antes mesmo da autuação, o valor total das vendas declarado é muito superior ao que fora apontado no presente Auto de Infração como o referente às vendas com cartão de crédito constantes da redução Z e, por outro lado, próximo ao informado pelas administradoras de cartão. (apresentou um demonstrativo referente a todas as vendas efetuadas no ano de 2004, intitulada “Relatório por Tipo de Vendas”, apontando como valor total um montante de R\$179.821,40). Salientou que os valores informados pelas administradoras divergem das vendas efetivamente realizadas, comprováveis através dos recibos dos cartões, os quais se encontram em poder da empresa.

O autuado elaborou uma planilha confrontando os valores relativos às vendas com cartão declaradas pela empresa e os informados pelas administradoras de cartão, apontando uma diferença total de R\$6.237,76, destacando que as administradoras informaram valores menores

para os meses de janeiro a julho, enquanto informaram valores superiores com relação aos demais meses.

Com fundamento nas razões apresentadas, requer, além de que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração em análise, e o reenquadramento da empresa como Microempresa, em função de seu faturamento.

O autuante prestou informação fiscal, às fls. 75 a 78, nos seguintes termos:

Inicialmente, com relação à alegação de que a empresa deixara de recolher o imposto por este não constar mais das contas de energia, observou que a empresa, em momento algum, entrou em contato com a SEFAZ para saber de informações acerca do fato.

Quanto à argüição de que os prazos são curtos para tantas intimações, argumentou que foram apenas seis intimações, conforme se verifica nas folhas 66 a 71.

No que diz respeito ao pedido de nulidade por ausência de notificação e motivação, aduziu que houve erro de interpretação do autuado, que acha que o Auto de Infração fora lavrado em decorrência do não pagamento do ICMS nos meses mencionados anteriormente (fls. 31 e 32 da defesa).

Relativamente ao argumento do autuado de que “os valores informados pelas administradoras divergem das vendas efetivamente realizadas, as quais podem ser comprovadas através dos recibos dos cartões que a requerente se disponibiliza a apresentar a esta secretaria”, não compreende por quê o autuado não os apresentou na peça impugnatória, insinuando que a empresa estaria com o propósito de postergar o pagamento do imposto que é devido.

No tocante às tabelas dispostas pelo autuado em sua defesa, questionou a validade dos seus dados, ressaltando ser muito fácil ajustar os números de acordo com a sua conveniência.

Com base nos argumentos acima expostos, opinou pela procedência total do Auto de Infração em tela.

Através do Acórdão JJF nº 0354-04/05, a 4ª JJF julgou Procedente o Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) deve ser rejeitada a preliminar de nulidade de cerceamento do direito de defesa, uma vez que, “em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99”;
- b) aplica-se *in casu* o quanto disposto no art. 4.º, § 4.º, da Lei nº 7.014/96, vez que apesar de alegar, o contribuinte não apresentou nenhuma prova cabal de sua assertiva, quando deveria apresentar os tais recibos dos cartões, por ocasião do ingresso de sua defesa neste Conselho de Fazenda;
- c) à luz do art. 143 do RPAF/99, “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”, o que não ocorreu no presente caso;

Inconformado com a Decisão prolatada pela 4ª JJF, interpôs o autuado Recurso Voluntário, repisando os argumentos pelo mesmo invocados na peça impugnatória, notadamente o fato de que a referida Junta de Julgamento Fiscal não observou a alegação do recorrente relativa à ausência de motivação do ato administrativo que lhe prejudicou, impossibilitando o pleno exercício de sua defesa. Isso porque, alega, desde a instituição do Regime Simplificado de Apuração do ICMS, através da Lei Estadual nº 7.357/88, o recorrente, enquadrado como microempresa, nos termos da legislação supra, pagava regularmente o ICMS – SimBahia, através das contas mensais de energia elétrica conforme atestam documentação acostada. Ocorre que, a partir de 29/12/2004, os valores referentes ao ICMS – microempresa deixaram de ser inseridos nas contas de energia elétrica, sem que nenhuma notificação fosse emitida para o recorrente e, principalmente, sem qualquer fundamentação de tal prática, implicando afrontas aos princípios

constitucionais da motivação dos atos administrativos e da ampla defesa e do contraditório, impossibilitando que a empresa se defendesse ou apresentasse esclarecimentos que, com certeza, iriam elucidar as questões sem a necessidade de lhe ser imputado Auto de Infração e condenação ao pagamento de multa. Nesse sentido, entende que a alegação de que o recorrente, em momento algum, entrou em contato com a SEFAZ, para saber de informações acerca do fato, não afasta o defeito do ato administrativo e não o torna válido, pelo contrário, só traz a confissão de que o argüido pelo recorrente é verdadeiro.

Reitera o argumento defensivo de que não houve omissão de saída de mercadorias tributáveis, vez que o recorrente registrou corretamente o valor total das vendas efetivadas, repisando, integralmente, os argumentos suscitados na defesa.

Por outro lado, com relação ao fundamento da Decisão de que o recorrente não apresentou nenhuma prova cabal de sua assertiva, quando deveria apresentar os recibos dos cartões por ocasião do ingresso da sua defesa neste CONSEF, aduz que os documentos não foram apresentados em face da inviabilidade de anexá-los naquele momento, posto que se tratam de milhares de recibos de cartões, referentes a todas as vendas realizadas a crédito e a débito. Por conta disso, se disponibilizou a apresentar essa documentação organizada por ordem cronológica e por administradora de cartão, quando da vontade deste Conselho de Fazenda. Transcreveu doutrina de Hely Lopes Meireles, a fim de comprovar que teve a sua defesa cerceada, pois não poderia produzir prova cabal em um único momento, o que denota a nulidade do Auto de Infração. Além disso, a Decisão contraria os princípios que norteiam o processo administrativo, os da garantia da defesa e o da verdade material, conforme doutrina de Hely Lopes Meireles que transcreve. Requer, ao final, que o Recurso seja julgado totalmente procedente para reformar a Decisão de Primeira Instância, reenquadrando-se o recorrente como microempresa, em virtude de possuir faturamento condizente com tal situação, podendo ainda pagar os meses em aberto que não foram cobrados por ato de liberalidade do qual sequer fora notificada, sem a incidência de juros ou multas. Caso assim não seja entendido, requer seja anulado o r. Acórdão e retomada a fase instrutória para que seja assegurado ao recorrente o seu direito de defesa, apresentando os recibos de cartão e comprovando a verdade do quanto alegado na defesa.

A ilustre representante da PGE/PROFIS, emitiu Parecer entendendo, inicialmente, que não há como prosperar a preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa suscitada pelo recorrente, uma vez que o ato administrativo ora atacado pelo recorrente não pode ser elemento de análise no presente processo, por se tratar de objeto diverso. Além disso, a existência de declaração de vendas, pelo contribuinte, em valores inferiores às informações fornecidas por administradora de cartão de crédito/débito, por força de lei, autorizam a presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do ICMS, como ocorreu no caso em testilha, sendo ressalvado, entretanto, o direito do contribuinte da prova da improcedência da referida presunção. Ocorre que o sujeito passivo não apresentou, em momento algum do processo, prova da referida alegação, com a apresentação dos recibos dos cartões de crédito e débito. Assim, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o recorrente de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme disposto no art. 143, do RPAF/99. Ademais, salienta que, com base no art. 142, do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Ao final, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Reparo algum merece o *decisum* de Primeira Instância. Senão, vejamos.

Quanto à preliminar de cerceamento do direito de defesa, rejeito-a, pois entendo que o recorrente jamais ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, tendo sido cumprido, em todos os seus termos, o quanto disposto no art. 39, do RPAF/99.

Ademais, ainda na seara de análise da preliminar suscitada, cura salientar que o ato administrativo atacado pelo recorrente, por se constituir em objeto absolutamente distinto do presente Auto de Infração, não pode ser analisado no presente feito administrativo.

É de corriqueira sabença que a declaração de vendas, por parte do recorrente, em valores inferiores às informações fornecidas por administradora de cartão de crédito/débito, à luz da lei aplicável à espécie, autorizam a presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do ICMS, como ocorreu no caso vertente, tendo sido ressalvado, entretanto, o direito do contribuinte da prova da improcedência da referida presunção.

Ocorre que o mesmo, em duas oportunidades, na esfera administrativa, não apresentou prova em sentido contrário, tendo deixado de colacionar aos autos, ao menos por amostragem, recibos dos cartões de crédito e débito, limitando-se a requerer a nulidade do julgamento de Primeira Instância, em face da impossibilidade de produção de provas na fase instrutória, ou seja, antes do julgamento ora recorrido.

Ora, caberia ao recorrente, que assim não o fez, em nome do princípio da verdade material - que invocou nas suas razões recursais - mas que, *in casu*, não aproveitou, apresentar as provas até mesmo nessa Segunda Instância, razão pela qual, inexistindo, nos autos, prova robusta ou ao menos indícios de provas que pudessem afastar a presunção inculpada em lei, outra saída não resta ao julgador senão acolher *in totum* o Auto de Infração, à luz dos arts. 142 e 143, do RPAF/99.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto e com espeque no Parecer emitido pela Douta Procuradoria, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário interposto, mantendo a Decisão de Primeira Instância em toda a sua inteireza.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **180642.0050/05-7**, lavrado contra **MARTINICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.995,36**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de dezembro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS - REPR. DA PGE/PROFIS