

PROCESSO - A. I. Nº 276468.0022/06-8
RECORRENTE - NILTON PEREIRA DOS REIS FILHO (MERCADINHO PONTA DE GUARAJUBA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JJF nº 0370-05/06
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 31/08/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0303-12/07

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR AS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DAS OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A declaração de vendas pelo sujeito passivo em valores inferiores àquelas informadas pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito autoriza a presunção legal de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, vez que indica que o contribuinte efetuou pagamentos com Recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Infração não elidida. Não acolhida à arguição de nulidade. Indeferido pedido de diligência fiscal. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da JJF que considerou Procedente a ação fiscal contra si desenvolvida e concluída através da lavratura de um Auto de Infração, o contribuinte interpõe visando modificar a Decisão proferida.

O lançamento exige ICMS no valor de R\$21.497,98, acrescido da multa de 70%, pela constatação de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (janeiro a junho de 2006).

Em seu voto a Sra. relatora na JJF diz que antes de adentrar na discussão da matéria se manifestaria sobre a arguição de nulidade apresentada pelo impugnante. Quanto a arguição de que a mídia magnética com os demonstrativos e planilhas elaboradas pela fiscalização lhe foram entregues sem a devida autenticação e que este fato havia cerceado o exercício de seu pleno direito de defesa já que a ele cabia a prova em contrário entendeu que este argumento não tem qualquer base de sustentação. E afirma *“Em primeiro, todos os documentos que embasaram a fiscalização lhe foram entregues em papel, conforme se observa pela assinatura do seu representante legal e constante às fls. 6, 7, 8, 12 e 49 dos autos. Em segundo, estes documentos (demonstrativos e planilhas) de igual forma, lhe foram entregues em meios magnéticos – Recibo de Arquivos Magnéticos (fl. 51) e disquete (fl. 52). O referido recibo foi gerado pelo sistema desta Secretaria de Fazenda, que tem como base autenticador fornecido pela Receita Federal. O nº do autenticador desta entrega foi 749D00BA7F125C5499BDD933224BB0A7 (fl. 51 dos autos). Não há como prosperar tal argumento.”*

Indeferiu o pedido de diligência e/ou perícia técnica solicitadas com base nas disposições contidas no art. 147, I, “b” e II, “a”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Em relação ao mérito entendeu que esta é “*uma das poucas situações em que a lei inverte o ônus da prova, ou seja, cabe ao contribuinte a prova da improcedência da presunção*” e observou “*que o enquadramento de uma empresa no regime simplificado de apuração do imposto não a exclui de ser submetida aos procedimentos legais de fiscalização, para averiguação, ou mesmo homologação, dos lançamentos realizados.*”

Discorrendo sobre o ocorrido diz que o Auditor autuante realizou comparativo entre a leitura diária das reduções Z dos ECF existentes no estabelecimento autuado quanto às vendas efetuadas e as informações das administradoras de cartões de crédito constatando que aqueles valores acusados no ECF, no período fiscalizado, foram a menos do que os informados pelas administradoras. Lançou o imposto sobre a diferença encontrada, dando o crédito de 8% pois se trata de empresa enquadrada no SimBahia na condição de pequeno porte.

Observa que nesta lide não se pode invocar o art. 409, do RICMS/97, que trata de operações de consignação mercantil, portanto matéria a ela alheia e diz que a base legal da autuação foi o art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Acrescenta que: “*razão teria o contribuinte á alegar sua condição de empresa de pequeno porte, enquadrado no SimBahia, se as ocorrências dos fatos geradores se reportassem ao período compreendido entre a criação desse regime até outubro de 2000. Neste período, a norma tributária não previa a perda do direito do contribuinte de sua situação em recolher o imposto, apurado, na forma simplificada, pois a Lei nº 7.357/98, embora determinasse que ele fosse exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, remetia ao RICMS/97 a identificação das infrações que considera de natureza grave. Em vista disto, somente a partir da Alteração nº 20 - Decreto nº 7.867, de 01/11/00 é que o Regulamento inseriu, no seu art. 408-L, V, as infrações especificadas no inciso III do seu art. 915 e o contribuinte perdeu o direito a adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS. Porém, visando não ferir o princípio da não-cumulatividade do ICMS, a Lei nº 8.534/02 alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98. Por esta redação, devem ser considerados, para apuração do imposto, os créditos fiscais adotando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, a não ser que o contribuinte comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado. Os fatos geradores ocorreram no exercício de 2006 e este foi o procedimento da fiscalização*”.

Adiciona aos seus comentários, embora não apresentado pela defesa, a seguinte colocação: *a presunção legal que autoriza a omissão de vendas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto somente foi incluída na legislação tributária do Estado através da Lei nº 8.542, de 27/12/2002, publicado no DOE de 28 e 29/12/2002, que alterou o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. E no Regulamento esta disposição legal foi acrescentada pela Alteração nº 38 – Decreto nº 8.413, de 30/12/2002, publicado no DOE de 31/12/2002. Portanto, se a discussão fosse referente a fatos ocorridos até o exercício de 2002 não existia previsão legal para apuração do ICMS através desta auditoria. Porém, como já me reporte, eles são de 2006.*”

Observa que “*o autuado ainda alegou de que a presunção legal não havia se configurado, pois jamais omitiu qualquer operação de saídas de mercadorias do seu estabelecimento comercial. O que poderia ter acontecido foi o registro no seu ECF de vendas “a crédito” terem sido registradas como “a vista”. Observo, inicialmente, que uma venda através de cartão de crédito não se constitui, necessariamente, em venda a crédito. O fato é que no ECF deve ser registrado se ela foi paga através de dinheiro e/ou cheque ou se através de cartão de crédito e/ou débito. O autuante, quando da fiscalização, fez este levantamento, conforme resta provado pelas planilhas acostadas às fls. 7/48 dos autos. Além deste levantamento, e indicado no corpo do Auto de Infração, o autuante ainda solicitou ao contribuinte à apresentar uma relação de cupons fiscais cujos valores coincidisse com as informações diárias prestadas pelas administradoras. Esta relação foi levada em consideração para apuração do imposto ora em discussão. Assim, se outras houveram, caberia ao impugnante apresentá-las. Não o fazendo, não posso considerar*

este argumento”.

E conclui comentando a respeito do argumento do contribuinte *“de que por não ter havido dolo ou má fé, apenas equívoco nos registros da operação TEF, o caso não poderia ser caracterizado como falta de pagamento do tributo e sim, da aplicação de multa formal por descumprimento de obrigação acessória”*. Afirma que *“aqui não se está discutindo a existência de dolo ou má fé, mas sim, da falta de pagamento de uma obrigação principal, cuja previsão está contida em lei. E, se houve equívoco do registro de vendas no ECF, cabe ao contribuinte provar”*.

Votou pela Procedência do lançamento fiscal no que foi acompanhada pelos demais membros da JJF.

O recorrente apresenta as suas razões propugnando (fls. 86/89) preliminarmente pela sua nulidade sob alegação, já apresentada quando da impugnação, de que a entrega dos demonstrativos e planilhas contidas na mídia magnética não havia sido autenticada, bem como a não entrega das planilhas relativas à movimentação diária das transferências eletrônica de fundo. Estes fatos, afirmou, constituíram descumprimento do devido processo legal, já que houve cerceamento do direito de defesa, pois a ele caberia produzir as provas necessárias para desconstituição do crédito tributário em lide.

No mérito, reafirmou que a presunção “fiscal” não havia se configurado, pois jamais omitiu qualquer operação de saídas de mercadorias do seu estabelecimento comercial. O que poderia, eventualmente, ter acontecido foi ter alguma venda “a crédito” ter sido registrada como “a vista”. Esta análise, disse, seria confirmada através de uma pesquisa por fiscal estranho ao feito nos seus cupons fiscais. Prosseguindo em sua argumentação, ressaltou que, mesmo tendo o fato acusado respaldo legal, em qualquer instante houve dolo ou má fé, sendo, apenas equívoco nos registros da operação TEF. Portanto o caso não poderia ser caracterizado como falta de pagamento do tributo e sim, da aplicação de multa formal por descumprimento de obrigação acessória. Além do mais, sendo enquadrado no SimBahia, no mínimo, deveria haver o recálculo do imposto, para que fosse aplicado o percentual de 3,5%, conforme sua faixa de recolhimento e não aplicado os dispositivos contidos no art. 409, do RICMS/97. Volta a requerer o direito de provar tudo o que alegou, por todos os meios admitidos em direito, inclusive laudos periciais, revisões fiscais, documentos e testemunhas, pugnou pela nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

A Sra. relatora opinou pela manutenção do Auto de Infração.

A Sra. procuradora após sucinto resumo refuta os frágeis argumentos do recorrente observando que não procedem as alegações de entrega de documentos em meio magnético sem a devida autenticação e o não recebimento de algumas planilhas e demonstrativos tendo em vista que pode se verificar claramente do “recibo de arquivos eletrônicos” (fls.51) o número, a data e o horário de autenticação. Acrescenta que a cópia de todos os documentos que embasaram a autuação lhe foi entregue consoante se verifica no recibo assinado pelo representante legal da empresa (fls. 6, 7, 8, 12 e 49), de igual forma estes mesmos demonstrativos e planilhas também foram repassadas ao contribuinte em mídia magnética conforme recibo juntado às fls. 51. No que toca a afirmação de que não houve omissão de saída de mercadoria e sim equívoco nos registros, não há como prosperar tal argumento, já que o sujeito passivo não logrou comprovar suas razões. Afirma que o acórdão atacado apreciou todas as questões ventiladas nos autos e, por isso mesmo, não merece qualquer reforma e opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Como vimos, o Auto de Infração trata da exigência do ICMS pela presunção de omissões de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, tendo em vista declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações das instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, conforme autoriza o art. 4, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

Interessante a observação da Sra. relatora de que esta é uma das poucas situações em que a lei

inverte o ônus da prova, ou seja, cabe ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Ao repetir que é uma empresa enquadrada no SimBahia, e que o imposto, se devido, deveria ser apurado com base no percentual legal indicado ao seu enquadramento (no caso, 3,5%), ou seja, deveria ser feito, pois as determinações do art. 409, do RICMS/97 a ele não poderiam ser aplicadas, o recorrente nada acrescenta que lhe possa favorecer. Feliz ou infelizmente a legislação tributária não reproduziu este, acredito, razoável, entendimento.

Como bem colocou a Sra. procuradora são frágeis os argumentos do recorrente. O reiterado argumento da “ausência de autenticação” não procede. Não tem melhor sorte a alegação do não recebimento de algumas planilhas e demonstrativos. O que se constata claramente é que no “recibo de arquivos eletrônicos” (fls. 51) estão objetivamente colocados o nº, a data e o horário de autenticação. E não há dúvidas quanto à entrega por parte do autuante, da cópia de todos os documentos que embasaram a autuação como se verifica no recibo assinado pelo representante legal da empresa (fls. 6,7,8, 12 e 49). De igual forma, estes mesmos demonstrativos e planilhas também foram repassadas ao contribuinte em mídia magnética, conforme recibo juntado às fls 51. Acompanho também a observação da Sra. procuradora no sentido de que não há como prosperar o argumento de que não houve omissão de saída de mercadoria, e sim, equívoco nos registros. O ora recorrente novamente não comprova suas razões.

Concluo acompanhando o opinativo da PGE/PROFIS votando no sentido de que seja mantida a Decisão recorrida e NÃO PROVIDO o Recurso Voluntário.

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 **276468.0022/06-8**, lavrado contra **NILTON PEREIRA DOS REIS FILHO (MERCADINHO PONTA DE GUARAJUBA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$21.497,98**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

MARIA DULCE HANSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS