

PROCESSO - A. I. Nº 178891.5011/06-2
RECORRENTE - M&M MERCADINHO LTDA. (MERCADINHO FAMILIAR)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0288-03/7
ORIGEM - INFAT ATACADO
INTERNET - 19/03/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0076-11/08

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO TEF. A declaração de vendas feitas pelo sujeito passivo, por meio de cartões de crédito e/ou débito, em valores inferiores àqueles informados 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. O autuado comprovou que parte dos valores contidos na Redução “Z” do ECF, foram registrados como recebimentos em dinheiro. Infração parcialmente subsistente. Preliminar de nulidade rejeitada. Pedido de perícia indeferido. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte contra a Decisão proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0288-03/07), que julgou parcialmente procedente a presente autuação, lavrada com vistas a exigir o ICMS relativo à omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao montante fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no exercício de 2006, lançado inicialmente no valor de R\$44.785,10, com multa aplicada de 70%.

A JJF, na Decisão recorrida, rejeitou a preliminar de nulidade suscitada em impugnação, ao argumento de que o Auto de Infração foi lavrado em atendimento às formalidades legais e encontra-se revestido de todos os pressupostos de validação do processo. Aduz que foram observadas as exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, em seu artigo 18, e que as planilhas elaboradas pelo autuante demonstram de maneira clara a infração cometida.

Esclarece que o autuado recebeu demonstrativos em meio magnético contendo movimento detalhado das vendas em cartão de débito e crédito correspondente ao período fiscalizado, conforme folha 33, constando recibo assinado pelo deficiente à folha 34, e por isso, foi permitido ao autuado o amplo direito de exercer o contraditório e o seu direito de defesa. Assevera que não é imprescindível que tal relatório seja emitido em formato de papel como requereu o autuado na peça defensiva.

Rejeitou, ainda, as alegações do deficiente de que existem incorreções e omissões de natureza grave no presente processo administrativo fiscal, considerando que a acusação fiscal restou claramente descrita, tratando-se de presunção legal prevista no artigo 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Também não foi acatado o argumento de que o roteiro de fiscalização aplicado é inadequado, uma vez que tal procedimento fiscal não pode ser aplicado unicamente quando o contribuinte comercializa com quase a totalidade de mercadorias isentas, não tributada e com fase de tributação encerrada.

O pedido de nova diligência ou perícia foi indeferido, pois o órgão julgador considerou que os elementos constantes dos autos são suficientes para formar o convencimento, além do que a matéria argüida prescinde de conhecimento especial de técnicos, nos termos do artigo 147, I e II, alínea “a”, do RPAF-BA.

No mérito, verifica que o autuante lavrou o Auto de Infração com base na presunção legal prevista no art. 2º, §3º, VI do RICMS-BA, e, neste caso, inverte-se o ônus da prova, sendo assegurado ao sujeito passivo a comprovação da improcedência da autuação. Afirma que o demonstrativo acostado aos autos pelo autuante à folha 10, indica vendas com cartão de crédito no valor de R\$594.934,22 no período de janeiro a junho de 2006, e o montante apurado na leitura da Redução “Z” do autuado importou em R\$41.863,66, que foi acrescido do valor de R\$55.458,36 relativo a notas fiscais emitidas, resultando em imposto devido no valor de R\$44.785,11, já concedido o crédito fiscal de 8%, a que faz jus as empresas inscritas no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Destaca que, consoante Parecer ASTEC 071/2007 (fls. 192/193), o autuado apresentou ao diligente notas fiscais que representam apenas 24% do seu faturamento, o que é insuficiente para aplicação da proporcionalidade suscitada pelo defendant. Entretanto, entendeu a JJF que deve ser deduzido da base de cálculo do presente Auto de Infração o valor de R\$3.026,67, encontrado pelo diligente, conforme teor do referido Parecer, relativo a operações de vendas com cartões e registradas no ECF como recebimento em dinheiro.

Nestes termos, julgou procedente em parte a autuação, reduzindo o imposto lançado ao montante de R\$44.512,70.

Inconformado, o contribuinte apresentou o Recurso Voluntário de fls. 288/301, afirmado, inicialmente, que o autuado é empresa do ramo de comércio varejista de produtos alimentícios e, assim, a maioria das mercadorias comercializadas não sofre tributação nas saídas, seja em razão da incidência do art. 14, do RICMS, que concede isenção a produtos hortícolas, frutas, produtos agropecuários etc., seja em virtude do regime de substituição tributária, que impõe o encerramento da fase de tributação em fase anterior à saída final.

Afirma, ainda, que também comercializa produtos da cesta básica, que devem ser tributados à alíquota de 7%, e mercadorias com base de cálculo reduzida na saída, a exemplo de óleo de soja e açúcar.

Suscita a nulidade da autuação, ao argumento de que o roteiro de fiscalização aplicado é inadequado, tendo em vista que as mercadorias comercializadas pelo estabelecimento autuado, em sua maioria, são isentas ou estão submetidas ao regime de substituição e antecipação tributárias, transcrevendo diversas decisões do CONSEF que respaldam a nulidade suscitada.

No mérito, afirma que o CONSEF vem aceitando a aplicação do princípio da proporcionalidade, consoante resoluções que transcreve.

Pede que, acaso não seja decretada a nulidade da autuação, que seja solicitado ao autuante que efetue o demonstrativo analítico das saídas efetuadas pelo autuado através das reduções “Z” do ECF, pelo valor total, acrescidos dos valores das notas fiscais séries D-1, aplicando-se a proporcionalidade e reduzindo-se o valor do imposto lançado.

Demonstra, mês a mês, o valor do imposto que entende devido, aduzindo, ao final, que o autuante cometeu erros, enganos e equívocos, *“como caracterizar a infração de forma imprecisa e por presunção, presunção esta sem procedência e que a descrição em consequência destes enganos cometidos ficou confusa, genérica e que os demonstrativos não apontam*

discriminadamente (dia a dia, operação por operação e valor por valor), qual foi a venda efetuada através da emissão de cartão de débito e/ou crédito que foi realizada sem emissão de cupom fiscal”.

Pugna, ao final, pelo provimento do Recurso Voluntário.

A PGE/PROFIS, por conduto do Parecer de fls. 306/307, opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário, ante a inexistência de elementos capazes de infirmar a Decisão recorrida.

VOTO

Ab initio, rejeita-se a preliminar de nulidade do Auto de Infração, atecnicamente suscitada pelo recorrente, porquanto o PAF está revestido de todas as formalidades legais e apresenta todos os elementos necessários à sua conformação como ato de lançamento, não havendo nenhum dos vícios gizados no art. 18, do RPAF.

Rejeita-se, igualmente, o cerceamento de defesa alegado pelo recorrente, porquanto, da análise dos autos, especialmente das peças elaboradas na defesa de seus interesses, constata-se que o contribuinte teve pleno acesso a todos os documentos quer instruem a autuação e aos demonstrativos elaborados pelo auditor fiscal, inclusive no que concerne aos relatórios TEF diários por operação, fornecidos em meio magnético (fls. 33/34). Frise-se que o fato de o contribuinte ter apresentado cupons fiscais de algumas das operações tratadas na presente autuação (fls. 201/246), com vistas a elidir em parte a presunção de omissão de saídas, evidencia o acesso a todas as informações necessárias ao regular exercício do seu direito de defesa.

Com relação à prefacial de nulidade da autuação por inadequação do roteiro aplicado, a matéria está entrosada com o mérito e juntamente com ele será deslindada.

Nas questões de fundo, é de rigor esclarecer-se que, de fato, há algum tempo atrás, este Conselho firmou entendimento no sentido de que, tratando-se de estabelecimento comercial que realiza predominantemente operações com mercadorias não tributadas, isentas ou com fase de tributação encerrada, incluindo-se nesta última hipótese a substituição tributária com antecipação do pagamento do imposto, a fiscalização não deveria seguir os procedimentos de fiscalização relativos às presunções legais inseridas no ordenamento jurídico pelo §4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96.

Entretanto, evoluindo em tal entendimento, o que é natural e até mesmo salutar em sede de órgão julgador administrativo ou judicial, este CONSEF passou a admitir a utilização do indigitado roteiro de fiscalização, garantido, em contrapartida, ao contribuinte, que o lançamento do imposto espelhasse a proporcionalidade das operações realizadas no período, excluindo-se a proporção relativa a operações isentas, não tributadas e com fase de tributação encerrada na entrada.

À modificação do entendimento jurisprudencial, seguiu-se a inovação normativa, por conduto da edição da Instrução nº 56/2007, publicada no Diário Oficial de 21/09/2007, que somente afasta a utilização do roteiro de fiscalização relativo às presunções do §4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, se as operações realizadas habitualmente pelo contribuinte forem **integralmente** isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária, *ex vi* do item 2, da referida Instrução, *in verbis*:

“2 - No curso da ação fiscal, caso o preposto fiscal verifique que as operações habituais do contribuinte sejam integralmente isentas, não tributáveis e/ou sujeitas à substituição tributária, deverá abster-se de aplicar os roteiros fiscais relativos às presunções referidas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 e aplicar outros roteiros de fiscalização”.

In casu, como o recorrente não opera exclusivamente com mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária, como ele próprio confessa, agiu corretamente o preposto fiscal ao aplicar o roteiro de fiscalização da presunção legal de omissão de saídas.

Também inexistiu equívoco por parte da JJF, ao deixar de aplicar a proporcionalidade ao presente caso, pois, em que pese a conversão do PAF em diligência para reunir elementos probatórios capazes de atender ao pleito formulado pelo contribuinte, este apresentou notas fiscais que espelhavam apenas 24% do seu faturamento, sendo, portanto, inviável a redução da base de cálculo, por absoluta falta de provas das alegações defensivas.

Registre-se que a própria Instrução Normativa nº 56/2004 prevê a não aplicação da proporcionalidade quando inexistam elementos seguros para tanto, *in verbis*:

“3 - Não sendo obtidos ou apresentados pelo contribuinte dados que possibilitem o cálculo da proporcionalidade admitida nos termos do item 1, o preposto fiscal lançará o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total da omissão de operações de saída apurada, devendo ser registrada no termo de encerramento de fiscalização tal impossibilidade, sob pena de não registro do Auto de Infração.”.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão impugnada por estes e pelos seus próprios fundamentos.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 178891.5011/06-2, lavrado contra **M&M MERCADINHO LTDA. (MERCADINHO FAMILIAR)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto o valor de **R\$44.512,70**, 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, 11 de março de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO – REPR. DA PGE/PROFIS