

A. I. Nº - 157064.0068/06-3
AUTUADO - COMERCIAL DE ALIMENTOS RODRIGUES DO CONI LTDA
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS OLIVEIRA FERREIRA
ORIGEM - INFAT ATACADO
INTERNET - 13.05 08

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0002-05/08

EMENTA: ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO OU DE DÉBITO. DECLARAÇÃO EM VALOR INFERIOR ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A 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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/09/2006, exige ICMS no valor de R\$21.269,72 e multa de 70%, em decorrência de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de janeiro a junho de 2006.

O autuado, tempestivamente, ingressa com defesa, fls. 19 a 22, aduzindo os argumentos a seguir resumidos.

Preliminarmente requer a nulidade do Auto de Infração sob a alegação de que teve cerceado a fruição de seu direito de ampla defesa, conforme previsto na Constituição Federal, aduzindo que:

1. Não constam dos autos, no seu inteiro teor, a advertência do art. 285 do Código de Processo Civil, além de não se encontrar de modo expresso as penas aplicáveis ao presente caso;
2. O tipo tributário não fora expresso, como determina a Lei, observado detalhadamente através de planilhas especificadas por listagem de todos os fatos geradores, a fim de que pudesse estabelecer a exigência do tributo;
3. A fiscalização desconsiderou sua condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no regime simplificado SimBahia e aplicou a alíquota de 17% quando o correto seria 5% em razão de sua receita bruta anual nos termos do inciso II, do art. 2º, da Lei nº 9.841, de 05/10/1999, além de não aplicar a dedução relativa ao número de empregados registrados. Informa também que integra o regime de tributação pelo SIMPLES.

No que diz respeito ao mérito, o autuado reafirma que o autuante não considerou a sua receita bruta e aplicou a alíquota de 17%. Assevera que os lançamentos das vendas sob a modalidade de cartão de crédito e de débito mostram a inexistência de dolo ou intenção de fraudar, tendo em vista que nas fitas detalhes impressas constaram pequenos equívocos, quando do lançamento dessas operações, isto porque, foram registrados como “diversos”, quando deveriam ser os valores registrados como vendas com cartão de crédito e de débito. Acrescenta ainda que seu ECF sofrera intervenção para manutenção e recebera um novo lacre da SEFAZ, e que, nessa ocasião não fora informado da constatação de irregularidade alguma, observando que colacionou aos

autos cópias de documentação para comprovar a realização das aludidas intervenções por empresa de assistência técnica especializada e autorizada pela SEFAZ.

Por tudo isso, conclui o autuado requerendo decretação da nulidade do Auto de Infração nos termos supra alegados, protestando ainda por todos os meios de provas permitidas em direito, juntada de novos documentos e perícia contábil, além de requerer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 37 a 38, na qual rebate os argumentos da defesa, asseverando que:

1. Constanam do Auto de Infração todas as informações questionadas pelo autuado em sua defesa, ou seja, o enquadramento legal e a tipificação da multa, além de mencionar o prazo de defesa e a indicação da consequência de sua falta;
2. A planilha constante da fl. 06 e o relatório da fl. 13, por se tratar de fiscalização sem grande complexidade, são suficientes para explicitar o conteúdo da apuração realizada pela fiscalização;
3. Em relação ao uso inadequado da alíquota de 17%, informa que concedeu na forma da legislação o crédito presumido de 8% pelo fato de está o estabelecimento autuado enquadrado no regime simplificado do SimBahia;
4. Quanto à alegação de ter ocorrido lançamentos de forma incorreta no ECF como “Diversos” e que por isso não ocorreria dolo, nem intenção de fraudar, esclarece que o autuado não carreou aos autos elemento de prova algum capaz de invalidar a autuação.

Conclui o autuante mantendo o Auto de Infração.

Constatada a inexistência nos autos de cópia do Relatório TEF Diário, fornecido pelas administradoras de cartões de crédito e débito, a 4^a JJF, em pauta suplementar, deliberou baixar os autos em diligência para que a INFRAZ de origem procedesse à anexação do referido Relatório nos autos e intimasse o autuado para o fornecimento de suas cópias e reaberto o prazo de defesa de trinta dias.

Cumprida a diligência, fls. 43 a 217, e transcorrido o prazo regulamentar o autuado não se manifestou.

VOTO

De plano, deixo de acatar as alegações aduzidas pela defesa como fundamento para caracterizar a nulidade do presente Auto de Infração. Eis que, nenhuma delas consubstancia a presença dos requisitos legais indispensáveis à decretação de nulidade, como analisaremos a seguir.

Não é verdadeira a alegação defensiva de que não constam dos autos a penalidade aplicada de forma expressa e que, com isso, o autuado tivera seus direitos de ampla defesa e do contraditório restringidos. Pois, verifica-se às fls. 01 a 04, do Auto de Infração que se encontram claramente enunciados, de forma explícita no Auto de Infração, o resumo da constatação circunstanciada no item “Descrição dos Fatos” e a infração cometida devidamente enquadrada nos artigos 2º, 3º, 50, 124 e 218 do RICMS-BA, com esteio na Lei nº 7.014/96. Do mesmo modo, a tipificação da multa aplicada é apresentada de forma nítida e clara no Auto de Infração, bem como, nele consta intimação expressa para o autuado recolher o débito apurado ou apresentar defesa na Repartição Fiscal de sua circunscrição. Quanto à falta de apresentação de planilhas especificadas detalhando a origem e a apuração da base de cálculo, aduzida pela defesa, ressalto que esse óbice foi superado com o cumprimento de diligência específica à INFRAZ de origem, determinada em pauta suplementar pelos membros da 4^a JJF, para que fosse apensado aos autos o Relatório Diário de Operações - TEF, fls. 43 a 219, e intimado o autuado para fornecimento de sua cópia, fl. 216 a 217. No tocante a alegação da aplicação indevida da alíquota de 17% em vez de 5%, pelo fato de se encontrar enquadrado no regime simplificado SimBahia como Empresa de Pequeno Porte, por se

tratar de questão atinente ao mérito da lide, abordarei adiante quando de seu exame. Portanto, não há que se falar em nulidade, tendo em vista que, em aspecto algum, restou caracterizado nos autos a existência de qualquer elemento impeditivo para que o autuado pudesse exercer, plenamente, os seus direitos de ampla defesa e contraditório.

Embora formulado de forma difusa, indefiro também o pedido de perícia contábil, tendo em vista a inexistência, nos presentes autos, dos pressupostos contidos nas alíneas “a” e “b” do inciso II do art. 147 do RPAF-BA/99, não havendo, portanto, necessidade do concurso de especialista para dirimir dúvida alguma. Ademais, o autuado não se manifestou, por ocasião da intimação para tomar ciência do Relatório TEF, não fundamentou seu pedido, e nem mesmo apresentou os indispensáveis quesitos.

Assim, entendo ultrapassadas as questões suscitadas como preliminar.

No mérito o presente Auto de Infração foi lavrado em decorrência de omissão de saída de mercadorias tributadas apurada por meio de 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, nos meses de janeiro a junho de 2006, conforme demonstrativo acostado aos autos, fl. 07.

Verifico que, sendo apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96:

“Art. 4º

§ 4º 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”.

Em se tratando de exigência de imposto por presunção legal, poderia ser elidido pelo sujeito passivo, haja vista que neste caso, o ônus da prova é invertido, cabendo ao impugnante exhibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF-BA/99. Descabendo assim, a busca de provas por este órgão julgador, já que o encargo de apresentação é do sujeito passivo. Conforme se depreende da inteligência do art. 143 do mencionado Regulamento, constitui-se mera negativa do cometimento da infração a alegação defensiva de que ocorreram pequenos equívocos quando, por ocasião dos lançamentos no ECF, as operações de vendas com cartões de débito foram registradas como “diversos”.

No tocante à alegação de que seu ECF sofrera intervenção e manutenção com colocação de lacre da SEFAZ, conforme documentação colacionada às fls. 27 a 31, ocasião em que assegura o autuado não ter sido constatado irregularidade alguma, verifico que, apesar de efetivamente o equipamento fiscal do autuado ter sofrido intervenção, não restou evidenciados nos autos elemento algum decorrente da manutenção do equipamento que afetasse, direta, ou indiretamente, a ocorrência da presunção de saídas, ora em questão.

Enfatizo que, no cumprimento de diligência determinada pela 4ª JJF, o sujeito passivo foi intimado para fornecimento do Relatório TEF, e assim possibilitar a realização do confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito. Por seu turno, deveria o autuado, ao receber as cópias do Relatório TEF e reaberto o prazo de defesa, fls. 216 a 217, ter carreado aos autos, além das cópias dos documentos fiscais por ele emitidos, as cópias dos correspondentes comprovantes de débito dos cartões com

indicação das respectivas formas de pagamento, o que possibilitaria a análise quanto à exclusão dos valores efetivamente comprovados.

Constam dos autos, fl. 09, que o autuado, no período fiscalizado, encontrava-se enquadrado no SimBahia, na condição de Empresa de Pequeno Porte, circunstância em que, sendo apurada operação realizada sem documentação fiscal, a legislação prevê a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração, ficando o contribuinte obrigado a recolher pelo regime normal em decorrência da prática da infração definida na legislação como de natureza grave. No presente caso, tendo sido apurado que houve omissão de saídas, mediante levantamento fiscal, constato no demonstrativo “Planilha comparativa de Vendas por meio de Cartão de crédito/débito”, elaborada pelo autuante, fl. 06, que foram adotas as determinações contidas no art. 408-S. Ou seja, a exigibilidade do imposto foi efetuada aplicando a alíquota normal, de 17%, e considerado o crédito de 8% sobre o valor das saídas apuradas, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos, conforme previsto no § 1º do art. 19, da Lei nº 7.753/98, em vigor à época dos respectivos fatos geradores.

Portanto, como também entendeu o autuado, efetivamente, não houve desenquadramento, e sim a aplicação do dispositivo legal supra mencionado. Por isto, acolho os cálculos efetuados pelo autuante, pois, verifiquei que estão corretos e, além de estarem de acordo com a legislação pertinente, não foram contestados pelo autuado. Por tudo isso é que mantendo a exigência fiscal.

Ante o exposto, concluo que restou comprovado nos autos o cometimento da infração caracterizada como omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada que fora através de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administrado de cartão. Verifico também que a tipificação da multa aplicada está em perfeita consonância com o teor do inciso III do art. 42, da Lei nº 7.014/96. Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 157064.0068/06-3, lavrado contra **COMERCIAL DE ALIMENTOS RODRIGUES DO CONI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$21.269,72, acrescido da multa de 70% prevista, no inciso III do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2008.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR