

A. I. N ° - 019290.0034/07-4
AUTUADO - C. B. CONI
AUTUANTE - PAULO CESAR DE CARVALHO GOMES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 30.10.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0313-04/08

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO 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. Infração subsistente. Preliminar de nulidade não acolhida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/12/2007, imputa ao contribuinte o cometimento de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, 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 dezembro de 2006. Sendo exigido ICMS no valor de R\$28.623,73 e aplicada a multa de 70%.

O autuado apresenta impugnação, fls. 32 a 38, cujo teor descreve inicialmente a infração e aduz as seguintes ponderações:

- 1 - Requer a nulidade do Auto de Infração invocando o descumprimento do art. 46 do RPAF-BA/97, aduzindo o descumprimento do devido processo legal, por cerceamento de defesa em razão da entrega das planilhas e demonstrativos apenas em meio magnético sem a devida autenticação, e não em físico;
- 2 - Em relação ao mérito, afirma que não ocorrera omissão de saídas de mercadorias tributáveis através do levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido pelas administradoras de cartão e financeiras. Esclarece que, por falha de programação e principalmente por mal uso, seu ECF jamais esteve preparado para identificar o meio de pagamento. Assegura que esse fato poderá ser confirmado pela simples análise dos registros efetuados, onde se verificará que inexistente identificação alguma do meio de pagamento nas vendas efetuadas. Ressalta ainda que na “Planilha Comparativa de Venda por meio de Cartão de Crédito/Débito”, elaborada pelo autuante, poderá ser verificado que inexistente um único lançamento relativo às vendas através de cartão de crédito/débito nas reduções “Z”. Diz entender que, por isso, não poderia ser aplicado este tipo de sistemática de apuração, haja vista que seu equipamento não estava preparado para o meio de pagamento;
- 3 - Reconhece que a não preparação de seu equipamento e o seu mal uso impediram que fosse procedida a identificação do meio de pagamento o que não o exime de sua falha, entretanto, esta jamais poderia ser classificada como falta de pagamento do tributo devido, e sim como descumprimento de obrigação acessória;
- 4 - Afirma que o que ocorrera foi o registro como sendo operações de venda a vista de todas as vendas com cartões de débito e de crédito. Fato esse, acrescenta, que poderá ser confirmado através de análise criteriosa junto aos cupons fiscais emitidos, análise essa que será apresentada ao CONSEF, tão logo tenha acesso ao relatório Diário TEF;

5 - Diz entender que mesmo o resultado da apuração ter sido respaldado em uma presunção fiscal, em momento algum se identificou em sua caracterização má fé ou o intuito de sonegar, pois, o problema ocorrera em decorrência apenas de um equívoco nos registro da operação TEF, e que por isso, não cabe o seu recálculo através do art. nº 409 do RICMS-BA/97, e sim, mantendo-se a faixa de recolhimento de seu enquadramento no SimBahia, ou seja, a aplicação da alíquota fixa de 3,5% de acordo com sua faixa de recolhimento como Empresa de Pequeno Porte;

6 - Requer a aplicação do critério da proporcionalidade por ser uma empresa que atua no ramo de mini-mercado e operar de forma significativa com mercadorias sujeitas à antecipação tributária e isentas que perfazem um total em torno de 65%, conforme pode ser verificado através das notas fiscais de entradas as quais diz anexar aos autos. Observa que o autuante não aplicou a proporcionalidade às saídas tributadas na apuração das omissões de saídas, contrariando entendimento reiterado do CONSEF, a exemplo do Acórdão JF nº 0215-01/02;

7 - Diz que as presunções previstas no § 3º do art. 2º do RICMS-BA/97, por serem relativas admite-se prova em contrário, aduzindo que, como demonstrou cabalmente que apenas 35% de suas saídas são sujeitas à tributação, reitera seu pedido de aplicação do critério da proporcionalidade. Ressalta, por fim, que tal procedimento não se constitui reconhecimento de qualquer espécie sobre o crédito fiscal apurado pelo autuante, nem a legitimidade de sua exigência, pois reafirma não possuir previsão legal e está em desacordo com o previsto no inciso IV do art. 2º do RICMS-BA/97, mas apenas uma forma de acautelar-se dentro de um entendimento consagrado pelo CONSEF.

Conclui requerendo inicialmente que o Auto de Infração seja declarado nulo, consoante sua argumentação preliminar, ou que seja julgado procedente em parte, por estar alicerçado em total desamparo e contradição aos elementos comprobatórios, prejudicando de forma inquestionável a aplicabilidade dos dispositivos legais utilizados na fixação da base de cálculo.

Em sua informação fiscal, fls. 45 a 46, o autuante ressalta inicialmente que não procede a preliminar de nulidade suscitada na defesa, tendo em vista que as alegações alinhadas na defesa não condizem com a realidade dos fatos. Eis que, em relação ao não recebimento das planilhas e demonstrativos alegado na defesa, não é verdadeiro, pois foram devidamente entregues ao preposto autuado mediante assinatura, conforme se verifica às fls. 08 e 19. Observa também que, no tocante a alegação de falta de autenticação, essa assertiva não condiz com a realidade, pois, os arquivos eletrônicos com o Relatório Diário TEF entregues, fl. 22, encontram-se devidamente autenticados.

Quanto ao mérito, afirma que, *a contrário sensu* da tese defensiva, a “omissão de saída de mercadoria tributa 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”, é uma obrigação tributária criada pela Lei Federal nº 9.532/97, regulamentada pelo Convênio ECF nº 01/98, incorporada à legislação do Estado da Bahia pelo Decreto nº 8.413/02. Por isso, enfatiza que não tem como acatar a tese defensiva, em que pese a disfunção ou o mal uso de seu equipamento.

Transcreve a Cláusula 4ª do Convênio para comprovar que o argumento da defesa não possui arrimo legal, tendo em vista que a emissão do comprovante de pagamento de operação ou prestação efetuado com cartão de crédito e de débito automático em conta corrente somente poderá ser feito por meio de ECF, devendo o comprovante estar vinculado ao documento fiscal emitido na operação ou prestação respectiva.

No que diz respeito à proporcionalidade pleiteada, ressalta que consoante disposto na IN nº 56/07, para a sua aplicação o contribuinte deve apresentar todas as notas fiscais de compras pertinentes e um demonstrativo em meio magnético especificando a natureza de suas operações de saídas. Enfatiza ainda que em momento algum a empresa fez prova contrária a presunção legal.

Conclui mantendo a autuação.

A 5ª JF em decisão unânime de seus componentes decidiu baixar os autos em diligência para que o autuante intimasse o contribuinte para apresentar demonstrativo relacionando separadamente

as notas fiscais de saídas ou de entradas das mercadorias sujeitas a tributação normal, sujeitas à substituição tributária, isentas e à redução na base de cálculo, acompanhado dos respectivos documentos fiscais e nos valores indicados nas DME's referentes ao período fiscalizado, para que fosse aplicada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07.

Em relação ao atendimento da diligência determinada pela 5ª JF, o autuante informa, fl. 61, que deixou de atender ao pedido para proceder ao cálculo da proporcionalidade pelo fato de que o autuado não apresentou as notas fiscais de entradas. Esclarece que comparecera ao estabelecimento autuado e constatou que em seu endereço funciona outra empresa, a NT CONI Comercial de Alimentos Ltda., cujos sócios são parentes da proprietária da empresa autuada. Assevera que deixou de atender a diligência por não ter logrado êxito na intimação ao autuado para o fornecimento da documentação fiscal necessária, mesmo após ter enviado por *e-mail* e *fax* diversas intimações para o contador, que por sua vez entregou-as ao contribuinte, fls. 52 a 56.

VOTO

Inicialmente deixo de acolher a preliminar de nulidade suscitada pela defesa, sob a alegação de descumprimento do devido processo legal por cerceamento de defesa, por não ter recebido os demonstrativos e planilhas que embasaram a apuração do débito objeto do presente lançamento, bem como pela falta de autenticação dos arquivos magnéticos, por ele recebidos, contendo o Relatório Diário de Operações TEF. O motivo da não aceitação dessas alegações se deve a inexistência fática de seus fundamentos. Eis que, constam dos autos o efetivo recebimento das planilhas e demonstrativos que fundamentam e identificam a origem da apuração do débito exigido, pelo preposto do autuado, Sr. Daniel Mota Araújo, consoante assinaturas apostas às fls. 08 e 19. Do mesmo modo, verifico à fl. 22, o recebimento dos arquivos magnéticos pelo aludido preposto, devidamente autenticado em 18/12/07. Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa, haja vista a disponibilização para o autuado dos elementos necessários à elaboração e fundamentação de sua defesa.

No mérito, o presente Auto de Infração versa sobre a omissão de saídas de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido pela administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2006.

Verifico que o levantamento realizado pelo autuante, fl. 08, comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito e de débito, fl. 08, com as saídas declaradas pelo contribuinte como sendo vendas realizadas através de cartões de crédito e de débito através das notas fiscais de vendas fls. 09 e 19, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, em função de ter registrado vendas em valor inferior ao informado por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito e de débito, conforme previsão contida no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96.

O autuado ao se defender observou que a fiscalização não considerou que no período em que fora apurada a irregularidade, não fora registrado lançamento algum na redução "Z" relativo a venda por meio de cartão de crédito, fato esse decorrente de falha de programação e, principalmente, pelo mal uso de seu equipamento, prometendo que apresentará ao CONSEF análise criteriosa dos cupons emitidos logo tivesse acesso ao Relatório Diário das operações TEF. Verifico que essa alegação do autuado não deve prosperar, pois, entendo tratar-se de mera alegação, carecendo ser consubstanciada por elementos de provas, os quais inexistem nos autos. Opostamente ao que afirma o autuado, constato que lhe fora entregue cópia autenticada dos arquivos contendo o Relatório Diário de Operações TEF, fl. 22, que juntamente com os cupons fiscais, por ele próprio emitidos e sob sua guarda, de pronto, subsidiariam a análise pretendida e aduzida na defesa. Entretanto, até o presente momento, a análise apontada como prova não fora carreada aos autos.

Diligência determinada pela 5ª JF para que o autuado fornecesse a documentação fiscal necessária à aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 056/07, não

logrou êxito, fls. 49 e 51, eis que o autuado não mais se encontrava estabelecido em seu endereço cadastral e as intimações reiteradas dirigidas ao seu contador não foram atendidas, fls. 52 a 56.

No tocante à aplicação da proporcionalidade pretendida pelo autuado, sob a alegação de que opera com um volume de vendas de cerca de 65% relativo a mercadorias isentas e sujeita à substituição tributária, que resultaria no exercício da presunção relativa, característica indissociável da presunção tributária legal, não pôde ser aplicada, na forma determinada pela Instrução Normativa nº 056/07, por exclusiva inércia do próprio autuado, imprescindível que é a sua participação no fornecimento das informações pertinentes à natureza tributária de suas operações. Primeiramente, resta evidenciado nos autos que o autuado afirmou ter carreado aos autos juntamente com sua defesa, fl. 36, suas notas fiscais de entradas, “doc. anexo”, para comprovar sua alegação e não fizera. Instado ulteriormente, a comprovar suas alegações, através de diligência específica para esse fim, ou seja, a apresentação de demonstrativo e das respectivas notas fiscais de entradas, fls. 49, 51 a 56, não se logrou êxito. Por isso, entendo que apesar de legalmente devida a aplicação da proporcionalidade pretendida restou inaplicável, nos presentes autos, por inação exclusiva do próprio autuado.

Em relação à utilização da alíquota de 17% questionada pelo autuado, por entender que o correto seria a aplicação do percentual de 3,5% sobre a venda, tendo em vista o seu enquadramento, como Empresa de Pequeno Porte - EPP do SimBahia, por não ter sido caracterizado má fé ou intuito de sonegar, verifico que não tem como prosperar a pretensão do autuado vez que a aplicação da alíquota de 17% está consentânea a legislação pertinente. Eis que, o artigo 19, combinado com o inciso V, do art. 15, ambos da Lei nº 7.357/98 (em vigor à época da autuação e dos fatos geradores do débito tributário), e combinado ainda com o artigo 408-L do RICMS-BA/97, determina que, detectando-se a prática, por empresa enquadrada no SimBahia, de infração de natureza grave, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos. O artigo 408-L, inciso V, do RICMS/BA, define que se trata de infração de natureza grave a prevista no inciso III do artigo 915 do mesmo Regulamento, e este artigo 915, em seu inciso III, inclui a constatação de omissões de receitas tributáveis por meio de levantamento fiscal. Assim, inexistindo previsão legal para tratamento diferenciado quando não se configurar má fé ou intuito de sonegação do agente, está correta a aplicação da alíquota de 17%, com a dedução do crédito de 8%, como fora realizado no cálculo do débito, ora em lide, fl. 08.

Ante o exposto, concluo que restou comprovado nos autos o cometimento da infração, tendo em vista que o autuado não comprovou a improcedência da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Verifico que a tipificação da multa aplicada está em perfeita consonância com o art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **019290.0034/07-4**, lavrado contra **C. B. CONI**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.623,73**, acrescido da multa de 70%, prevista no do artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de outubro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR