

PROCESSO - A. I. N° 156896.0056/06-4
RECORRENTE - MERCADINHO OLIVEIRA SOARES LTDA. (MERCADINHO & HORTIFRUTTI PONTO VERDE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0306-02/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 06/03/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF N° 0017-12/09

EMENTA: ICMS. 1. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Refeita a apuração do imposto com base na Instrução Normativa nº 56/2007, o que acarretou a redução do valor devido. Mantida a exigência fiscal apenas quanto ao mês de dezembro de 2005, em relação ao qual foi entregue ao recorrente cópia dos relatórios fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito/débito. No tocante aos demais meses, a autuação é nula por cerceamento de defesa, uma vez que a ausência dos citados relatórios impede o exercício do direito de defesa. Modificada a Decisão recorrida. Infração subsistente em parte. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Conforme consulta à Gerência de Automação Fiscal da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, restou comprovado que o recorrente só estava obrigado a possuir equipamento emissor de cupom fiscal a partir de 1º de janeiro de 2008. Dessa forma, a infração não subsiste. Modificada a Decisão recorrida. Rejeitada a preliminar de nulidade referente à falta de liquidez do lançamento. Acatada a preliminar de nulidade em relação aos meses de setembro a novembro/05 e de janeiro a junho/06 referentes ao item 1. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (2ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado em decorrência das seguintes infrações:

1. Omissão de saídas 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 administrativa de cartão de crédito, com ICMS devido no valor de R\$7.517,10.
2. Multa no valor de R\$375,80, imputando ao autuado a acusação de emitir outro documento fiscal em lugar do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado.

O autuado apresentou defesa, impugnando parcialmente a exigência fiscal referente à infração 1. Alegou que o faturamento apurado pelo autuante no mês de dezembro de 2005 estava equivocado. Na informação fiscal, o autuante manteve a autuação.

O processo foi convertido em diligência à INFAZ de origem, para que fosse entregue ao autuado cópia dos relatórios TEFs referentes ao mês de dezembro de 2005 e que, em seguida, fosse reaberto o prazo de defesa. A diligência foi parcialmente atendida, tendo sido entregue ao autuado cópia dos relatórios TEFs referentes ao mês de dezembro de 2005.

O autuado apresentou nova defesa, onde reiterou os argumentos já expedidos anteriormente.

Decidiu a 4ª JF converter o processo em diligência à ASTEC do CONSEF, para que fosse entregue ao autuado os relatórios referentes aos demais meses abrangidos pela autuação, bem como para que fosse o autuado intimado a fazer a comprovação das operações pagas com cartão e que foram submetidas à tributação.

Por determinação da senhora Assistente de Conselho, Maria Auxiliadora Gomes Ruiz, o processo foi encaminhado ao autuante para que ele atendesse a diligência solicitada pela 4ª JF, já que cabia ao autuante ter entregado ao autuado os relatórios TEFs, quando da notificação da ciência da lavratura do Auto de Infração.

Em despacho à fl. 121, o autuante informou que, em relação à infração 1, o autuado apenas impugnou o valor cobrado no mês de dezembro de 2005 e, dessa forma, não havia necessidade da entrega dos relatórios TEFs referentes aos demais meses.

Notificado acerca do resultado da diligência, o autuado afirmou que esteve na repartição fiscal de seu domicílio e, após conversar com o autuante e com funcionários da repartição, continua entendendo que o valor cobrado no mês de dezembro de 2005 está errado.

Por meio do Acórdão JF Nº 0306-02/07, o Auto de Infração foi julgado procedente.

Em relação à infração 1, o ilustre relator fundamentou o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

Constater que o autuado, somente impugnou o valor exigido no mês dezembro de 2005, tendo inclusive reiterado seu posicionamento quando se manifestou após a última diligência, a qual objetivou a juntada dos TEF diários em relação aos demais meses. Assim, deixa claro o autuado de que somente discorda do valor no mês dezembro, cujos relatórios TEF recebeu, não faz sentido em converter o PAF na 3ª diligência para entrega de relatórios em relação aos quais não existe lide. Os documentos acostados pela defesa às folhas 52 a 66 não são capazes de elidir a autuação, uma vez que neles não consta nenhum pagamento com cartão de crédito, somente consta pagamento em dinheiro. Ressalto que o autuante recebeu, mediante recebido, os Relatórios de Informações TEF – Diários, contendo operação por operação, o que possibilitou o autuado a realização do confronto dos valores, datas, horário e operadoras constantes dos cupons fiscais, boletos dos cartões e as operações registradas nos relatórios TEF. Entretanto, assim não procedeu o autuado, apesar do PAF ter sido baixado em diligência por duas vezes, tendo o autuado, nas duas oportunidades, mantido sua alegação genérica de que não houve venda sem emissão de documentos fiscais, pois sua venda total é superior ao valor informado pelas administradoras.

Logo, entendo que a infração em tela restou caracterizada.

A infração 2 também foi julgada procedente, tendo o relator assim votado:

O autuado não impugnou a infração, razão pela qual entendo que deve ser mantida na autuação, uma vez que se encontra embasada nas planilhas acostadas às folhas 13 a 16, onde o autuado especifica as datas, números e valor das notas fiscais.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, onde alega que a Decisão recorrida merece ser reformada.

Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração, alegando que não lhe foi fornecida cópia dos relatórios entregues pelas administradoras de cartão, o que diz ter cerceado o exercício do seu direito de defesa. Para embasar sua alegação, citou dispositivo da Constituição Federal e ementas de decisões proferidas neste CONSEF.

Alega que a autuação carece de liquidez, uma vez que não foi considerada a natureza comercial da empresa, a qual comercializa com produtos isentos, não tributados, com o imposto pago pelo regime de substituição tributária e sujeito a diferentes alíquotas.

No mérito, o recorrente, em relação à infração 1, alega que opera no ramo de comércio varejista de produtos alimentícios, trabalhando com mercadorias isentas, não tributadas e sujeitas ao regime de substituição tributária. Também diz que comercializa com mercadorias sujeitas à alíquota de 7%, assim como mercadorias com redução de base de cálculo. Diz que, por esses motivos, o imposto deveria ter sido apurado segundo o princípio da proporcionalidade, previsto na Instrução Normativa nº 56/2007. Prosseguindo, o recorrente passa a demonstrar a apuração do

imposto segundo a citada Instrução Normativa. À fl. 165, apresenta demonstrativos com a apuração desses valores, totalizando a infração 1 em R\$3.621,95. Acosta ao processo fotocópia de notas fiscais de entradas e de demonstrativo da apuração da proporcionalidade.

Quanto à infração 2, o recorrente afirma que as notas fiscais em questão foram emitidas em razão de defeito nos equipamentos emissores de cupons fiscais e em decorrência de falta de energia elétrica em seu estabelecimento. Aduz que não ultrapassou a faixa de microempresa 1, conforme demonstrativo à fl. 162, e, portanto, não estava obrigado a usar equipamento emissor de cupom fiscal. Alega que a pena de 5% sobre o valor dos documentos fiscais emitidos tem o caráter de um confisco. Salienta que não deixou de pagar o imposto, que agiu de boa-fé e que não houve prejuízo para o Estado. Requer que a multa de R\$ 375,80 seja cancelada ou reduzida para R\$50,00, com fundamento no § 7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Para embasar suas alegações, transcreve ementas de acórdão deste CONSEF, cita doutrina e discorre sobre princípios de direito tributário.

Ao finalizar, solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo. Pede que, caso esse colegiado ultrapasse as preliminares, o valor devido na infração 1 seja apurado conforme a Instrução Normativa nº 56/2007, e a multa indicada na infração 2 seja cancelada ou reduzida para R\$50,00.

Por sugestão da PGE/PROFIS, o processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, para que o imposto cobrado na infração 1 fosse apurado conforme a Instrução Normativa 56/2007, bem como fosse informado desde quando o recorrente estava obrigado a possuir ECF.

A diligência foi atendida, conforme o Parecer ASTEC nº 124/2008, acostado às fls. 278 a 280.

Quanto à infração 1, informou a Parecerista que refez a apuração do imposto devido, à luz da Instrução Normativa nº 56/2007, tendo apurado um débito de R\$3.621,91, apenas quatro centavos a menos que o apresentado pelo recorrente à fl. 165.

No que tange à infração 2, informou que, segundo a Gerência de Automação Fiscal, fls. 282 e 283, o recorrente só ficou obrigado a usar ECF a partir de 1º de janeiro de 2008.

O autuante não se pronunciou sobre a diligência realizada (fl. 289).

Notificado acerca do resultado da diligência, o recorrente se pronunciou nos autos alegando que, por um equívoco da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia ao receber o Recurso Voluntário, não pôde se enquadrar no Simples Nacional. Diz que esse equívoco só foi sanado após o prazo para a migração para o Simples Nacional. Requer que o CONSEF informe o ocorrido à Receita Federal, solicitando que seja o recorrente enquadrado no Simples Nacional, pois a empresa preenche todos os requisitos para a migração e a razão da pendência foi alheia à sua vontade.

Ao exarar o Parecer de fls. 305 e 306, a doutora Sylvia Maria Amoêdo Cavalcante, procuradora do Estado, opina pelo provimento do Recurso Voluntário, para julgar a infração 1 procedente em parte, conforme apurado na diligência da ASTEC, e pela improcedência da infração 2. Esse Parecer foi ratificado pelo doutor José Augusto Martins Júnior, procurador assistente da PGE/PROFIS.

VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade referente à falta de liquidez do lançamento, pois, no caso em tela, o equívoco na apuração do real montante do valor devido foi saneado mediante diligência, tendo o recorrente recebido cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Quanto à preliminar de nulidade por cerceamento de defesa, observo que o recorrente só recebeu cópia dos relatórios fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito individualizando cada operação realizada diariamente [TEFs diários por operação] relativamente ao mês de dezembro de 2005, sendo que não foi acostado ao processo cópia desses citados relatórios.

Para o tipo de auditoria fiscal de que cuida a infração 1, era de capital importância que o autuante acostasse ao processo cópia dos relatórios TEFs diários, bem como entregasse ao sujeito passivo, no momento da notificação do lançamento, cópia desses relatórios. Sem esses relatórios, o

exercício do pleno direito de defesa do sujeito passivo ficou seriamente comprometido, bem como o julgador administrativo ficou impossibilitado de comprovar a ocorrência da acusação.

Efetivamente, em primeira instância o recorrente impugnou a infração 1 apenas em relação ao mês de dezembro de 2005. Todavia, esse fato não desobrigava o autuante de ter entregado ao recorrente cópia dos citados relatórios relativamente a todo o período abrangido pela autuação.

Considerando que o recorrente teve o seu direito de defesa cerceado, acato a preliminar de nulidade suscitada, para decretar a nulidade da infração 1, ao teor do disposto no art. 18, inc. II, do RPAF/99, em relação aos meses de setembro a novembro de 2005 e de janeiro a junho de 2006.

Nos termos do artigo 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente que providencie o refazimento da ação fiscal no que tange à infração 1, relativamente aos meses de setembro a novembro de 2005 e de janeiro a junho de 2006, a salvo de falhas.

Adentrado no mérito, no que tange à infração 1, resta por ser apreciada apenas a Decisão de primeira instância que julgou procedente a exigência fiscal relativamente ao mês de dezembro de 2005, no valor original de R\$559,92.

Acolho a alegação recursal pertinente à apuração do imposto devido proporcionalmente às operações tributadas, pois esse procedimento é o previsto na Instrução Normativa nº 56/2007, para as empresas que comercializa com produtos isentos, não tributados ou com o imposto pago por substituição tributária. Dessa forma, o imposto devido no mês de dezembro de 2005 corresponde a R\$171,78, conforme apurado na diligência da ASTEC à fl. 280. Contudo, por falta de amparo legal, deixo de aplicar esse critério da proporcionalidade em relação às diferentes alíquotas empregadas pelo recorrente nas suas operações de saídas de mercadorias.

Em face do acima exposto, a infração 1 subsiste parcialmente, sendo devido o valor de R\$171,78, no mês de ocorrência de dezembro de 2005.

Quanto à infração 2, na qual o recorrente foi acusado de ter emitido nota fiscal D-1 em lugar de cupom fiscal, decido a questão com base na diligência realizada em fase recursal, a qual comprovou que o recorrente só estava obrigado a utilizar emissor de cupom fiscal a partir de 1º de janeiro de 2008. Considerando que o período abrangido pela infração em tela vai de setembro de 2005 a junho de 2006, não se poderia exigir que nesse período o recorrente emitisse cupom fiscal. Dessa forma, modifico a Decisão recorrida para declarar a improcedência da infração 2.

Por fim, ressalto que não há como este colegiado atender à solicitação do recorrente quanto ao seu enquadramento Simples Nacional, uma vez que tal matéria extrapola a competência deste órgão julgador administrativo. Deverá o recorrente solicitar à repartição fazendária de seu domicílio fiscal o atendimento da sua solicitação.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar a infração 1 procedente em parte, no valor de R\$171,78, e a infração 2 improcedente.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **156896.0056/06-4**, lavrado contra **MERCADINHO OLIVEIRA SOARES LTDA. (MERCADINHO & HORTIFRUTTI PONTO VERDE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$171,78**, 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, 12 de fevereiro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS