

PROCESSO	- A. I. Nº 207327.0053/06-5
RECORRENTE	- AMENILDO FERNANDES CARMO (MERCADINHO, ABATEDORO E CESTA BASIC – MERCADO CESTA BÁSICA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0086-03/07
ORIGEM	- INFRAZ ATACADO
INTERNET	- 15/05/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0081-12/09

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. Não comprovada a improcedência da presunção. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferida a diligência solicitada pelo recorrente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recuso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (3ª JJF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS e impor multa por descumprimento de obrigação tributária acessória em razão de duas infrações.

O presente Recurso Voluntário cinge-se à infração 1, a qual trata da falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$19.737,95, em razão de omissões operações de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Na defesa, o autuado alegou, preliminarmente, cerceamento de defesa e violação do devido processo legal, já que as planilhas que integram o lançamento lhe foram entregues em meio magnético. No mérito, negou a acusação que lhe fora feita e disse que vendas a crédito podem ter sido registradas como se fossem à vista. Sustentou que o imposto não poderia ter sido apurado pelo regime normal, haja vista que estava enquadrado no regime do SimBahia.

Ao prestar a informação fiscal, o autuante manteve a autuação em sua totalidade.

O processo foi convertido em diligência, para que fosse entregue ao autuado cópia do relatório TEF diário e por operação, com a posterior reabertura do prazo de defesa. A diligência foi atendida, porém o contribuinte não se pronunciou.

Na Decisão recorrida, o ilustre relator afastou a preliminar de nulidade, alegando que não houve cerceamento de direito de defesa, pois o contribuinte recebeu cópia do relatório TEF, bem como foi reaberto o prazo de defesa. A solicitação de diligência foi indeferida, pois entendeu a 3ª JJF que cabia ao autuado comprovar a regularidade das suas operações praticadas.

No mérito, a infração foi julgada procedente, sob o argumento de que o autuado não trouxe elementos capazes de comprovar a improcedência da presunção legal que embasara a autuação. Quanto à forma de apuração do imposto, o relator explicou que, quando incorrem na prática de infração de natureza grave, os contribuintes inscritos no SimBahia perdem os benefícios fiscais do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3^a JJF, o recorrente apresenta Recurso Voluntário e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração alegando que os demonstrativos/planilhas foram entregues em meios magnéticos e sem a devida autenticação. Também alega que não recebeu as planilhas referentes à movimentação diária das transferências eletrônicas de fundo (TEF). Diz que esses fatos cercearam o seu direito de defesa e violaram o devido processo legal.

No mérito, sustenta que a acusação decorre de uma presunção legal que não se configura, pois jamais omitiu saída de mercadoria. Diz que venda feita a crédito pode ter sido registrada como sendo à vista, o que diz que poderia ser confirmado por análise feita por fiscal estranho ao feito. Sustenta que não houve má-fé e nem intuito de sonegar e, portanto, o ICMS deveria ter sido calculado pelo regime do SimBahia, conforme a sua faixa de enquadramento como empresa de pequeno porte. Ressalta que o emissor de cupom fiscal (ECF) não possui a forma de registrar o meio de pagamento e, assim, é impossível separar as vendas a dinheiro e a cartão.

Ao finalizar, o recorrente solicita que a infração seja julgada nula ou improcedente, ou que seja a exigência fiscal convertida para multa por descumprimento de obrigação tributária acessória. Protesta por todos os meios de provas admitidos em direito.

Em Parecer às fls. 137 a 139, a ilustre representante da PGE/PROFIS ressalta que o lançamento está revestido das formalidades legais, estando perfeitamente determinados o autuado, o valor do débito e a infração, não havendo qualquer vício capaz de comprometer a validade da autuação.

Afirma que o conjunto probatório acostado ao processo é suficiente para comprovar as infrações imputadas ao recorrente, não tendo o mesmo se desincumbido de fazer prova contrária às conclusões oriundas da ação fiscal. Diz que as alegações recursais já foram analisadas na Decisão recorrida, a qual não merece qualquer reparo. Menciona que o Recurso Voluntário em tela tem o caráter meramente procrastinatório. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 2^a CJF converter o processo em diligência à ASTEC do CONSEF, para que fosse verificado se as reduções “Z” do ECF do recorrente indicavam o valor das operações pagas com cartão e, caso o ECF não registrasse as referidas vendas, que fosse verificada a regularidade do equipamento.

A diligência foi atendida conforme o Parecer ASTEC Nº 123/2007 (fls. 145 e 146). Nesse Parecer foi informado que, *no período abarcado pela ação fiscal, as reduções “Z” emitidas pelos ECFs do recorrente não indicavam o valor das operações pagas com cartão de crédito ou de débito, como podem ser comprovadas nas cópias anexas*. Também foi informado que, segundo a Gerência de Automação Fiscal, os ECFs do recorrente estavam em situação regular.

Notificado acerca do resultado da diligência, o recorrente não se pronunciou.

Considerando que o autuante estava lotado em outro órgão da administração estadual, foi designado o auditor fiscal Avelino Pereira dos Santos Filho para se pronunciar acerca do resultado da diligência.

Nesse pronunciamento, foi ressaltado que o recorrente não comprovou que operações pagas com cartão tinham sido registradas como sendo a dinheiro. Foi destacado que o equipamento do recorrente possuía a capacidade de registrar as vendas pagas com cartão, conforme se pode ver nas reduções “Z” trazidas aos autos pela diligenciadora da ASTEC. Salientou o auditor que em

25/05/08 o recorrente foi intimado a apresentar demonstrativos das operações diárias, porém, decorridos mais de quatro meses, a intimação não foi atendida (fl. 184). Solicitou que o Auto de Infração fosse julgado procedente.

Ao exarar o Parecer de fl. 186, a ilustre representante da PGE/PROFIS reiterou o Parecer anterior e, em seguida, afirmou que o recorrente não trouxe aos autos provas de que tivesse tributado as operações arroladas na autuação. Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Na infração objeto do Recurso Voluntário, o recorrente foi acusado de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Preliminarmente, o recorrente alega cerceamento de defesa e inobservância do devido processo legal, pois os demonstrativos/planilhas lhe foram entregues em meios magnéticos e sem a devida autenticação. Também alega que não lhe foram entregues planilhas relativas à movimentação diária das transferências eletrônicas de fundo (TEF).

Afasto essas preliminares de nulidade, pois, mediante diligência determinada pela 3^a JJF, não há dúvida que o recorrente recebeu cópia em papel do relatório TEF (diário e por operação), tendo sido reaberto o prazo de defesa, conforme comprova a intimação de fl. 114. Assim, está comprovado que não houve qualquer cerceamento de direito de defesa e nem inobservância do devido processo legal.

Também indefiro a diligência sugerida ou solicitada pelo recorrente, pois cabe ao recorrente elidir a presunção legal que embasou a autuação, já que os documentos capazes de comprovar a improcedência da presunção, em princípio, estão em seu poder.

Adentrando no mérito, observo que a infração está caracterizada e o recorrente repete as suas alegações defensivas, sem trazer ao processo qualquer elemento novo capaz de modificar a Decisão recorrida.

Apesar de a diligência solicitada pelo recorrente ter sido indeferida, decidiu a 2^a CJF converter o processo em diligência para verificar se efetivamente o ECF do recorrente possuía a capacidade de identificar as operações que tenham sido pagas com cartão de crédito e/ou débito. Conforme o Parecer ASTEC N° 123/2007, *as reduções “z” emitidas pelos ECFs do recorrente não indicavam o valor das operações pagas com cartão de crédito ou de débito.*

Ao examinar as reduções “z” acostadas ao processo pela diligenciadora da ASTEC, constata-se que o equipamento possuía a capacidade de identificar, porém essas reduções “z” não indicavam qualquer valor a título de pagamento efetuado por meio de cartão. Dessa forma, se algum pagamento realizado em cartão foi registrado como sendo a dinheiro, cabia ao recorrente comprovar esse fato, o que não foi feito.

Não há como se apurar o imposto pelo regime do SimBahia, pois a irregularidade detectada é de natureza grave e, conforme os artigos 408-L, inc. V, e 408-S, RICMS-BA, quando um contribuinte enquadrado no SimBahia incorre em falta de natureza grave, o imposto é apurado pelo regime Normal, deduzido a título de crédito fiscal o equivalente a 8% do valor da base de cálculo.

Considerando que o recorrente não conseguiu comprovar a improcedência da presunção legal que embasou a autuação, a infração está caracterizada e, em consequência, não há reparo a fazer na Decisão recorrida.

Por fim, saliento que não há como acolher a solicitação para que seja a exigência fiscal convertida em multa por descumprimento de obrigação tributária acessória.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 207327.0053/06-5, lavrado contra **AMENILDO FERNANDES CARMO (MERCADINHO, ABATEDORO E CESTA BASIC – MERCADO CESTA BÁSICA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.737,95**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$548,46** prevista no art. 42, XIII-A, da citada lei, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS