

PROCESSO - A. I. Nº 1788910036/06-7
RECORRENTE - CMA SUPERMERCADO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0115-01/07
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 15/05/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0086-12/09

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NO ECF. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. 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 exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais. Correta a exigência do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais. Efetuada a adequação do cálculo do imposto ao previsto na Instrução Normativa 056/2007. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 1ª JF que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$37.991,85, em decorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada mediante a constatação de venda pagas com cartão de crédito em valor inferior ao fornecido pelas instituições financeiras e administradoras de cartão.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento, alegando que a entrega dos relatórios TEF em disquete violou o devido processo legal. No mérito, afirmou que os seus ECFs não discriminavam nas “reduções z” o pagamento realizado por meio de cartão de crédito. Mencionou que, por estar enquadrado no regime do SimBahia, o imposto deveria ter sido calculado mediante a aplicação do percentual de 3,5%.

Na informação fiscal, o autuante manteve o procedimento fiscal.

Na Decisão recorrida, a preliminar de nulidade foi afastada, sob o argumento de que o contribuinte recebeu cópia autenticada dos arquivos magnéticos com os demonstrativos TEFs. No mérito, o lançamento foi mantido, uma vez que a primeira instância considerou que o autuado ao trouxe ao processo elementos capazes de elidir a acusação. A 1ª JF também afastou, por falta de amparo legal, a aplicação da alíquota de 3,5% na apuração do imposto.

Inconformado com a Decisão proferida, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário e, preliminarmente, suscita a nulidade do lançamento, sob a alegação de que os relatórios TEFs lhe foram entregues em disquetes não autenticados, trazendo insegurança ao processo e cerceando o seu direito de defesa.

No mérito, o recorrente alega que os seus ECFs, por uma falha na programação, não discriminam os meios de pagamentos empregados. Diz que as planilhas demonstram que não há uma única venda paga com cartão de crédito. Menciona que não teve má-fé e, por essa falha nos seus ECFs,

poderia ser aplicada uma penalidade, mas não cobrar imposto. Alega que estava inscrito no SIMBAHIA e, portanto, deveria ter sido o imposto apurado mediante a aplicação do percentual de 3,5%. Sustenta que não foi observado que, na sua condição de supermercado e lanchonete, opera com diversas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e, por esse motivo, deveria ter sido aplicada a proporcionalidade.

Ao finalizar, o recorrente solicita a nulidade, a improcedência e a realização de diligência.

Ao exarar o Parecer de fls. 66 a 70, a ilustre representante da PGE/PROFIS afasta a preliminar de nulidade, afirmando que não houve cerceamento de defesa, uma vez que o senhor Antônio Araújo dos Santos recebeu cópia dos arquivos magnéticos devidamente certificados.

No mérito, diz que ninguém pode se beneficiar de seu próprio erro ou se escusar de cumprir a lei sob a alegação de seu desconhecimento. Frisa que o recorrente não trouxe ao processo prova que afastasse a presunção. Menciona que não cabe a apuração do imposto pelo regime do SimBahia. Sustenta que não cabe também a aplicação da proporcionalidade, pois seria juridicamente incompatível com a natureza da presunção legal, além de ser um estímulo à sonegação. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª CJF decidido convertê-lo em diligência à ASTEC do CONSEF, para que o imposto lançado fosse apurado com base na Instrução Normativa nº 56/2007.

A diligência foi atendida, conforme o Parecer ASTEC Nº 012/2008 (fls. 74 a 76). Nesse Parecer, o ilustre diligenciador afirma que, após verificação na escrita fiscal do recorrente, o imposto foi apurado proporcionalmente às operações tributáveis realizadas no período, sendo que o valor original do débito ficou reduzido para R\$20.084,46, conforme demonstrativo de débito a fl. 76.

O autuante e o recorrente foram notificados acerca do resultado da diligência. O primeiro não se pronunciou (fl. 144v), ao passo que o segundo ingressou com um pedido de parcelamento de débito no montante que foi apurado na diligência (R\$20.084,46).

Ao exarar o Parecer de fl. 146, o ilustre representante da PGE/PROFIS acata o resultado da diligência e ressalta que, ao solicitar parcelamento, o recorrente expressamente reconheceu a dívida no novo montante.

VOTO

Trata o Auto de Infração da falta de recolhimento de ICMS decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento de imposto, tendo sido a irregularidade apurada mediante a constatação da ocorrência de vendas com pagamento em cartão de crédito e/ou débito em valor inferior ao informado pelas financeiras e administradoras de cartão.

Afasto a preliminar de nulidade, pois a entrega dos relatórios TEFs diários em disquete não é razão para a nulidade do Auto de Infração, uma vez que não acarretou cerceamento de defesa. Além disso, o disquete entregue ao recorrente mediante recibo continha a especificação técnica dos dados nele contidos, o que afasta a alegação de insegurança na determinação da infração.

No mérito, a alegação recursal de que os seus ECFs não discriminavam os meios de pagamentos utilizados não pode prosperar por falta de comprovação. O fato de as planilhas não apontarem vendas pagas com cartão de crédito não quer dizer que os ECFs não especificavam qual o meio de pagamento adotado na operação. Assim, não há como prosperar a alegação recursal de ausência de má-fé, e nem da conversão do imposto lançado em aplicação de multa.

Também 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% da base de cálculo.

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 (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96) de omissão de operações de saídas sem pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção. Tendo em vista que o recorrente não comprovou a improcedência da presunção, a infração está caracterizada.

Todavia, o montante a recolher deve ser apurado proporcionalmente às operações tributáveis realizadas pelo recorrente no período fiscalizado, conforme previsto na Instrução Normativa nº 56/2007, uma vez que ele também comercializa com mercadorias isentas, não tributadas ou com o imposto pago pelo regime de substituição tributária. Mediante diligência, a ASTEC do CONSEF efetuou a adequação do imposto a recolher ao previsto na Instrução Normativa nº 56/2007, tendo apurado o novo valor de R\$20.084,46.

Notificados o autuante e o recorrente acerca do resultado da diligência, o primeiro não se pronunciou, e o segundo acostou ao processo documentos que comprovam o parcelamento do débito no valor apurado na diligência da ASTEC.

Acato o resultado da diligência efetuada pela ASTEC, pois não foi contestado nem pelo autuante e nem pelo recorrente. Conforme salientado pelo representante da PGE/PROFIS, o recorrente, ao parcelar o débito no valor apurado na diligência, reconheceu a dívida no novo montante.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$20.084,46 conforme demonstrativo abaixo (fl. 76), devendo ser homologados os valores já recolhidos.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Seq.	Data Ocorrência	D. Vencimento	Alíq. (%)	Multa	Vlr. Débito
1	31/01/2006	09/02/2006	17	70	3.134,38
2	28/02/2006	09/03/2006	17	70	1.899,22
3	31/03/2006	09/04/2006	17	70	3.579,03
4	30/04/2006	09/05/2006	17	70	4.118,34
5	31/05/2006	09/06/2006	17	70	3.641,97
6	30/06/2006	09/07/2006	17	70	3.711,52
TOTAL					20.084,46

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 1788910036/06-7, lavrado contra **CMA SUPERMERCADO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$20.084,46**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de abril de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PGE/PROFIS