

A. I. N ° - 022211.0051/08-8
AUTUADO - MARCIO SIMÕES TRINDADE
AUTUANTE - JOÃO LEITE DA SILVA
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTONIO DE JESUS
INTERNET - 07. 04. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0067-01/09

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 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. Alegações do contribuinte de que presta serviços veterinários cujos pagamentos ocorreram mediante cartão de crédito/débito, bem como, que parte das mercadorias que comercializa está sujeita à antecipação tributária, sendo aplicável a proporcionalidade na forma da Instrução Normativa 56/2007, não foram comprovadas. Diligência solicitada por esta Junta de Julgamento, a fim de que o autuado comprovasse as suas alegações não foi atendida. Infração subsistente. Rejeitada a nulidade argüida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 19/03/2008, imputa ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente de falta de recolhimento do imposto constatada pela 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 valor 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\$ 19.619,39, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 139 a 160, argüindo a nulidade do Auto de Infração, por cerceamento de direito de defesa, decorrente da devolução da escrita fiscal da empresa no dia 03/04/2008, quando já houvera sido iniciado o prazo de 30 dias para apresentar a sua defesa. Invoca o artigo 5º, LV, da Constituição Federal, bem como, posição doutrinária de Rui Portanova, Vicente Greco Filho, Ovídio Baptista da Silva, Maria Sylvia Di Pietro Zanela, para sustentar os seus argumentos sobre o direito de ampla defesa e o contraditório.

Ataca o mérito da autuação, ressaltando que a diferença de receita apurada pelo autuante diz respeito à prestação de serviços veterinários em geral, não tributado pelo ICMS, faltando motivo para a autuação. Diz que se os valores não estão registrados na DME que seja aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória. Cita e transcreve lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e Seabra Fagundes, sobre o princípio da motivação.

Destaca que o autuante desconsiderou que a empresa durante o período autuado, se encontrava enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS-SimBahia, exigindo o ICMS como

regime normal, aplicando a alíquota de 17%, contrariando a legislação do ICMS, tendo em vista a ausência de previsão legal que autorize a perda do tratamento simplificado. Cita e reproduz os Acórdãos JJF Nº 0378-03/02, 0387-04/03, CJF Nº 0596-11/03, 0111-01/04, 0098-01/04, para dizer que deve ser aplicado ao seu caso, o valor fixo correspondente a sua faixa de receita bruta ajustada, por se encontrar devidamente enquadrado no regime SimBahia.

Salienta, ainda, que a maior parte das mercadorias que comercializa está sujeita à antecipação tributária do ICMS, o que obriga a considerar a base de cálculo tão somente no percentual de mercadorias sujeitas à tributação normal, portanto, com observância da proporcionalidade, conforme a Instrução Normativa nº 56/2007, fato não observado pelo autuante.

Solicita que seja adequada a base de cálculo da presunção fiscal apurada, ao percentual de saídas de mercadorias tributadas normalmente.

Conclui, requerendo o julgamento pela nulidade, caso acolhida a preliminar ou, no mérito, a procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal à fl. 180, na qual contesta as alegações defensivas, afirmando que a autuação decorreu do fato de ter o autuado efetuado vendas e não ter emitido documentação fiscal suficiente para registro das vendas com pagamentos através de cartão de débito/crédito, conforme confronto dos valores informados pelas administradoras de cartões e os valores constantes na redução Z do ECF-IF com uso autorizado pela SEFAZ.

Acrescenta que embora o autuado tenha efetuado vendas diversas com emissão da documentação fiscal exigida, os valores dessas vendas em sua maioria não estavam indicados no Cupom Fiscal que o meio de pagamento adotado na operação era cartão de crédito/débito, conforme o artigo 238, §7º do RICMS/BA, tornando assim os valores inferiores aos informados pelas administradoras.

No que diz respeito à alegação defensiva de que a escrita fiscal só foi devolvida no dia 03 de abril, afirma que toda documentação de qualquer empresa fica disponível na INFAZ, sendo informado a sócia no ato da ciência do Auto de Infração, tendo esta enviado preposto para pegar os documentos cinco dias depois.

Quanto à alegação de que presta serviços veterinários, diz que o autuado apenas alega e não comprova em sua defesa, através do cupom fiscal ou nota fiscal de prestação de serviços.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, considerando a alegação do autuado de que além de revender mercadorias, também exerce a atividade de prestação de serviços veterinários, por ser a sua atividade de “pet shops”, bem como, que grande parte das mercadorias que comercializa está sujeita à antecipação tributária, cabendo a aplicação da proporcionalidade, na forma da Instrução Normativa nº 56/2007 converteu o processo em diligência à INFAZ/SANTO ANTÔNIO DE JESUS, (fl. 184), a fim de que fosse designado o autuante ou outro Auditor Fiscal, para atender o seguinte:

Relativamente à alegação do autuado de que presta serviços veterinários, inexistindo a diferença apontada no Auto de Infração:

1. Intimasse o autuado a elaborar demonstrativo cotejando as operações informadas pelas instituições financeiras e/ou administradoras de cartão de crédito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, resumindo-os, mensalmente, nos períodos acima indicados, bem como apresentar os correspondentes boletos de cartões, confrontando-os com os respectivos documentos fiscais, com a finalidade de comprovar as suas alegações defensivas de que as diferenças apuradas dizem respeito à prestação de serviços veterinários;
2. Caso o contribuinte atendessem a intimação, o diligente deveria conferir o demonstrativo apresentado pelo autuado e, se fosse o caso, elaborar novo demonstrativo de débito em relação aos valores não comprovados;

3. Deveria ser informado ao autuado da concessão do prazo de 10 (dez) dias, para atendimento da solicitação.

Relativamente à alegação do autuado de que comercializa mercadorias sujeitas à antecipação tributária, sendo cabível a proporcionalidade, conforme a Instrução Normativa nº. 56/2007:

Autuante –

1. Informasse o percentual da receita oriunda de operações de circulação de mercadorias tributáveis normalmente pelo ICMS na saída, em relação à receita total do estabelecimento autuado no exercício de 2006;
2. Aplicasse o percentual encontrado na forma do item 1 acima, ao valor da base de cálculo da infração indicada no Auto de Infração;
3. Elaborasse novo demonstrativo de débito.

Em seguida, a Repartição Fazendária deveria **entregar** ao autuado, **mediante recibo específico**, cópia dos demonstrativos elaborados pelo diligente. Na oportunidade, deveria ser informado ao autuado da concessão do prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar nos autos a respeito do resultado da diligência.

Havendo manifestação do autuado, que fosse dada ciência ao autuante.

O autuante cumprindo a diligência esclareceu que o autuado foi intimado no dia 10/12/2008(1ª solicitação) e no dia 05/01/2009(2ª solicitação), tendo apresentado apenas cópias de comprovantes de vendas com cartão de crédito/débito, sem comprovação da emissão dos documentos fiscais, tanto de vendas como de prestação de serviços, o que impossibilitou a elaboração de novo demonstrativo referente ao item 1 da diligência solicitada.

Quanto ao item 2 da diligência, diz que também não foi possível encontrar o percentual da receita oriunda de mercadorias tributáveis porque o autuado não apresentou toda a documentação solicitada nas duas intimações acima referidas.

Conclui reiterando a procedência total do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade, decorrente de falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento mediante cartão de crédito ou de débito, em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Inicialmente, quanto à nulidade argüida pelo autuado, verifico que esta não pode prosperar haja vista a inexistência de falhas ou vícios capazes de determinar a invalidade do ato. Na realidade, em nenhum momento da autuação deixou o autuante de observar as disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

A possibilidade de ofensa aos princípios da ampla defesa e o contraditório, por ter recebido os documentos atinentes a fiscalização no dia 03/04/2008 quando a ciência da autuação ocorreu em 28/03/2008, foi definitivamente afastada com a diligência solicitada por esta Junta de Julgamento, haja vista que, mesmo tendo sido intimado para comprovar as suas alegações defensivas em duas oportunidades, isto é, em 10/12/2008 – primeira intimação – e, posteriormente, em 05/01/2009 – segunda intimação- o autuado não atendeu conforme solicitado. Portanto, teve o autuado mais de 50 dias para exercício do direito de ampla defesa e o contraditório. Rejeito, assim, a nulidade argüida.

No mérito, o levantamento realizado pelo autuante, comparou os valores fornecidos pela instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito com as saídas declaradas pelo contribuinte como vendas realizadas como cartão de crédito/débito, presumindo a omissão de saída de mercadorias tributadas 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, conforme previsão contida no artigo 4º, §4º da Lei 7.014/96, *in verbis*:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a 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”.

Da análise das peças processuais, verifico que o autuado alega que além de revender mercadorias exerce também atividade de prestação de serviços veterinários, cujos pagamentos são realizados através de cartões de crédito/débito. Alega, ainda, que comercializa mercadorias que estão sujeitas ao regime de substituição tributária, isentas ou não tributadas, para requerer a aplicação da proporcionalidade, conforme a Instrução Normativa 56/2007.

Vejo também que o autuante mantém a autuação, afirmando que o autuado não apresentou nenhum fato novo nem embasamento ou provas para confirmar as suas alegações.

Os julgadores desta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, ainda na fase de instrução do processo, após discussão em pauta suplementar, deliberaram pela conversão do processo em diligência, para que o autuado comprovasse a regularidade das operações indicadas no Relatório TEF, mediante a apresentação de documentos fiscais (notas ou cupons fiscais), correspondente a cada operação de venda efetuada por meio de cartão, conforme autorizações indicadas no Relatório TEF e cópia do boleto da venda por meio de cartão, no intuito de excluir do levantamento fiscal os valores relativos às prestações de serviços veterinários, recebidos por meio de cartão de crédito/débito, caso comprovado. Foi solicitado ainda, que caso o autuado atendesse a intimação, o diligente deveria conferir o demonstrativo apresentado e, se fosse o caso, elaborar novo demonstrativo de débito em relação aos valores não comprovados. Também, que fosse observada a proporcionalidade na forma da Instrução Normativa 56/2007.

Ocorre que, conforme esclarecido pelo autuante, apesar de intimado em duas oportunidades para apresentar os elementos de prova hábeis, indispensáveis para comprovação de suas alegações, o autuado não tendeu as intimações, o que impossibilitou o atendimento da diligência, tanto no que diz respeito às alegadas prestações de serviços veterinários, como no que concerne à proporcionalidade. Na realidade, limitou-se o autuado a juntar aos autos declarações de clientes referentes à prestação de serviços veterinários (fls. 192 a 224) que não permitem identificar qualquer relação com as suas alegações e a imputação.

Certamente, caberia ao autuado, elaborar demonstrativo cotejando as operações informadas pelas administradoras de cartão de crédito/débito com os documentos fiscais emitidos para acobertá-las, nos períodos indicados na autuação, bem como apresentar os correspondentes boletos de cartões, com a finalidade de comprovar as suas alegações.

Indubitavelmente, a juntada de cópias dos boletos comparados com as cópias dos documentos fiscais, desde que guardassem correspondência de valores e datas coincidentes com a discriminação do Relatório Diário TEF Operações, permitiria comprovar a veracidade de suas alegações defensivas.

O mesmo é aplicável quanto à proporcionalidade argüida, ou seja, caberia ao autuado provar por meio de dados e informações das operações mercantis que realiza, a fim de que pudesse o Fisco calcular a proporcionalidade. Registre-se, que esta é a exigência para aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007.

O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, estabelece a obrigatoriedade de comprovação das alegações apresentadas, não cabendo simplesmente a negativa do cometimento da irregularidade, consoante o artigo 143, abaixo reproduzido:

“Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Cumpra registrar que, por se tratar o autuado de contribuinte optante pelo Regime Simplificado de Apuração - SimBahia, inscrito na condição de microempresa, o imposto apurado em razão de omissão de saídas de mercadorias, deve tomar como base os critérios e as alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, conforme a Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o artigo 19 da Lei nº 7.357/98. Por outro lado, os créditos fiscais devem ser apurados utilizando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, conforme o §§ 1º e 2º do art. 19 da citada Lei nº. 7.357/98.

Verifico que no cálculo do imposto, tanto o autuante considerou o crédito de 8% sobre o valor das saídas omitidas computadas na apuração, bem como tomou como base os critérios e alíquota aplicáveis às operações normais, portanto, agindo conforme manda a legislação do ICMS.

Por derradeiro, consigno que nos termos do artigo 144 do Código Tributário Nacional-CTN, o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada, significando dizer que, é irrelevante a opção feita pelo autuado pelo Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, em momento posterior à ocorrência do fato gerador da obrigação de que cuida o Auto de Infração em lide.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº.022211.0051/08-8, lavrado contra **MARCIO SIMÕES TRINDADE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.619,39**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR