

PROCESSO - A. I. Nº 019290.0034/07-4
RECORRENTE - CB CONI (SUPERMERCADO PONTO CERTO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0313-04/08
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 19/11/2010

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0392-11/10

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 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. Infração subsistente. Preliminar de nulidade não acolhida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 4ª JJF, que, através do Acórdão JJF Nº 0313-04/08, julgou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 18/12/2007, no valor de R\$ 28.623,73, em razão da constatação de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Os julgadores da Primeira Instância administrativa, ao analisarem a impugnação interposta pelo sujeito passivo, inicialmente afastaram a preliminar de nulidade suscitada pelo contribuinte, de que houve 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.

A 5ª JJF baixou o processo em diligência para que o autuado fornecesse a documentação fiscal necessária à aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 056/07. A diligência não logrou êxito, eis que o autuado não mais se encontrava estabelecido em seu endereço cadastral e as intimações dirigidas ao seu contador não foram atendidas.

Assim, a Junta concluiu que restou comprovado nos autos o cometimento da infração, tendo em vista que o autuado não comprovou a improcedência da presunção de omissão de receitas tributáveis

Em sede de Recurso Voluntário, às fls. 71/79, o recorrente preliminarmente ratifica o pedido de nulidade sob o argumento de que não foram entregues os demonstrativos e planilhas em meio físico, contidas apenas em mídia magnética, sem a devida autenticação.

No mérito, repete as mesmas alegações trazidas em sua impugnação:

1. Afirma que não ocorreu omissão de saídas de mercadorias tributáveis através do levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou fornecido pelas administradoras de cartão e financeiras. E

programação e, principalmente, por mal uso, seu ECF jamais esteve preparado para identificar o meio de pagamento.

2. Afirma que o que ocorreu foi o registro como sendo operações de venda à 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;
3. 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 ocorreu em decorrência apenas de um equívoco nos registros 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;
4. 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 JJF nº 0215-01/02;

Remetidos os autos à PGE/PROFIS, para emissão de Parecer, a Dra. Aline Souza Casali Bahia opinou pelo não acolhimento da arguição de nulidade por cerceamento de defesa, sob a alegação de que não foram entregues os demonstrativos/planilhas em meio físico, contidas apenas em mídia magnética, sem a devida autenticação, pois ficou comprovado nos autos que o preposto do autuado recebeu as planilhas e demonstrativos que embasaram e identificaram a origem do débito fiscal.

No mérito, concluiu que o contribuinte não trouxe qualquer documento para afastar a presunção verificada no presente processo, haja vista que o trabalho fiscal baseou-se nos números lançados pelo contribuinte como referentes a vendas por cartões de crédito em comparação com os valores informados pelas Administradoras de Cartões de Crédito, que acusaram valores maiores, sendo exigido ICMS sobre esta diferença. Tal diferença enseja a presunção de omissão de saídas anteriores, nos termos do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao pedido da proporcionalidade, sugere que o PAF seja remetido à ASTEC para verificação da possibilidade da sua aplicação.

Esta 1ª Câmara de Julgamento decidiu baixar os autos em diligência à ASTEC para que intimasse o sujeito passivo a apresentar planilhas analíticas, relativas às operações de entradas e de saídas no exercício de 2006, referentes à sua alegação de que comercializa mercadorias tributadas, isentas e com fase de tributação encerrada, a fim de se aplicar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 056/07

Através do Parecer ASTEC nº 068/2010 a fiscal diligente informou, fl.98/99, que não foi possível atender o pedido para proceder ao cálculo da proporcionalidade pelo fato de não ter tido acesso aos documentos comprobatórios de vendas de mercadorias. Esclareceu que, no endereço indicado nos dados cadastrais encontra-se em atividade outro contribuinte.

Em despacho à fl.116, a procuradora assistente da PGE/PROFIS, Dra. Aline Souza Casali Bahia, reitera os fundamentos do seu Parecer às fls 92/95, que afastou as questões preliminares e solicitou à ASTEC diligência para apurar a possibilidade de aplicação da proporcionalidade. Como a diligência não foi atendida em virtude da não localização do contribuinte e não atendimento da intimação fiscal por parte do seu contador, opõe Recurso Voluntário, sob o argumento de que é do autuado o ônus elidir a presunção prevista no artigo 4º, parágrafo 4º da Lei nº 7.014/96.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão n.º 0313-04/08, prolatado pela 4ª JJF, que julgou procedente o presente Auto de Infração, em razão da 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.

No seu Recurso Voluntário, a empresa volta com os mesmos argumentos apresentados na sua inicial, os quais passo a analisar.

Não foram entregues os demonstrativos e planilhas em meio físico, contidas apenas em mídia magnética, sem a devida autenticação, causando cerceamento do direito de defesa.

Este argumento não merece qualquer guarida diante das provas existentes nos autos. 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.

No mérito, 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 não questionou objetivamente os valores apurados pela fiscalização, tendo apenas alegado, que a fiscalização não considerou que no período em que fora apurada a irregularidade, não fora registrado lançamento algum na redução “Z” relativo à venda por meio de cartão de crédito, fato esse decorrente de falha de programação. Verifico que essa argumentação não deve prosperar, pois, não foram trazidas provas capazes de comprovar as suas alegações, no termo do art. 123 do RPAF/BA.

Quanto à alegação de 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, verifico que não tem como prosperar a pretensão do autuado, vez que a aplicação da alíquota de 17% está consentânea à legislação pertinente. Eis que, o artigo 19, combinado com o inciso V, do art. 15, ambos da Lei nº 7.357/98 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 que foi o caso, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos. 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.

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, não pôde ser aplicada, haja vista que as diligências determinadas pela 4ª JJF e esta 1ª CJF, para que o autuado fornecesse a documentação fiscal necessária à aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 056/07, não logrou êxito, eis que o autuado não mais se encontrava estabelecido em seu endereço cadastral, e as intimações reiteradas dirigidas ao seu contador não foram atendidas.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto, mas
Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^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 019290.0034/07-4, lavrado contra CB CONI (**SUPERMERCADO PONTO CERTO**), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$28.623,73, 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, 04 de novembro de 2010.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS