

PROCESSO - A. I. Nº 281105.0028/07-0
RECORRENTE - A.S. SUPERMERCADOS LTDA. (FRANCA CARDOSO COMERCIAL DE ALIMENTOS E PANIFICAÇÃO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0156-04/10
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 08/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0200-11/11

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 àsquelas informadas 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 ilegitimidade da presunção. Infração caracterizada. Rejeitada a nulidade pretendida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0156-04/10), que julgou procedente a presente autuação, lavrada em 18/12/07, para exigir ICMS no valor de R\$62.622,95, acrescido da multa de 70%, em decorrência de 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 fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito (julho/06 a junho/07)

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa de acordo com os seguintes fundamentos:

"O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que não há segurança nos dados contidos no Relatório TEF que lhe foi fornecido em meio magnético. Não acato a nulidade pretendida, tendo em vista que o documento juntado à fl. 23, comprova que o arquivo foi entregue ao contribuinte autenticado, conforme chave hexadecimal de 32 dígitos, o que assegura que os dados contidos no arquivo magnético não podem ser modificados.

Além do mais, o autuado na sua defesa apresentou contestação aos valores exigidos no Auto de Infração e indicou porcentual de vendas tributadas, sob o qual reconheceu parte do débito, o que comprova ter acessado os dados apurados pela fiscalização.

Ressalto que o autuado requereu a realização de diligência para apurar o porcentual de vendas de mercadorias tributadas, isentas e com fase encerrada, o que foi feito, entretanto tendo sido intimado não apresentou os demonstrativos necessários para comprovar suas alegações.

No mérito o Auto de Infração exige ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pela diferença entre o somatório das vendas realizadas por meio de cartão de débito/crédito.

Na defesa apresentada o autuado alegou inexistência da infração apontada, sob alegação de que em nenhum momento, suas vendas foram inferiores às informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito. Observo que conforme disposto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.542, de 27/12/02 e efeitos a partir de 28/12/02, determina que:

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

§ 4º O fato de a escrituração indicar... 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.

Logo, conforme prescrito na Lei, a partir de 28/02/02, ocorre o fato gerador do ICMS a título de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, a declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Neste caso, não pode ser interpretado que deve ser comparada a receita total do estabelecimento com o valor informado pelas empresas administradoras de cartão de crédito e sim comparado o valor total das vendas do período registrado como recebimento por meio de cartão de crédito e o valor total informado pelas empresas administradoras de cartão de crédito.

Da mesma forma, tendo sido alegado que foram registradas por equívocos no equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) vendas em dinheiro, que foram efetuadas com recebimento por meio de cartão, tendo recebido o relatório TEF diário por operações de forma individualizada, foi facultado ao recorrente comprovar a improcedência da presunção, pelo confronto do cupom do ECF com o valor contido no mencionado relatório e mesmo intimado com essa finalidade pela fiscalização (fl. 43), não foi atendida. Portanto, é legal a exigência fiscal.

Com relação à aplicação do critério de proporcionalidade na apuração do imposto, conforme ressaltado na defesa, o CONSEF tem acolhido este procedimento quando comprovado. Na situação presente, na defesa apresentada o autuado apontou um percentual de 65% de vendas isentas e com fase de tributação encerrada. Entretanto, afirmou que juntou Tabela com apuração deste percentual, mas não foi juntado qualquer documento. Por sua vez, o autuante ao proceder a informação fiscal, intimou o estabelecimento autuado em 09/04/08 para apresentar demonstrativo neste sentido, conforme documento à fl. 43, entretanto o autuado não atendeu a intimação.

Em seguida o CONSEF determinou a realização de diligência (fl. 54) para que o autuado apresentasse demonstrativo de proporcionalidade, o contribuinte foi intimado de acordo com o documento juntado à fl. 56, porém o mesmo não atendeu a intimação. O autuante prestou nova informação fiscal informando não ter reformulado os demonstrativos originais, haja vista que não foram apresentados demonstrativos por parte do autuado. Por sua vez o autuado tomou conhecimento do resultado da diligência e da informação fiscal (fls. 54, 56 e 57), mas não se manifestou no prazo legal concedido.

Por isso não acato o pedido de aplicação de proporcionalidade, visto que o próprio autuado não juntou demonstrativo para provar sua alegação e mesmo intimado pela fiscalização, não apresentou os documentos necessários para averiguar o percentual apontado na defesa ou apurar outro percentual.

Ressalto que conforme disposto nos artigos 141 a 143 do RPAF/BA, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas e ao recusar comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Assim sendo, não tendo apresentado os documentos fiscais que o autuado dispõe para comprovar sua alegação de que realizou vendas de mercadorias isentas e com fase de tributação encerrada, deve ser mantida a infração na sua totalidade, visto que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 83/87, suscitando preliminar de nulidade do Auto de Infração, por descumprimento da Instrução Normativa nº 56/2007. Nesse tópico, aduz que a proporcionalidade entre as mercadorias isentas, antecipadas e aquelas submetidas ao regime normal de tributação deveria ter sido feita no momento da lavratura do presente Auto de Infração e, havendo impossibilidade de aplicação do mencionado critério, o autuante deveria registrar o fato no termo de encerramento de fiscalização, o que não foi feito.

Diz que a transferência do ônus probatório, de forma a impor que o contribuinte venha a produzir prova contra si próprio, é proibida pelo sistema jurídico vigente e, neste caso específico, ainda que a apresentação da proporcionalidade sobre as entradas viesse a impor uma redução do montante reclamado inicialmente, significaria que o sujeito passivo estaria se penalizando pela parte remanescente.

Salienta que, pela análise do texto da Instrução Normativa 56/2007, constata-se a existência de três vícios de nulidade da autuação, quais sejam: 1) existiam circunstâncias, elementos e informações que permitiam concluir que o autuado não operava apenas com mercadorias sujeitas a tributação na saída (arquivos do SINTEGRA, leitura dos equipamentos de ECF, notas fiscais de entrada, cupons de ECF, registros colhidos no Controle de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito, etc; 2) a falta de registro no Termo de Encerramento de Fiscalização da impossibilidade de aplicação da proporcionalidade; e 3) o registro das circunstâncias de convencimento da não aplicação da proporcionalidade conforme prevê o item 4 da Instrução Normativa 56/2007.

No mérito, pede que seja acatado o percentual de 65% de operações isentas e não tributáveis alegados na peça inicial, por ser compatível com a sua realidade, já que adquire mercadorias com fase de tributação encerrada.

Sustenta que a alegação do autuante de que o contribuinte teria deixado de apresentar qualquer documento que comprovasse o percentual de 65% de produtos isentos e substituídos é inadmissível na fase de defesa, pois o sujeito passivo só estaria obrigado a provar o alegado na fase preparatória da lavratura do Auto de Infração, conforme prevê a Instrução Normativa. Uma vez não tendo sido solicitado pelo autuante, e consignado no Termo de Encerramento do referido Auto de Infração, qualquer eventual impossibilidade não gera a inversão do ônus contra o próprio sujeito passivo.

Requer que o processo seja remetido para a PGE/PROFIS, sob o argumento de que as alegações de mérito remetem a questões de direito, em especial ao descumprimento de uma Instrução Normativa, inversão do ônus da prova e cobrança de imposto sabidamente não devido.

Pugna, ao final, pelo Provimento do apelo ofertado.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 93/94, opina pela rejeição da preliminar de nulidade, ao fundamento de que foi o próprio contribuinte que não ofereceu os elementos indispensáveis à apuração da proporcionalidade.

No mérito, propugna pelo não provimento do Recurso Voluntário interposto, por entender que, mesmo em sede de recurso, o contribuinte não traz documentos voltados à comprovação de sua alegação de que opera com 65% de mercadorias isentas ou não tributadas. Salienta que a Instrução Normativa nº 56/2007 possibilita a exclusão dos valores relativos às operações isentas e não tributadas, contudo, desde que provadas pelo contribuinte, por meio de dados e informações das operações mercantis praticadas.

Finaliza, afirmando que o contribuinte não elidiu a presunção legal de ocorrência do fato gerador.

VOTO

A preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo não merece acolhimento, pois, ao revés do quanto sustenta, a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007 pode se dar posteriormente à lavratura do Auto de Infração, bastando que o sujeito passivo alegue e comprove que parte das mercadorias comercializadas estão sujeitas à regra de não-incidência, imunidade, isenção ou substituição tributária com encerramento de fase de tributação.

A aplicação da proporcionalidade no curso do PAF, longe de prejudicar o contribuinte, é medida que lhe beneficia, uma vez que se busca, mediante critério de justiça fiscal, expurgar da base de cálculo do imposto exigido o montante de receita relativa a operações anteriores de vendas que possam ter se originado de mercadorias fora do âmbito de incidência do ICMS, no estabelecimento autuado.

Também carece de amparo jurídico a tese de que o sujeito passivo foi obrigado a fazer prova contra si mesmo, quando intimado a apresentar o relatório de proporcionalidade, na diligência determinada pela Junta de Julgamento Fiscal (fls. 54 e 57). Na verdade, a prova de que realiza operações com mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas ao regime de substituição

tributária com encerramento de fase de tributação tem o objetivo de reduzir o montante de imposto lançado na presente autuação, beneficiando, com isso, o sujeito passivo.

Sem tal prova, deve subsistir a presunção do art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, sobre toda a receita que foi omitida pelo sujeito passivo, até mesmo porque não se tem parâmetro algum para efetivar a redução pela proporcionalidade da Instrução Normativa nº 56/2007 e, ainda, o auditor fiscal não tem o poder de dispensar tributo, sobretudo quando tal dispensa pauta-se em critério subjetivo, sem amparo em provas documentais.

Rejeita-se, por tais razões, a preliminar arguida.

No mérito, constata-se que a presente autuação visa à cobrança de ICMS por presunção de omissão de saídas de mercadorias, por ter sido apurada diferença entre os valores registrados na redução “Z” do ECF do contribuinte como operações efetivadas mediante pagamento com cartões de crédito e de débito e as informações fornecidas pelas instituições financeiras que administram tal meio de pagamento.

Tal presunção encontra lastro legal no art. 4º, parágrafo 4º, da Lei nº 7.014/96, que prevê, de forma expressa, que a existência de diferenças entre os valores informados pelas administradoras e os registros do ECF do contribuinte permite a cobrança do tributo por presunção, cabendo ao contribuinte a prova de que não houve falta de recolhimento do ICMS.

Na hipótese dos autos, o recorrente não se desincumbiu do ônus de demonstrar a regularidade das operações realizadas, deixando de trazer aos autos a documentação que revele que as operações informadas pelas administradoras foram, de fato, oferecidas à tributação.

A pretensão recursal de que seja aplicado, sobre a base de cálculo do imposto lançado, o percentual de 65% de operações isentas, não tributadas ou com fase de tributação encerrada, não encontra respaldo probatório e, por isso, deve ser rechaçada. Como cediço, a teor dos arts. 141 e seguintes, do RPAF, é do sujeito passivo o ônus de comprovar os fatos modificativos da exigência tributária lançada no Auto de Infração, o que não foi feito pelo recorrente, a despeito da oportunidade concedida em sede de diligência.

Os arquivos em CD-Rom anexados ao Recurso indicam apenas as supostas operações de compras realizadas pelo recorrente, com número da nota fiscal, data da emissão e CNPJ do fornecedor, não mencionado nem mesmo qual a mercadoria que está sendo adquirida ou o regime de tributação a que está submetida.

Assim, considera-se não comprovado o percentual de proporcionalidade indicado pelo sujeito passivo, o que impede a aplicação da regra contida na Instrução Normativa nº 56/2007.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **281105.0028/07-0**, lavrado contra **A.S. SUPERMERCADO LTDA. (FRANCA CARDOSO COMERCIAL DE ALIMENTOS E PANIFICAÇÃO LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$62.622,95**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os pagamentos efetuados.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de junho de 2011.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO/RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS