

PROCESSO - A. I. Nº 156743.0012/06-1
RECORRENTE - ARI DA CUNHA RODRIGUES (PAMPA SUPRIMENTOS PARA INFORMÁTICA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0442-01/09
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 07/12/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0338-11/11

EMENTA: ICMS. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. 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. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 23/12/2006 para exigir ICMS no valor de R\$ 6.027,09, acrescido da multa de 70%, por imputar ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamento efetuado através de cartão de crédito ou de débito em valor inferior àquele fornecido por instituições financeiras e administradoras dos referidos cartões, nos meses de janeiro a junho de 2006.

A primeira instância julgadora dirimiu a lide proferindo a Decisão recorrida nestes termos, *verbis*:

“(...)Constato que tendo em vista o resultado do levantamento realizado, o autuante presumiu ter ocorrido omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto devido, baseado na previsão contida no artigo 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, que transcrevo abaixo. Assim, ao atender o que determina o mencionado dispositivo legal, foram confrontados os dados relativos às vendas efetuadas através da redução Z do ECF com os valores informados pelas administradoras de cartões e instituições financeiras. Tendo sido verificada a existência de divergências entre os referidos dados, foi exigido o imposto concernente à diferença apurada.

“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.”

Nos termos dos artigos 824-B, caput, do RICMS/97, os contribuintes que realizarem vendas de mercadorias ou prestarem serviços a não contribuintes do ICMS devem utilizar o equipamento emissor de cupom fiscal para documentar tais operações ou prestações. Esta é a situação do autuado, ou seja, usuário obrigatório de ECF. O mesmo RICMS/BA estabelece no artigo 238, nos seus incisos, alíneas e parágrafos, os procedimentos que devem ser observados pelo contribuinte usuário de ECF, inclusive, quando emite Nota Fiscal de Venda a Consumidor, série D-1 e Nota Fiscal, modelo 1 ou 1-A, por solicitação dos clientes.

Conforme se conclui da leitura desses dispositivos, no caso de emissão de nota fiscal de venda a consumidor ou nota fiscal, modelo 1 ou 1-A, o contribuinte usuário de ECF, obrigatoriamente deverá juntar a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF – cupom fiscal – à via fixa da nota fiscal emitida, na qual deverão ser consignados o número sequencial atribuído ao equipamento emissor de cupom fiscal e o número do cupom fiscal. Observo que tendo em vista que no presente caso estamos diante de uma presunção legal relativa, prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº. 7.014/96, cabe ao contribuinte o ônus da prova, mediante a apresentação dos elementos necessários à desconstituição dos fatos presumidos, o que não ocorreu.

Noto, por outro lado, que o contribuinte baseou sua defesa na argumentação de que somente após a ação fiscal adquiriu e regularizou na Repartição Fazendária o equipamento emissor de cupom fiscal. Por outro lado, apesar de alegar que emitira notas fiscais nas vendas efetivadas através de cartões de crédito e de débito, não trouxe aos autos nenhuma prova em favor de suas argumentações.

De forma contrária, constato que, em atendimento a determinação oriunda da Coordenação Administrativa deste CONSEF foram entregues ao contribuinte os relatórios TEF contendo todas as operações realizadas por meio dos referidos cartões, para que ele pudesse carrear ao processo as provas atinentes às alegações apresentadas na peça defensiva, no entanto nenhum elemento de prova foi trazida aos autos.

Constato que tendo em vista que o contribuinte estava cadastrado no Regime do SimBahia, na apuração do imposto (fl. 05) foram seguidos os mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, de acordo com previsão contida no artigo 408-S do RICMS/97, conforme alteração introduzida pelo Decreto nº. 7.886/00, com efeitos a partir de 30/12/2000, com a concessão do crédito presumido calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do § 1º do mesmo artigo, alterado pelo Decreto nº. 8.413/02.

Pelo exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.”

Inconformado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 63/70, argüindo, em síntese, de início, ser tempestivo o apelo e, como preliminar de nulidade, que da lacônica narração contida no Auto de Infração não houve a individualização específica da suposta conduta ilícita dentro do período fiscalizado, que foi de seis meses, sem lhe permitir depreender com segurança a irregularidade cometida, o que disse ter dificultado sua defesa, sobremaneira.

Afirmou que o fisco transferiu indevidamente para si o ônus da prova ante a aplicação analógica do art. 333, I c/c art. 126, 2ª parte do CPC c/c art. 4º da LICC c/c art. 108, I, do CTN e que a teor do art. 28, § 3º, VI do Decreto Estadual nº 7.629/99 o termo de encerramento deve conter a reprodução fiel do teor dos fatos constatados pela fiscalização, com descrição detalhada e que não houve estipulação do prazo de duração do procedimento fiscalizatório que pode ser de 90 dias, prorrogável e que sequer sabe o tempo que durou essa fiscalização, mas se tivesse sido dentro de um interregno razoável, tem convicção de que não teria sido lavrada a autuação que possui vícios formais “recalcitrantes”.

Adentrando no mérito, alegou que o autuante se valeu exclusivamente como único meio de prova os extratos fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito/débito, e que se limitou a verificar se os recibos desses cartões se coadunavam com os valores dos cupons fiscais que informavam pagamento por esse meio, sem ter sido considerado os talonários de notas fiscais por si apresentados que espelham seu real faturamento, acrescentando que não foi constatada qualquer outra irregularidade que realmente confirmasse essa suposta omissão de receita.

Digrediu sobre o fato de tratar-se de contribuinte optante pelo recolhimento de tributos pelo regime do SIMPLES NACIONAL e do SimBahia, sendo optante deste até o primeiro semestre de 2007 e que, a partir do segundo semestre deste mesmo ano, optou por aquele regime simplificado.

Aclarou que utiliza-se da máquina de cartão de crédito/débito para fins outros como para recebimento das vendas de mercadorias de seu estoque, citando como exemplo receber crédito decorrentes de inadimplência de vendas de mercadorias já tributadas em período anterior, o que é uma prática corriqueira e não vedada em lei.

Mencionou que pela própria simplicidade dos atos administrativos das microempresas, a repactuação dessas dívidas era feita de maneira verbal, com aceitação pelo seu cliente e simples pagamento, em parcela única ou parcelada em cartão de crédito e que apesar de não possuir equipamento emissor de cupom fiscal no período fiscalizado, que todas as suas vendas eram

registradas corretamente com emissão de nota fiscal mecânica como a legislação vigente à época lhe permitia, mencionando juntar com a peça recursal, cópia do relatório de operações TEF do qual identificou a respectiva nota fiscal que concernia à determinada saída de mercadoria que teria sido supostamente omitida, acostando, ainda, cópias das notas fiscais as quais disse ter sido ignoradas pelo autuante.

Pontuou que não lhe pode ser atribuída obrigação acessória que sobre si não recai e que esclareceu a fiscalização que o valor das operações de saída era em valor bastante superior ao apurado como venda de cartão de crédito/débito, que cabia ao autuante verificar e não presumir e lançar.

Passou a reportar-se sobre o levantamento a maior da diferença apurada na base de cálculo e que o auditor apenas baseou-se no confronto da nota fiscal série D-1 modelo 2 fazendo um parêntese de que já havia informado a aquisição posterior de emissor de cupom fiscal em 18/11/06 com os TEFs mas que, todavia, a emissão dessa nota fiscal não é o único meio de prova alegando ser legítimo comprovar a realização de venda em cartão de crédito/débito e emissão da nota fiscal, conforme se sucedeu no presente caso.

E que, portanto, o fisco apurou uma suposta diferença na base de cálculo da ordem de R\$ 35.543,12 por ter desconsiderado como vendas por si informadas e que a DMA que se trata de documento fornecido pela própria SEFAZ a demonstrar que o valor é de R\$ 270.648,17, que foi seu faturamento durante todo o exercício de 2006.

Por cautela, disse que em respeito ao princípio da eventualidade, se acaso persistir o entendimento de que houve omissão de saída de mercadoria, que deve haver o aproveitamento dos valores pagos no regime do SimBahia, incluindo os referentes à antecipação de tributo conforme as guias que estava anexando ao Recurso Voluntário, o que deve ser corrigido monetariamente pelos mesmos índices aplicados para o crédito fazendário, cumprindo ser deduzido o valor do imposto apurado de R\$4.212,15 desde a data do pagamento constante nos DAEs anexos, devendo ser a multa proporcionalmente glosada.

Por derradeiro, pugnou pelo acolhimento do Recurso Voluntário para ser declarada a improcedência do auto infracional.

À fl. 539 a PGE/PROFIS opinou pela conversão do feito em diligência à ASTEC para fins de emissão de Parecer técnico elucidativo no sentido de que se o sujeito passivo logrou comprovar a realização de operações através de cartão de crédito e se com a documentação acostada às fls. 74/532 cabe a descaracterização da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Esta 1ª CJF em pauta suplementar datada de 24/05/10 deliberou pela realização da diligência sugerida, remetendo os autos à ASTEC, a qual proferiu o Parecer ASTEC nº 335/2010 concluindo à fl. 544, que a documentação apresentada pelo contribuinte em sede recursal respalda parcialmente os seus argumentos, eis que foi constatada correlação entre as notas fiscais exibidas e as operações de saídas de mercadorias pagas através de cartão de crédito/débito constante do TEF, o que ensejou a elaboração de novo demonstrativo de fls. 545/603, cujo resultado fiscal reduziu o montante do ICMS devido para R\$ 1.538,94, do que foram cientificados o autuante e o recorrente (fls. 604 e 605), que concordaram, tacitamente.

A PGE/PROFIS voltou a se manifestar no Parecer conclusivo de fls. 614/616, no qual afirma que o recorrente apresentou documentação capaz de elidir parcialmente a presunção de legitimidade do lançamento, anuindo com a revisão fiscal levada a efeito, o que foi aquiescido pela procuradora assistente conforme o teor do despacho de fl. 617.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão de primeiro grau que julgou pela Procedência da autuação.

Do exame do PAF, de início, rechaço a nulidade por constatar que o teor da autuação permitiu insofismavelmente que o contribuinte exercesse seu amplo direito de defesa, tanto que apresentou impugnação atacando aspectos formais e substanciais.

Extraio, ainda, dessa autuação que se derivou da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, pagas através de cartões de crédito/débito que, como supra relatado, a infração foi confirmada apenas parcialmente após a diligência suscitada por este Colegiado por sugestão da Procuradoria, nos termos do Parecer ASTEC nº 335/2010.

Com efeito, ao ser intimado pelo Auditor Fiscal diligente, observo que o sujeito passivo cuidou de acostar várias notas fiscais de venda ao consumidor série D-1, tendo sido salientado nesse Parecer que muitas delas já residiam no PAF, tendo dessa revisão fiscal restado concluído que foram excluídas do novo demonstrativo ante a correlação entre as notas fiscais coligidas pelo contribuinte desde a impugnação e as operações ali descritas, os valores correspondentes ao ICMS já pago, o que, acertadamente, conduziu à redução parcial do importe do ICMS exigido.

Observa-se, portanto, dos elementos dos autos, que assiste razão ao recorrente, ainda que não integralmente, já que cuidou de produzir parcialmente prova elisiva da presunção, a configurar a pertinência do resultado fiscal, o que acolho “*in totum*”.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado para reduzir o débito originalmente lançado de R\$6.027,09 para R\$1.538,94, a teor do novo demonstrativo de fl. 545, constante da revisão fiscal de fls. 543 a 603 consubstanciada no aludido Parecer Técnico:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO								
Seq.	Infr.	D. Ocorrência	D. Vencimento	Alíq. (%)	Vlr. Histórico	Vlr. Julgado- JJF	Vlr. Julgado- CJF	Multa (%)
1	1	31/01/2006	09/02/2006	17	853,58	853,58	194,67	70
2	1	28/02/2006	09/03/2006	17	945,51	945,51	74,14	70
3	1	31/03/2006	09/04/2006	17	1.378,16	1.378,16	405,19	70
4	1	30/04/2006	09/05/2006	17	948,34	948,34	237,96	70
5	1	31/05/2006	09/06/2006	17	1.080,14	1.080,14	389,46	70
6	1	30/06/2006	09/07/2006	17	821,14	821,14	237,52	70
TOTAL					6.026,87	6.026,87	1.538,94	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **156743.0012/06-1**, lavrado contra **ARI DA CUNHA RODRIGUES (PAMPA SUPRIMENTOS PARA INFORMÁTICA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$1.538,94**, 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, 03 de novembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS