

A. I. N.º - 299634.000310-6
AUTUADO - ALMEIDA JUNIOR COMÉRCIO LTDA
AUTUANTE - JOSÉ ROBERTO OLIVEIRA CARVALHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 14.09.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0249-04/11

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO A MENOS NA CONDIÇÃO DE EMPRESA DE PEQUENO PORTE ENQUADRADA NO REGIME SIMPLIFICADO DE APURAÇÃO DO ICMS. Infração caracterizada e não elidida. 2. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELAS ADMINISTRADORAS DE CARTÕES 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 mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Valor reduzido mediante aplicação de proporcionalidade conforme IN nº 56/07 em diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração à epígrafe exige o valor de R\$32.547,77, em razão das seguintes infrações:

Infração 01: Recolheu a menor o ICMS no valor de R\$ 18.862,36, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). Período fevereiro a dezembro 2005, agosto e novembro 2006 e janeiro a junho 2007. Multa de 50%;

Infração 02: Omissão de saída de mercadoria tributável 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. Valor do ICMS: R\$ 13.685,41. Período: janeiro a junho 2007. Multa 70%.

O autuado apresenta defesa (fls. 67/71), argumentando que os créditos tributários da infração 01 encontram-se apurados nos termos da lei em outra matéria de autuação e de direito e já homologados, ressaltando que o autuante poderá isso confirmar em consulta aos sistemas de controle da SEFAZ.

Com relação à infração 02, traduz o art. 2º, §§ 1º e 2º, do RPAF para questionar como pode ser considerado omissão nesta infração, simplesmente dando como verdadeiras as informações prestadas pelas operadoras de cartão de crédito? Diz que se faz necessário uma verificação dos valores constantes em tais relatórios para se ter certeza da sua eficácia e de sua materialidade.

Sustenta, ainda, que no cálculo do valor da infração 02, não se aplicou a proporcionalidade a que se refere a IN 56/07, o que enseja vício do auto de infração e inobservância do princípio da igualdade.

Conclui pedindo a improcedência do auto de infração.

Às fls. 87/8 o autuante informa que as alegações preliminares são infundadas porque não ocorreu autuação no mesmo período fiscalizado e não se confundem o ICMS do Regime Simplificado SimBahia com o ICMS de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Com relação à infração 02, quanto ao questionamento da veracidade das informações das operadoras dos cartões de crédito e de débito, diz que conforme Intimação Fiscal de fl. 28 recolheu as Reduções Z do período onde constavam vendas por cartão de crédito/débito (fls. 54/55), Relatório Diário Operações TEF (fls. 56/58) e mídia CD de todos os arquivos, conforme recibos de fls. 59/60, e não apontou divergências nem apresentou qualquer justificativa.

Quanto à proporcionalidade, informa que, de fato, não foram solicitadas as informações e planilha na primeira Intimação Fiscal, mas em 20/05/2010 intimou o autuado solicitando as notas fiscais de entradas e a planilha demonstrativa do crédito (fl. 75). No dia 24/05/2010 foi encaminhada via correio eletrônico para o contador Sr. Roberto Oliveira Araújo (fl. 76), tendo este acusado recebimento em 26/05/2010 (fl. 70) ao tempo que informou que entregaria os documentos até 01/06/2010, mas, apesar de diversos contatos cobrando os documentos, em 14/10/2010 o contador respondeu que estava em internação hospitalar para cirurgia solicitando prazo de mais 10 dias que, passados, não apresentou os documentos pedidos.

Conclui pedindo a procedência do auto de infração.

À fl. 92, o PAF foi baixado em diligência à ASTEC para:

- a) Intimar o autuado a apresentar demonstrativo relacionando, separadamente, as notas fiscais de saídas ou entradas das mercadorias sujeitas à tributação normal, sujeitas à substituição tributária, isentas, ou seja, de tributação normal e outras, acompanhado dos respectivos documentos fiscais e nos valores indicados nos DMES/DMA, referentes ao período fiscalizado, para efeito de conferência;
- b) Atendido do exposto no item “a”, se for o caso, apurar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 5607.

Às fls. 94/5 o diligente da ASTEC produziu o Parecer nº 042/2011, expondo que cumpriu a diligência conforme solicitada, intimando o sócio da empresa que delegou as providências ao contador. Foi-lhe apresentada a documentação pedida que, conferindo sua regularidade, apurou de ICMS devido na infração 02, o valor de R\$ 4.037,71.

Conforme fls. 106 a 115 o autuado foi intimado para conhecer o resultado da diligência fiscal e ficou silente e, conforme fl. 117, o autuante também tomando ciência do resultado da diligência, sobre ela não se pronunciou.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS em razão das seguintes infrações: 01: Recolheu a menor o ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia); 02: Omissão de saída de mercadoria tributável 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.

Compulsando os autos, inicialmente devo dizer que o procedimento fiscal foi desenvolvido em plena normalidade obedecendo aos preceitos legais, em especial aos atinentes ao devido processo legal. O auto de infração contém os requisitos previstos no art. 39 do RPAF, foram entregues ao contribuinte autuado cópia dos papéis de trabalho, inclusive do relatório diário TEF conforme recibo de fl. 60, tendo ele estabelecido o contraditório utilizando seu amplo direito de defesa. O protesto feito quanto ao procedimento fiscal em relação à não aplicação da proporcionalidade indicada na IN 56/07 foi superado em ajuste por diligência fiscal a cargo da ASTEC. Não tenho a fazer observação quanto ao método de fiscalização utilizado e as infrações constatadas encontram respaldo nos arts. 384, “a” II, §1º e 387-A, parágrafo único e incisos, do RICMS-BA (infração 01) e §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 (infração 02). Com base no art. 147, I, “a”, indefiro o pedido de eventual diligência fiscal, pois os elementos contidos no PAF são suficientes para formar meu convencimento.

Com relação à infração 01, o autuado, sem apresentar provas que confirme a alegação, apenas argumentou que os créditos tributários encontram-se apurados nos termos da lei em outra matéria

de autuação e de direito e já homologados, ressaltando que o autuante poderá isso confirmar em consulta aos sistemas de controle da SEFAZ. Entendo tal argumento como simples negativa do cometimento da infração, situação que se subsume nas disposições dos arts. 143 e 142 do RPAF, pois que isso não o desonera de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal e a não comprovação do fato controverso com elemento probatório que necessariamente dispõe, importa também em confirmação do cometimento da infração.

Ademais, os valores dessa infração estão demonstrados nas planilhas de fls. 40, 48 e 54, nas quais se indicam os valores devidos e os recolhidos, exigindo-se a diferença de ICMS apurada e não recolhida. O contribuinte recebeu cópia desses demonstrativos e não apontou qualquer inconsistência.

Infração procedente.

A infração 02 tem previsão legal no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96. De acordo com este dispositivo, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, *in verbis*: “*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*”.

Trata-se, portanto, de uma presunção relativa e o autuado, além do protesto quanto à aplicação da proporcionalidade indicada na IN 56/07, impugnou o lançamento apenas questionando a veracidade da informação prestada ao fisco pelas Administradoras de cartões em relação às operações que fundamentam a autuação.

A informação compulsória das operações de vendas dos contribuintes com pagamento via cartões de crédito e/ou débito ao fisco por parte das Administradoras é prevista no Art. 35-A, da Lei 7.014/96, e quando maior que as vendas registradas em documentos fiscais correspondentes pelo estabelecimento indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao autuado comprovar a improcedência dessa presunção legal, o que, no caso presente, não logrou fazê-lo, em que pese sua exposição defensiva.

Com relação à proporcionalidade indicada na IN 56/07, observo que embora no levantamento original não tenha sido aplicada, o questionamento se acha superado por força de diligência fiscal específica em que, intimado, o próprio autuado, demonstrou seus percentuais de mercadorias tributáveis comercializadas no período da autuação, os quais, conferidos pelo Auditor diligente, foram aplicados no levantamento fiscal da omissão apurada, ajustando os valores devidos na infração 02. Acolho os valores do ICMS exigidos com base nos índices mensais conforme indicado no parecer (fl. 95), uma vez que além de verificar a regularidade no ajuste, cientificado do resultado dos valores ajustados, podendo, o contribuinte autuado não apontou qualquer inconsistência no referido ajuste.

Assim, silenciando quanto ao aspecto fático para apenas questionar a veracidade das informações de suas vendas fornecidas pelas Administradoras de cartões, atitude que também se enquadra no quanto previsto nos arts. 140 e 142 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, uma vez que não apresentou defesa acompanhada das indispensáveis provas capazes de elidir a acusação fiscal em acordo com o previsto no art. 123 do regulamento citado e 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, constato a infração caracterizada.

Portanto, infração procedente e subsistente com ICMS devido no valor de R\$ 4.037,70, conforme demonstrativo de fl. 95.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, mantendo-se a infração 01 e ajustando o valor da infração 02 para R\$4.037,70.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299634.0003/10-6**, lavrado contra **ALMEIDA JUNIOR COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$22.900,06**, acrescido das multas de 50% sobre R\$18.862,36 e 70% sobre R\$ 4.037,70, previstas no art. 42, I, “b”, item 3 e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de setembro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR