

PROCESSO - A. I. N° 299634.0004/10-2
RECORRENTE - JOSÉ MORAIS DE ALMEIDA JÚNIOR (SUPERMERCADO DA PRAÇA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4^a JJF n° 0410-04/10
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 26/08/2013

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0241-12/13

EMENTA: ICMS. VENDAS EM CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. REGISTRO EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA DE CARTÕES DE CRÉDITO. 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 aos 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. Diligência, em sede de Segunda Instância, apurou proporcionalidade prevista na IN 56/07 das mercadorias comercializadas pelo autuado sujeitas à tributação dentro do período autuado. Infração procedente em parte. Não acolhidas as preliminares. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o caso sob análise, neste momento processual, de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4^a JJF, proferida através do Acórdão n° 0410-04/10, que julgou Procedente a autuação, lavrada em 31/03/2010, para imputar ao sujeito passivo o cometimento de infração, sendo-lhe exigido ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito, ou de débito, em montante inferior àquele fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito no período de julho de 2006 a junho de 2007. ICMS no valor de R\$7.535,23, acrescido da multa de 70%.

Obedecidos os trâmites legais, o contribuinte apresentou impugnação tempestiva (fls. 40 a 42) e o autuante prestou a informação fiscal de fls. 60/61.

Em seguida, a Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela Procedência do Auto de Infração, com Decisão de teor adiante reproduzido:

"Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS, no montante de R\$ 7.535,23, relativo à presunção legal de ocorrência de operações de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, 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, inerente ao período de julho/2006 a junho/2007, conforme prevista no art. 4º, § 4º, da Lei n° 7.014/96, alterada pela Lei n° 8.542/02, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme foi apurado pelo preposto fiscal às fls. 22/31 do PAF."

Alega o defensor que "Se faz necessário uma verificação dos valores constantes em tais relatórios para se ter certeza da sua eficácia e de sua materialidade concreta", como também sobre a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa n° 56/2007.

Contudo, da análise das peças processuais, se verifica, quanto à primeira alegação, que o autuado recebeu o Relatório Diário por operações TEF, conforme provam os documentos às fls. 33 e 34 dos autos, no qual consigna todas as operações, autorização, dia e valor do pagamento realizado pela administradora do cartão de crédito/débito, relativo às suas vendas com modalidade de pagamento em cartão de crédito ou de débito. Sendo assim, descabida tal pretensão.

No tocante à segunda alegação, por se tratar tal constatação de uma presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, conforme determina o dispositivo legal acima citado, entende este Colegiado que, caberia ao sujeito passivo provar sua

alegação de que comercializa mercadorias não sujeitas à tributação do ICMS ou com fase de tributação encerrada, apontando os percentuais de mercadorias tributadas, de forma que se aplicasse a proporcionalidade prevista na I. N. 56/2007, como quer o autuado, pois o ônus da prova da improcedência, mesmo que parcial, é do contribuinte.

Entretanto, em respeito ao princípio da verdade material, o preposto fiscal intimou o contribuinte para apresentar documentos de entradas das mercadorias no período fiscalizado, assim como planilha demonstrativa do crédito proporcional (relação de notas fiscais de entradas consignando compras de mercadorias tributadas isentas e não tributada), de forma a aplicar, à exigência fiscal, a suposta proporcionalidade às mercadorias tributadas, dando-lhe diversos prazos, inclusive peticionados pelo próprio representante do sujeito passivo, porém, após diversas tentativas, o contribuinte não apresentou os documentos necessários à averiguação da alegada existência de comercialização de mercadorias isentas ou não tributadas.

Conforme já dito, como se trata de uma presunção legal de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, no caso concreto, por exceção, cabe ao contribuinte o ônus da prova. Contudo, não tendo o mesmo nada provado, devem-se considerar todas as saídas como tributáveis.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Irresignado com o decisório, o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário (fls. 75 a 77), requerendo a reforma do Julgado, concentrando, basicamente, as suas razões recursais na tese da nulidade com suporte no art. 2º do Decreto nº 7.629/1999(RPAF).

Aduziu ter recebido as planilhas com informações prestadas pelas operadoras de cartões de crédito, porém, a simples ciência do seu recebimento não seria suficiente para condenar o autuado ao pagamento de imposto e demais acréscimos legais, informando, ainda, que suas vendas diárias são registradas através de documentos fiscais idôneos, devidamente autorizados pela autoridade competente e apresentados ao autuante, quando solicitado, constando os valores brutos de vendas diárias, inclusive, somadas as vendas com cartões de crédito.

Prosseguindo, sustentou que, no cálculo apresentado como crédito tributário, não se mencionava a hipótese a que se reporta a Instrução Normativa nº 56/2007, que trata da proporcionalidade, o que ensejaria vício na formulação do Auto de Infração e inobservância do princípio da igualdade.

Neste caso, caberia à autoridade analisar os próprios documentos fiscais apresentados na inicial do processo de fiscalização para julgar na linha de aproveitar o cálculo da proporcionalidade, por se tratar de vendas de produtos com isenção e/ou substituição do imposto.

Concluiu o tema, transcrevendo o art. 18, do RPAF/BA e ressaltando que: “*Diante deste quadro, vejo como necessário, a necessidade de ser declarado improcedente o Auto de Infração.*”

Em seu Parecer de fls. 85/86, a ilustre Representante da PGE/PROFIS, Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, entendeu necessária a realização de diligência, para que a ASTEC verifique a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007.

Assim, em pauta suplementar da Sessão de 30/05/2011, esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, depois de examinar as peças residentes nos autos, buscando a verdade material e acatando a sugestão da PGE/PROFIS, decidiu converter o processo em diligência à ASTEC, para que fosse verificada qual a proporcionalidade existente no âmbito das operações de saída do contribuinte: operações tributáveis, não tributáveis e isentas, elaborando novo demonstrativo de débito relativo à infração hostilizada.

Encerrada a diligência, a Repartição Fiscal intimaria o contribuinte para dela tomar ciência, entregando-lhe, no ato e contra recibo, todos os documentos produzidos pelo fiscal, assim como a solicitação deste Colegiado, sendo, naquela oportunidade, concedido o prazo de 10 (dez) dias para que, querendo, se manifestasse; após, os autos retornariam à PGE/PROFIS, para Parecer final sobre o Recurso Voluntário formalizado.

A ASTEC, pela auditora diligente, consoante Parecer nº 162/2011 (fls. 92/93), apresentou resposta ao pedido da Câmara, relatando as diversas etapas que se desenvolveram no cumprimento da diligência, concluindo que: “*Após análise das planilhas e documentos apresentados pelo autuado, não foi possível aplicar as proporcionalidades, tendo em vista que os dados apresentados das aquisições das mercadorias tributadas, isentas e outras não foram devidamente comprovados.*”

Notificado, o sujeito passivo apresentou manifestação de fls. 133/136, alegando que depois de intimado para apresentar as notas fiscais de entrada das mercadorias, objetivando a compra e vendas de mercadorias sujeitas a substituição tributária ou isentas do imposto, “*dante da urgência que fora intimado e da cobrança para entrega das referidas notas fiscais para serem analisadas, a funcionária designada para preencher a planilha com os dados das notas fiscais, cometeu o equívoco de não colocar os totais, separados por mês na planilha em programa eletrônico, desta forma, ao apresentá-las para fiscalização, teve negado o recebimento sob alegação de erro no preenchimento, todavia, fora concebido novo prazo para sanar a questão.*”

Relatou que, no dia agendado, compareceu à presença do preposto fiscal, o qual, no entanto, ao vislumbrar a nova planilha, negou, mais uma vez, o seu recebimento, alegando erro nos valores mencionados, pois, por se tratar de “mercadinho”, não poderia suportar esse volume de compras de produtos com substituição tributária, orientando o recorrente a aguardar pela intimação para efetuar o pagamento da quantia devida, asseverando que: “*Desta forma, o preposto fiscal achou por bem não acatar as notas fiscais, bem como a nova planilha apresentada.*”

Em seguida, reiterou os argumentos já suscitados no Recurso Voluntário, no que tange à nulidade por cerceamento do direito de defesa, principalmente diante da negação de recebimento das notas fiscais e planilha de lançamento pelo preposto fiscal.

Concluiu, destacando que a verdade material deve prevalecer no processo administrativo fiscal e, nesse sentido, demonstrado “*os fatos com a apresentação das provas necessárias e suficientes a sua demanda, espera o recorrente pelo deferimento do seu pedido para que seja determinada a anulação do presente Auto de Infração ou simplesmente a sua revisão.*”

Retornados os autos à PGE/PROFIS, objetivando Parecer conclusivo, a ilustre representante da PGE/PROFIS apresentou o seu Parecer (fls. 144/145), opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, posto que as razões recursais versavam exclusivamente acerca do mérito do lançamento, mas se apresentavam insuficientes para desconstituir-lo, porquanto a tese recursal se revelou inconsistente quando a diligência comprovou que os documentos colacionados aos autos não possibilitavam a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07.

Na assentada de julgamento, esta 2ª CJF, considerando que o recorrente arguiu a nulidade da autuação, com base no art. 18 do RPAF, por cerceamento do direito de ampla defesa, sustentando ter havido a negação de recebimento das notas fiscais e planilha pelo preposto fiscal, ainda na busca da verdade material e da justiça fiscal, resolveu, por unanimidade, converter, mais uma vez, o feito em diligência à ASTEC, no sentido de que se requeresse ao contribuinte a colação aos autos de todos os documentos fiscais (Notas e Cupons Fiscais) do período autuado.

Em seguida, o órgão técnico, à luz dos documentos efetivamente acostados e da legislação aplicável ao caso concreto, procedesse a emissão de Parecer técnico conclusivo.

Cumprida a diligência, deveria ser intimado o contribuinte para dela tomar ciência, entregando-lhe, no ato e contra-recibo, todos os documentos produzidos pelo fiscal, assim como a solicitação deste Colegiado, sendo, naquela oportunidade, concedido o prazo de 10 (dez) dias para que, querendo, se manifestasse, e de igual modo cientificado o autuante do resultado, para, em seguida, os autos retornarem à 2ª CJF, objetivando o julgamento.

Atendendo ao solicitado pela 2ª CJF, a ASTEC, através do Parecer Nº 0005/2013 (fls. 151 a 153), relatou todos os procedimentos realizados para o cumprimento da diligência e, por fim, concluiu que:

“*Efetuado levantamento através das notas fiscais de entradas de mercadorias apresentadas pelo autuado e anexadas ao processo, seguindo determinação do Senhor Conselheiro, dos valores referentes às mercadorias tributadas, isentas, com substituição tributária e outras, sendo elaborado demonstrativo de fls. 162/169.*

“*Foi elaborado demonstrativo dos valores do imposto remanescente, aplicando-se os índices de proporcionalidade apurados, ficando o débito resumido para R\$3.191,48 conforme demonstrativo de débito a seguir.”*

| Data da Ocorrência | Data do Vencimento | ICMS DEVIDO |
|--------------------|--------------------|-------------|
| 31/07/2006 | 09/08/2006 | 43,01 |
| 31/08/2006 | 09/09/2006 | 102,74 |
| 30/09/2006 | 09/10/2006 | 231,05 |

| | | |
|------------------|------------|-----------------|
| 31/10/2006 | 09/11/2006 | 254,21 |
| 30/11/2006 | 09/12/2006 | 269,78 |
| 31/12/2006 | 09/01/2007 | 302,09 |
| 31/01/2007 | 09/02/2007 | 300,79 |
| 28/02/2007 | 09/03/2007 | 706,72 |
| 31/03/2007 | 09/04/2007 | 232,08 |
| 30/04/2007 | 09/05/2007 | 229,30 |
| 31/05/2007 | 09/06/2007 | 242,95 |
| 30/06/2007 | 09/07/2007 | 276,74 |
| T O T A L | | 3.191,48 |

Devidamente cientificados, contribuinte e autuante, do resultado apurado pela ASTEC, apenas o Auditor Fiscal se manifestou (fl. 625), concordando com os procedimentos adotados e valor apurado de R\$3.191,48.

VOTO

Consoante minuciosamente relatado, versa o processo, nesta oportunidade, sobre a análise e julgamento do inconformismo do autuado com a Decisão de 1ª Instância, formalizado através de Recurso Voluntário, visando a reforma do julgado em relação à imputação de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento com pagamento em cartão de crédito ou débito em valor inferior àquele fornecido pelas instituições financeiras e administradoras de cartões.

De plano, rejeito a preliminar de nulidade, por se encontrarem, a ação fiscal e o PAF, revestidos das formalidades legais, estando determinados, com clareza, o contribuinte autuado, a natureza da infração apurada, portanto, inexistindo qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA, ressaltado o aspecto de que a exigência fiscal está fundamentada em diplomas legais vigentes, demonstrativos, e demais documentos que fundamentaram a autuação, restando inviabilizada qualquer dúvida quanto ao exercício do pleno direito de defesa.

Outrossim, válido frisar que, durante a instrução em segunda instância, a CJF, objetivando afastar qualquer possibilidade de cerceamento do direito de defesa do contribuinte, assim como preservar o princípio da busca da verdade material, converteu o processo em diligência, para a ASTEC, por duas vezes, a fim de que fosse dada oportunidade ao sujeito passivo de apresentar elementos informativos fiscais capazes de proporcionar a aplicação do instituto da proporcionalidade regido pela Instrução Normativa nº 56/07, o que foi efetivado através dos documentos disponibilizados pelo contribuinte, na oportunidade da segunda diligência solicitada (fl. 148 e fls.151/153).

Meritoriamente, o sujeito passivo concentrou sua postulação na aplicação ao caso da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/07, não questionando, em momento algum, o cerne da imputação.

Por conseguinte, não pairam dúvidas de que o lançamento tributário se encontra amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, dispondo textualmente:

“...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”.

A par disso, estatui o artigo 2º, § 3º, inciso VI, do RICMS/BA, *verbis*:

“§3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

*....
VI - valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito;”*

Destaque-se que, por sugestão da PGE/PROFIS, face às alegações trazidas pelo sujeito passivo, em sede de Recurso Voluntário, esta CJF encaminhou o PAF para a primeira diligência junto a ASTEC, a qual não pode ser cumprida em virtude dos documentos apresentados não se prestarem ao atendimento do quanto solicitado (aplicação da Instrução Normativa nº 56/07).

Posteriormente, em função da manifestação do sujeito passivo acerca de tal diligência, e objetivando a busca da verdade material e a justiça fiscal, a 2^a CJF, retornaram os autos à ASTEC, solicitando-se, mais uma vez, que fosse instado o contribuinte a apresentar todos os documentos fiscais (Notas Fiscais e Cupons Fiscais) do período fiscalizado, que sustentava capazes de proporcionar a apuração das operações com mercadorias isentas ou com substituição tributária.

Às fls. 151/153 encontra-se o Parecer ASTEC N° 0005/2013, onde o diligente, à vista dos documentos que lhe foram apresentados pelo autuado e a pedido da CJF, reduziu o valor apurado originalmente para a infração, de R\$7.535,23 para R\$3.191,46, consoante demonstrativo de débito de fl. 153 e planilhas de fls. 161 a 169.

Nesse contexto, apresentando-se a matéria tratada na procedimentalidade como eminentemente fática, após analisados os elementos informativos constantes do feito, principalmente a conclusão da diligência efetivada pela ASTEC, frise-se, não contestada pelo sujeito passivo, e acolhida pelo próprio autuante, onde se encontra bem delineado o fulcro da questão, a qual reputo decisiva para o julgamento da lide, sobejam motivos para comungar do entendimento de que restou, incontestavelmente, demonstrado o fato de ter o recorrente anexado documentos fiscais eficazes para reduzir a infração.

Destarte, evitando delongas desnecessárias, a Decisão da JJF merece parcial reforma, porquanto o lançamento fiscal deve ser alterado para o valor de R\$3.191,46, conforme demonstrativo diligente que transcrevo:

| Data da Ocorrência | Data do Vencimento | ICMS DEVIDO |
|--------------------|--------------------|-----------------|
| 31/07/2006 | 09/08/2006 | 43,01 |
| 31/08/2006 | 09/09/2006 | 102,74 |
| 30/09/2006 | 09/10/2006 | 231,05 |
| 31/10/2006 | 09/11/2006 | 254,21 |
| 30/11/2006 | 09/12/2006 | 269,78 |
| 31/12/2006 | 09/01/2007 | 302,09 |
| 31/01/2007 | 09/02/2007 | 300,79 |
| 28/02/2007 | 09/03/2007 | 706,72 |
| 31/03/2007 | 09/04/2007 | 232,08 |
| 30/04/2007 | 09/05/2007 | 229,30 |
| 31/05/2007 | 09/06/2007 | 242,95 |
| 30/06/2007 | 09/07/2007 | 276,74 |
| T O T A L | | 3.191,46 |

Por tais fundamentos, posiciono-me no sentido de dar PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação fiscal, por ser de Direito e Justiça.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 n° 299634.0004/10-2, lavrado contra **JOSÉ MORAIS DE ALMEIDA JÚNIOR (SUPERMERCADO DA PRAÇA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.191,46**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei n° 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de agosto de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS