

PROCESSO - A. I. Nº 206961.0015/10-7
RECORRENTE - COMONTE COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0082-05/12
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 22.10.2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0315-12/13

EMENTA: ICMS. VENDAS REALIZADAS COM PAGAMENTO 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. Presume-se ocorrida operação tributável sem pagamento do imposto quando os valores de vendas forem inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que inocorreu. Convertido pela CJF o PAF em diligência, para aplicação da Instrução Normativa nº 56/07 o recorrente não atendeu a contento as intimações, inviabilizando a aplicação do benefício. Infração subsistente. Preliminar de nulidade rejeitada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário formalizado contra Decisão da 5ª JF, a qual, através do Acórdão nº 0082-05/12, considerou Procedente a Ação Fiscal, exigindo ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$11.712,51, em decorrência de duas infrações, sendo objeto do presente Recurso, apenas, a infração 02, assim descrita:

Omissão de saída de mercadoria tributada 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 histórico de R\$11.252,51, acrescido de multa de 70%.

O autuado formalizou impugnação tempestiva (fls. 16/17) e a autuante, à fl. 21, prestou a informação fiscal de praxe.

Após os trâmites legais, inclusive diligência com atendimento (fls. 97 e 98 a 102), a Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide administrativa na seguinte literalidade:

“Constato que o Auto de Infração contém elementos suficientes para determinar com segurança, a infração e o infrator; a descrição dos fatos de forma clara, precisa, sucinta; bem como todos os relatórios dos levantamentos elaborados e todas as provas necessárias à demonstração dos fatos apontados na infração, em obediência ao disposto no art. 39 do RPAF/99 (Decreto nº. 7.629/99), e o autuante na informação fiscal, rebateu todas as questões trazidas na defesa. Assim, estão presentes nos autos todos os elementos necessários ao deslinde da questão, à vista de provas já produzidas, de acordo com o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF/99, com destaque a entrega do Relatório Diário de Operações TEF e consequente reabertura do prazo de defesa, movimentos que buscam salvaguardar o princípio do contraditório e da ampla defesa.

No mérito, na infração 1 está sendo exigida a multa no valor de R\$ 460,00, pelo fato de a empresa não ter apresentado documentos fiscais, apesar de regularmente intimada, relativo ao exercício de 2006. Diante das provas produzidas pelo autuante e não contestadas na defesa, fica mantida a infração.

Quanto à infração 2, está sendo exigido ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias detectada por meio de cartões de crédito/débito, onde foram apuradas vendas com pagamento nesta modalidade, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

De acordo com o disposto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, “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.

O art. 35-A da Lei nº 7.014/96, dispõe que “As administradoras de cartão de crédito ou de débito deverão informar ao fisco estadual o valor referente a cada operação ou prestação efetuada por contribuintes do imposto através de seus sistemas de crédito, débito ou similares”, o que foi feito, e o contribuinte teve acesso por meio do Relatório Diário de Operações TEF.

A planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito, está anexo fl.07, referente ao exercício de 2007, e está sendo exigido ICMS referente aos meses de janeiro, fevereiro até abril e junho de 2007.

Com o intuito de sanear o processo, foi fornecido ao autuado o Relatório Diário TEF, em papel, e reaberto o prazo de defesa, mas o contribuinte não trouxe fatos novos que pudessem elidir a autuação em parte ou na sua totalidade, por meio do cotejo dos valores constantes no Relatório Diário de Operações TEF e os cupons fiscais/notas fiscais.

Consta na fl.09, declaração datada de 08/10/2010, em que a empresa afirma que entregou todos os cupons fiscais e/ou notas fiscais de vendas ao consumidor existentes e que, efetivamente, refletem as suas operações de vendas de mercadorias.

De fato, o defendente, mesmo tendo recebido o Relatório Diário de Operações TEF, e sendo alertado de que poderia comparar as vendas diárias informadas pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito, com os documentos fiscais (cupons fiscais e notas fiscais), coincidentes em valores e datas, não comprovou que, de fato, as vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito foram oferecidas à tributação do ICMS.

Ademais, o sujeito passivo não trouxe provas do não cometimento da infração, apenas nega-a, e alega que é optante do Simples Nacional, mas quanto a este argumento, as ocorrências são anteriores a junho de 2007, período em que ainda não estava em vigor as regras do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, LC nº 123/06.

Quanto ao fato de a empresa ser optante do Regime Simplificado de Apuração do Imposto – Simbahia, no período autuado, constata que o autuante, de forma correta considerou o crédito fiscal no percentual de 8%, consoante a previsão do art. 408-S, do RICMS/BA, planilha de fl. 07 do PAF.

Portanto, cabendo-lhe o ônus da prova, e não demonstrada a invalidade da autuação, fica mantida a infração em sua totalidade.”.

Inconformado com a Decisão, o sujeito passivo interpôs, em tempo hábil, Recurso Voluntário (fls.115/116), requerendo “a aplicação da proporcionalidade, para exclusão, da base de cálculo, das operações com mercadorias isentas e com imposto recolhido pelo regime de substituição tributária, e aplicação do percentual de 2% por ser, na época, contribuinte optante pelo regime simplificado de apuração em função da receita bruta, previsto no artigo 504 do RICMS/BA, salientando que não incorreu na situação prevista no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97.”.

De outra parte, asseverou ter afastado a presunção legal, porquanto comprovou que as operações oferecidas à tributação não se incluíam no âmbito de incidência do ICMS, mediante a apresentação de documentos com dados coincidentes, em data e valor da operação, ou cuja discrepância se encontrava justificada nos autos.

A par disso, aduziu que “... não foram consideradas para efeito da base de cálculo os documentos fiscais emitidos, nota fiscal D-1 e Mod. 1, para cotejo dos valores constantes no Relatório Diário de Operações TEF e os cupons fiscais/notas fiscais.” (sic)

Sustentou ser nulo o lançamento efetuado com preterição de aspectos essenciais do ponto de vista do princípio de vinculação e dificultando o exercício do direito de defesa, pois o lançamento de crédito tributário é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação.

Outrossim arguiu que a comparação entre as vendas diárias (TEF) informadas pelas administradoras dos cartões, com os documentos fiscais (cupons fiscais e notas fiscais), coincidentes em valores e datas deveriam ser analisadas, pela Auditora Fiscal, quando requisitou os referidos documentos, conforme cópia anexada e que, em nenhum momento, foi alertado de que o contribuinte deveria efetuar esta comparação, ocasionando assim insegurança na determinação da base de cálculo e inobservância do devido processo legal, alén de inexistirem os elementos necessários para que se determinasse, com segurança, a infração imputada, tornando impossível a continuidade da lide.

Em seguida salientou que a multa específica para a infração, seria a prevista no art. 42, inciso XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96, de “5% sobre os valores das operações ou prestações de serviço realizadas sem a emissão do documento decorrente do Uso do ECF, foi alterada para 2% através da Lei num. 10.847, de 27/11/2007.”.

Concluiu, informando que os períodos 12/2006, 01/2007, 02/2007 e 03/2007 foram objeto de fiscalização, com a mesma tipificação de infração, conforme Auto de Infração num. 110427.0003/07-4 e reiterando que existem regras de direito formal, que determinam como deve proceder o agente fiscal na constituição do crédito.

Encaminhado o PAF para emissão de Parecer pela PGE/PROFIS, esta opinou pelo não provimento do Recurso, fls. 123/124, destacando que as alegações recursais não eram pertinentes, nem tampouco se encontravam acompanhadas de provas.

Destacou que as divergências entre os valores informados pelas Administradoras e os valores declarados pelo contribuinte ao fisco, estão indicados na autuação e não foram objeto de impugnação, não obstante tenha tido o autuado acesso a todas as informações suficientes e necessárias, ao exercício do direito de defesa.

Realçou que o autuante considerou o ato do contribuinte ser inscrito como EPP, concedendo o crédito de 8%, no total devido, e que o pedido de proporcionalidade, possivelmente lastreado na IN 56/07, não viera acompanhado de maiores informações e provas.

Por fim, argumentou que a alegação de redução da multa não dizia respeito à presente autuação, a qual exigia ICMS, ao passo que o artigo citado tratava de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Na assentada de julgamento, a 1ª CJF, analisando os autos constatou que o contribuinte, em sua peça recursal, alegou que comercializa mercadorias isentas e sujeitas ao regime da substituição tributária com encerramento da fase de tributação e que, portanto, esse dado deveria ter sido levado em consideração quando da aplicação da presunção de omissão de saídas de que trata a presente autuação, apurada por meio de levantamento de vendas com pagamentos em cartões de crédito e de débito em valor inferior ao informado pelas respectivas instituições financeiras.

Considerando que as alegações do contribuinte contem plausibilidade jurídica, principalmente porque a sua atividade principal consiste no comércio varejista de materiais para construção; e considerando que a PGE/PROFIS, através do opinativo de fls. 123/124, admite que o pedido de proporcionalidade da base de cálculo, lastreado na Instrução Normativa nº 56/2007, não veio acompanhado de maiores informações;

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal deliberou por converter o presente processo em diligência, para que a fiscal autuante adotasse as seguintes providências:

Intimasse o contribuinte a apresentar demonstrativo da proporção das entradas e das saídas de mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas ao regime de substituição tributária com encerramento da fase de tributação no momento do ingresso no estabelecimento autuado, com relação ao montante total das mercadorias adquiridas no período fiscalizado;

Verificasse a veracidade das informações prestadas pelo contribuinte, de acordo com os seus documentos fiscais e contábeis, corrigindo o percentual indicado, se for o caso;

Excluísse da base de cálculo do imposto apurado nesta autuação o menor percentual encontrado a partir do cumprimento dos itens anteriores desta diligência (o das saídas ou das entradas), apurando o imposto devido de acordo com os novos parâmetros.

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.

À fl. 116, a Autuante, Auditora Fiscal M. Cristina Andrade, atendeu ao quanto solicitado, informando, que intimou o autuado a apresentar o demonstrativo de proporção das entradas e das saídas de mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas ao regime de substituição tributária em relação ao total das mercadorias adquiridas, assim como, os Livros e os documentos fiscais.

Aduziu que o sujeito passivo, apresentou demonstrativo, fl. 134, que não consubstancia informações necessárias à apresentação dos valores proporcionalmente corrigidos.

Informou que repetiu a intimação, objetivando a conclusão da diligência, entretanto, ate aquela data, não obteve as informações que possibilitassem a mensuração solicitada.

Ressaltou, que: *“na elaboração da Planilha Comparativa de Vendas com cartão de crédito/débito, à página 07, quando disponíveis, utilizamos dados declarados na DMA, lançando valores referentes às aquisições de mercadorias isentas ou não tributadas, outras e tributadas.”*.

Concluiu, ratificando os valores originalmente reclamados.

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 Provedimento do Recurso Voluntário, posto que a CJF converteu o processo em diligência para que o contribuinte fosse intimado a apresentar elementos para se contrapor ao percentual indicado pela autuante de operações tributadas e não tributadas, para fins da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07 e o recorrente, após intimada por diversas vezes, trouxe aos autos a planilha de fl. 134 indicando totais de saídas e entradas, sem qualquer elemento de comprovação.

Assim reiterou os termos do Parecer de fls. 123/124.

VOTO

Consoante detalhadamente relatado, o Recurso Voluntário em análise se opõe à parte da Decisão proveniente do Acórdão de nº 0082-05/12, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, imputando ao autuado duas infrações, sendo objeto da irrisignação aquela referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas por meio de levantamento de vendas efetuadas com pagamento em cartão de crédito ou de débito, em valores inferiores aos fornecidos pelas instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

O Recorrente concentrou seu inconformismo na tese de nulidade do lançamento por insegurança na determinação da base de cálculo e inobservância do devido processo legal, dificultando o exercício do direito de defesa.

Ocorre que a preliminar de nulidade arguida não pode prosperar na medida em que inexistentes vícios formais capazes de comprometer a legalidade da ação fiscal, encontrando-se atendidas, no PAF, todas as formalidades, porquanto determinado o sujeito passivo, o montante do débito tributário apurado e a natureza da infração, não pairando dúvida quanto à independência da imputação descrita no presente lançamento tributário, estando discriminado, nos demonstrativos de débitos e no atendimento à diligência solicitada pela JJF, a qual consigna, expressamente, os regramentos infringidos pelo recorrente, bem como a multa prevista na lei para o caso concreto, frisando-se o aspecto de que todos os argumentos para a nulidade suscitada já foram devidamente apreciados e rechaçados no decisório de piso, ora hostilizado sem qualquer nova argumentação ou documentos.

Assim é que se apresenta inconsistente a alegação de cerceamento do direito de defesa por insegurança na determinação da base de cálculo que resultou na imputação, pois se verifica claramente, na peça inicial, a descrição dos fatos e sua capitulação legal, condizentes com os fatos reais, qual seja, o art. 2º, § 3º. Inc. VI, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6284/97, com infração tipificada no art. 42, inciso III, da Lei nº 7014/96, encontrando-se, por conseguinte, obedecido o devido processo legal, tendo o recorrente exercido a ampla defesa e o contraditório, bem como integralmente obedecidos os prazos previstos na legislação e demais exigências formais.

Registre-se que a própria autuante considerou o fato de a empresa ser optante do Regime Simplificado da Apuração do Imposto – SimBahia, por ocasião dos fatos geradores, concedendo, na apuração da base de cálculo, o crédito fiscal no percentual de 8%, de acordo com o disposto no art. 408-S, RICMS/BA.

Ademais, a alegação de que deveria ser aplicada a alíquota de 2% por ser a empresa enquadrada no regime de receita bruta não procede, posto que esse regime não se aplica a atividade econômica exercida pela empresa (materiais de construção).

No que concerne ao pedido de aplicação da proporcionalidade para a exclusão, da base de cálculo, das operações com mercadorias isentas ou com o imposto recolhido pelo regime de substituição tributária, no específico, a legislação permite ao autuado, em função do seu ramo de atividade (materiais de construção que comercializa produtos enquadrados na substituição tributária e isentos) a aplicação do instituto da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007, excluindo do lançamento os valores comprovadamente isentos ou com a fase de tributação encerrada.

No específico, a CJF, buscando dar oportunidade ao contribuinte para comprovar, mediante documentos, o direito ao benefício previsto na legislação, converteu o processo em diligência, fl. 126.

Contudo, o que se constata no feito é que o sujeito passivo não apresentou os documentos que permitiriam atender às teses defensivas e promover a aplicação da proporcionalidade, apenas, após diversas intimações, o contribuinte limitou-se a apresentar uma planilha, fl. 134, que não permite pelo seu conteúdo e por falta de elementos probatórios, a apuração do índice da proporcionalidade.

Certo é que o lançamento tributário se encontra amparado no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, dispondo expressamente:

“...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”.

Outrossim, regulamenta 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;”

Posiciona-se este Conselho na linha de que a legislação do Processo Administrativo Fiscal assegura ao sujeito passivo tributário o direito à impugnação do lançamento mediante a produção de elementos probantes demonstradores da verdade material, o que, na espécie versada, expressar-se-ia através de uma conciliação (casamento) das informações contidas no TEF – Relatório Diário de Operações com as notas ou cupons fiscais -emitidos para cada operação autorizada pelas operadoras dos cartões de crédito/débito, apontadas individualmente no referido relatório.

Nesse contexto, trata o caso ora analisado de presunção legal de omissão de saídas tributáveis, amparada pela Lei do ICMS, onde a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo da imputação fiscal, conforme estatui o artigo 143 do RPAF/BA, sendo seu o ônus de trazer aos autos elementos informativos capazes de elidir a imputação fiscal, do qual, repita-se, não se desincumbiu.

Entretanto, vale realçar que, considerando o formalismo mitigado que reveste o PAF, o contribuinte, em qualquer momento da tramitação processual, poderá produzir as provas que julgar necessárias à sua defesa, até mesmo após o julgamento de 2ª instância, em sede de Pedido de Controle da Legalidade.

De igual sorte, a arguição atinente à penalidade a ser aplicada à infração, qual seja, o art. 42, XIII-A, “h”, Lei nº 7.014/96, não merece acolhimento, eis que não diz respeito a presente autuação, que exige imposto, por descumprimento de obrigação principal, ao passo que o referido artigo, versa sobre multa por descumprimento de obrigação acessória.

Quanto a informação trazida de que o recorrente, através do Auto de Infração nº 110427.0003/07-4, já teria sido autuada em períodos coincidentes com a mesma tipificação de infração, registro que de acordo com o Acórdão CJF 0191-12/09, o referido Auto de Infração foi julgado nulo, sendo na Decisão, consignado a recomendação à autoridade fazendária para a realização de novo procedimento fiscal, a salvo de falhas.

Concludentemente, por considerar incensurável a Decisão de Primeira Instância, eis que em estrita consonância com os parâmetros legais vigentes, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **206961.0015/10-7**, lavrado contra **COMONTE COMÉRCIO DE MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.252,51**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no inciso XX, dos já citados artigo e lei, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de outubro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

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