

**PROCESSO** - A. I. Nº 233014.0128/09-5  
**RECORRENTE** - MIRIAN OLIVEIRA SILVA & CIA. LTDA. (DESTAK)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0296-05/10  
**ORIGEM** - INFAS ITABERABA  
**INTERNET** - 22.10.2013

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0325-12/13

**EMENTA:** ICMS. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. 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 mantida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/03/2009 para cobrar ICMS e multa no valor histórico de R\$41.547,74, em decorrência do cometimento de quatro infrações, sendo somente objeto de Recurso a infração 04, a seguir transcrita:

*Infração 04: 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 valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito. ICMS no valor de R\$ 17.638,40 e multa de 70%.*

O contribuinte apresentou Defesa às fls. 318 a 335, rebatendo as infrações 01, 03 e 04, e clamando pela procedência parcial do lançamento tributário. Por seu turno, o Fiscal Autuante apresentou Informação Fiscal às fls. 388 a 389, rebatendo alegações defensivas e pugnando pela procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento perante 5ª JJF, que decidiu, por unanimidade pela procedência parcial, assim julgando o mérito da infração 04, *in verbis*:

### “VOTO

(...)

*Na infração 04, está sendo exigido ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante as vendas efetuadas por meio de cartões de crédito/débito e não oferecidas à tributação, nos meses de janeiro a dezembro de 2006, e de janeiro a junho de 2007.*

*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.”*

*A planilha comparativa de vendas por meio de cartão de crédito/débito está anexo fl. 75, referente ao exercício de 2006. O Relatório TEF Anual fl. 88, do exercício de 2007 e planilha comparativa de vendas fl. 87.*

*Com o intuito de sanear o processo, tendo em vista a verificação da possibilidade de ser aplicada a Instrução Normativa nº 56/2007, o contribuinte foi intimado em 10/03/2010 e apresentou as Reduções Z, do período de 2006 e de 2007, bem como as notas fiscais, do mesmo período. Naquela ocasião, o autuante comprovou que todas as operações de compras e vendas ocorreram com mercadorias sujeitas à tributação, afastando, de plano,*

*a necessidade de elaboração de novos demonstrativos para a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007;*

*Para subsidiar a instrução do processo, o auditor fiscal elaborou novas planilhas com os valores das saídas mensais com cartão de débito ou crédito, cotejado com as reduções Z, e constatou, mais uma vez, que os referidos valores não foram oferecidos à tributação, deste modo manteve os valores originariamente exigidos, na íntegra.*

*De fato, o contribuinte recebeu o Relatório Diário de Operações TEF, em anexo, mas não comprovou que efetivamente as vendas realizadas por meio de cartões de crédito/débito foram oferecidas à tributação do ICMS. Portanto, cabendo-lhe o ônus da prova, mas não o fazendo, fica mantida a infração em sua totalidade.*

*Infração procedente.*

*Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.*

Inconformado com a Decisão proferida pela Primeira Instância, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário (fls. 536 a 539), alegando que o julgamento da infração 4 merece ser modificado.

Após parabenizar o julgamento das infrações 1 e 2, fala que impugna o julgamento da infração 4, motivo pelo qual "fará juntada de demonstrativo de vendas de mercadorias fazendo um comparativa das vendas com cartão de crédito e débitos com as respectivas notas fiscais com data da venda e emissão, operação, transação, ECF, valor da mercadoria, número do cupom fiscal e da nota de saída, bem como o número da autorização da administradora de cartão". Assevera que tal apontamento será feito para comprovar que nem todas as mercadorias deixaram de ser oferecidas à tributação, o que demonstraria que a infração seria equivocada.

Pontua que foram emitidas todas as notas fiscais de saída de mercadorias, mas, "ao invés de discriminar o modo de pagamento, todas as notas e cupons foram emitidos como se tivessem sido pagos a vista".

Em seguida, argui como "PREJUDICIAL DE VALIDADE e EFICÁCIA" do processo administrativo fiscal instaurado, sob a égide do princípio do contraditório pleno e amplo, (Art. 5º, LV, CF/88), clamando que a prejudicial "seja apreciada e decidida, com fundamentação própria e específica (CF/88, art. 93, IX, e inteligência do art. 5º, II, 37 "caput", Hely Lopes Meireles, direito administrativo brasileiro, 15º ed. RT SP, 1990 ff. 78/79)".

Ao final do seu arrazoado, pede pela improcedência do Auto de Infração.

Em termos, os autos foram remetidos para PGE/PROFIS para análise.

No Parecer de fls. XXX, o i. procurador José Augusto Martins Junior, depois de minudente histórico dos fatos do presente PAF, entende que "não há nos autos qualquer viabilidade de irresignação à Decisão proferida pela 5º JJF, por inexistir inconformidade sobre a Decisão de piso, resta indubioso a ausência de interesse recursal no caso concreto". Socorre-se de lição da n. processualista Tereza Arruda Alvim Wambier sobre o interesse recursal.

Encerra seu opinativo entendendo pelo Não Conhecimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Temos em debate Recurso Voluntário interposto em face da Decisão da 5ª JJF que julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe. O cerne do citado Recurso somente abrange a infração 4 referente à omissão de saída de mercadoria apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito, que foi julgada procedente.

Em que pese o brilhante entendimento do n. Procurador, entendo que há sim interesse processual e utilidade na revisão da demanda para o Contribuinte quanto à apreciação do presente Recurso. Mesmo não tendo sido lançadas novas questões jurídicas ou carreadas provas que pudessem elidir a infração 04 vergastada, conveço Recurso interposto.

No seu pleito recursal, a Empresa levanta, de forma confusa, questões preliminares de nulidade quanto ao cerceamento do seu direito de defesa, à luz do princípio do contraditório e da ampla defesa.

Em que pese o inconformismo do Recorrente, percebo que já foram devidamente apreciadas pela n. 5ª JJF as questões de nulidade suscitadas pelo Contribuinte, tanto que, toda a infração 1 e parte da infração 2 foram extirpadas pelos Julgadores de piso por restarem comprovadamente maculadas segundo as normas do art. 18, IV, 'a' do RPAF/BA.

Entretanto, em relação ao cerceamento do direito de defesa, vejo que, após as diligências efetuadas em primeiro grau, a reabertura do prazo de manifestação, o próprio julgamento de piso e consoante todo o andamento do presente PAF, não subsiste qualquer afronta à ampla defesa ou ao contraditório do Contribuinte. Entendo que fora concedido todas as oportunidades de manifestação, como também foram fornecidos todos os documentos que embasavam a infração 4.

Com base nestes fatos, afasto as nulidades alegadas pelo Contribuinte.

No mérito, o recorrente somente aduz que não cometeu a infração imputada.

Diante deste comportamento do Recorrente, deve-se aplicar o quanto disposto no art. 143 do RPAF/BA que assim dispõe:

*Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Portanto, como não houve a juntada de documentos que pudessem elidir a acusação fiscal, entendo correto o julgamento da 5ª JJF.

Infração 04 procedente conforme julgamento de primeira instância.

Pelo todo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão de base, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos com o parcelamento.

## 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 EM PARTE o Auto de Infração nº 233014.0128/09-5, lavrado contra MIRIAN OLIVEIRA SILVA & CIA. LTDA. (DESTAK), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 23.102,18, acrescido das multas de 50% sobre R\$5.463,78 e 70% sobre R\$17.638,40, previstas no art. 42, incisos I, "b", itens 1 e 3 e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos com o parcelamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de outubro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS